

O CONCEITO DE PROPRIEDADE

JOÃO AUGUSTO RIBEIRO MENDES

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA PARA A
OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO

Orientadora: Prof^ª Dr^ª Olga Maria Boschi Oliveira de Aguiar

FLORIANÓPOLIS

1994

Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Curso de Pós-Graduação em Direito

A dissertação O CONCEITO DE PROPRIEDADE
elaborada por JOÃO AUGUSTO RIBEIRO MENDES
e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora,
foi julgada adequada para a obtenção do Título de
MESTRE EM DIREITO

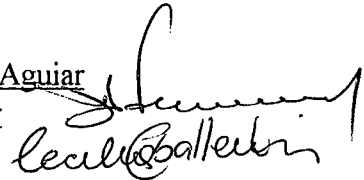
Florianópolis, 31 de agosto de 1994

BANCA EXAMINADORA

Profª Drª Olga Maria Boschi Oliveira de Aguiar

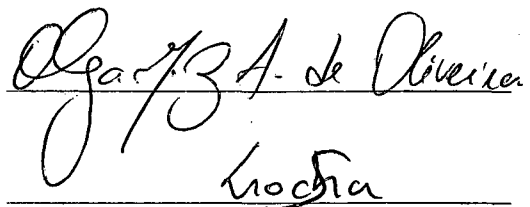
Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer

Profª Mst. Cecília Caballero Lois



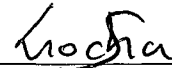
Professora Orientadora:

Profª Drª Olga Maria Boschi Oliveira de Aguiar



Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Leonel Severo da Rocha



Ao Jorge Augusto

RESUMO

A propriedade é um fenômeno histórico que remonta as origens da humanidade. A condição de proprietário é inerente ao homem, que precisa possuir ao menos os objetos essenciais à sua subsistência. A transposição dessa propriedade, a que se poderia denominar de uso de consumo ou funcional para a propriedade morta ou de acumulação, só se pode dar no âmbito de uma comunidade razoavelmente organizada política e juridicamente. O conceito jurídico de propriedade é, portanto, o conceito da propriedade instituída. A evolução histórica do instituto demonstra que o conceito tradicional (ou clássico) de propriedade advém do direito romano e até hoje, sob o ponto de vista jurídico-dogmático, permanece válido. Entretanto, foi no liberalismo do século XVII, que este conceito aperfeiçoou-se, integrando as necessidades da sociedade burguesa em ascensão. Este trabalho, buscando a origem e os fundamentos da propriedade liberal, pretende demonstrar, que apesar das transformações ocorridas no liberalismo e no instituto da propriedade ao longo do século XX, seu núcleo ideológico permanece inalterado.

RESUMEM

La propiedad es un fenómeno histórico que viene desde el origen de la humanidad, la condición de propietario es inherente al hombre, que precisa poseer, al menos, sus objetos de subsistencia. El pasaje de esta propiedad, que se puede denominar uso de consumo o funcional para la propiedad muerta o de acumulación, únicamente puede ocurrir en una comunidad organizada política y jurídicamente. El concepto jurídico de propiedad es, portanto, el concepto de la propiedad instituida. La evolución histórica demuestra que este concepto viene del derecho romano y hasta hoy, sobre el punto de vista jurídico-dogmático, permanece válido. Pero, solamente en el liberalismo del siglo XVII asume su forma más consistente, integrando las necesidades de las sociedades burguesas. Este trabajo, buscando demostrar el origen del concepto de propiedad liberal, desea mostrar, que a pesar de las transformaciones ocurridas después del liberalismo y en el instituto de propiedad a lo largo del siglo XX, su núcleo ideológico permanece inalterado.

SUMÁRIO

Introdução	1
 Capítulo I — O CONCEITO COMO OBJETO DO CONHECIMENTO	
1.1. Considerações Preliminares. A natureza do conceito	6
1.2. Visão histórico-filosófica	12
1.3. Fundamento, validade e classificação	19
 Capítulo II — O CONCEITO NO DIREITO	
2.1. Considerações iniciais. A especialização do conceito jurídico, sua natureza e definição	30
2.2. A importância do conceito no pensamento jurídico	34
2.3. O reconhecimento do conceito na dogmática jurídica	40
2.4. Classificação, características e finalidades. O papel do jurista na apreensão dos conceitos	42
 Capítulo III — A PROPRIEDADE - Da idéia ao conceito jurídico	
3.1. Pressupostos para uma conceituação	51
3.2. A gênese conceitual — a propriedade como idéia	56
3.3. A Propriedade jurídica	
3.3.1. Os fundamentos jurídico-filosóficos da Propriedade.	66
3.3.2. A natureza jurídica da Propriedade. Pressupostos para a sua conceituação jurídico-dogmática	75

Capítulo IV — ORIGEM E EVOLUÇÃO — A PROPRIEDADE COMO
CONCEITO HISTÓRICO

4.1. A Gênese temporal	88
4.2. A Propriedade Romana	95
4.3. A Propriedade Feudal	98

Capítulo V — A PROPRIEDADE LIBERAL

5.1. Considerações iniciais. O Liberalismo no cenário histórico	105
5.2. Princípios e fundamentos	
5.2.1. O individualismo possessivo	110
5.2.2. Hobbes e a sociedade possessiva de mercado	112
5.2.3. Os niveladores — o sufrágio e a cidadania	115
5.2.4. O individualismo possessivo e a teoria da propriedade em Locke	118
5.3. Concepção jurídico-positiva e doutrinária	122
5.4. Novos aspectos da propriedade liberal	128

Conclusão	140
-----------------	-----

Referências Bibliográficas	147
----------------------------------	-----

INTRODUÇÃO

Seção I — Delimitação do tema, sua importância e a justificativa da escolha

“(...) O mundo que nos rodeia e o vasto lugar fechado que se partilha entre proprietários: a noção de propriedade aparece como atravessando absolutamente todo o nosso universo para manifestar abstratamente o poder do homem sobre as coisas.”¹

A propriedade é um fenômeno que acompanha a vida humana desde os tempos mais remotos. Entretanto, o conceito que nos foi legado, restringe a compreensão da sua amplitude e dinamismo.

Fruto que foi, de uma longa evolução histórica, tal conceito deita as suas raízes no direito romano. Não obstante, é através do pensamento liberal que a propriedade toma a sua forma definitiva, podendo-se afirmar, mormente as transformações porque passou ao longo deste século que, ainda na atualidade, tal concepção é tomada como referência. Embora, em um sentido amplo, a propriedade possa ser vista sob outros aspectos, é o Direito que lhe revestiu da forma pela qual é ordinariamente compreendida. Isto não ocorreu por acaso. A relação que se estabelece entre Direito e propriedade é essencial. Kant já afirmava que “(...) a experiência jurídica nasce no momento em que eu posso dizer que tenho algo do mundo externo como sendo meu, ou que possuo algo.”² Neste sentido, todas as relações jurídicas podem, em última instância, ser compreendidas a partir das relações de propriedade.

O objeto do presente estudo é, portanto, a propriedade liberal, integrada as suas vertentes política, jurídica e ideológica, e vista sob a perspectiva do seu desenvolvimento histórico.

Seção II — Objetivos

O presente trabalho visa a compreensão e a reflexão crítica do conceito da propriedade individual na sua dimensão histórica.

Destarte, procuraremos esclarecer o sentido jurídico da propriedade e a especificidade do seu conceito, tomando como paradigma o conceito liberal que será desenvolvido no último capítulo. Todos os capítulos precedentes obedecerão a esta lógica, ou seja, terão como paradigma a propriedade liberal.

Buscaremos, ainda, apresentar os limites do conceito estático de propriedade.

Não iremos discorrer sobre a posse e as suas diversas teorias, pois o tema em si exigiria um estudo específico, além do que fugiria dos objetivos propostos. Neste sentido, quando necessária uma referência, utilizar-se-á a expressão “propriedade de fato”, para distingui-la da “propriedade jurídica” e situá-las, ambas, como variáveis de um mesmo núcleo conceitual.

Seção III — Tipo de abordagem e localização do tema no espaço e no tempo

A abordagem será histórica, concentrando-se no período compreendido entre os séculos XVII e XIX, cabendo ressaltar, entretanto, que “(...) não há um tempo contínuo e homogêneo atravessando as diferentes formações jurídico-sociais”.³ Os fenômenos jurídicos, muitas vezes não possuem um tempo e espaço nitidamente determináveis.

O tema terá, como referência espacial a Europa, notadamente a Inglaterra e a França. A primeira porque lá é que foram desenvolvidas as idéias fundamentais que serviram de sustentação a propriedade liberal, e a segunda por ter sido o local onde se iniciou de forma efetiva a sua positivação.

Seção IV — Plano de desenvolvimento

A presente dissertação desenvolver-se-á, através de 5 (cinco) momentos, que serão objeto dos respectivos capítulos.

Primeiro momento (Capítulo I): buscar-se-á entender o conceito do conceito, situá-lo na enciclopédia do conhecimento, mostrando a complexidade e controvérsias do seu

estudo. Este capítulo justifica-se como um pressuposto lógico a compreensão do capítulo subsequente.

Desejamos, pois, obter aqui, uma compilação sistemática das diversas abordagens, sob a ótica da teoria do conhecimento e ressaltar a importância e o papel do conceito no processo do conhecimento humano. Não pretendemos com isso esgotar o assunto, nosso propósito resume-se em estabelecer um quadro geral das idéias formuladas a seu respeito.

Segundo momento (Capítulo II): tratar-se-á aqui do conceito jurídico, estabelecendo-se a sua distinção em relação aos conceitos em geral, em busca da sua especificidade. Pretende-se, com isto, possibilitar o entendimento do conceito jurídico de propriedade, tema a ser desenvolvido no capítulo seguinte (3.2).

Estes dois primeiros capítulos situam-se, portanto, no presente trabalho, como uma referência ao encadamento lógico do raciocínio.

Terceiro momento (Capítulo III): estabelecer-se-á a conexão entre a idéia de propriedade e o seu conceito jurídico. Partindo-se da definição etimológica e passando pela explicação psicológica de sua origem, compreender-se-á, afinal, a concepção jurídico-filosófica e dogmática da propriedade. Serão analisadas ainda as principais teorias que a fundamentaram, assim como as distinções entre a propriedade de fato e a propriedade jurídica.

Como dogmática jurídica, compreenderemos aqui, ser o aspecto do Direito, desenvolvido a partir de um processo de acumulação histórica do pensamento jurídico, sob o monopólio do Estado, através da generalização e abstração dos fenômenos, com vistas a sua aplicação.

Quarto momento (Capítulo IV): a propriedade será analisada desde a sua origem, como um fenômeno histórico. Serão privilegiadas, as propriedades romana e feudal, apenas como subsídio histórico a propriedade liberal e a antecipação de algumas de suas características.

Quinto momento (Capítulo V): tem como objeto a propriedade liberal. Neste momento utilizaremos todas as idéias anteriormente formuladas, no curso do trabalho, para explicar o conceito liberal de propriedade.

O capítulo V ficará dividido em quatro partes: a primeira parte traçara um quadro geral do liberalismo, procurando situar a sua origem (espacial e temporal), as suas características e as da sociedade onde floresceu.

Na segunda parte serão analisados os princípios e fundamentos da propriedade liberal sob a perspectiva da teoria política, notadamente a teoria política de John Locke. Utilizaremos, para tanto, a obra “Teoria Política do Individualismo Possessivo” de C. B. Macpherson. Esta obra contém os elementos fundamentais que permitem identificar as raízes da propriedade liberal no contexto político e social da Inglaterra do século XVII.

Na terceira parte procurar-se-á enquadrar a propriedade no direito positivo francês do século XVIII, e analisar o conceito jurídico-dogmático, através dos elementos individualismo e autonomia privada.

Na quarta parte estabeleceremos as transformações porque passou a propriedade liberal face a intervenção do Estado na economia e o surgimento de novas relações de apropriação.

Finalmente, na conclusão, far-se-á uma retrospectiva de todo o conteúdo exposto procurando traçar as perspectivas da propriedade neste final de século.

Seção V — Metodologia empregada na pesquisa e embasamento teórico

Utilizar-se-á o método indutivo, através da técnica de pesquisa bibliográfica.

O tema a ser desenvolvido é, basicamente, relacionado a filosofia da propriedade. Não obstante, face a sua dimensão, e em atendimento a seqüência da exposição, insere-se em outras áreas do conhecimento: teoria do conhecimento e metodologia da ciência do Direito (Capítulos I e II); psicologia e filosofia do Direito (Capítulo III); história do Direito (Capítulo IV); teoria política e história do direito (Capítulo V).

“A aprovação do presente trabalho acadêmico não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca examinadora e do CPGD/UFSC a ideologia que a fundamenta ou que nele é exposta.”

NOTAS

1. MIAILLE, Michel. *Uma Introdução Crítica ao Direito*. 1ª ed., Lisboa: Moraes Editora, 1979, p. 164.
2. BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. Brasília: UNB., 1984, p. 94.
3. CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979, p.30.

CAPÍTULO I

O CONCEITO COMO OBJETO DO CONHECIMENTO

1.1. Considerações Preliminares. A natureza do conceito

Nossa proposta inicial é tratar de algumas noções acerca da natureza, fundamento e validade do conceito. Desejamos obter uma compilação sistemática das diversas abordagens, sob a ótica da teoria do conhecimento, ressaltar a importância e o papel do conceito no processo do conhecimento humano, assim como, apresentar as complexidades do tema, a sua amplitude e as diversas perspectivas de abordagem. Tais considerações mostram-se indispensáveis à compreensão dos capítulos subsequentes e, em especial, ao entendimento e à formulação de um juízo acerca do conceito jurídico.

O estudo do conceito é pressuposto essencial para a compreensão da gênese do conhecimento humano. “O raciocínio é o momento amadurecido do pensamento; raciocinar é encadear juízos e formular juízos é encadear conceitos. Por isso, pode-se dizer que o conhecimento humano inicia-se com a formação dos conceitos.”¹ Sua importância é destacada por Hegel ao afirmar que “(...) no conhecimento filosófico, a necessidade de um conceito é, de longe, a coisa principal”² e, também, por Aristóteles, para quem “(...) o conhecimento é em sucessão ordenada, uma formação de conceitos, uma subsunção dos

indivíduos nos conceitos e raciocínios que nos permitam ver, determinar as substâncias que não temos na nossa experiência imediata”.³

Todas as relações que se estabelecem entre sujeito e objeto, visando ao conhecimento, são intermediadas pelo conceito. “O pensamento humano actua-se por uma conceptualização progressiva, e pela apreensão dum sistema de relações entre os vários conceitos.”⁴

Para Kant, os nossos conhecimentos têm origem ou na intuição ou no conceito, pois “(...) todos os conhecimentos são ou bem intuições, ou bem conceitos”.⁵ “(...) Estes sem as intuições são vazios; as intuições sem os conceitos são cegas.”⁶

Os primeiros têm sua fonte na sensibilidade e os outros no entendimento, ou seja, a sensibilidade produziria intuições, enquanto o entendimento criaria conceitos. Surge, então, a distinção entre conhecimento estético, que tem como base a sensibilidade e conhecimento lógico que se refere ao entendimento. A intuição é tida aqui como o primeiro contato do sujeito com o objeto através da percepção. É a base do conhecimento empírico e reconhecida como dado indispensável ao seu estudo.

Questões elementares à teoria do conhecimento, tais como: o que se conhece, como se conhece, até que ponto o conhecimento do real é válido e certo, quais as atitudes do nosso espírito diante daquilo que é conhecido,⁷ para serem respondidas, requerem a problematização acerca da natureza, fundamento e validade dos conceitos. Estes três elementos, que constituem o estudo do conceito como objeto, estão na gênese e perpassam todo o processo de questionamento, análise e compreensão do conhecimento humano, situando-o, portanto, no âmbito de uma teoria geral do conhecimento.

Não obstante, face à amplitude e à profundidade do tema, esse nunca foi tratado de maneira uniforme, muito ao contrário, as diversas correntes de pensamento sempre determinaram entendimentos diversificados.

Por outro lado, a especialização das Ciências e mesmo da Filosofia, aliados à dificuldade em se estabelecer uma definição homogênea do conceito, ensejaram a ampliação

das perspectivas de abordagem, cada uma delas tratada em um campo específico do conhecimento.

Para Gottlob Frege, “(...) a palavra conceito é empregada de diversos modos, em parte em sentido psicológico, em parte em sentido lógico e, em parte, talvez, numa mistura de ambos”.⁸ Henri Lefebvre acrescenta o aspecto histórico: “O conceito pode ser psicologicamente estudado, a partir da sensação e da percepção. Pode ser estudado historicamente: como foi que a espécie humana elevou-se a compreensão e à definição das coisas? Finalmente, pode ser estudado logicamente.”⁹ Silvio Macedo endossa o caráter plurissignificativo do termo ao afirmar que “(...) sua definição se defronta com uma série de semantismos: a) representação intelectual; b) semelhança expressa no intelecto (‘similitudo in intellecta expressa’); c) idéia; d) species expressa; e) ‘verbum mentis’”.¹⁰ No mesmo sentido, José Ferrarter Mora: “El termino concepto ha sido usado em muy diversas acepciones, equiparandose a veces a nocion, a veces a ideia, a veces a pensamientos, etc.”¹¹

A partir dessas considerações, passaremos a estabelecer as principais referências a partir das quais o conceito é situado na enciclopédia do conhecimento.

A Psicologia estuda a gênese do conceito como processo psíquico, pois seu objeto é a origem e desenvolvimento dos processos psicológicos, perquire acerca da natureza do conhecimento tendo como paradigma a origem e o desenvolvimento dos processos psicológicos. Assim, “(...) el comportamiento conceptual depiende de la interaccion de procesos psicologicos basicos”. (...) Inicialmente, los esfuerzos experimentales por llegar a compreeender la formacion de conceptos fueron realizados por psicologos, (...) la meta de las investigaciones sobre los conceptos consistia primero, en identificar sus elementos mentales basicos y, segundo, en descubrir los principios que rigen sus combinaciones, meta esta previamente establecida en las investigaciones sobre la experiencia sensorial e perceptiva”.¹²

A importância da lógica para o estudo do conceito também deve ser destacada. Para afirmá-la como o único meio de compreensão e elaboração da doutrina dos conceitos,

José Ferrarter Mora contrapõe-na ao que acima foi exposto acerca da Psicologia. Para o autor, “(...) la doctrina del concepto es, en realidad, unicamente una parte de la logica y nada tiene que ver como tal con la Psicología.”¹³ No mesmo sentido Abbagmano afirma que “(...) a elaboração matemática da lógica levava a insistir na natureza objetiva, não psicológica do conceito, assim como na sua natureza simbólica”.¹⁴ Vale registrar aqui a posição de Gottlob Frege, que considera ser o conceito “(...) algo de objetivo, que não é construído por nossa obra, é portanto, uma proposição como ‘O número 3 é um número primo’ e algo de completamente independente da circunstância de que estejamos acordados ou durmamos, vivamos ou não; algo que vale e valerá objetivamente sempre, não importa se existam ou existirão seres que reconheçam ou não essa verdade”.¹⁵ Assim, para o filósofo o conceito é “(...) o significado de um predicado” irreduzível à relação entre objeto conceitual (ou significante) e conteúdo conceitual (ou significado). Quanto a este aspecto, a função lógica do conceito é entendida como “(...) a suposição pela qual o próprio conceito, em todos os complexos que entra, está no lugar das coisas significadas”.¹⁶ Hessen afirma o caráter lógico do conceito (ou imagem do objeto) como um dos elementos integrantes do processo de conhecimento, ao lado do sujeito (estudado pela Psicologia) e do objeto (ponto de vista ontológico). Segundo o autor, “(...) a imagem do objeto no sujeito é uma entidade lógica e, como tal, objeto da lógica.”¹⁷

A Filosofia da Linguagem também estuda o conceito sob uma perspectiva própria, pois tem a linguagem, objeto de sua análise, como expressão do pensamento. Como este se materializa através dos argumentos e conceitos, a Filosofia da Linguagem instrumentaliza-se através da teoria dos conceitos e da argumentação. Pode, ainda, situar-se dentro da Filosofia da Linguagem (ao lado do domínio sintático — trata das relações internas da linguagem, das regras, dos sinais e do domínio pragmático — uso cotidiano da linguagem, estudo das pessoas e da finalidade), o domínio semântico (articulação do sistema sintático com a realidade) como o local onde os conceitos são estudados mais de perto.¹⁸ A propósito, Mário Bunge já afirmava “(...) ser a semântica uma Ciência conceitual”.¹⁹

A função da linguagem na estruturação da teoria dos conceitos é destacada por Cassirer, para quem, “(...) os conceitos do conhecimento teórico constituem apenas uma camada superior da lógica, que por sua vez se alicerça em uma camada inferior: a da lógica da linguagem. Antes que se pudesse iniciar o trabalho intelectual do conceber e compreender os fenômenos, foi preciso realizar, certamente, a tarefa de denominar e alcançar um certo grau de elaboração. Todo conhecer teórico parte de um mundo já enformado pela linguagem, e tanto o historiador, quanto o cientista, e mesmo o filósofo, convivem com os objetos exclusivamente ao modo como a linguagem lhos apresenta”.²⁰

Embora o conceito não se confunda com a palavra (signo lingüístico) pois “(...) si los conceptos pueden ser el contenido significativo de determinadas palabras, las palabras no son los conceptos, mas unicamente los signos, los simbolos de las significaciones”,²¹ esta incorpora a função de instrumento de expressão de comunicação dos conceitos, constituindo-se, entre outros (linguagem gestual, p. ex.), o mais importante. Neste sentido, o estudo do conceito para a lingüística torna-se fundamental. Ferdinand de Saussure afirma a relação inexorável que se estabelece entre o conceito e o signo lingüístico, entre o sentido e a linguagem. Segundo ele, “(...) o signo lingüístico une não uma coisa a uma palavra, mas um conceito a uma imagem acústica. Esta não é o som material, coisa puramente física, mas a impressão psíquica desse som, a representação que dele nos dá o testemunho de nossos sentidos: tal imagem é sensorial e, se chegamos a chamá-la ‘material’, é somente neste sentido, e por oposição ao outro termo da associação, o conceito, geralmente mais abstrato.”²² Considera o autor o signo lingüístico uma entidade psíquica, composta de duas faces que se interagem, o do conceito e a da imagem acústica, onde o signo representa a totalidade, o conceito o significado e a imagem acústica o significante. “Estes dois elementos estão intimamente unidos e um reclama o outro. Quer busquemos o sentido da palavra ‘arbor’, ou a palavra com que o latim designa o conceito árvore (...).”²³ Quer com isso dizer o autor, que a associação do significante com o significado é indispensável para dar existência à entidade lingüística. Deixa isso claro ao afirmar que

“(…) se se retiver apenas um desses elementos ela se desvanece; em lugar de um objeto concreto, tem-se uma pura abstração”.²⁴

Há que se ressaltar, ainda, o papel e a importância do elemento histórico na concepção dos conceitos. Com efeito, os fenômenos só adquirem significação se particularizados no tempo, fazendo remissão a um passado e renunciando um futuro. “Ao serem certos momentos destacados da corrente uniforme do tempo, estabelecendo relações e concatenando-se em séries, iluminam-se com isto justamente a origem e a meta de todo acontecer, seu de onde e seu para onde. Assim é que, também, o conceito histórico se caracteriza pelo fato de através dele se forjarem de um só golpe milhares de combinações; e não é tanto na percepção do singular quanto na consideração destas combinações que se constitui o que chamamos de sentido especificamente histórico dos fenômenos, ou seja, sua importância histórica.”²⁵

Lefebvre, realçando o caráter histórico do conhecimento (“todo conhecimento foi adquirido e conquistado”), e da verdade (“...não está feita previamente; não é revelada integralmente num momento determinado”)²⁶ afirma que o conceito pode ser estudado historicamente, e indaga: “Como foi que a espécie humana elevou-se à compreensão e à definição das coisas?”²⁷

A importância do elemento histórico para a caracterização do conceito faz-se notar, ainda, pela influência do signo lingüístico, a ele referido. Com efeito, a sedimentação de um sentido a um signo determinado, em um determinado momento histórico, importa em um acordo semântico difícil de ser rompido. Neste sentido, Locke observa que “(...) em lugares em que os homens em sociedade já estabeleceram uma linguagem entre eles, os significados das palavras estão muito difundidos e espalhados para serem alterados. Porque os homens já se encontram providos de nomes para suas idéias, e o uso ordinário tem apropriado nomes conhecidos para certas idéias, consistindo o mau emprego do mesmo em algo muito ridículo. Quem tiver novas noções aventurar-se-á, talvez, a criar às vezes novos termos para expressá-las”.²⁸

Teremos a oportunidade, no decorrer de nossa exposição, de perceber os desdobramentos dessa circunstância e a influência do elemento histórico em geral, na formulação do conceito de Propriedade.

1.2. Visão Histórico-Filosófica

As abordagens sobre a natureza do conceito são diferenciadas na medida que as perspectivas de sua apreciação, também, são variadas. Ou seja, a mudança de paradigma determina uma nova perspectiva de abordagem.

Necessário se faz elucidar agora os fundamentos a partir dos quais estruturou-se o conceito na enciclopédia do conhecimento, assim como ressaltar as dissensões teóricas estabelecidas entre aqueles pressupostos. Isso nos permitirá uma visão do controvertido quadro teórico onde se situa a problemática do conceito como objeto do conhecimento.

Todo questionamento acerca da natureza do conceito ou do próprio conhecimento, brotam da célebre dicotomia objetividade x subjetividade, e é tema recorrente no mundo filosófico desde a Antigüidade clássica. A História está a demonstrar as idas e vindas entre as duas posições epistemológicas, assim como os movimentos de conciliação e superação. Nesse específico, Miguel Reale acentua que “(...) se Dilthey vislumbra na História da Filosofia, como sistema vivo de atitudes e de idéias, um movimento pendular do espírito, entre uma concepção do Eu e uma concepção do Universo, entre uma tendência fundamental para o subjetivo e outra para a objetividade, talvez será certo dizer que há momentos na História em que se busca superar aquele ritmo pendular em busca de uma unidade ambivalente”.²⁹ Tal se sucede na atualidade.

Em nossos dias, não se verifica, propriamente, “(...) o abandono ou descrédito dos problemas gnoseológicos, como problemas prévios e condicionantes, mas sim, uma

mudança de atitude e de perspectiva no sentido de situar-se o conhecimento de modo estrutural, superando-se o isolamento e a abstração de um sujeito cognoscente concebido formalmente *a priori*, passando-se a considerar o ser cognoscente inserido nas circunstâncias históricas, sociais em que o conhecimento se realiza e, mais ainda, em função do real reclamado pela internacionalidade mesma da consciência”.³⁰

Essa posição sugere a superação das posições unilaterais e inclina-se para afirmação de uma racionalidade entre sujeito e objeto embora como elementos heterogêneos. Neste contexto, “(...) o conhecimento depende, de duas condições complementares: um sujeito que se projeta no sentido de algo, visando a captá-lo e torná-lo seu; algo que já deve possuir necessariamente uma certa determinação, uma certa estrutura ‘objetiva’ virtual, sem a qual seria logicamente impossível a captação. O ser não é, neste sentido, o absolutamente indeterminado, mas antes o infinitamente determinável”.³¹

O problema em estabelecer-se a natureza, origem e validade do conceito sofre, pois, a influência de duas grandes vertentes na História da Filosofia, culminando com uma terceira que pretende a superação dos extremos. Ou seja, se na Filosofia Clássica e até finais da Idade Média (principalmente por influência do tomismo) as perquirições vinculavam-se à essência do ser (o ser enquanto ser), a partir do séc. XVI o eixo das indagações filosóficas desloca-se no sentido da sua apreciação sob a perspectiva do sujeito, do conhecimento subjetivo. Na primeira metade do séc. XX vê-se o retorno à valorização do objeto. Por fim, observa-se a pretensão de conciliar o objetivismo ontológico, metafísico, com o subjetivismo, entendendo serem ambos, sujeito e objeto, partes integrantes e inseparáveis do processo dialético do conhecimento.

Hessen elencou cinco posições epistemológicas que retratam de alguma forma essa controvérsia: o racionalismo, o empirismo, o intelectualismo, o apriorismo e uma posição própria.

Para o racionalismo, os juízos possuem necessidade lógica e validade universal. Os conteúdos da experiência, portanto, não servem como apoio à atividade conceptual do sujeito. O empirismo, ao contrário, vê como única fonte do conhecimento a experiência,

não concebendo a razão como seu pressuposto. “Todos os nossos conceitos, incluindo os mais gerais e abstratos, procedem da experiência.”³² A partir das percepções concretas chega-se as representações gerais e conceitos. Estes nascem, por conseguinte, organicamente da experiência.³³ A terceira posição, a do intelectualismo, é uma posição intermediária, que visa à mediação entre racionalismo e empirismo. Ambos os fatores, o pensamento e a experiência, tomam parte na produção do conhecimento. Enquanto o racionalismo considera os elementos dos juízos logicamente necessários e universalmente válidos como dados *a priori*, o intelectualismo deriva-os da experiência, “(...) a consciência cognoscente lê na experiência, tira os seus conceitos da experiência”.³⁴ Como quarta posição epistemológica, o apriorismo também considera a experiência e o pensamento como fontes do conhecimento. Ao contrário, entretanto, do racionalismo, que considerava os fatores *a priori* como completos, conceitos perfeitos, para o apriorismo estes fatores são de natureza formal, “(...) estas formas recebem o seu conteúdo da experiência”.³⁵

Finalmente, Hessen, formula uma posição própria, dentro das possibilidades e limites da psicologia: “A psicologia não sabe nada de conceitos inatos, nem tampouco de conceitos dimanados de fontes transcendentais. A Psicologia demonstra, ao contrário, que a formação dos nossos conceitos sofre a influência da experiência, que por conseguinte, na gênese dos nossos conceitos tem lugar, não só o pensamento, mas também, a experiência, “(...) que o conhecimento puro é um cruzamento de conteúdos de consciência intuitivos e não intuitivos; um produto do fator racional e do fator empírico”.³⁶

Quanto à essência e validade do conhecimento propriamente ditas, temos, ao lado da solução teológica, que remonta ao absoluto, à solução metafísica, que encerra duas posições bem definidas, a do realismo e a do idealismo, esta última subdividindo-se em idealismo subjetivo e lógico. Para a primeira, os objetos existem por si, independentemente da consciência. Pelo contrário, no idealismo subjetivo, os objetos só existem na consciência, não havendo, portanto, coisas reais independentes dela. Já no idealismo lógico, os objetos não existem, nem por si nem em nossa consciência, senão que precisam ser concebidos a

partir do conceito, como seres lógicos-ideais. Importante ressaltar que ao lado dessas duas vertentes, convivem outras posições não tão bem definidas, mas que gravitam de uma forma mais ou menos próxima das mesmas. É o caso, por exemplo, do fenomenalismo kantiano, “(...) teoria segundo a qual não conhecemos as coisas como são em si, mas como se nos apresenta”,³⁷ ou da posição de Kulpe, segundo a qual o conhecimento pode ser “(...) uma apreensão das realidades não dadas, mas que se revela por meio do dado”, deixando de ser uma produção ou reprodução para se revelar como uma coordenação.³⁸

Todas essas controvérsias, resumidamente expostas, acerca da diversidade de posições epistemológicas, vão refletir-se, historicamente, em todas as instâncias do pensamento filosófico, constituindo núcleos comuns de interpretação do conceito.

No período clássico da Filosofia Grega, o conceito é tido num sentido metafísico, como essência das coisas, havendo então predomínio exclusivo do objeto como elemento do conhecimento, não se cogitando da interferência do sujeito no processo de reprodução da realidade circundante. Assim, “(...) o conceito é assumido como o que se subtrai a diversidade e a mudança dos pontos de vista ou das opiniões, porque se refere àqueles traços que, sendo constitutivos do próprio objeto, não são alterados por uma mudança de perspectiva”.³⁹ Platão considerava a mente humana como possuidora dos objetos, ou seja, “(...) ela encontra já como suas as substâncias que constituem a estrutura fundamental da realidade”.⁴⁰ Para Aristóteles, o conceito é o que circunscreve ou define a substância ou a essência necessária de uma coisa, “(...) é idêntico à substância, que é a estrutura necessária do ser, aquilo para o qual todo ser não pode ser diferente do que é”.⁴¹ Ou seja, neste período o conceito é, em suma, “(...) el organo del conocimiento de la realidad porque se supone que no corta arbitrariamente las articulaciones de ella: las formas en que la realidad se distribuye y de que metafisicamente brota corresponden exactamente a los conceptos que la mente forja (...)”.⁴²

Na escolástica, não houve mudança significativa da perspectiva realista acerca da natureza do conceito. Nas palavras de São Tomás de Aquino “(...) como todo conhecimento é perfeito na medida que há semelhança entre o conhecedor e o conhecido, é preciso que

no sentido haja a semelhança da coisa sensível, quanto aos seus acidentes, mas no intelecto haja semelhança da coisa entendida quanto a sua essência”.⁴³

Na Filosofia Moderna faz-se ainda sentir a influência do realismo. Espinoza explicita a fusão entre conceito e realidade ao enunciar a seguinte analogia: “O círculo existente, o qual está também em Deus, são uma só e mesma coisa, que se manifesta por diversos atributos.”⁴⁴

Os conceitos puros (ou categorias) de Kant guardam, também, uma identificação muito grande com o realismo, ou, nas palavras de Abbagnano, “(...) um realismo do conceito, limitado todavia à realidade fenomênica”.⁴⁵ Não obstante, observa-se, como já referido, uma tendência à mediação entre o elemento intuitivo, subjetivo, e a realidade objetiva. Com efeito, as categorias kantianas são ao mesmo tempo “formas do intelecto” e “condição dos objetos fenomênicos”.⁴⁶ Constituem segundo Abbagnano “(...) os próprios objetos fenomênicos, isto é, os objetos de toda experiência possível”.⁴⁷ A diferença que se faz notar entre a posição kantiana e a metafísica grega com relação aos conceitos, é que, para Kant “(...) o conceito não é toda a realidade e não é criador da realidade mesma: constitui a ordem necessária, pela qual a realidade se revela à indagação científica como submetida a leis imutáveis”.⁴⁸ José Ferrater Mora salienta este aspecto mediador do pensamento kantiano, notadamente quando sua concepção assume um caráter ôntico. Para o autor, “(...) Kant representa, como es sabido, um esfuerzo vigoroso para hacer del concepto algo vinculado a una intuición y, por lo tanto, para no dejarlo a merced de una mera absorción metafísica o de una disolución psicológica. La conocida tesis de que los conceptos sin intuiciones son vacíos y de que las intuiciones sin conceptos son ciegas, muestra suficientemente tal proposito”.⁴⁹

O idealismo hegeliano, por outro lado, reflete de forma mais nítida o sentido metafísico do conceito, ou seja, a identidade entre a realidade objetiva e o conceito. Tanto para Hegel como para Aristóteles, a idéia de essência necessária da realidade está presente, o que sugere a impossibilidade de mostrar-se diferente do que é. Corroborando esta afirmação,

Hegel, sustenta que “(...) o verdadeiro conceito (e não o que assim se denomina muitas vezes e não passa de uma determinação abstrata do intelecto) é o único que possui realidade, justamente, porque ele mesmo a assume. Toda a realidade que não for a realidade assumida pelo próprio conceito, é existência passageira, contigência exterior, opinião, aparência superficial, erro, ilusão, etc.”⁵⁰ Esta idéia fica bem clara na interpretação de Ferrater. Segundo ele, o conceito, para Hegel “(...) es un tercer termino, un ‘Drittes’, entre el el ser y el devenir, entre lo inmediato y la reflexion, de modo que en su processo dialectico (universalidad, particularidad, individualidad) se manifiesta no solamente el desenvolvimiento del ser logico, sino tambien el del ser real. El processo dialectico del concepto llega asi, a traves de los momentos del concepto subjetivo y objetivo, hasta la idea, que es su sintesis y que representa la completa verdad del ser despues de su auto-manifestacion total, de tal suerte que la contradiccion y la superacion de las contradicciones del concepto equivalen a la contradiccion y a la superacion de las contradicciones del ser”.⁵¹

Na Filosofia Contemporânea, a concepção hegeliana do conceito (como realidade necessária ou necessidade real) foi retomada, havendo ainda, na fenomenologia de Husserl um retorno à idéia aristotélica do conceito.

Um outro núcleo comum de interpretação filosófica historicamente encontrado, que tratou da natureza do conceito, teve origem no estoicismo. Os estóicos estudaram o conceito como o signo do objeto e elaboraram, a partir deste entendimento, uma teoria dos signos. Para esta, segundo Abbagnano, signo é entendido como “(...) uma proposição que, sendo antecedente em uma conexão verdadeira, é descobridora da conseqüente”.⁵² Assim, se terá um signo quando se tiver “(...) uma proposição condicional do tipo ‘Se...então’, a qual satisfaça a duas condições: 1) deve começar pelo verdadeiro e acabar no verdadeiro; isto é, tanto o antecedente como o conseqüente devem ser verdadeiros; 2) deve ser descobridora, isto é, deve dizer alguma coisa de não imediatamente evidente. Por exemplo: ‘Se é dia, há luz’, dito quando é dia, não é ainda um signo; mas é um signo a proposição: ‘Se esta mulher tem leite, então deu a luz’, onde o antecedente é descobridor do

conseqüente”.⁵³ A conexão deste pensamento com a função lógica do conceito, como já tivemos a oportunidade de salientar, é inequívoca.

Já o empirismo compreendeu o conceito sob a perspectiva psicológica. Para Ferratter Mora, “(...) durante la epoca moderna, el problema del concepto en el sentido apuntado siguió vinculado al problema del desarrollo de la idea. Senalemos, sin embargo, que en la medida en que el empirismo predomina, el concepto se convierte en una realidad psicologica(...)”⁵⁴ No mesmo sentido Abbagnano ressalta que, “(...) é próprio do empirismo assumir a explicação psicológica da gênese do conceito como justificação de sua validade, isto é, julgar demonstrada a validade do conceito e a legitimidade do seu uso por haver demonstrado o modo pelo qual ele vem a se formar no homem com a ação da abstração (como julgava Locke) ou da associação psicológica, como julgam os empiristas da primeira metade do séc. XIX.”⁵⁵ A análise da obra de John Locke ‘Ensaio Acerca do Entendimento’, torna claro este fato, a começar pelo título do capítulo I do livro I: “Não há princípios inatos na mente”, e do próprio título desse livro: “Nem os princípios nem as idéias são inatas”. A propósito, o primeiro parágrafo deste capítulo é esclarecedor: “Consiste numa opinião estabelecida entre alguns homens que o entendimento comporta certos princípios inatos, certas noções primárias, ‘koinai enoiai’, caracteres, os quais estariam estampados na mente do homem, cuja alma os recebera em seu ser primordial e os transportara consigo ao mundo. Seria suficiente para convencer os leitores sem preconceito da falsidade desta hipótese, se pudesse apenas mostrar como os homens, simplesmente pelo uso de suas faculdades naturais, podem adquirir todo conhecimento que possuem sem a ajuda de quaisquer impressões inatas e podem alcançar a certeza sem quaisquer destas noções ou princípios originais.”⁵⁶

A especialização do conhecimento, contribuição trazida pelo positivismo e que determinou o avanço das controvérsias acerca da natureza do conceito, ao nível de ramos específicos do conhecimento, como fora destacado no item anterior, foi influenciada, portanto, no contexto que aqui se apresentou, pelas alternativas criadas pelo debate histórico travado entre as diversas tendências e correntes do pensamento filosófico.

1.3. Fundamento, Validade e Classificação

Importante se faz salientar a correspondência que se estabelece entre o conceito e o conhecimento humano, afirmando ser o conceito o elemento de intermediação através do qual o sujeito apreende o objeto. Tem-se pois, que os fundamentos do conceito devem relacionar-se com os fundamentos do conhecimento. Estes, por sua vez, estão intrinsecamente relacionados com a verdade: “Verdadeiro conhecimento é somente conhecimento verdadeiro. Um conhecimento falso não é propriamente conhecimento, mas sim erro e ilusão.”⁵⁷ Para Diamantino, “(...) a verdade é de tal modo inerente ao ato de conhecer, que não há afirmação alguma que não implique a afirmação de uma verdade.”⁵⁸

A análise deste tema, tão controvertido, envolverá o binômio realidade e valor, e encerrará algumas indagações que deverão, necessariamente, ser analisadas:

1. Qual a relação que se estabelece entre o conceito, a verdade, a realidade objetiva e os valores?
2. Deve o conceito, para caracterizar-se como tal, ser verdadeiro?
3. Se a verdade assenta-se na “concordância da imagem com o objeto”, que instrumento ou autoridade poderão assegurar a certeza desta identificação?
4. Quais os critérios para o estabelecimento da verdade?
5. É a verdade absoluta ou relativa?

Estas são as questões que merecem especial atenção.

A análise da verdade está diretamente relacionada com a busca do fundamento do conhecimento e, portanto, dos conceitos. Neste sentido afirma Hilton Jupiassu que “(...) uma das questões mais diretamente ligadas à busca dos fundamentos da ciência e à reflexão filosófica sobre suas condições reais de produção é justamente a questão da verdade. Do ponto de vista epistemológico, podemos dizer que a categoria da verdade sempre apareceu como o cimento de qualquer teoria do conhecimento”.⁵⁹ Portanto, não é sem razão que todos os autores que se dedicam ao estudo da teoria do conhecimento abordam o tema da verdade, embora sob perspectivas diferenciadas.

O problema do conhecimento, que pressupõe a verdade, não se resolve pela descrição do seu fenômeno, mas, sim pela busca dos seus fundamentos.⁶⁰ Para tanto, há que se fazer uma digressão, agora mais específica, acerca da controvérsia fundamental que permeia toda a teoria do conhecimento, qual seja, as perspectivas da realidade objetiva ou do sujeito como referência do conhecimento.

Em torno deste dualismo, encontramos na História do pensamento filosófico inúmeras correntes que, seguindo pontos de partida diversos, pretendem determinar as possibilidades e as referências para o alcance da verdade. Neste sentido, Diamantino Martins afirma que “(...) há duas espécies de adesão à verdade e espécies de certezas, umas em que nos movemos pelo objeto presente, outras em que nos movemos por razões pensadas”,⁶¹ podendo, portanto, desta forma, “(...) aferir-se a realidade por vários critérios; por princípios concretos e por princípios abstratos, pelos quais se avalia o seu valor e realidade”.⁶²

Bochenski aponta os dois modos possíveis de se conceber a verdade e a realidade: o idealista e o realista. Para o idealismo o conhecimento humano é criador, já que cria o objeto. Para tanto, supõem um ‘Eu transcendental’ ou ‘Eu universal’ que cria os objetos e um ‘Eu empírico’, pequeno, que os percebe tal como apresentados pelo ‘Eu maior’. Para o realismo, ao contrário, o conhecimento humano provém da apreensão da realidade objetiva.⁶³

A essas duas concepções, bastante nítidas e diferenciadas de apreciação da verdade, correspondem dois critérios que as sustentam. Para o critério da verdade imanente, a que corresponde à concepção idealista, “(...) a essência da verdade não assenta na relação do conteúdo do pensamento com algo que se encontra perante o nosso pensamento, algo transcendente ao pensamento, mas sim, com algo que reside dentro do próprio pensamento. Um juízo é verdadeiro quando está formado em relação com as leis e as normas do pensamento. A verdade significa, deste modo, algo puramente formal, coincide com a

correção lógica”.⁶⁴ Já no critério da verdade transcendente a que corresponde á concepção realista, “(...) a verdade do conhecimento consiste na concordância do conteúdo do pensamento com o objeto”.⁶⁵

Hessen acrescenta mais dois critérios utilizáveis para a apreensão da verdade: o critério da presença ou realidade imediata do objeto e o critério utilitário. Pelo primeiro, a verdade se expressa através da ‘evidência da percepção interina’ (Meinong) ou da ‘auto-certeza da consciência’ (Volkelt). É uma certeza pré-lógica, pois dela não toma parte o trabalho do pensamento, assemelhando-se, portanto, ao conhecimento intuitivo. O critério utilitário é o critério do valioso, do útil, fomentador da vida, do pragmatismo.⁶⁶

É importante ressaltar, a margem dos critérios já expostos, a posição de Russell, que acredita na existência da verdade, mas não na possibilidade de adotar-se critérios para o seu reconhecimento, ou seja, não crê que exista qualquer título através do qual se possa saber sempre se um juízo é verdadeiro ou falso.⁶⁷ Esta também é a posição de Karl Popper, para quem não existe um critério para a aferição da verdade, o que entretanto não tira a legitimidade lógica da sua noção.

Para Hessen, a verdade é, em síntese, produto de uma relação entre sujeito e objeto a partir da qual constitui-se uma imagem de referência, representação ou idéia que deve necessariamente guardar correspondência com a realidade objetiva. Tem-se como conhecimento verdadeiro, aquele em que seu conteúdo guarda concordância com o objeto designado. Assim, a verdade “(...) exprime uma relação, a relação do conteúdo do pensamento, da imagem com o objeto”.⁶⁸ Verdadeiro ou falso é, pois, o conteúdo da imagem consciente. O objeto, por si, não é falso ou verdadeiro, encontrando-se “mais além da verdade e da falsidade”.⁶⁹ Esta é a verdade lógica, onde para Bochenski, “(...) verdadeiros só podem ser os pensamentos, os juízos, as proposições, mas não as coisas fora da mente. (...) uma expressão, um pensamento, são logicamente verdadeiros se, na realidade é assim como eles afirmam, e são falsos se a realidade é diferente”.⁷⁰

A verdade lógica é, também, sustentada por Russell, para quem, as coisas para serem verdadeiras ou falsas não podem referir-se aos objetos em si, mas aos enunciados, crenças ou juízos: “Quando, por exemplo, vemos o sol brilhando, o próprio sol não é verdadeiro, mas o juízo ‘o sol está brilhando’ é verdadeiro.”⁷¹ Neste sentido, para o autor, a verdade ou falsidade dos enunciados define-se através da verdade ou falsidade das crenças: “(...) ao considerar a natureza da verdade podemos restringir-nos a verdade das crenças, uma vez que a verdade dos enunciados é derivada da verdade das crenças”.⁷²

Na visão positivista, “(...) a verdade ou a falsidade de um enunciado só pode ser estabelecida por um recurso, a experiência, isto é, direta ou indiretamente, a observação”.⁷³

Entretanto, a captação da realidade fenomênica pelo homem não se constitui uma reprodução isenta e perfeita do próprio real, pois “(...) em toda apropriação do real entra em ação um sujeito que por definição é subjetivo. Ele deve atingir a objetividade através de um processo de construção da subjetividade”.⁷⁴

Este processo, que é inerente ao conhecimento humano, justifica a indagação de Russell acerca do caráter absoluto ou relativo da verdade. Existem muitas verdades ou uma só, a Verdade?

Ao entender a verdade como uma propriedade dos juízos, Russell conclui que a mesma não existiria se não existisse a mente. Por outro lado, a perspectiva da existência de apenas uma verdade, o chamado monismo lógico ou idealismo monista, segundo o qual a realidade é una, objetiva e absoluta,⁷⁵ é refutada. Para o autor, a verdade é relacional, corresponde à relação entre duas relações: a do juízo e a do objeto complexo correspondente, ou seja, “(...) a relação como ela entra no juízo deve ter um sentido, e no complexo correspondente deve ter o mesmo sentido”.⁷⁶

Para a epistemologia histórica, sob um prisma específico, a verdade absoluta é, também, refutada. Nesta perspectiva, não existe verdade única, mas sim, verdades descobertas após o processo de produção histórica.

Nesse sentido, há que se ter conta, a relatividade inerente ao processo de recuperação da realidade objetiva pelo homem. A aproximação do real pode variar, tendo em vista a dependência, não apenas de sujeito histórico, mas também, de uma realidade histórica. Portanto, para Jupiassu, “(...) mesmo que admitamos a invariância das leis lógicas, somos forçados a reconhecer que elas são efetivamente aplicadas por sujeitos variantes sobre uma realidade que também é mutuante. Donde a impossibilidade de uma objetividade perfeita.”⁷⁷ Assim, “(...) aquilo que comumente se chama verdade, seja científica, seja filosófica, não passa de um ideal a ser atingido”.⁷⁸

Segundo o seu pensamento, mais importante do que crer na existência da verdade ou acreditar possui-la é buscá-la. O autor não nega a existência da verdade, porém, acredita não haver um conceito absoluto, pois este não poderia escapar a “categoria da temporalidade”: “Uma verdade absoluta, uma verdade em si, opõe-se radicalmente à circulação das verdades.”⁷⁹ Neste sentido, entende que sendo o mundo em que vivemos plural, onde coexistem diversas formas de discurso, várias formas de se conceber o Homem, não existe mais a verdade, porém, verdades; “(...) toda verdade é uma procura da verdade”.⁸⁰

Em suma, para Jupiassu, não há verdade absoluta no domínio do conhecimento humano, já que a verdade é uma realidade histórica e, portanto, relativa: “(...) a verdade humana é filha do tempo”.⁸¹

Vê-se que a formulação de um conceito de verdade e os critérios eleitos para o seu estabelecimento pressupõem a adoção de uma posição epistemológica determinada. Não obstante, se pode afirmar que a referência à realidade, explícita ou implicitamente é uma constante. Com efeito, “(...) podem dar-se verbalmente muitas definições de verdade, mas só uma é admitida por todos, mesmo por aqueles cujas fórmulas pretendem refutá-la: materialista ou espiritualista, positivista ou idealista, pragamatista ou relativista, céptico ou dogmático, todos estão de acordo em que as suas expressões traduzem a realidade. Podem divergir quanto à natureza desta realidade, quanto aos métodos de conhecimento, quanto ao alcance das faculdades cognoscitivas.”⁸²

Essa compreensão relativista da realidade e por consequência da verdade, nos remete agora à análise do valor como fundamento implícito dos conceitos e elemento essencial à sua classificação.

Radbruch opõe a realidade aos valores, classificando-a segundo à referência mais ou menos imediata a estes. Apenas o reino da natureza se nos apresenta como dados da experiência despojadas de valor, ou seja, como realidade referida à realidade.⁸³ O mundo da cultura é criado pelo homem através da referência de realidades a valores, “(...) não é o mesmo que a realização dos valores, mas é o conjunto de dados que têm para nós a significação e o sentido de os pretenderem realizar”.⁸⁴ Desta forma, às duas atitudes do nosso espírito, face à realidade e ao valor propriamente dito, acrescenta-se uma terceira, denominada cultural, pois tem no Homem o seu elemento de aglutinação. Existe ainda uma quarta atitude do espírito, denominada religiosa, que supera os valores, fazendo desaparecer as antíteses valor-desvalor, valor-realidade. “A Religião nasce da intolerabilidade do contraste entre valor e realidade”. A superação desta antítese, pressupõe, portanto, a sua existência.⁸⁵

A essas quatro atitudes do espírito, correspondem, respectivamente, quatro formas através das quais se revestem os dados da experiência: ser, valor, sentido e religião.

Seguindo esse raciocínio é de se afirmar também, que a cada atitude do espírito formar-se-ão conceitos distintos e incomunicáveis. Já que segundo Radbruch, “(...) seria um milagre extraordinário — produto duma espécie de harmonia preestabelecida entre dois modos totalmente diversos de contemplar a realidade, que ninguém suspeitaria possível — se um conceito formado com referência a valores, como o de Direito ou o do crime, pudesse coincidir com um conceito naturalístico obtido através duma contemplação não valorativa das coisas.”⁸⁶ Neste sentido, podemos afirmar a existência de quatro categorias de conceitos: conceitos não valorativos, conceitos valorativos, conceitos referidos a valores e conceitos superadores dos valores.

Kant distingue os conceitos empíricos dos conceitos puros ou categorias. Os primeiros referem-se às coisas mediante uma sensação, são fundados na experiência da intuição, que é singular. Os conceitos puros ou categorias são universais, são ao mesmo tempo, formas do intelecto e condição dos objetos fenomênicos, isto é, dos objetos de toda experiência possível. A doutrina fundamental do kantismo é, precisamente, “(...) o caráter constitutivo dos conceitos puros, caráter no qual se funda o próprio caráter representativo dos conceitos empíricos”.⁸⁷ Esta classificação é também adotada por Radbruch quando distingue as categorias *a priori*, “as absolutamente necessárias”, das formas concretas ou criações acidentais.⁸⁸

Estas são, em suma, as considerações principais que nos permitirão compreender a transposição do conceito para o mundo jurídico. A distinção entre conceitos ontológicos e conceitos jurídicos, que seria, a rigor, a classificação fundamental desse item, será objeto específico de estudo do próximo Capítulo.

NOTAS

1. SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 19ª ed., São Paulo: Cortez, 1993, pág. 146.
2. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. de Oswaldo Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990, pág. 20.
3. DIAMANTINO Martins, S. J. *Tèoria do Conhecimento*. Braga: Livraria Cruz, 1957, pág. 55.
4. Idem, p. 55
5. KANT, Immanuel. *Lógica*. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992, pág. 53.
6. KANT, Immanuel, *apud* Reale, Miguel. *Filosofia do Direito*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1975, pág. 91.
7. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1975, pág. 26.
8. FREGE, Gottlob. *Lógica e Filosofia da Linguagem*. Trad. Paulo Alcoforado. São Paulo: Editora Cultrix, 1978, pág. 89.
9. LEFEBVRE, Henri. *Lógica Formal Lógica Dialética*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, pág. 222.
10. MACEDO, Silvio. *Enciclopédia Saraiva*. São Paulo: Saraiva, 1977, pág. 33.
11. MORA, José Ferrater. *Diccionario de Filosofia*. 4ª ed., Madrid: Alianza Editorial, 1982, pág. 557.
12. ENCICLOPÉDIA INTERNACIONAL DE LAS CIENCIAS SOCIALES, dirigida por David L. Sills. vol 2, Espanha: Aguilar, 1974, pág. 693.
13. Idem, pág. 693.
14. ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. 2ª ed., São Paulo: Mestre Jou, 1982, pág. 154.

15. FREGE, Gottlob, *apud* ABBAGNANO, Nicola, ob. cit. pág. 154.
16. Idem, pág. 109.
17. HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. Trad. Antônio Correia. 4ª ed., Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968, pág. 80.
18. Referência anotação pessoal aula prof. Mário Guerreiro — Curso de Filosofia, ESA/RJ em 20/07/93.
19. BUNGE, Mário. *Epistemologia*. Curso de Atualização. Trad. Cláudio Navarro. São Paulo: USP, 1980, pág. 44.
20. CASSIRER, Ernst. *Linguagem e Mito*. São Paulo, Perspectiva, 1972, pág. 49.
21. MORA, José Ferrater, ob. cit. pág. 165.
22. SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística Geral*. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Bleckstein. São Paulo: Cultrix, 1970, pág. 80.
23. Idem, pág. 80.
24. Idem, pág. 119.
25. CASSIRER, Ernst. op. cit., pág. 48.
26. LEFEBVRE, Henri, op cit. pág. 50.
27. Idem, pág. 222.
28. LOCKE, John. *Ensaio Acerca do Entendimento Humano*. Trad. Anoar Aiex. 5ª ed., São Paulo: Nova Cultural, 1991, pág. 116. Coleção Os Pensadores.
29. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1975, pág. 46.
30. Idem, p. 47
31. Idem, p. 115
32. HESSEN, Johannes, op. cit., pág. 33.
33. Idem, pág. 69.
34. Idem, pág. 75.
35. Idem, pág. 78.
36. Idem, pág. 81.

37. Idem, pág. 108.
38. Idem, pág. 151.
39. ABBAGNANO, Nicola, op. cit, pág. 51.
40. Idem, pág. 152.
41. Idem, pág. 152.
42. MORA, José Ferrater. op. cit. pág.167.
43. AQUINO, S. Tomás de., *apud* ABBAGNANO, N., op. cit., pág. 152.
44. ESPINOZA., *apud*, ABBAGNANO, N., op. cit., pág. 152.
45. ABBAGNANO, Nicola, op. cit., pág. 152.
46. Idem, pág. 152.
47. Idem, pág. 152.
48. Idem, pág. 152.
49. MORA, José Ferrater, op. cit., pág. 167.
50. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Ed., 1990, pág. 19.
51. MORA, José Ferrater, op. cit., pág. 167.
52. ABBAGNANO, Nicola, op. cit., pág. 153.
53. Idem, pág. 153.
54. MORA, José Ferratter, op. cit., pág. 167.
55. ABBAGNANO, Nicola, op. cit., pág. 154.
56. LOCKE, John. *Ensaio Acerca do Entendimento Humano*. Trad. Anoar Aiex. S. Paulo: Nova Cultural, 1991, pág.13. Coleção Os Pensadores.
57. HESSEN, J., op. cit., pág. 29.
58. DIAMANTINO, Martins, op. cit, pág. 231.
59. JUPIASSU, Hilton. *Questões Epistemológicas*. Rio de Janeiro: Imago, 1981, pág. 41.
60. HESSEN, J., op. cit., pág. 34.
61. DIAMANTINO, Martins, op. cit., pág. 54.

62. Idem, pág. 58.
63. BOCCHENSKI, J. M. *Diretrizes do Pensamento Filosófico*. Trad. Alfred Simon. 3ª ed., São Paulo: Herder, 1967, pág. 50.
64. HESSEN, J., op. cit., pág. 148.
65. Idem, pág. 147.
66. Idem, pág. 153.
67. RUSSELL, Bertrand. *Ensaio Filosóficos*. Trad. Pablo Ruben Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1986, pág. 152.
68. HESSEN, J., op. cit., pág. 30.
69. Idem, págs. 29-30.
70. BOCCHENSKI, J. M., op. cit., pág. 44.
71. RUSSELL, B., op. cit., pág. 152.
72. Idem, pág. 152.
73. JUPIASSU, H., op. cit., pág. 29.
74. Idem, pág. 31.
75. RUSSELL, B., op. cit., pág. 152.
76. Idem, pág. 158.
77. JUPIASSU, H., op. cit., pág. 31.
78. Idem, pág. 29.
79. Idem, pág. 36.
80. Idem, pág. 41.
81. Idem, pág. 43.
82. DIAMANTINO, Martins, págs. 231-232.
83. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. L. Cabral de Mocanda. 6ª ed., Coimbra: Armenio Amado, 1979, pág. 40.
84. Idem, pág. 42.
85. Idem, pág. 43.
86. Idem, pág. 45.
87. ABBAGNANO, N., op. cit., pág. 268.
88. RADBRUCH, G., op. cit., pág. 268.

CAPÍTULO II

O CONCEITO NO DIREITO

2.1. Considerações iniciais. A especialização do conceito jurídico, sua natureza e definição

Depois de examinadas o sentido e a importância do conceito, em geral, para o conhecimento humano, se faz mister analisar o conceito jurídico como uma modalidade específica, com características e finalidades próprias, tendo como escopo, o conceito jurídico de Propriedade. Não obstante, há que se atingir um ponto onde conceito jurídico e conceito natural se encontram.

Jan Shapp traça algumas observações a respeito, apontando o erro daqueles que insistem em conceber o conceito jurídico como uma categoria, absolutamente, independente. Afirma o autor que “(...) freqüentemente se defende a idéia de que todos os conceitos que têm parentesco com a lei são conceitos jurídicos, porque seu sentido preciso somente se deixaria apurar a partir do conjunto da lei. Ao uso desses conceitos jurídicos pela lei, se contrapõe, então, o uso dos mesmos conceitos em linguagem corrente. Com essa contraposição se desenha uma figura não inteiramente exata. Também o legislador apela

primeiramente ao uso ordinário dos conceitos para decidir os casos sobre os quais fixa sua atenção.”¹

Essa relação, as distinções entre os conceitos e a especialidade do conceito jurídico serão objeto de nossa análise.

O conceito jurídico é definido por Silvio de Macedo como sendo uma espécie de conceito, de natureza teleológica, axiológica e normativa. Capta algumas particularidades de um objeto que se situa no plano social, da interação, da convivência. “Este objeto não é um ser ideal. Nem um ser natural. É um objeto cultural, e, no cultural, algumas notas particularizantes: ação, fim, valor, norma. Uma trivalência: fato, valor, normas.”² Neste sentido, o objeto apreendido pelo conceito jurídico seria um objeto complexo e ergológico, distinto e muito do conceito lógico formal ou matemático.

Silvio Macedo aponta, ainda, três diferentes perspectivas na abordagem do conceito jurídico. Para Capograssi, o conceito jurídico caracteriza-se por traduzir o conteúdo do comando ou o próprio comando. Por outro lado, ao deixar de ser estático, tornando-se dinâmico, nas situações concretas, perde a suposta certeza inicial, adquirindo uma infinidade de significados.³ Scarpelli, compreende o conceito jurídico como sendo, antes de mais nada, o resultado de uma indagação lingüística.⁴ Já para Kaufmann, o conceito jurídico não é um conceito puro, mas sim, normativo.⁵

O caráter especial de que se reveste o conceito jurídico é, ainda, destacado por Karl Engisch, para quem os conceitos biológico e sócio-cultural não coincidem, necessariamente, com os conceitos jurídicos correspondentes ao mesmo objeto.⁶ No mesmo sentido, Carlos Mouchet exemplifica a hipótese, afirmando que “(...) muchas veces el concepto jurídico de una cosa o de una institución coincide con la idea vulgar o corriente. Pero ocurre también con frecuencia que el derecho modifica esa idea para darle mayor precisión, o simplemente por razones de orden técnico. (...) mientras los conceptos corresponden a realidades objetivas, aunque a veces deformadas por el derecho, las construcciones jurídicas son de naturaleza mas artificiosa”.⁷

Esta distinção é aprofundada e elucidada por Eros Roberto Grau, ao pretender explicar, teoricamente, a razão pela qual os conceitos denominados de essencialistas não se confundem com os conceitos jurídicos. O elemento distintivo, entre os dois conceitos, recai, segundo este autor, no objeto. O conceito essencialista está referido a uma coisa, enquanto que o conceito jurídico tem como objeto uma significação atribuível à coisa. Neste sentido, “(...) o objeto do conceito jurídico não existe em si; dele não há representação concreta, nem mesmo gráfica. Apenas, e tão somente, na medida em que o objeto — a significação — do conceito jurídico possa ser reconhecido, uniformemente, por um grupo social poderá prestar-se ao cumprimento de sua função, que é a de permitir a aplicação de normas jurídicas, com um mínimo de segurança e certeza.”⁸ A expressão do conceito essencialista se dá através do signo de uma coisa, que é o seu objeto. Já o conceito jurídico tem como expressão a significação da coisa, que não está no lugar da coisa, mas da significação atribuível à coisa. Destarte, o autor considera o conceito essencialista, expressado, como o primeiro signo de uma coisa, e o conceito jurídico, expressado, como o segundo signo de um primeiro signo. A imagem formulada pelo intérprete, que no conceito essencialista representaria um segundo signo, no conceito jurídico representa o terceiro. Nas suas palavras, “(...) a enunciação (expressão) do conceito jurídico produz em nossas mentes uma imagem, que é um signo de terceiro grau, isto é, um signo — terceiro — da expressão conceitual — segundo — da significação — primeiro”. Assim, “(...) esta imagem (que é a imagem de uma idéia universal, o conceito) está relacionada à coisa, estado ou situação pela mediação de dois signos — a expressão do conceito e a significação atribuível a coisa, estado ou situação — e não de um signo apenas”.⁹

Eros Roberto Grau estabelece, ainda, a distinção entre os conceitos jurídicos e os tipos. “O conceito é abstrato, existe e sobrevive como abstração. Os tipos são noções apreendidas no mundo real; não são inventados, mas descobertos a partir da análise da realidade. Os conceitos jurídicos são signos de significações; os tipos, descrições de coisas, estados ou situações que se manifestam na realidade.”¹⁰ Assim, o conceito jurídico como

“signo de significação” referida a uma coisa, estado ou situação, deve possuir todos os elementos indispensáveis que possibilite a sua integração. Tal não ocorre com o tipo, onde não há necessidade da reprodução de todas as suas notas na coisa para que se dê a sua integração. Daí porque o autor afirma que o tipo não substitui o conceito, embora a recíproca seja verdadeira. Finalmente, o conceito é elemento de raciocínio dedutivo, e o tipo, por outro lado, é elemento do raciocínio indutivo.¹¹ Larenz ressalta esta distinção afirmando que a essência, a natureza de uma relação jurídica se representa, encontra sua forma com o tipo. O pensamento tipológico, pois, está orientado necessariamente a natureza das coisas.¹² E acentua: “(...) el tipo, tal como hemos concebido, es la idea devenida forma en la realidad, hundida, por asi decir, en lo empirico, y vinculada, con ello, a espacio y tiempo”. O autor explicita ainda mais a noção de tipo, acentuando a sua distinção do conceito concreto geral: “Se puede decir, que el tipo representa, por asi decir, el contraste empirico al concepto concreto general. Ahora bien, en cuanto que el concepto concreto general conforma la realidad, sus elementos tienen que reaparecer en los tipos de la realidad como componentes de sentido.”¹³

Necessário se faz, finalmente, tecer algumas considerações a respeito das definições jurídicas e a confusão, freqüentemente estabelecida, entre estas e os conceitos jurídicos.

A definição tem por objetivo elucidar o signo do conceito ou termo. Os termos jurídicos são colhidos da linguagem natural, que pela sua própria natureza, é ambígua e imprecisa. Assim, há necessidade, muitas vezes, da própria norma jurídica, definir o termo do conceito referido. A definição jurídica, a que se denomina ‘conceito estipulativo’, é, pois, “(...) a explicitação do termo do conceito e não deve ser confundida com o conceito jurídico. Este é o signo de uma significação, expressado pela mediação do termo. A definição jurídica está referida ao termo e não diretamente ao conceito; consubstancia — repita-se — uma explicitação do termo do conceito”.¹⁴

Eros Grau salienta o equívoco a que pode levar uma definição que não corresponda a seu conceito em um determinado contexto. Isso ocorre, segundo o autor, “(...) quando

enganosa ou enganadamente, substituímos o conceito pela definição do seu termo, estipulada no âmbito e para os efeitos de um determinado contexto normativo”. De outra parte, há que se compreender a inexistência de uma única e absoluta definição verdadeira no âmbito do Direito. Nesse sentido, “(...) não há, nele, uma definição exata de qualquer termo conceitual, mas sempre um elenco de significações, de cada termo, conversível em elenco de definições corretas. No Direito, para cada problema podem ser discernidas inúmeras soluções, nenhuma delas exata, porém todas corretas. O dinamismo e a complexidade da realidade social reclamam a disponibilidade de um arsenal de soluções corretas a serem adotadas pelo aplicador do Direito.”¹⁵

2.2. A Importância do Conceito no Pensamento Jurídico

Importante se faz ressaltar a influência das escolas do pensamento jurídico na determinação dos conceitos. Destarte, iniciaremos o estudo tendo como referência a Escola que pretendeu reduzir o Direito a um sistema lógico e compreender o fenômeno jurídico a partir da abstração formal dos conceitos.

“Fue Puchta el que con inequívoca precisión llamo la atención de la ciencia del Derecho de su tiempo sobre el camino del sistema lógico, en el sentido de una pirámide de conceptos, decidiendo, así, su desarrollo hacia la jurisprudencia formal de los conceptos.”¹⁶ O fundamento dos conceitos para Puchta derivam, pois, dos conceitos supremos, que por sua vez, devem guardar um conteúdo ético. Assim, “(...) la construcción deductiva del sistema depende, por completo, del presupuesto de un concepto fundamental determinado en su contenido, que no es deducido, a su vez, del Derecho positivo, sino que la viene dado a la ciencia del Derecho positivo por la filosofía del Derecho”.¹⁷

O método de Savigny vinculava as regras jurídicas aos institutos jurídicos que por sua vez tinham uma conexão com o concreto. Na jurisprudência dos conceitos houve

influência do pensamento de Savigny quanto à noção de sistema, mas os conceitos acastelaram-se no próprio sistema dos conceitos comandado pela lógica formal.

A obra e o pensamento de Ihering acerca dos conceitos jurídicos acompanham a evolução dos seus estudos empreendidos sobre a metodologia da Ciência do Direito. Neste sentido, há dois momentos distintos na sua obra. Num primeiro período, contribuiu para o desenvolvimento da teoria da jurisprudência formal dos conceitos. Sua orientação distinguia-se, entretanto, da de Puchta e de Savigny, pois abandonou as categorias éticas da filosofia idealista, inclinando-se para o método das Ciências Naturais. “Ihering no hace ningun intento de explicar la validez real de las proposiciones jurídicas, logicamente posibles; tampoco habria sido capaz de hacerlo, pues — al contrario de Puchta — no parte de un concepto fundamental — anterior al Derecho positivo y para este constitutivo —, sino que su proceso de formacion de conceptos es igual al de las ciencias naturales exactas, siendo exclusivamente inductivo. (...) En este sentido, no representa tampoco nignun progreso la comparacion que Ihering hace entre los conceptos elementales, logrados mediante analisis y abstraccion, y las letras del alfabeto.”¹⁸ Esta crítica à posição inicial de Ihering, formulada por Larenz, é em seguida justificada: “A Ihering le pasa aqui inadvertido, y con ello manifiesta que es un hijo de la epoca positivista, que los sonidos solo se convierten en palabras mediante el sentido que a ellos vincula el intelecto humano, y que, por tanto, si bien es cierto que se puede reproducir mediante una combinacion de letras una determinada asociacion sonora, con ello no se ha dicho todavia nada, sin embargo, sobre el sentido de la misma.”¹⁹

No segundo momento, Ihering desenvolveu uma jurisprudência pragmática de orientação sociológica. A cisão estabelecida em relação ao seu pensamento anterior torna-se clara, podendo ser resumida através de duas frases: “(...) creer en la inmutabilidad de los conceptos juridicos romanos, es una idea completamente imadura, que pone de manifiesto un estudio de la historia al que falta todo sentido critico.” “La vida no son los conceptos, sino que los conceptos existen a causa de la vida. No ha de suceder lo que la

logica postula, sino lo que postula la vida, el trafico, el sentimiento juridico, tanto si es logicamente necesario como si es logicamente imposible.”²⁰ Para Ihering, agora, os conceitos não tem como fundamento um critério idealizado a que se subordinem logicamente: “(...) la ultimas fuentes de los conceptos juridicos romanos han de ser buscadas en los motivos psicologicos y practicos, eticos e historicos”.²¹

A jurisprudência dos interesses substitui a dedução lógico-formal pela investigação dos interesses à luz do critério valorativo da lei. Heck estabelece duas espécies de conceitos: “(...) los conceptos de orden, como, por exemplo, derecho subjetivo, accion ilicita, los forma la ciencia del Derecho en base al orden juridico positivo existente, prescindiendo de lo accesorio y resaltando lo comun y essencial; es decir, mediante la induccion y la abstraccion” e os conceitos de interesse, “(...) como, por ejemplo, situacion der intereses, interes de perfeccionamiento, interes de estabilidad, que sirven a la aprehension conceptual de los intereses que se considern determinantes”.²² Para Heck, os conceitos jurídicos “(...) designariam, conforme a la terminologia tradicional, solo los conceptos de mandato, pero no los conceptos de interes, a pesar de que estos son formados y valorados de modo natural por toda ciencia del Derecho.”²³

O sociologismo jurídico de Ehrlich comprende os conceitos jurídicos a partir dos fatos sociais, os quais criam, efetivamente, o Direito ou a ordem real de uma sociedade. Os conceitos jurídicos são dados histórico-sociológicos que se referem à idéia do Direito. A anterioridade dos conceitos em relação às normas não derivam, aqui, de conceitos supremos de índole racional, deduzidos logicamente, como queria a Escola da Jurisprudência Formal dos conceitos, mas sim, dos fatos historicamente dados. Desta forma, “(...) las relaciones jurídicas no son creadas por las proposiciones juridicas, sino directamente por la sociedad. Familia, corporaciones, propiedad, derechos reales, compraventa, arrendamientos de uso y disfrute, prestamo, eran relaciones jurídicas aun antes de que los juristas romanos hubieran efectuado su primnera generalizacion. Tambien hoy el Derecho consiste, no tanto en proposiciones juridicas (en normas de decision)

como en instituciones jurídicas.”²⁴ Aqui, também, como em Savigny, “(...) el instituto jurídico, como figura de orden realizada en la vida jurídica, constituye la base de las normas a el referidas, que el instituto jurídico no se deriva de ellas”.²⁵

Para Kelsen, os conceitos se equiparam as normas apenas no sentido específico de que ambos possuem um caráter geral. O autor situa-os em dimensões distintas. Enquanto o conceito pertence ao plano do ser, a norma situa-se no plano do deve ser. Daí emergem as distinções: o conceito seria avalorativo, enquanto as condutas referidas a normas conteriam um valor positivo ou negativo, se estivessem, respectivamente, de acordo ou contra o comando das mesmas. Logo, para o autor, “(...) não se pode deduzir de um conceito uma norma como pretende erroneamente a chamada jurisprudência dos conceitos.”²⁶

Na primeira metade do séc. XX, houve uma retomada da teoria dos valores na Filosofia do Direito. Estas reflexões repercutiram e trouxeram novas contribuições à compreensão das relações entre os conceitos naturais e os conceitos jurídicos.

Rickert concebe o Direito como uma Ciência cultural, referida a valores em contraposição as ciências naturais, livre de sentidos e valores. Deste modo, os conceitos jurídicos seriam de índole histórico-cultural e obedeceriam a uma formação teleológica. Segundo o autor, “(...) o conceito de uma individualidade histórica e descritível, como conceito de um portador real de estruturas de sentido, se constitui só mediante a referências aos valores que vão implícitos nos acontecimentos culturais. A contemplação histórica se ocupa de objetos culturais e todo objeto cultural deve ser apreendido na sua unicidade histórica.”²⁷ No mesmo sentido Lask, para quem “(...) tudo que cai dentro do campo do Direito perde seu caráter naturalístico livre de referências a valores” e, portanto, “(...) a formação jurídica do conceito é sempre tida teleologicamente”.²⁸

Esta idéia da apreensão histórica do conceito jurídico é, também, compartilhada por Binder, pois, para ele, o Direito não busca no especial o geral, senão que aplica conceitos gerais como conceitos auxiliares para com sua ajuda, mediante a comparação e a diferenciação do especial, tomar consciência do historicamente dado. “Asi, los conceptos

de propriedade, de usufructo, de pretension, etc. en el sentido del BGB, no son conceptos generales, sino conceptos individuales; como tales, son conjuntos de normas jurídicas cuyo elemento unitario es, en primer lugar, una idea final y en última instancia, además, la idea del Derecho.”²⁹ Um tratamento lógico-formal do Direito é, pois, insuficiente. A formação jurídica do conceito deve proceder teleologicamente. Referindo-se a Radbruch, Binder entende que “(...) así como el concepto del Derecho ha de ser orientado a la idea del Derecho, así también debe obtenerse el concepto de cada instituto jurídico particular en base a su relación con su idea específica”.³⁰ Não obstante, para o autor, ‘a ciência técnica do Direito’ se utiliza, também, do conceito geral abstrato. Assim, a propriedade no sentido do BGB é um conceito individual formado a partir do conceito superior de Direito real, que embora possua uma concepção específica dentro de um determinado ordenamento jurídico, tendo uma significação histórica individual, é em relação ao conceito inferior de propriedade, um conceito geral.³¹ Neste sentido, Binder e Rickert possuem a mesma concepção de conceitos individuais, ou seja, consideram-os como aqueles conceitos formados pela dogmática jurídica, como p. ex. propriedade, contratos, ato ilícito, etc. Isto se explica pelo fato de que a relação teleológica à idéia de Direito, considerada por Binder, é essencial para a formação do conceito e se parece ao método referido ao valor de Rickert.

Segundo a teoria fenomenológica aplicada por Adolf Reinach a objetos do mundo jurídico, “(...) las figuras jurídicas, como p. ex. pretensiones, obligaciones, propiedad, etc., tienen un ser, dice, como lo tienen los números, los árboles o las cosas, es decir, são trascendentes a la conciencia. No han sido halladas arbitrariamente por un Derecho positivo, sino que ya le vienen dados a este; el Derecho simplemente las utiliza. (...) Tiene una estructura propia sobre la que es posible hacer declaraciones apriorísticas. El Derecho puede cogerlas en su esfera o discrepar de ellas pero no puede afectar su existencia propia. Una cosa es la propiedad en sentido del Derecho civil alemán y otra la propiedad como tal”.³²

Gerhart Husserl endossa a concepção *a priori* dos conceitos, como uma base em relação aos conceitos jurídicos, entretanto, de forma enfática, estabelece uma

correspondência necessária entre o *a priori* material e o conteúdo dos conceitos jurídicos. Destarte, “(...) las figuras del Derecho positivo son realizaciones y especializaciones de las posibilidades que vienen dadas apriorísticamente”.³³ Distingue o autor a validade lógica dos conceitos *a priori* sobre os conceitos jurídico-normativos, da validade normativa das proposições jurídicas. Neste sentido, Larenz afirma que a fenomenologia representada por aquele autor, não conduz a normas de Direito natural, senão ao descobrimento de um ‘núcleo de sentido suprapositivo’, no Direito Positivo: “La imagen del nucleo de sentido nos dice, cuando la entendemos rectamente, que en los distintos ordenes juridicos positivos figura un en definitiva identico sentido (por ejemplo: de la propiedad o de la obligacion), el cual, aunque haya sido objeto de multiples modificaciones de sentido, y aunque este mas o menos escondido, constituye, sin embargo, como condicion de su posibilidad, la base de las figuras del Derecho positivo, precisamente porque son figuras de sentido que tienen un especifico sentido juridico.”³⁴ Esse núcleo de sentido afasta-se, pois, do conceito abstrato geral, aproximando-se, da idéia de conceito concreto geral, pois, “(...) el nucleo de sentido no es, en nengun caso, vacio de contenido, sino lleno de contenido; y no representa — al contrario que el concepto generico — como una reunion de características particulares aisladas, sino como una conexion llena de sentido que puede ser variada de multiples maneras”.³⁵

Do conceito abstrato ao conceito concreto geral houve uma nítida evolução no pensamento jurídico, permitindo novas perspectiva para a apreensão dos fenômenos e dos conceitos pela Dogmática, assim como também dos seus limites.

2.3. O reconhecimento do conceito na Dogmática Jurídica

Cabe-nos agora aferir as fontes de manifestação do conceito jurídico, através da sua definição, tendo como referência, a dogmática jurídica.

Para Carlos Mouchet, as definições dos conceitos jurídicos encontram-se tanto na norma legal, em alguns casos, como também na doutrina e na jurisprudência. Desta forma, “(...) el derecho incluye a veces tales definiciones (de los conceptos) entre sus normas (hay numerosos ejemplos en el condigo civil: definicion de la persona, art. 30, del caso fortuito, art. 514, de la compra venta, art. 1.323, etc.). O bien esas definiciones surgen de la enumeracion de los casos comprendidos en la norma. O bien la determinacion precisa del concepto queda librada a la labor paulatina de los juristas y de los magistrados, que van delimitando el alcance de cada expresion utilizada por el derecho, lo cual es precisamente la tarea del interprete.”³⁶

Larenz afirma, no mesmo sentido, as três fontes de manifestação do conceito jurídico, enfatizando o papel do legislador, e o sentido histórico da criação das leis. Para o autor, “(...) el legislador es el creador de la ley, estando vinculado, a su vez, tanto a las conexiones de sentido que le vienen dadas previamente como a su concreta situacion historica. Pero como parte del orden juridico, la ley participa del sentido conjunto y del desarrollo en la historia de este orden; ademas, su significacion viene determinada tambien por la comprension de aquellos a quienes esta confiada su aplicacion. La interpretacion de la ley es un proceso continuo en el que se siguen pensando y en el que se continuan las ideas expresadas en la ley. Este proceso tiene un firme punto de partida: la ley; pero no tiene fin, en tanto que esta ley exista. El resultado que cada vez se obtenga de este proceso es el Derecho ahora vigente. Este es, pues, el comun producto dela legislador, de la jurisprudencia y de las fuerzas del trafico juridico que todavia actuan, de las costumbres juridicas y de las convcciones comunes que se forman en este trafico, del common sense. Tambien la ciencia del Derecho toma parte en este proceso, en la continuacion con el pensamiento del orden juridico y en la interpretacion de la ley con la consciencia de hoy.”³⁷

Em outra passagem, Larenz ressalta e aponta, para além da tarefa do legislador, a fonte por excelência dos conceitos jurídicos. Afirma o autor ser um erro fundamental do positivismo, especialmente do nominalismo jurídico, pensar que o legislador é completamente livre na eleição de seus conceitos. Há alguns conceitos que vêm previamente dados, tanto nas leis da natureza como nos fatos naturais, como o conteúdo essencial, o núcleo de sentido das instituições reconhecidas.³⁸

Lourival Vilanova destaca as contradições que podem ocorrer entre conceitos expressados pelas leis e pela doutrina, denominada aqui “Ciência Dogmática do Direito”. “O Direito Positivo usa linguagem que nem sempre coincide, em seus conteúdos de significação, com o sentido da linguagem da Ciência Dogmática do Direito”; e exemplifica: “(...) o conceito legal de posse nem sempre é o mesmo científico de posse”.³⁹ Finaliza o raciocínio citando Pontes de Miranda: “A ciência jurídica não pode se limitar à precipitação dos preceitos de Direito em conceitos jurídicos...”⁴⁰

Já Karl Engisch, ressalta a relativização dos conceitos homônimos na própria lei. “Muitas vezes o legislador liga a uma mesma palavra, na mesma lei e em leis diversas, um sentido diferente. Tal é o caso, por exemplo, com as palavras funcionário, posse, propriedade, etc. Fala-se, nestes casos, de uma relatividade dos conceitos jurídicos.”⁴¹

A relativização dos conceitos, é destacada, também, por J. Batista Machado, que no prefácio da obra de Karl Engisch, distingue os conceitos na Ciência especulativa e na Ciência prática afirmando que “(...) nas duas ordens de Ciência, conceitos do mesmo nome, referir-se-ão ao real de maneira diversa”.⁴² Salienta ainda que a acepção do conceito há de ser induzida no sentido especial de cada norma, vez que (o conceito), está na dependência do juízo de valor do preceito em que se insere. Quanto ao papel desempenhado pelo legislador e pela lei na exteriorização do conceito jurídico, afirma, o mesmo autor, que “(...) o significado designativo do conceito jurídico é sempre subordinado ao seu significado normativo — mesmo quando se trata de determinação dos fatos. Desse modo, nunca a questão de fato e a questão de direito poderiam ser logicamente distinguidas —

nem mesmo, ao contrário do que afirma Engisch, onde fosse possível substituir os conceitos da lei por precisos conceitos naturalísticos, referidos à realidade”.⁴³ A seguir, complementa o seu raciocínio, enfatizando o caráter dinâmico dos conceitos e o papel histórico por ele desempenhado: “(...) não está no poder do legislador cristalizar a história, e se o Direito se fechasse ao fático seria submergido pela evolução da vida e nela se alienaria, perdendo a posição de comando, a iniciativa normadora.”⁴⁴ Esta afirmação coaduna-se integralmente com a situação jurídico-doutrinária da propriedade contemporânea, como teremos oportunidade de avaliar. (Capítulo 5.5)

2.4. Classificação, características e finalidades.

O papel do jurista na apreensão dos conceitos

O sistema jurídico-normativo é determinado, sobretudo, mediante os institutos jurídicos. É, portanto, fundamental para sua compreensão, entender-se a constituição dos conceitos e a forma pela qual se dá a relação de sentido entre estes e os institutos jurídicos. Para tanto, há que se ter em conta a diversidade dos conceitos, sua classificação e o processo pelo qual o aplicador do Direito, pode, distintamente, atribuir uma ordem hierárquica aos mesmos.

Coing estabelece a seguinte classificação dos conceitos jurídicos:

1. “Conceitos essenciais que se baseiam em valores éticos como, por exemplo, a boa fé”;
2. “Conceitos essenciais” que se baseiam na essência de fenômenos típicos da vida social penetrados de valor como, por exemplo, matrimônio, propriedade privada, posse e pessoa”;
3. “Conceitos gerais empíricos de objetos e acontecimentos que têm importância na vida social, como por exemplo, bem imóvel, casa, árvore”;

4. “Conceitos gerais empíricos de índole técnico-jurídico como, por exemplo, sujeito de Direito, objeto de Direito, pretensão, declaração de vontade, letra de câmbio”.⁴⁵

Para Stamler, na formação do sistema jurídico, os conceitos classificam-se em conceitos fundamentais puros do Direito; conceitos jurídicos condicionados; conceitos superiores (genéricos); conceitos inferiores (específicos). Pode-se falar aqui numa hierarquia de conceitos, onde os conceitos puros são conceitos, *a priori*, não vinculados a um “querer jurídico condicionado”, e os conceitos condicionados são derivados e subordinados aos conceitos fundamentais puros e concebidos a partir de um Direito historicamente dado.⁴⁶

Engisch, por outro lado, contrapõe os conceitos normativos aos conceitos descritivos, entendendo por conceitos normativos, aqueles que, “(...) contrariamente aos conceitos descritivos, visam a dados que não são simplesmente perceptíveis pelos sentidos ou percepçionáveis, mas que só em conexão com o mundo das normas se tornam representáveis e compreensíveis”.⁴⁷ O autor caracteriza os conceitos jurídicos como predominantemente indeterminados, tanto os naturalísticos, como escuridão, coisa, paz noturna, perigo, quanto os propriamente jurídicos, tais como, homicídio, crime, negócio jurídico, etc. Neste sentido, os conceitos normativos são por ele considerados uma classe especial de conceitos indeterminados.⁴⁸ Engisch faz referência, ainda, aos conceitos discricionários como uma subespécie de conceitos normativos indeterminados. Discricionários seriam os conceitos concebidos segundo a valoração pessoal da autoridade, quando fosse lícito admitir, segundo a vontade do legislador, a eleição de uma entre duas possibilidades opostas.⁴⁹

Esta idéia é refutada por Eros Grau. Para o autor, a referida indeterminação dos conceitos não é qualidade que lhe possa ser atribuída, mas sim, aos termos que o expressam. Seguindo essa orientação, “(...) os conceitos consubstanciam sumas de idéias que para se realizarem como conceitos, hão de ser, no mínimo, determinadas. A mencionada indeterminação dos conceitos jurídicos, pois, não é deles, mas sim, dos termos que os expressam, mercê da sua ambigüidade ou imprecisão.”⁵⁰ Prefere o autor denominar os chamados conceitos indeterminados ou abertos, de conceitos jurídicos “carentes de

preenchimento com dados extraídos da realidade”, contrapondo-os àqueles outros, que são produtos único e exclusivo da abstração. Nesta última categoria, encontra-se, por exemplo, o conceito de Direito Subjetivo que seria um típico conceito técnico-jurídico. Estes seriam conceitos ambíguos, porém não imprecisos, como aqueles outros. Para preencher os conceitos abertos, o aplicador deverá buscar, não a definição do termo do conceito, que o levaria a determinação da essência do definido, mas sim, a sua significação. Isto se explica pelo fato de que, para Eros Grau, o conceito jurídico é significação e não essência, e, portanto, “(...) ao aplicador do Direito não importa descobrir a essência das coisas, mas sim, descobrir o significado dos conceitos. Cabe-lhe, assim, inicialmente enunciar o contexto em que se insere o conceito e, posteriormente, buscar uma definição operacional (funcional) e não essencialista — dele”.⁵¹ Neste sentido, procede a observação de Alf Ross, segundo a qual “(...) os conceitos jurídicos não são idéias, reflexões sobre a essência das coisas, mas ferramentas que forjamos para descrever a realidade”.⁵²

A distinção fundamental, no campo da aplicação do Direito, que se pode estabelecer em relação as duas espécies de conceitos supra referidas, é a de que, nos conceitos puramente abstratos ou técnico jurídicos, o aplicador, na busca da significação dos seus termos, deverá valer-se unicamente dos instrumentos da dogmática jurídica, ao passo que, nos conceitos abertos, a busca de suas significações, importará, também, a percepção dos dados da realidade histórico-social. Eros Grau acrescenta a estes elementos, “(...) a consideração das concepções políticas predominantes, concepções essas que variam conforme a atuação das forças sociais”.⁵³ Depreende-se, deste entendimento, portanto, a importância do uso de instrumentos do realismo jurídico. O autor conclui o seu raciocínio, afirmando, não o descompromisso com a dogmática jurídica, mas “(...) o abrir-se desta para que nela seja acolhida a doutrina real do Direito ou, se tanto não for concedido, a necessidade de os instrumentos de ambas serem conjuntamente utilizados para o preenchimento dos conceitos jurídicos abertos”.⁵⁴ Assim, ao lado do caráter dinâmico dos conceitos, há que se ter em consideração os seus fins, ou seja, a sua funcionalidade e operacionalidade.

Larenz, sob outro enfoque, também atribui aos conceitos jurídicos essas mesmas qualidades, tomando como referência o conceito concreto-geral.

O conceito concreto geral não é um conceito deduzido dos objetos que se encontram na realidade, mas sim, um princípio que serve de base ao real, que conforma a realidade. Para o autor “(...) es idea objetiva, imanente al ser, es decir, principio, y, como tal, es lo verdaderamente primero, y las cosas son lo que son en virtud de la actividade del concepto que les es inherente y que en ellas se pone de manifiesto.”⁵⁵ Daí que a ordem jurídica positiva de um determinado instituto jurídico ou determinada relação jurídica pode corresponder mais ou menos ao seu conceito, sua idéia fundamental ou princípio: conceito concreto e princípio imanente. Citando Hegel, Larenz observa que a apreensão do conceito concreto atende a movimentos de desmembramento/incorporação, desenvolvimento/reunião, diferenciação/integração. A través deste duplo movimento toma-se consciência do todo de sentido do conceito. “La referencia reciproca de los momentos y el paso de cada uno a otro dentro del movimiento del concepto total constiuye la dialectica del concepto concreto.”⁵⁶

Sob esse aspecto, o conceito concreto geral distingue-se claramente do conceito abstrato. Para o conceito concreto geral interessa apenas o dialético, como tal, quer dizer, o passo especulativo dos elementos entre si, sua união, ao passo que o conceito abstrato caracteriza-se pela firme persistência nos elementos imutáveis, pensados de forma autônoma. Por outro lado, no conceito concreto não há que se falar de subsunção, em primeiro lugar pela sua própria natureza dialética: não está definido pelas características firmes individuais e constantes; em segundo lugar, pela conseqüência de seu caráter teleológico: o conceito concreto é ao mesmo tempo medida de fenômeno individual que só necessita corresponder mais ou menos àquele. Larenz explicita o raciocínio: “(...) al contrario que el concepto abstracto que es mas pobre de contenido cuanto mas general es, el concepto concreto-general (como plenamente desarrollado) es mas rico de contenido que cualquier de sus particularizaciones (que cualquier momento); en cada una de estas

esta representado solo de un modo limitado; a menudo, es tambien mas rico que el fenomeno individual a el coordinado (coordinado porque le corresponde mas o menos), si prescindimos de este, como una existencia determinada, presenta, naturalmente, muchos rasgos particulares que no tienen nada que ver con el concepto. Esta absorcion de una ley de la logica formal, la cual, por supuesto, siegue siendo valida dentro de su campo, les ha parecido siempre a los criticos de la logica hegeliana especialmente chocante. Pero se puede recordar — como paralelo — que tambien ciertas leyes de la naturaleza que eran consideradas indiscutibles por la fisica clasica, han dejado de tener validez, segun la concepcion actual, en ciertos campos de la fisica.”⁵⁷

Tomando-se em conta essas considerações, os conceitos no sistema atual, para Larenz, diferenciam-se pela sua natureza. Uns possuem um caráter formal e outros são tomados dos institutos jurídicos, das relações da vida. Sua classificação, portanto, é uma pequena parte lógica e em maior parte uma conexão sociológica ou tipológica, caracterizando-se, pois, não como um sistema fechado, mas flexível. Neste sentido, distingue o sistema da dogmática jurídica do sistema da Filosofia do Direito. Este último é o sistema do conceito concreto geral, do desenvolvimento do conteúdo da idéia do Direito e dos institutos jurídicos em sua conexão de sentido interno. Por outro lado, o sistema da dogmática jurídica não pode prescindir dos conceitos abstratos gerais, que são essenciais à Ciência do Direito, pelo menos enquanto Direito codificado. A passagem de um sistema a outro se estabelece quando ao jurista não bastam os conceitos formais do sistema abstrato geral, quando quer uma representação do conteúdo essencial de um instituto jurídico. Neste momento, tem que se valer da “consciência pré-científica, social-ética e jurídica” (a mesma fonte que acolhe o filósofo do Direito) do conteúdo de sentido realizado nestes institutos. Só que, ao contrário do filósofo, o jurista se esforça a dar a este sentido a forma do conceito abstrato, que por sua vez só pode conseguir uma representação adequada na forma do conceito concreto geral. Portanto, a volta à plenitude de sentido, como um complemento à dogmática, só se pode dar através da conexão com o conceito concreto geral. A Filosofia

do Direito, através do conceito concreto geral, pode, então, informar à dogmática sobre os limites da sua forma de pensamento (abstrato conceitual e tipo-lógica) e sobre os pressupostos de conteúdo que têm que atender para ser adequada ao seu objeto (um objeto que contém sentido) e subsistir como Ciência do Direito. Deste modo, “(...) en realidad, la ciencia del Derecho procede — aun sin conciencia del concepto concreto general — a menudo de esta manera (asi por ejemplo, cuando inquiere por contenido esencial de la propiedad), y lo tiene que hacer si es que quiere llegar a una comprensión de los fenomenos juridicos”.⁵⁸

No que se refere a propriedade, como teremos oportunidade de observar (Cap. 5.4.), a Ciência do Direito curva-se frente as imposições histórico-sociais, e assimila os novos aspectos do instituto através de um processo crescente de abstração. Neste sentido, a busca do conceito concreto, pode ser vista, como uma possibilidade de superação do conceito unitário, e a abertura, portanto, de novas perspectivas para a compreensão do conteúdo essencial das relações de apropriação.

NOTAS

1. SHAPP, Jan. *Problemas Fundamentais de Metodologia Jurídica*. Trad. Ernildo Stein. P. Alegre: Sergio Fabris, 1985, pág. 47.
2. MACEDO, Silvio de. *Curso de Linguística Jurídica*. Macéio: Eduffal, 1989, pág. 37.
3. CAPOGROSSI, G., *apud* MACEDO, Silvio, op. cit., pág. 37.
4. SCARPELLI, U., *apud* MACEDO, Silvio, op. cit., pág. 37.
5. KAUFMANN, F., *apud* MACEDO, Silvio, pág. 37.
6. ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964, pág. 17.
7. MOUCHET, Carlos. *Introducción al Derecho*. 10ª ed., Buenos Aires: Editorial Perrot, págs. 159-160.
8. GRAU, Eros Roberto, *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pág. 62.
9. Idem, págs. 64-65.
10. Idem, pág. 67.
11. Idem, pág. 68.
12. LARENZ, Karl. *Metodología De La Ciencia Del Derecho*. Trad. Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Arfel, 1966, pág. 358.
13. Idem, pág. 372.
14. GRAU, Eros Roberto, op. cit., pág. 71.
15. Idem, pág. 78.
16. LARENZ, K., op. cit., pág. 34.

17. Idem, pág. 37.
18. Idem, pág. 40.
19. Idem, págs. 40-41.
20. IHERING, Rudolf Von, *apud* LARENZ, K., pág. 60.
21. Idem, *apud* LARENZ, K., pág. 315.
22. LARENZ, K., op. cit., pág. 72.
23. HECK, *apud* LARENZ, K., pág. 72.
24. EHRLICH, Eugen, *apud* LARENZ, K., pág. 80.
25. LARENZ, K., op. cit., pág. 80.
26. KELSEN, Hans. A Justiça e o Direito Natural. Trad. João Batista Machado, 2ª ed.
Coimbra: Armenio Amado, 1979, pág. 13.
27. RICKERT, *apud* LARENZ, K., pág. 111.
28. LASK, E., *apud* LARENZ, K., pág. 112.
29. LARENZ, K., op. cit., pág. 120.
30. Idem, pág. 120.
31. Idem, pág. 120.
32. Idem, pág. 129.
33. HUSSERL, Gerhart., *apud* LARENZ, K., pág. 130.
34. LARENZ, K., op. cit., pág. 131.
35. Idem, pág. 131.
36. MOUCHET, Carlos, op. cit., pág. 159.
37. LARENZ, K., op. cit., pág. 133.
38. Idem, pág. 186.

39. VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 136.
40. MIRANDA, Pontes de. *Systema de Sciencia Positiva do Direito*, Tomo I, pág. 356.
41. ENGISCH, K., op. cit., pág. 113.
42. MACHADO, João Batista. *In Prefacio*, apud ENGISCH, K., op. cit., pág. XXXII.
43. Idem, pág. XLV.
44. Idem, pág. XLIX.
45. COING, Helmuth, apud LARENZ, K., op. cit., pág. 154.
46. STAMMLER, Rudolf., apud LARENZ, K., op. cit., pág. 102.
47. ENGISCH, K., op. cit., pág. 176.
48. Idem, pág. 177.
49. Idem, pág. 182.
50. GRAU, Eros Roberto, op. cit., pág. 72.
51. Idem, pág. 80.
52. ROSS, Alf., apud GRAU, Eros Roberto, op. cit., pág. 79.
53. GRAU, Eros R., op. cit., pág. 80.
54. Idem, pág. 82.
55. LARENZ, K., op. cit., pág. 368.
56. Idem, pág. 370.
57. Idem, pág. 371.
58. Idem, pág. 369.

CAPÍTULO III

A PROPRIEDADE — da Idéia ao Conceito Jurídico

3.1. Pressupostos para uma conceituação

A propriedade, fenômeno complexo, admite inúmeras definições. O seu conceito só pode ser compreendido através de um estudo multidisciplinar, de uma análise dinâmica, onde os diversos aspectos se complementam e admitem sempre novas perspectivas de abordagem.

Necessário se faz apresentar a propriedade, como fenômeno multifacetário, explicando a amplitude e a pluralidade de sentidos que encerra o seu conceito. Urge estudá-la como um conceito que se apresenta sob uma pluralidade de aspectos e sob influência de diversas variáveis. Neste sentido, Pugliatti já sustentava que “(...) la propiedad no tiene hoy, si alguna vez lo ha tenido, un significado univoco. Contrariamente, desigan muchas cosas para que pueda ser adoptada con la pretensions de ser facilmente entendida. En todo caso el uso de esta, con las cautelas y las aclaraciones necesarias, aun cuando se prorrogue todavia en un futuro proximo, no puede mantener ya la ilusion que a la unidad del termino corresponda la real unidad de un solido e compacto instituto”.¹ Para chegar-se a esta compreensão, há que se tomar como ponto de partida o sentido etimológico.

O termo propriedade, como de resto todos os signos lingüísticos, fazem referência a um conceito. Entretanto, buscar o significado desse termo, isoladamente, não permite a compreensão global do seu conceito, mas tão somente, e quando muito, a apreciação referida a um tempo e espaço específicos. Deste modo, “(...) a definição corrente de um termo explica o significado que lhe reconhece uma determinada sociedade, num determinado momento histórico. A etimologia do termo, quando é possível encontrá-la, permite avaliar, mediante cotejo, a eventual diferença entre o significado atual e o original, bem como investigar historicamente, tendo em conta essa mesma base, a sua evolução através dos tempos.”² Carnellutti acentua que “(...) el optimun de la denominacion es que constituya en extracto de la definicion; una especie de definicion reducida la minimo denominador. (...) Por otra parte, la denominacion por ser densa, es una definicion abreviada o, al menos, concentrada y subordinada a los oportunos tratamientos extranos a su esencia.”³ Da mesma forma que só imperfeitamente o conceito apreende a realidade, só imperfeitamente a palavra expressa os conceitos.⁴

Feitas essas ressalvas, uma análise etimológica do termo propriedade permite-nos afirmar que “(...) o substantivo Propriedade deriva do adjetivo latino ‘proprius’ e significa ‘que é de um indivíduo específico (nesse caso, equivale a: típico daquele objeto, a ele pertencente), sendo apenas seu’. A etimologia oferece traços de uma oposição entre um indivíduo ou um objeto específico e o resto de indivíduos e de objetos, como categorias que se excluem reciprocamente”.⁵

Maria Helena Diniz apresenta duas origens para sua denominação: “Para uns, o vocábulo vem do latim ‘proprietas’, derivado de ‘proprius’, designando o que pretende uma pessoa. Assim, a propriedade indicaria numa acepção ampla, toda relação jurídica de apropriação de um certo bem corpóreo ou incorpóreo. Outros entendem que o termo propriedade é oriundo de ‘domare’, significando sujeitar ou dominar, correspondendo à idéia de ‘domus’, casa, em que o senhor da casa se denomina ‘dominus’. Logo domínio seria o poder que se exerce sobre as coisas que lhe estiverem sujeitas.”⁶

Guillermo Garcia Murillo situa a controvérsia terminológica que antecedeu a

denominação propriedade no tempo, assim como, estabelece os elementos que constituem a sua origem etimológica. Segundo o seu entendimento, “(...) en la cultura romana se dio una terminologia diferente sobre algunas realidades que tienen que ver un poco con lo que hoy mas o menos se concibe com ‘proprietas’, ‘dominium’ y ‘mancipium’. El substantivo proprietas (de ‘proprium’: lo mio, lo propio) no es utilizado en el sentido de propiedad sino hasta finales de la epoca republicana. Sucedió lo mismo con el dominium, aparecido en las fuentes mas o menos a fines de la Republica, en el siglo I a. C., quizá un siglo antes de proprietas, segun la opinion autorizada de Diosdíd. Segun parece, en le mas antiguo Derecho Romano no existio ni el termino ni la correspondiente nocion especifica de propiedad. Parece que no se debe confundir la nocion amplissima de mancipium (derecho, poder, segun ya lo senalamos) y la de propiedad, ya que esta nacio de aquella sin que podamos precisar cuando y como sustituyo la idea de derecho patrimonial a la idea abstracta de poder.”⁷

O sentido etimológico da propriedade, por outro lado, realça o seu aspecto jurídico e, neste sentido, face ao monopólio semântico exercido pelo Direito, desde então, pode compreender-se que o seu significado não apresenta grandes transformações com o correr do tempo. “O conceito que daí emerge é o de ‘objeto que pertence a alguém de modo exclusivo’, logo seguido da implicação jurídica: ‘direito de possuir alguma coisa’, ou seja ‘de dispor de alguma coisa de modo pleno, sem limites’. A implicação jurídica surge logo: ela é, com efeito, um elemento essencial do conceito de Propriedade, dado que todas as línguas distinguem, como já fazia o direito romano, entre posse (manter de fato alguma coisa em seu poder, independente da legitimidade de o fazer) e Propriedade (ter o direito de possuir alguma coisa, mesmo independentemente da posse de fato).”⁸

Há que se ressaltar ainda, a vaguidade da definição, e as controvérsias por ela suscitadas. Vilson Rodrigues Alves salienta a confusão que se estabelece ao equiparar o conceito de propriedade ao de direito de propriedade. Afirma o autor que, “(...) como não raro, propriedade é signo lingüístico utilizado para explicitar o conceito que se tem de

bens (por exemplo, propriedade no sentido de terrenos), confunde-se o direito com o objeto do direito. Tendo-se por bens propriedade e por direito de propriedade propriedade, dá-se causa a muitas confusões e mesmo disparates doutrinários, que invadem e deturpam o campo da ciência jurídica. A propriedade não é o direito de propriedade; nesta expressão surge como objeto do direito.”⁹ Lord Dennis Lloyd observa que, “(...) el termino propiedad se emplee frecuentemente de esta manera imprecisa para designar tanto el objeto mismo como el derecho sobre ese objeto”.¹⁰

A distinção entre as duas expressões é elaborada de outra forma por Celso Antonio Bandeira de Melo. O autor concebe a propriedade como liberdade e o direito de propriedade como direito de liberdade. Assim, as limitações impostas aos poderes dos proprietários não se constituem em limitações de direitos, mas antes consistem na definição do próprio direito de propriedade.¹¹

Em meio a esse complexo semântico, a confusão se acentua se quisermos definir a expressão “direito à propriedade”. Neste caso, e apenas utilizando-nos das dissensões expostas, poderíamos compreendê-la de três formas: como direito a liberdade (quando se equipararia, segundo Celso Antonio, ao direito de propriedade); como direito à obtenção de um objeto próprio (a propriedade aqui no sentido de objeto de um direito); como direito a obtenção do *status* de proprietário ou titular do domínio.

Desconsiderando, entretanto, as divergências apontadas, a maioria dos autores, tanto nacionais como estrangeiros, foge a essa controvérsia e equipara a propriedade ao direito de propriedade, utilizando-se ora de uma expressão, ora de outra, como se fossem sinônimos.

Na realidade, de uma forma geral, o sentido etimológico de uma expressão, como já foi destacado, serve apenas como referência histórica. Entretanto, no caso do termo Propriedade, sobressaem-se alguns elementos fundamentais, que nortearam a delimitação de um conceito padrão que pode ser definido sociologicamente, como “(...) a relação que se estabelece entre o sujeito ‘A’ e o objeto ‘X’, quando A dispõe livremente de X e esta faculdade de A em relação a X é socialmente reconhecida como uma prerrogativa exclusiva, cujo limite teórico é sem vínculos e onde dispor de X significa ter o direito de decidir com respeito a X, quer se possua ou não em sentido material”.¹²

Essa definição reduz a extensão significativa da Propriedade, limitando os fenômenos a ela atinentes. Contudo, passou a designar após um determinado momento histórico, no seu conceito referencial, clássico ou tradicional.

Finalmente, cabe estabelecermos uma analogia entre propriedade e poder. Tomando como referência o conceito clássico, a propriedade identifica-se com uma possível definição de poder. Neste sentido, “(...) se por poder se entende a capacidade (ou faculdade) de controlar e de impor a própria vontade (ou seja, de dispor e decidir) com respeito ao objeto sobre o qual se exerce o poder, é evidente que a definição de propriedade está contida na de poder, mas também, é claro que não a esgota.”¹³

Seguindo um dos objetivos do estudo a ser empreendido no presente trabalho, apresentaremos, ao longo dos capítulos subsequentes, o conceito de Propriedade em sua amplitude significativa, não procurando subsumi-la a um conceito estático, mas, ao contrário, estudá-la dinamicamente, através de uma abordagem diversificada.

Sob o aspecto psicológico, a Propriedade será concebida como elemento da construção da subjetividade; a idéia do homem proprietário da sua consciência e do seu corpo. (cap.3.2.)

Quanto ao aspecto filosófico, a Propriedade será estudada objetivando a busca dos seus fundamentos. (cap. 3.2.,3.3. e cap. V)

No que tange ao aspecto jurídico, será apresentada a partir da idéia de reconhecimento, pressupondo a existência de uma comunidade organizada social e politicamente. (cap. 3.3.1.)

Quanto ao aspecto da Ciência do Direito será analisada como direito subjetivo. (cap. 3.3.2.)

O aspecto histórico será analisado, concomitantemente, com os aspectos sociológicos, econômicos, ideológicos e jurídico-positivos. (cap. IV e V)

Quando da apreciação da propriedade liberal, especificamente, serão revistos, retrospectivamente, todos os aspectos anteriores e analisadas a sua influência e importância. Estabeleceremos, com isto, o conceito jurídico tradicional de propriedade e seus limites, através da sua trajetória histórica e sob a influência dos seus diversos aspectos. (cap. V)

Nas considerações finais da presente dissertação, analisaremos novas tendências, que incorporarão novos elementos e, portanto, ensejarão a abertura de novas perspectivas conceituais.

Seguindo o entendimento de Marco Aurelio Greco, podemos afirmar que “(...) a propriedade não é algo que preexiste ao homem, mas se estrutura a partir da ação do homem, seja em sua dimensão individual, seja em sua dimensão coletiva. (...) A propriedade, portanto, não é nem plena, nem limitada, nem essencial à natureza humana, nem concessão do Estado, mas existe tal como o conjunto de forças políticas que alcançaram dimensão significativa em certo momento histórico a concebe, apresentando-se como a resultante da confluência das várias concepções, sem plenitudes nem restrições. A propriedade não se compõe de uma dualidade de objetos (direito absoluto e restrições), mas ela é um único objeto, fruto da reunião de todas as previsões que a ela se referem e que, a partir de um conceito chave, podem ser aglutinadas. (...) A propriedade não é plena, nem é benesse atribuída pelo Estado. Ela é algo construído dia-a-dia pela participação dos homens, com sua ação concreta sobre um bem fisicamente identificável e num contexto social, assumindo diferentes dimensões e conotações, conforme a época considerada”.¹⁴

É, portanto, através da análise da “confluência” dessas várias “concepções” que se poderá alcançar e compreender, mesmo que imperfeitamente, o conceito de Propriedade em seus diversos aspectos.

3.2. A Gênese Conceitual. A Propriedade como Idéia

A Propriedade, de modo geral, é uma relação que se estabelece entre os homens e as coisas. Esta idéia está de tal forma arraigada à existência e à coexistência humanas que o seu questionamento é relevado a segundo plano. O homem contemporâneo vive, pensa e

estabelece suas relações sociais a partir de uma concepção de propriedade construída e desenvolvida, historicamente, desde tempos imemoriais, mas não se indaga acerca das suas origens e fundamentos. O conceito de Propriedade é formulado de maneira dogmática ou acritica, através da recepção de elementos histórico-culturais. Neste sentido, o presente estudo visa a buscar o sentido de propriedade para o homem, a origem e o desenvolvimento da sua idéia. Buscar-se-á, em outras palavras, entender, o processo pelo qual se deu a transposição da noção do “meu interno” para o “meu e teu externos”, como pressuposto para o reconhecimento da natureza do conceito de Propriedade.

O sentido originário da idéia do possuir é subjetivo, pertence à esfera da individualidade. Considerando-se a essência da pessoa humana como uma consciência (espírito, ego, alma), insuscetível pois, de apropriação por si mesma, tem-se que o corpo, como veículo material e perceptível de sua manifestação é o objeto de apropriação natural e mais imediato. Nesse sentido, pode-se afirmar com Hegel que, “(...) na existência imediata que nele se manifesta, o homem é um ser natural, exterior ao seu conceito; só pela plenitude do seu corpo e do seu espírito, pela consciencialização de si como livre, é que o homem entra na posse de si e se torna a propriedade de si mesmo por oposição a outrem. A possessão é aqui, por outro lado e inversamente, o ato de o homem realizar aquilo que é como conceito (como possibilidade, faculdade, disposição), acto pelo qual é ao mesmo tempo dado como seu e como objeto separado da simples consciência de si e, portanto, susceptível de receber a forma de coisa.”¹⁵

Cabe aqui transpor uma curiosa, análise elaborada por Ken Wilber, acerca da origem e do fundamento da idéia de propriedade sob o ponto de vista da Psicologia. O autor analisa a consciência humana como se fora um espectro, composto de três níveis. O nível da mente é o da subjetividade absoluta, da unicidade, da união entre o eu e o universo, onde as idéias de tempo e espaço não existem. Este seria o aspecto real da consciência em sua integralidade. A fragmentação ocorre em razão da percepção dualística da vida, que se manifesta, por sua vez, em três momentos distintos. O primeiro deles, denominado de

primeira dualidade ou dualidade primária, resulta da percepção do eu como organismo apartado do meio ambiente, da distinção entre sujeito e objeto. Essa dualidade primária, concebe o sentido de espaço dual, de finitude, e representa o nível da consciência existencial. Nesse contexto, após haver-se separado do meio ambiente, o homem se depara com o questionamento acerca da existência. É nesse momento que “(...) repentinamente conscientiza que o seu princípio não é o princípio da natureza, que existem coisas independentemente dele, e conscientiza-se ao contacto penoso com o mundo obstáculo. Nesse momento surge o medo consciente da morte, do perigo que o Não-Eu representa para o Eu”.¹⁶ Ao identificar-se com seu organismo, no nível existencial, e ao tomar ciência e procurar negar a sua finitude, o homem inicia o questionamento acerca da temporalidade. “Assim o tempo se cria, pois, ao recusar a morte, o Homem recusa-se a não ter futuro e, portanto, recusa a realidade do Momento sem futuro, o Momento intemporal.”¹⁷ Surge assim, o que o autor denomina como a segunda dualidade ou dualidade secundária, qual seja, a dualidade vida e morte e o estabelecimento da relação passado, presente e futuro. O confronto com a morte e a sua negação, ainda no nível existencial, determinam a terceira dualidade, já agora no nível do ego. Fugindo da morte, o Homem foge do corpo mutável e identifica-se com a idéia de si mesmo, aparentemente imortal. “A imagem ideal de si mesmo, o ego, parece prometer ao Homem alguma coisa que a carne mutável não lhe promete: a imortalidade.¹⁸ (...) Assim, no nível do ego, o Homem imagina que tem um corpo, que o possui tanto quanto possuiria um automóvel ou uma coisa. Com efeito, aplica direitos de propriedade a aspectos do seu organismo, diminuindo, por esse modo, o seu valor intrínseco aos próprios olhos.”¹⁹ Em resumo, seguindo o entendimento do autor, a idéia de propriedade surge no Homem como uma necessidade em acreditar na imortalidade do ego, através do seu domínio sobre o corpo, comprovadamente mortal. Rousseau já afirmava que “(...) o conhecimento, da morte e de seus terrores, foi uma das primeiras aquisições feitas pelo homem ao distanciar-se da condição animal”.²⁰

Em um outro sentido, Erich Fromm também afirma esta idéia, considerando o corpo como propriedade natural de caráter funcional. Segundo o seu entendimento, “(...) o corpo é a única propriedade que todos têm: ele é, assim como foi, uma propriedade natural. Para o bebê, como Freud nos mostrou brilhantemente, as fezes são, provavelmente, vivenciadas ainda como a forma mais extrema de posse. Elas são suas, o produto do seu corpo, ele livra-se delas, mas não precisa ter medo dessa perda, porque todo dia ele se reabastece do dia anterior. Mas o corpo, ao contrário, não é somente uma posse; é também um instrumento que usamos para satisfazer nossas necessidades e, além disso, muda de acordo com o uso que fazemos dele. Se não usamos nossos músculos eles se tornam mais fracos, flácidos, até mesmo ao ponto extremo de se tornarem inúteis. Ao contrário, nosso corpo torna-se mais forte e mais saudável quanto mais for usado, naturalmente dentro de certos limites.”²¹

Não obstante as críticas que se possa formular a explicação psicológica para a formação da idéia de propriedade no Homem, como uma motivação inconsciente, o fato é que a atribuição da sua origem, a percepção da posse do próprio corpo pela consciência, é uma idéia recorrente.

Hegel, por exemplo, afirma que “(...) a possessão do corpo constitui uma propriedade do espírito”.²² “Como pessoa, eu mesmo sou uma individualidade imediata, o que, numa definição mais rigorosa do Eu, significa que sou vivente neste corpo orgânico que é a minha existência extrínseca, indivisa, universal em seu conteúdo e possibilidade real de qualquer posterior determinação. Como pessoa, também eu, no entanto, possuo a minha vida e o meu corpo como coisas estranhas e dependentes da minha vontade. Nisso de eu ser um ser vivente e possuir um corpo, do ponto de vista em que sou, não espírito que existe para si, mas espírito imediato, é nisso que se funda o conceito da vida e do espírito como alma.”²³ Vê-se que o autor se utiliza do elemento vontade como fundamento da posse, eliminando de pronto a possibilidade de extensão desta idéia originária de propriedade aos animais. Para Hegel, “(...) só na medida em que o quero é que possuo esta minha vida e este meu corpo. Ao contrário do homem, não pode o animal mutilar-se ou suicidar-se.”²⁴

Cabe lembrar, ainda, a distinção estabelecida por Hegel entre a relação do corpo com o espírito na sua sua subjetividade e com as outras pessoas: “(...) para os outros, o meu corpo e o meu espírito aparecem como uma unicidade. Enquanto existência imediata, não é o corpo adequado ao espírito. Para vir a ser um órgão dócil e um instrumento animado, é preciso que seja possuído por ele. Para os outros, porém, eu sou essencialmente livre no meu corpo, tal como imediatamente o possuo. Poderei, decerto, retirar-me da minha existência, torná-la exterior a mim, afastar de mim a sensação particular e ser livre estando a ferros. Mas isso só tem que ver com a vontade que é minha. Para os outros, eu sou no meu corpo, sou livre para os outros só enquanto sou livre na minha existência empírica. Violência feita ao meu corpo por outrem, é violência feita a mim. Como um ser sensível, a violência feita ao meu corpo atinge-me imediatamente como real e presente. É isso que constitui a diferença entre o dano à propriedade exterior, pois nesta a minha vontade não possui aquele grau de realidade e de presença imediatas.”²⁵

Se para Hegel a vontade e a liberdade são indispensáveis a concepção da idéia de propriedade, Kelsen, em um outro sentido, atribui a estes elementos um caráter histórico, relacionando-os à evolução do psiquismo. Ou seja, embora o homem, intrinsecamente, possua liberdade e vontade, a consciência destas qualidades obedece a um momento histórico determinável. Segundo este raciocínio, o homem só adquire a idéia de propriedade quando toma consciência do seu “eu”, estando este fenômeno vinculado ao desenvolvimento da personalidade. Em sua obra “Sociedade e Natureza — uma investigação sociológica”, Kelsen utiliza esta hipótese, baseando-se em estudos no campo da Antropologia e da Sociologia, para justificar a inexistência da propriedade privada entre os povos primitivos. Para o autor, “(...) a propriedade individual pressupõe uma condição psicológica muito precisa, a saber, um mínimo de consciência do eu.”²⁶ Por outro lado, a forma comunitária de vida, o “pensar coletivista”, a posse comum de todos os bens provocaram no homem primitivo “una falta notable de conciencia del yo, de toda experiencia acabada de su individualidad”.²⁷ O homem primitivo, cuja psique está completamente socializada, não

cumpriria, portanto, a condição essencial para o nascimento da propriedade individual. Em síntese, o pensamento de Kelsen pode ser expressado com uma frase: “No hay una conciencia individual, sino solo colectiva, y, en consecuencia, no hay propiedad privada.”²⁸

A hipótese Kelseniana (assim denominada não por ter sido fruto de sua criação, mas por ter sido por ele sustentada) descrita por Isabel Vaz, na sua obra “Direito Econômico das Propriedades”, relaciona a causa e o efeito do fenômeno da propriedade coletiva, mas não explica as razões que determinaram o surgimento da consciência do “eu”, quando se deu este surgimento, e em que circunstâncias se dá a conexão deste fenômeno com a idéia de propriedade individual. Por outro lado, há que se entende-la mais como uma simples conjectura, do que propriamente como um fato histórico comprovado. Com efeito, até o presente momento, embora a maioria dos autores acredite na ausência de propriedade privada entre os povos primitivos, tal afirmação não é aferível pela impossibilidade de sua comprovação, além do que a concepção de propriedade, genericamente utilizada nestas análises, é a da propriedade jurídica, a qual obedeceu o desenvolvimento histórico da sociedade humana.

Clovis Bevilacqua explica de forma sucinta essa evolução: “(...) o movimento biopsíquico da apropriação tende a satisfazer necessidades de momento; quando a inteligência intervém, orientada pelos fatos, com a idéia de previdência, o ato de apropriação adquire estabilidade, a princípio, naturalmente precária, mas, progressivamente, ganhando segurança e duração, Originou-se, então, na sociedade humana, o fenômeno econômico-jurídico da propriedade.”²⁹

Com aquela tese, o que Kelsen, na realidade, pretendia demonstrar, como bem afirma a Prof^a Isabel Vaz,³⁰ é a conexão entre a personalidade do indivíduo e a propriedade privada, pressuposto para a construção da teoria da personalidade.

Esta teoria representa originariamente “(...) a convicção sobre a necessidade de se garantir ao indivíduo um mínimo de propriedade, como condição para o pleno desenvolvimento de sua personalidade”,³¹ e pode ser expressada através do seguinte

raciocínio: “(...) a idéia de propriedade só pode se fundamentar na idéia de personalidade. Desde que nasce a idéia de propriedade, ela surge necessária e inevitavelmente em toda a sua plenitude. A partir do momento que o indivíduo conhece seu eu, sua pessoa moral, sua capacidade de gozar, sofrer, agir, necessariamente descobre também que esse eu é proprietário exclusivo do corpo que anima, dos órgãos, de suas forças e faculdades, etc. Era preciso que existisse uma propriedade natural e necessária, já que as há artificiais e convencionais: pois nada pode existir na arte que não tenha o seu princípio na natureza.”³² Pela teoria da personalidade, portanto, sendo o homem proprietário do seu corpo e das qualidades de sua personalidade, o será também das coisas na medida em que signifiquem a projeção daquelas qualidades no mundo exterior: “(...) a propriedade nada mais é senão a periferia da pessoa projetada no terreno material”.³³

Pachukanis reconhece essa teoria como propulsora do desenvolvimento da propriedade: “(...) a relação do homem com uma coisa que constitui uma parte da sua personalidade, representa sem dúvida alguma, historicamente, um elemento do desenvolvimento da propriedade privada.”³⁴

O desdobramento da idéia originária da propriedade do corpo para a propriedade das coisas, também foi elaborada pela teoria do trabalho. Segundo essa teoria, a posse do corpo justificaria a posse das coisas por ele produzidas. Hannah Arendt refere-se a ela como “(...) a mais revolucionária contribuição moderna ao conceito de propriedade, segundo a qual a propriedade não constituía parte fixa e firmemente localizada no mundo, adquirida por seu detentor de uma maneira ou de outra, mas, ao contrário, tinha no próprio homem a sua origem, na sua posse de um corpo e na indiscutível propriedade da força desse corpo, que Marx chamou de força de trabalho”.³⁵ Expondo as idéias de Locke, a autora afirma que o filósofo “(...) fundamentou a propriedade privada naquilo cuja propriedade é a mais privada de todas, a propriedade (do homem) no tocante a si mesmo, ou seja, o seu próprio corpo. ‘O labor do nosso corpo e o trabalho de nossas mãos tornam-se uma coisa só, uma vez que ambos são meios de apropriar aquilo que Deus deu em

comum aos homens'. E esses meios — corpo, mãos e boca — são os apropriadores naturais, visto como não pertencem em comum à humanidade, mas são dados a cada homem para seu uso privado”.³⁶

Hannah Arendt estabelece ainda a importância do sentido de propriedade do corpo para compreensão da oposição entre o privado e o comum. Segundo o seu entendimento, “(...) em vista da evolução da era moderna e a ascensão da sociedade, na qual a mais privada de todas as atividades humanas, o labor, se tornou pública e estabeleceu sua própria esfera comum, podemos duvidar que a existência da propriedade, como lugar privadamente ocupado no mundo, seja capaz de suportar o inexorável processo de riqueza crescente. Não obstante, não deixa de ser verdadeiro que a melhor garantia da privacidade dos bens de uma pessoa — isto é, sua completa independência em relação ao comum — e a transformação da propriedade em apropriação, ou uma interpretação da separação do comum que veja a apropriação como resultado ou produto da atividade do corpo. Sob este aspecto, o corpo realmente passa a ser a quintessência de toda propriedade, uma vez que é o único bem que o indivíduo jamais poderia compartilhar com outro, mesmo que desejasse fazê-lo. Nada, de fato, é menos comum e menos comunicável — e, portanto, mais fortemente protegido contra a visibilidade e a audibilidade da esfera pública — que o que se passa dentro de nosso corpo, seus prazeres e dores, seu labor e consumo.”³⁷

Tanto a teoria da personalidade como a teoria do trabalho procuram atribuir à propriedade um caráter natural. Não obstante, confundem a dimensão das idéias, do campo interno, da Psicologia, com a realidade exterior, procurando justificar a realidade do fenômeno da propriedade das coisas exteriores com base na idéia de propriedade natural do corpo. Por outro lado, essas teorias levadas ao extremo, não distinguem as diversas espécies de propriedade, ao contrário, homogeneiza-as, como se fôssem um fenômeno da mesma natureza ou raiz.

Erich Fromm expressou bem essa confusão, assim como a conclusão precipitada a que se pôde chegar através da aplicação indiscriminada e generalizada daquelas teorias.

Segundo o autor, “(...) o que se tem é a propriedade, e visto que todo mundo possui seu corpo, pode-se argumentar que a propriedade está enraizada na verdadeira existência do homem. Mas, ainda que isso seja um bom argumento para a universalidade da propriedade, dificilmente serve a este propósito, porque não está correto.”³⁸ Com efeito, há que se entender a propriedade como um fenômeno que acompanha a existência humana, embora o seu conceito obedeça à evolução histórica. Neste contexto, o conceito aplicável a propriedade primitiva não coincide com o conceito de propriedade instituída, do mesmo modo que não se pode, com base na constatação da existência material de alguma forma de propriedade, justificar todas as formas de apropriação como um fenômeno natural dela decorrente e subsumidas ao conceito de propriedade instituído.

De fato, tendo havido ou não, em determinado momento do desenvolvimento histórico da humanidade, a ausência da idéia de propriedade individual, como cria Kelsen, é certo que a materialização do fenômeno da apropriação privada, (num sentido lato e não jurídico) em relação a alguns tipos de bens, sempre ocorreu. Com efeito, “(...) o sentimento e a noção de propriedade nasceram no domínio dos fatos, associados ao impulso primário e irresistível, inerente ao ser humano, no sentido da apropriação material dos bens indispensáveis à satisfação das suas necessidades vitais e de outros interesses.”³⁹ A propriedade surge, portanto, “(...) das solicitações imperiosas do instinto de apropriação, que se radica, na opinião dos sociólogos, no próprio instinto de conservação”.⁴⁰

A partir dessa premissa, Erich Fromm concebe a propriedade sob o aspecto funcional, para diferenciá-la da propriedade instituída. “O homem não existe sem o ter, mas pode muito bem existir com o ter simplesmente funcional e ele tem existido assim desde os primeiros 40.000 anos de sua história, quando surgiu como *homo sapiens*.”⁴¹

A propriedade funcional está condicionada ao uso e à propriedade instituída (não funcional ou morta) à posse. O autor explicita este raciocínio a partir da distinção entre a propriedade do corpo e das coisas a ele exteriores. “No caso de termos uma casa ou um pedaço de terra, a situação é diferente, porque aqui lidamos com uma categoria social e

não com uma categoria natural como é o caso do corpo. Pensemos numa tribo nômade: não possuíam terra; viviam num pedaço de terra por um tempo, usavam-na, construíam suas tendas ou caçavam nela e depois de um tempo, eles a abandonavam. A terra não era sua propriedade privada e nem era propriedade comum, não era sequer propriedade, mas um objeto de uso que era deles só no verdadeiro sentido restrito de seu uso. O mesmo é verdadeiro para os utensílios, como redes de pescar, lanças, machados, etc.; eles somente eram posses enquanto fossem usados.”⁴² Ao contrário, a propriedade não funcional é propriedade instituída e sendo assim, é a lei que a declara e legitima, podendo o proprietário, com base neste título, usar, abusar e até mesmo destruir o que é sua propriedade. Deste modo, “(...) posso atear fogo na minha casa ou num quadro, até mesmo se ele for uma obra de arte única; eu não devo satisfação a ninguém sobre o que faço com o que é meu. Esse direito legal é efetivo porque o estado apóia minhas reivindicações de posse. (...) A propriedade na forma do capital é a forma extrema de posse legal de propriedade.”⁴³ Em síntese, “(...) a propriedade funcional é uma necessidade de existência real do homem; a propriedade instituída satisfaz uma necessidade patológica, condicionada por algumas circunstâncias sócio-econômicas.”⁴⁴

Esta distinção serve, de forma implícita, para caracterizar a propriedade como um conceito histórico e, portanto, relativo. Se a propriedade (funcional) sempre existiu, a partir do homem, como fenômeno material, como categoria conceitual é produto da sua evolução histórica. Se de um lado devemos admitir que a idéia de propriedade advém da relação entre a consciência e o corpo, como uma relação natural, pressuposto da existência e da afirmação do homem na sua subjetividade, não podemos, por outro lado, através de uma dedução lógica, estabelecer um nexo de causalidade, para justificar a apropriação privada de todas as coisas exteriores, também, como uma relação natural, fruto de uma projeção direta da personalidade. Este raciocínio é expressado, em um outro sentido, por Proudhon, ao atribuir um duplo significado ao termo propriedade. Segundo ele, “(...) o homem tem propriedades, ou seja, faculdades, na primeira acepção do termo; tem a

propriedade, ou seja, o domínio, na segunda acepção: tem, portanto, a propriedade da propriedade de ser proprietário. (...) Essa confusão pueril foi apanágio de todo o gênero humano na origem das sociedades e das línguas, quando, com as primeiras idéias e as primeiras palavras, nasceram a Metafísica e a Dialética. Tudo que o homem podia chamar meu, estava em seu espírito identificado a sua própria pessoa; considerou-o como sua propriedade, seu bem, uma parte de si mesmo, um membro de seu corpo, uma faculdade de sua alma. A posse das coisas foi assimilada à propriedade dos benefícios do corpo e do espírito; e sobre essa falsa analogia erigiu-se o direito de propriedade, imitação da natureza pela arte, como tão elegantemente afirmou Destutt de Tracy.”⁴⁵

Podemos afirmar, portanto, que a suposição da origem da idéia de propriedade não justifica a sua generalização como fenômeno material. Com efeito, se a primeira pode ser explicada através da Psicologia, a segunda só o pode ser através das análises econômica, cultural e política sob a perspectiva histórica, e do Direito como o reflexo dessas variáveis.

3.3. A Propriedade Jurídica

3.3.1. Os Fundamentos Jurídico-filosóficos da Propriedade.

Passaremos neste item, a analisar as teorias sobre a natureza da propriedade, ressaltando desde logo o elemento fundamental para a sua caracterização jurídica, que é o seu reconhecimento. Hegel já afirmava a sua importância, elegendo-o como elemento de distinção e confrontação entre a propriedade de fato e a propriedade jurídica. Segundo o filósofo, “(...) o ato que transforma a posse em propriedade, é o reconhecimento por parte dos outros: a propriedade é posse reconhecida.”⁴⁶ É, portanto, em torno do significado e

amplitude do reconhecimento do “estado de posse”, ou da “juridicização da posse”, que se desenvolverá a idéia da propriedade jurídica.

O termo propriedade, como vimos, tem uma significação ampla, e designa uma multiplicidade de idéias e fenômenos. O direito de propriedade é o aspecto jurídico da propriedade, a manifestação de suas características em uma determinada organização social. Celso Antonio Bandeira de Melo expõe a questão de forma transparente: “O direito de propriedade é a expressão juridicamente reconhecida da propriedade. É o perfil jurídico da propriedade. É a propriedade, tal como configurada em dada ordenação normativa. É, em suma, a dimensão ou o âmbito de expressão legítima da propriedade: aquilo que o direito considera como tal.”⁴⁷

A especialização da propriedade como um direito, é também ressaltada por Vilson Rodrigues Alves. Segundo o autor, “(...) ter-se como próprio, algo, é comportamento instintivo dos animais, incluso o homem. Nele, o sentimento e a noção de propriedade manifestaram-se associados ao impulso primário e irresistível no sentido da apropriação material dos bens indispensáveis à satisfação de suas necessidades vitais e de outros interesses, seja de natureza venatória, seja de natureza pastoril, seja de natureza agrícola. Porquanto a exclusividade que a alusão à propriedade fôra, primitivamente, só quanto ao uso da coisa e não a coisa mesma, o que se tinha como próprio não se confundia, nem se confunde, com o direito de propriedade. É o direito de propriedade que faz a coisa e separa, protectivamente, o meu do teu, palavras desconhecidas pelos primitivos indígenas norte-americanos, exemplificativamente.”⁴⁸

O que significa a afirmação de que alguma coisa é minha e qual a distinção entre uma coisa ser minha e ser tua? Kant analisa estas questões a partir da expressão, “meu e teu externos”, para delimitar a fronteira entre a propriedade de fato e a propriedade jurídica ou instituída.

Identificando a questão do “meu e teu externos” com a posse, Kant considera-a como o conceito básico e fundamental da experiência jurídica. “A experiência jurídica nasce no momento em que eu posso dizer que tenho algo do mundo externo como sendo

meu, ou que possuo algo.⁴⁹ “(...) O meu externo é aquele que se encontra fora de mim, com relação ao qual qualquer coisa que me impede o seu livre uso me prejudicaria. (...) O meu externo é aquele do qual não é possível impedir o meu uso sem me ofender, ainda que eu não esteja na situação de posse da coisa.”⁵⁰ Esta última definição deixa clara a identificação do “meu externo” com a noção de propriedade jurídica. Para tanto, Kant distingue a posse física, material, sensível ou fenomênica, da posse inteligível ou nominal.

A posse física ou sensível está relacionada ao que se poderia denominar propriedade de fato, ou seja, uma relação material entre o sujeito e a coisa. Já a posse inteligível constitui-se numa relação abstrata, ideal, onde o sujeito, independentemente de achar-se na posse direta da coisa, estabelece com ela um vínculo racional de poder. É o que poderia se denominar propriedade jurídica. Neste sentido, “(...) a posse jurídica, ou seja, aquele fato com base no qual posso dizer que uma coisa do mundo externo é minha, no sentido de que tenho um direito sobre ela, não coincide absolutamente com a posse material da coisa; não é uma relação física entre eu e a coisa, mas é uma relação puramente ideal que deriva, não de um fato, mas de uma idéia da razão. De fato, posso não estar na posse física, entenda-se atual, empiricamente experimentável, de uma coisa — por exemplo, de um terreno que está a cem quilômetros de distância do lugar onde me encontro —, mas possuí-lo no sentido jurídico da palavra. Portanto, para que uma coisa esteja na situação de minha posse, juridicamente falando, não é absolutamente necessário que ela esteja na situação de minha posse física. Desta forma, posse física e posse jurídica não coincidem; e portanto a posse jurídica não é uma relação sensível, mas puramente inteligível ou racional.”⁵¹ Kant esclarece ainda mais estes dois conceitos de posse (equivalentes aos conceitos de propriedade de fato e propriedade jurídica): “Ter algo de extremo como seu seria então contraditório, se o conceito de posse não fosse passível de duas interpretações diversas, ou seja, da posse sensível e da posse inteligível, entendendo-se pela primeira a posse física e pela segunda uma posse puramente jurídica dos mesmos objetos”, e estabelece a relação entre a posse inteligível e o direito: “O conceito de direito, que reside unicamente

na razão, não pode ser aplicado de imediato a objetos da experiência e ao conceito de uma posse empírica, mas deve ser aplicado principalmente ao conceito puramente intelectual de uma posse em geral, de maneira que, ao invés da detenção, como representação empírica da posse, tem-se o conceito do ter, que faz abstração de qualquer condição de espaço e tempo, e significa somente que o objeto está em meu poder.”⁵²

O conceito Kantiano do “meu e teu externos” e a distinção estabelecida entre os conceitos de posse sensível e posse inteligível, nos remete a três questões fundamentais que nortearam as teorias sobre a propriedade como instituição jurídica.

A primeira refere-se à relação entre a propriedade e o Direito, e pode ser resumida em uma indagação: pode a propriedade existir sem o Direito? A segunda diz respeito à possibilidade ou não da existência da propriedade anteriormente à instituição do Estado. E a terceira, como desdobramento das duas questões anteriores, refere-se à relação entre Estado e Direito.

Estas três questões foram abordadas por Kant através da célebre dicotomia estado de natureza — estado civil. Para o filósofo, o estado de natureza, anterior à instituição do Estado é um estado jurídico, porém provisório, pois se opõe ao estado civil, que é peremptório. “Verdadeiramente o estado de natureza bem que podia não ser, exatamente por isso, um estado de injustiça, no qual os homens não reconhecessem nas relações entre si outro princípio a não ser aquele da força; mas era todavia um estado sem nenhuma garantia legal, no qual, quando surgia uma controvérsia com relação ao direito, não se encontrava nenhum juiz competente que pudesse pronunciar uma sentença com força de lei. De fato, ainda que, segundo os conceitos que cada um tem do direito, possa ser adquirido algo de externo por meio da ocupação ou do contrato, esta aquisição é sempre provisória, até quando não tenha para si a sanção de uma lei pública.”⁵³ Face a esta distinção, pode-se afirmar que, para Kant, a propriedade jurídica já existia no estado de natureza, porém de forma provisória. Portanto, “(...) se desejássemos, antes da entrada no estado civil, não reconhecer como legítima alguma aquisição, nem provisoriamente,

aquele mesmo estado ou seja, o estado civil, seria impossível. (...) Se não existisse nem provisoriamente um meu e um teu externos no estado de natureza, não existiriam nem deveres jurídicos com relação a ele, e conseqüentemente não poderia existir comando algum que obrigasse a sair daquele estado.”(54) Bobbio explicita o raciocínio de Kant da seguinte forma: “O que significa que o meu direito constitua o Estado para proteger de maneira peremptória a minha posse, surge do fato que esta posse constitui já anteriormente um direito. Se eu não tivesse um direito sobre as coisas, nem teria o direito de conservá-los através da proteção do Estado. O direito de obrigar os outros a entrar no estado civil é uma conseqüência do fato de que eu tenho o direito de excluir os outros da posse de certas coisas; e esse direito precede o surgimento do Estado, pelo fato mesmo de que é o seu pressuposto ou condição.”⁵⁵

Como se vê, para Kant, a juridicidade do estado de natureza serve para fundamentar a juridicidade do estado civil. Tal é a posição do jusnaturalismo. Em contraposição, os positivistas, só reconhecem o direito a partir da constituição do Estado.

Ocorre que, se para Kant, a propriedade já existia no estado de natureza, para alguns pensadores jusnaturalistas ela é um fenômeno decorrente do Estado. Vê-se, pois, que a busca do fundamento da propriedade jurídica obedece muito mais a sua caracterização ora como direito natural pré estatal, ora como direito instituído pelo Estado, do que propriamente a dicotomia jusnaturalismo — positivismo. Com efeito, se para o positivismo todo o direito advém do Estado e, portanto, a propriedade é dele decorrente, o jusnaturalismo embora confira, em geral, juridicidade ao estado de natureza, admite, através de algumas correntes, a existência do direito de propriedade apenas a partir do Estado. Tal é o caso de Hobbes e Rousseau, para quem a propriedade individual é um direito positivo, realizando-se, portanto, nos limites da conformação estatal.

Hobbes expressa este pensamento com clareza, afirmando ser a propriedade um conceito surgido do Estado: “Porque... antes da constituição de um estado todas as coisas estão em situação comunitária, e não há nada que alguém possa dizer ser seu sem que um

outro possa dizer, com o mesmo direito, a mesma coisa (quando tudo é comum, nada é propriedade dos indivíduos singulares), deriva de que o conceito de propriedade surgiu por meio da constituição do Estado; e se afirma que é propriedade de alguém aquilo que ele pode deter para si, segundo as leis e em virtude da autoridade do Estado, ou seja, em virtude da vontade de quem detém a soberania”.⁵⁶

Em Rousseau, no mesmo sentido, esta idéia é exposta de forma incisiva: “O que o homem perde pelo contrato social é sua liberdade natural a um direito ilimitado a tudo o que lhe diz respeito e pode alcançar. O que ele ganha, é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Para compreender bem estas compensações, é necessário distinguir a liberdade natural, que não tem outros limites a não ser as forças individuais, da liberdade civil, limitada esta pela vontade geral, e a posse, consequência unicamente da força ou direito do primeiro ocupante, da propriedade que só pode fundamentar-se num título positivo”.⁵⁷

Se, entretanto, sob a perspectiva hobbesiana, a propriedade é consequência do surgimento do Estado, em Rousseau, ao contrário, é a propriedade que vai determinar a passagem da sociedade natural para a sociedade civil. Deste modo, “(...) a invenção da propriedade suscita, de um lado, a existência da primeira grande desigualdade, a que separa os ricos dos pobres e, de outro lado, a formação das primeiras sociedades civis.⁵⁸ (...) Da cultura de terras resultou necessariamente a sua partilha e, da propriedade, uma vez reconhecida, as primeiras regras de justiça, pois, para dar a cada um o que é seu, é preciso que cada um possua alguma coisa.”⁵⁹

Para os jusnaturalistas que defendiam o surgimento do direito de propriedade já no estado de natureza e, portanto, como um direito natural, havia uma questão-obstáculo crucial a ser enfrentada. Se na origem do estado de natureza não existia a propriedade individual (como afirmam unanimemente todos os pensadores), mas tão somente o uso individual das coisas, e estas constituíam-se em uma “res communis” ou uma “res nullius”, como compreender a transposição destes bens que, ou não eram de ninguém (“res nullius)

ou eram de todos (“res comunis”), para a condição jurídica de propriedade ainda antes da constituição do Estado?

Duas foram as soluções adotadas. De uma forma mais geral, sustentou-se a tese do contratualismo, segundo a qual, “(...) os homens passaram da comunidade primitiva para o estado de propriedade, através de convenções recíprocas com as quais cada um afirmava a própria soberania sobre uma coisa, excluindo os outros, que prometiam respeito com relação a isso. Chegou-se, assim, a criar uma categoria jurídica intermediária entre o direito natural propriamente dito e o direito positivo; categoria intermediária que foi chamada de direito natural secundário ou derivado, e que por sua origem foi chamado de direito natural convencional. Para os que sustentavam esta doutrina, o direito de propriedade era um instituto de direito natural”.⁶⁰ Um exemplo claro desta doutrina está em Puffendorf, para quem, se originariamente os homens viviam em “comunhão negativa”, o direito natural, embora não determinasse, por si, a instituição da propriedade individual, fundamentava-a através das convenções. Segundo este autor, “(...) a propriedade das coisas é derivada imediatamente de uma convenção tácita ou expressa dos homens. Ainda que, uma vez colocada a concessão inicial divina, o homem fosse livre de ocupar todos os bens deste mundo, todavia foi necessária uma convenção, para que a ocupação ou a tomada de posse de uma coisa excluísse qualquer direito dos outros sobre a mesma coisa.”⁶¹

A segunda doutrina tem em John Locke o seu principal formulador e já foi mencionada e analisada no capítulo anterior. Segundo Locke, “(...) o que fez o homem passar da comunidade primitiva para a propriedade individual foi o trabalho. O título de aquisição da propriedade é o trabalho não é o contrato, ou seja, uma relação jurídica entre dois ou mais indivíduos, mas um fato unilateral e verdadeiramente natural (assim como é o trabalho). É por meio do próprio trabalho que o homem usufrui da terra, cultiva-a, deixa-a fértil e frutífera, numa palavra, lhe confere valor. É justo, portanto, que quem trabalhe uma determinada porção da terra comum, adquira o direito de usufruir dela com todos os benefícios relacionados, excluindo os outros do usufruto, o que de fato constitui a propriedade”.⁶²

Estas duas posições (a do contratualismo e a do trabalho) não foram aceitas por Kant como solução para aquele problema anteriormente apresentado, ou seja, não representariam o fundamento para a existência da propriedade já no estado de natureza. A tese do contratualismo da propriedade foi refutada no sentido de que “(...) o contrato no estado de natureza (assim como um tratado no direito internacional) vale somente entre as partes que o estipularam; motivo pelo qual esta teoria encontrava-se frente a esta dificuldade: ou admitir que quem tivesse a intenção de tomar algo como próprio obrigasse à abstenção de maneira convencional e indistinta todos os outros indivíduos (não somente presentes mas também futuros), o que era empiricamente impossível; ou admitir que quem não tivesse entrado na convenção não seria obrigado a respeitá-la, o que destruía a essência mesma da propriedade como ‘ius erga omnes’”.⁶³ Por sua vez, contra a doutrina do trabalho, Kant apresenta os seguintes argumentos: “1) o que importa no direito sobre uma coisa é a posse da substância e não dos acidentes; na propriedade de terra, a substância é constituída pelo solo, uma vez que o produto do cultivo é mero acidente; 2) o trabalho é somente um sinal externo da tomada de posse; mas existem outros sinais equivalentes; e inclusive os que, como o fato de colocar a cerca, que custam menos cansaço e produzem o mesmo resultado; 3) quem trabalha no terreno de outro não adquire por isso um direito de propriedade sobre aquele terreno; e o que aconteceria se o adquirisse?; 4) a idéia segundo a qual a propriedade deriva do trabalho fundamenta-se numa personificação ingênua das coisas, motivo pelo qual imagina-se que a própria coisa tenha obrigações com relação a quem a trabalha, surgindo assim uma relação jurídica entre a pessoa e a coisa, enquanto que uma relação jurídica só poderia subsistir entre pessoas”.⁶⁴

Assim é que, entre a posição doutrinária que admite apenas a existência da propriedade após a constituição do Estado, como um direito positivo, e àquela outra, bipartida, que concebe a propriedade como um direito natural, anterior portanto ao Estado, encontra-se a posição intermediária de Kant. Sustenta o filósofo, que a propriedade é um direito natural, porém sua aquisição no estado de natureza é provisório, tornando-se peremptório apenas após a constituição do estado civil.

No tocante à transformação do estado de comunidade originária, para o de propriedade individual, o seu fundamento é o da ocupação. Neste sentido, “(...) a aquisição de um objeto que se encontra fora do arbítrio, por meio de um ato individual da vontade, é a ocupação. A aquisição originária, portanto, deste objeto, e conseqüentemente também de um determinado solo só pode acontecer por meio da ocupação (ocupatio).”⁶⁵

Três são os momentos da aquisição originária ou ocupação. O primeiro é o da apreensão da coisa, que não deve pertencer a ninguém. O segundo é o da declaração da posse da coisa e da proibição de que outrem a possua. O terceiro é o da apropriação, que se dá através do acordo entre a vontade individual do possuidor e a vontade geral expressa através da lei. A apropriação é a aquisição definitiva e só existe no âmbito do Estado. A aquisição no estado de natureza teria um valor jurídico, porém provisório.

Em que pese estas afirmações, essa idéia do estado de natureza como um estado de direito provisório, suscita dúvidas. Com efeito, o próprio Kant em determinadas passagens de sua obra, afirma ser o estado de natureza um estado pré-jurídico. Esta ambigüidade é ressaltada por Bobbio quando diz que “(...) nem sempre Kant consegue dissolver a dúvida se o estado de natureza, sendo um estado de direito, sim, mas somente provisório e, portanto, destinado a ser substituído pelo estado peremptório, seja exatamente um estado jurídico ou não seja um estado pré-jurídico. Existem até alguns trechos de sua obra, em que o estado natural é chamado, e certamente de maneira equivocada (mas é um equívoco revelador), um estado não jurídico”.⁶⁶

Este “equívoco revelador” nos indica a dificuldade, mesmo em Kant, em conciliar a existência da propriedade no estado de natureza com o caráter “erga omnes”, essencial a sua qualificação jurídica. Com efeito, a idéia de ocupação como “(...) ato unilateral de vontade, de acordo com o postulado da razão prática (segundo a qual as coisas estão a minha disposição) ou com a lei jurídica universal (segundo a qual os outros devem respeitar a minha posse até quando eu respeito a dos outros), (...) de acordo com uma autorização universal derivante de princípios racionais”,⁶⁷ é antes uma formulação hipotética, pois não

confere, por si, a propriedade, o caráter de efetividade e, neste sentido, não fundamenta a sua oponibilidade a todos.

A exposição destas teorias sobre o fundamento jurídico da propriedade, nos sugere a importância atribuída ao reconhecimento e à proteção como elementos integrantes do seu conceito, ao mesmo tempo que revela a dificuldade de comprovação da existência efetiva do instituto, com aquelas qualidades, em uma sociedade natural, onde ainda não se dispunha de instrumentos que permitissem ao indivíduo exercer o seu direito face aos outros, de acordo com uma ordem comum.

3.3.2. A natureza jurídica da propriedade. Pressupostos para a sua conceituação jurídico-dogmática

Pretendemos aqui analisar a propriedade sob a perspectiva da Ciência do Direito. Neste sentido, há que se fazer referência ao Direito Subjetivo e estabelecer a sua relação com a propriedade.

A noção de Direito Subjetivo é das mais polêmicas. Não se pretende, portanto, aprofundar a sua análise, mas tão somente sugerir algumas idéias que possam dar suporte ao conceito jurídico de propriedade.

Importante se faz destacar, de início, o pensamento de Hans Kelsen. O autor define a propriedade como “o direito real subjetivo por excelência” e expõe as diferenças entre a sua teoria e a doutrina tradicional.

A propriedade, pela “jurisprudência” tradicional, segundo o autor, é definida como o domínio exclusivo de uma pessoa sobre uma coisa. Esta definição, para Kelsen, serve para distinguir a propriedade das relações jurídicas de crédito, que são relações entre pessoas, o que não disfarça, entretanto, segundo ele, o seu caráter ideológico.

Contrariando esse entendimento, o autor argumenta que a propriedade só pode consistir numa relação entre pessoas, haja visto que o Direito, como ordem social regula condutas de indivíduos nas suas relações com outros indivíduos e não com coisas. Desta forma, “(...) aquilo que se designa como exclusivo domínio de uma pessoa sobre uma coisa é a exclusão de todos os outros, instituída pela ordem jurídica, do poder de disposição sobre a coisa. O domínio de um juridicamente é apenas o reflexo da exclusão dos outros. É uma relação entre os outros e o primeiro, ou seja, na terminologia usual, uma relação entre pessoas; e apenas secundariamente uma relação com uma coisa”.⁶⁸

A manutenção da definição tradicional da propriedade como uma relação entre uma pessoa e uma coisa, além de possuir, para Kelsen, um caráter ideológico, como já fôra referido, “(...) encobre a sua função econômico-socialmente decisiva: uma função que — na medida em que se trata de propriedade dos meios de produção — é designada — se com razão ou sem ela é coisa que não importa aqui decidir — como exploração, uma função que, em qualquer dos casos, consiste precisamente na relação do proprietário com todos os outros sujeitos que são excluídos da ingerência da coisa, que são obrigados, pelo direito objetivo, a respeitar o exclusivo poder de disposição do proprietário”.⁶⁹

A classificação do direito de propriedade como direito absoluto também não é aceito por Kelsen, pois, para ele, os chamados direitos absolutos seriam, na verdade, relativos, e consistiriam na relação de uma pluralidade de indivíduos com um determinado indivíduo. Neste sentido, a especificidade do direito de propriedade consistiria no fato de que este é “(...) o reflexo de uma pluralidade de deveres de um número indeterminado de indivíduos em face de um e o mesmo indivíduo com referência a uma e a mesma coisa, diferentemente de um direito de crédito que apenas é o reflexo de um dever de um determinado indivíduo em face de um outro indivíduo determinado”.⁷⁰

Finalmente, Kelsen situa o direito de propriedade como poder jurídico. Neste caso, não estaria em jogo um simples direito reflexo, mas a faculdade de, através de uma ação judicial, o proprietário fazer valer o dever jurídico imposto a todos os indivíduos de não violarem o seu poder de disposição sobre a coisa.

Cabem aqui duas observações. Em primeiro lugar, o “revestimento teórico” dado por Kelsen ao Direito Subjetivo de Propriedade, caracterizando-o como direito reflexo, em substituição a posição tradicional da doutrina, não lhe retira o caráter ideológico. Com efeito, a obrigação da abstenção de “perturbação” da propriedade individual, seja em razão de uma relação primária do indivíduo com a coisa, seja em razão de um dever jurídico imposto a todos em face de um indivíduo, não modifica em nada a essência do direito de propriedade.

Por outro lado, quando Kelsen se refere a doutrina tradicional, deve-se a rigor aplicar tal referência a uma parte da mesma. Nem todos os juristas considerados tradicionais e que são, na realidade, os formuladores de tal doutrina, concebem a propriedade como uma relação entre o indivíduo e a coisa, podendo-se afirmar ainda que tal entendimento, na atualidade, reputa-se ultrapassado, como veremos a seguir.

Windscheid define o Direito Subjetivo sob a perspectiva psicológica, como uma “soberania da vontade” conferida à pessoa pela ordem jurídica.⁽⁷¹⁾ Esta definição é explicitada por Larenz, que a relaciona com o conceito jurídico de propriedade daquele autor. “Con ello el acento se desplaza, para él, desde la posibilidad del dominio de un objeto — por ejemplo, de la soberanía real individual del propietario — a la posibilidad — que él denomina pretensión — de realizar judicialmente frente a otro un mandato del ordenamiento jurídico. Consecuentemente, ve en la propiedad, más que la facultad del propietario de determinar sobre esta cosa según su voluntad (de disponer sobre ella, fáctica y jurídicamente), la posibilidad de mantener a otros alejados de la cosa: la suma de las pretensiones concedidas al propietario frente a los perturbadores potenciales.”⁷² Neste sentido, para Windscheid “(...) el contenido jurídico de la propiedad reside únicamente en su función de exclusión, es decir: en la prohibición, a todos dirigida, de perturbar al propietario en su dominio real”.⁷³

Da mesma forma que Windscheid, também Bierling concebe o direito subjetivo como uma pretensão. Para ele, “(...) la pretensión es — pensada psicológicamente — una

demanda; a saber: una demanda cuyo contenido es reconocido con su deber jurídico por aquel a quien va dirigida.”⁷⁴

Ricardo Pereira Lira analisa a propriedade como um Direito Subjetivo, separando, explicando e encadeando logicamente os diversos elementos que a integram, permitindo, assim, a compreensão do seu conceito jurídico-dogmático. A sua análise, por outro lado, estabelece as causas materiais do surgimento do Direito e, implicitamente, da relação entre o Direito e a propriedade. O raciocínio do autor segue a seguinte orientação: todos os homens possuem necessidades e interesse para satisfazê-las. “O interesse é uma posição do homem propiciatória à satisfação de uma necessidade, sendo certo que os meios para satisfação das necessidades humanas são os bens.”⁷⁵ Em relação ao interesse, o homem é sujeito e os bens objeto. Como as necessidades humanas são ilimitadas e crescentes segundo o curso do desenvolvimento civilizatório e, por outro lado, os bens são finitos e não se reproduzem na proporção daquelas necessidades, surgem os conflitos de interesse. “Surge o conflito quando a situação favorável à satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável de uma outra necessidade.”⁷⁶

Há duas espécies de conflito, o conflito interno e o conflito externo. O conflito interno é aquele onde entram em jogo os interesses de uma só pessoa. Já o conflito externo representa o choque de interesses entre duas pessoas, denominando-se, por isso, conflito intersubjetivo de interesses. “A questão apresenta importância, constituindo circunstância elementar do fenômeno jurídico, quando o conflito se põe entre interesses de titularidade diversa. (...) No interesse externo encontra raiz a causa do Direito.”⁷⁷ O Direito, portanto, surge como uma necessidade de pacificação social, realizada através das normas jurídicas, que são instrumento de composição dos conflitos intersubjetivos de interesse e que fazem surgir a relação jurídica. “A relação jurídica é a expressão da composição de um conflito de interesses através do Direito. É um conflito de interesses juridicamente regulado.”⁷⁸ Esta normatização, ou solucionamento formal das situações de conflito, pelo Direito, através da relação jurídica, qualifica os interesses naturais opostos em interesse protegido

e interesse subordinado. Ao interesse subordinado corresponde a situação jurídica passiva, que é o dever jurídico. A situação jurídica ativa, por outro lado, caracteriza-se pela afirmação do interesse protegido, garantido através do direito subjetivo, que é o poder atribuído à vontade do seu titular.

O Direito Subjetivo é, segundo o raciocínio do autor, um direito reflexo ao dever jurídico, pois, segundo ele, “(...) frente a existência do dever jurídico se acha a de Direito Subjetivo, que é precisamente aquele poder conferido à vontade de uma pessoa para prevalência do seu interesse”,⁷⁹ e a propriedade é o direito real matriz, que se encontra entre os direitos subjetivos patrimoniais.

Larenz tem uma outra concepção de direito subjetivo e, nesse sentido, também de propriedade. Para o autor, “(...) derecho subjetivo, es lo que — en primer lugar, por si mismo — corresponde o se debe a la persona necesariamente, aquello que los otros estan obligados a concederle. (...) El derecho subjetivo no es, en primer termino, un ‘poder de la voluntad’ — el que pueda ser impuesto es otra custion —, ni tampoco es, primariamente, un ‘interes juridicamente protegido’: no siempre que un interes sea protegido de alguna forma por el orden juridico existe un derecho subjetivo. El derecho subjetivo nos es, primariamente, conforme a su concepto (concreto general), ni derecho de dominio ni el derecho de exigir una prestacion (pretension), sino que es derecho al respeto, es decir: reconocimiento y no lesion de la persona en aquello que se le debe”.⁸⁰

Quanto ao conceito de propriedade, Larenz, refuta o caráter meramente formal da definição de Windscheid, acrescentando-lhe um sentido ou necessidade ética. “El sentido originario y primero de la propiedad no es, ciertamente, el de imponer una pretension frente a un perturbador, sino la posibilidad de que una persona, con las cosas que se le han dado en propiedad o en virtud de ellas, se procure y conserve un mundo circundante peculiar de esta persona, se procure y conserve el espacio individual de existencia adecuado a ella, manifestandose solo asi como persona, es decir, como libre. En este sentido dice Hegel, por ejemplo, que ‘desde el punto de vista de la libertad, la propiedad, como primera

existencia de aquella, es fin esencial por si mismo': es decir, que el individuo ha de tener necesariamente propiedad, para existir con otros en la sociedad como persona individual."⁸¹

"La exclusion de toda persona de actuar sobre el objeto de la propiedad — es decir: la norma prohibitiva a todos dirigida — tiene el sentido positivo de que, dentro de ciertos limites, el orden juridico considera al propietario como el unico que es regulativo, de que le confia la determinacion sobre la cosa y de que, con ello, le confirma como persona (que crea su propio campo individual de existencia). La concession del poder de disposicion y la exclusion de otros, la adjudicacion y la prohibicion son, por conseqüente, dos aspectos de la misma cosa. No esta justificado presentar solo un aspecto como reflejo del otro y considerar el ultimo como el unico esencial. Antes bien: derecho y deber, concesion y prohibicion, adjudicacion y exclusion o limitacion son elementos con el mismo origen de todo orden juridico. Precisamente la esencia del orden consiste en que adjudica e impone a cada uno lo suyo, en que al mismo tiempo concede y niega, creando, precisamente de esta manera, relaciones."⁸² Neste sentido, "mientras subsiste la atribucion, el mandato de respeto exige de todos los demas respetar el derecho de del propietario, es decir, no menoscabarlo de ninguna manera. El derecho del propietario sobre la cosa — derecho que existe por causa de el — aparece como lo primario; la prohibicion dirigida a todos de no menoscabar su derecho aparece solo como la consecuencia de ello".⁸³

Finalmente, Bobbio, de forma suscita, apresenta os aspectos essenciais da propriedade como Direito Subjetivo, integrando de alguma maneira, as concepções anteriormente expostas. "Na noção de Direito Subjetivo estão incluídas duas noções diversas que se integram; a noção de faculdade, entendida como liberdade de fazer ou não fazer, ou como liberdade ou esfera de permissão, opostas às esferas do obrigatório e do proibido, ou ainda como liberdade em sentido negativo (liberdade como não impedimento); e a noção de poder, entendida como capacidade efetiva de exercer a minha liberdade contra qualquer um que o queira impedir, ou liberdade em sentido positivo. Quando eu digo que uma coisa é juridicamente minha, quero dizer que tenho, sobre aquela coisa, uma faculdade ou mais

faculdades (por exemplo usufruir dela, utilizar, dispor) e juntamente também um poder, que consiste no uso legítimo da força (não importa se esta força seja minha ou do Estado) para rejeitar qualquer tentativa de limitar ou anular a minha liberdade.”⁸⁴

A propriedade jurídica caracteriza-se, portanto, pelo reconhecimento objetivo e pela possibilidade da imposição perante os outros, da situação subjetiva, material ou formal, de posse individual.

Ao exame do exposto, infere-se que o conceito jurídico de propriedade, no sentido de um Direito Subjetivo, está conformado ao surgimento, senão do Estado, pelo menos de uma comunidade, razoavelmente organizada política e juridicamente. A propriedade jurídica teria assim, como característica básica e fundamental, o domínio (fundamentado na idéia de Direito Subjetivo) e, para tanto, a imposição de normas jurídicas objetivas que possibilitassem o seu exercício face a terceiros e com a exclusão destes. Portanto, a propriedade sob esta perspectiva, diferencia-se da sua idéia originária e passa a constituir-se uma categoria instituída.

Por outro lado, resulta evidente que a análise da propriedade sob o enfoque estritamente jurídico-formal, limita a compreensão do seu conceito. Com efeito, a propriedade é um fenômeno rico, que engloba diversos aspectos (econômicos, ideológicos, políticos, etc.) que não podem ser relegados, sob pena de, em detrimento de uma completeza conceitual, atingir-se tão somente as suas controvérsias técnico-jurídicas. Neste sentido, já afirmava Pugliatti que “(...) si las cuestiones propuestas se quieren afrontar, si se quiere tener la esperanza de resolverlas, es necesario salir del campo de los esquemas y del campo de las palabras, es decir superar el puro formalismo jurídico. Entonces es necesario identificar en la realidad económica y social aquellos tipos de intereses, aquellos lazos de intereses, considerados por la legislación. Se podera así ver si una pluralidad de institutos en torno a un interes o a un complejo de intereses presente estructuras y nexos tales para los cuales se pueda considerar como unidad, aun cuando esta seja compleja. Y así, con referencia particular a aquel interes o a aquellos intereses que se refieren al instituto de la

propriedad, se vera si nos encontramos de frente a una pluralidad de institutos afines o a un instituto unico que se presenta sobre una gran variedad de aspectos”.⁸⁵

Seguindo esse propósito, há que se analisar a propriedade como um conceito dinâmico, fazendo-se necessário, neste sentido, um estudo que tome por base, não só a sua conformação jurídico-formal, como também os condicionantes materiais de sua afirmação como fenômeno histórico.

.....

NOTAS

1. PUGLIATTI, S., *apud* MOZOS, Jose Luiz de Los. *Teoria General de La Propriedad, in La Propriedad*. S. Jose Costa Rica: Editorial Juricentro, s.d., pág. 36.
2. BOBBIO, Norberto. et alii *Diccionario de Politica* Trad. Carmem C. Varriale. Brasília: UNB, 1991, pág. 1021C.
3. CARNELLUTTI, Francesco. *Metodologia del Derecho*. Trad. al espanol Dr. Angel Ossorio. Buenos Aires: Valleta Ediciones, 1990, pág. 53.
4. ALVES, Vilson Rodrigues. *Uso Nocivo da Propriedade*. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pág. 37.
5. BOBBIO, Norberto, op. cit., pág. 1021.
6. FACHIN, Luiz Edson. *Conceituação do Direito de Propriedade. In Revista de Direito Civil*. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, vol. 42, pág. 50.
7. MURILLO, Guillermo Garcia. *La Propriedad segun el Derecho Romano, in La Propriedad*. S. Jose, Costa Rica: Editorial Juricentro, s.d., págs. 92-93.
8. BOBBIO, Norberto, op. cit., pág. 1021.
9. ALVES, Vilson Rodrigues, op. cit., pág. 57.
10. LLOYD, Dennis Lord. *La Idea Del Derecho*. Madrid: Editorial Civitas, 1985, pág. 348
11. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público. In Anais XII Congresso de Procuradores do Estado*. Salvador, Serviço de Documentação e Divulgação Procuradoria, 1985, pág. 67.
12. BOBBIO, Norberto, op. cit., pág. 1021.
13. Idem, pág. 1026.
14. GRECO, Marco Aurélio. *O Solo Criado e a Questão Fundiaria. In Direito Urbanístico. Uma Visão Sócio-jurídica*. Organização Álvaro Pessoa. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos IBAM, 1981, pág. 5.

15. HEGEL, G. W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990, pág. 71.
16. BERNOIT, Hubert., *apud* WILBER, Ken. *O Espectro da Consciência*. Trad. Otavio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1977, pág. 98.
17. WILBER, Ken. *O Espectro da Consciência*. Trad. Otavio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1977, págs. 100-102.
18. Idem, pág. 102.
19. Idem, pág. 102.
20. ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso Sobre a Origem e o Fundamento da Desigualdade Entre os Homens*. Trad. Lourdes Santos Machado. 5ª ed., São Paulo: Nova Cultural, 1991, pág. 244. Coleção Os Pensadores.
21. FROMM, Erich. *Do Ter ao Ser*. Trad. Lucia Helena Siqueira Barbosa. São Paulo: Manole, 1992, pág. 145.
22. HEGEL, G. W. F., *op. cit.*, pág. 61.
23. Idem, pág. 64.
24. Idem, pág. 64.
25. Idem, págs. 64-65.
26. KELSEN, Hans, *apud* VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, pág. 43.
27. Idem, pág. 36.
28. Idem, pág. 33.
29. BEVILACQUA, Clovis. *Direito das Coisas*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, pág. 114.
30. VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, pág. 45.
31. Idem, pág. 45.
32. TRACY, Destutt de. *apud* Proudhon, Pierre-Joseph. *O que é a Propriedade*. Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 1988, pág. 58.

33. IHERING, Rudolf Von. *A Luta Pelo Direito*. Trad. Richard Paul Neto. Rio de Janeiro: Estácio de Sá, 1978, pág. 40.
34. PACHUKANIS. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Trad. Soveral Martins. Coimbra: Centelha, 1977, p. 157
35. ARENDT, Hanah. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, pág. 80.
36. Idem, pág. 123.
37. Idem, pág. 124.
38. FROMM, Erich, op. cit., pág. 139.
39. OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Limitações Administrativas a Propriedade Imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, pág. 1.
40. GONÇALVES, Aderbal da Cunha. *Da Propriedade Resolível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, pág. 3.
41. FROMM, Erich, op. cit., pág. 148.
42. Idem, págs. 145-146.
43. Idem, pág. 146.
44. Idem, pág. 148.
45. PROUDHON, Pierre-Joseph, op. cit., pág. 58.
46. HEGEL, G. W. F., *apud* BOBBIO, Norberto. *Estudos Sobre Hegel*. Trad. Luiz Sergio Henriques. São Paulo: Brasiliense, 1981, pág. 64.
47. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. op. cit., pág. 67.
48. ALVES, Vilson Rodrigues. op. cit., pág. 49.
49. BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emannuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. Brasília: UNB, 1984, pág. 94.
50. KANT, Imanuel., *apud* BOBBIO, Norberto, op. cit. pág. 95.
51. BOBBIO, N., op. cit., pág. 96.
52. KANT, I., op. cit. pág. 433.

53. Idem, pág. 437.
54. Idem, pág. 499.
55. BOBBIO, N., op. cit., pág. 89.
56. HOBBS, Thomas., *apud* BOBBIO, N., op. cit. pág. 103.
57. ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. Trad. Antonio de P. Machado. Rio de Janeiro: Tecnoprint, (s.d.) pág. 39.
58. BASTIDE, Paul Arbousse. *In* Rousseau, Jean Jaccques. *Discurso Sobre a Origem e o Fundamento da Desigualdade entre os Homens*. Trad. Lourdes Santos Machado. 5ª ed., São Paulo: Nova Cultural, 1991, pág. 210.
59. ROUSSEAU, J. J., op. cit., pág. 266.
60. BOBBIO, N., op. cit. pág. 104.
61. PUFFENDORF., *apud* BOBBIO, N. op. cit. pág. 105.
62. BOBBIO, N., op. cit., pág. 105.
63. Idem, pág. 107.
64. KANT, I., op. cit., págs. 446-450.
65. Idem, pág. 444-445.
66. BOBBIO, N., op. dit., pág. 89.
67. Idem, pág. 107.
68. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 3ª ed., Coimbra: Armenio Amado, 1974, págs. 190-191.
69. Idem, pág. 192.
70. Idem, pág. 192.
71. LARENZ, Karl. *Metodología De La Ciencia Del Derecho*. Tradução para o espanhol Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ariel, 1966, pág. 45.
72. Idem, pág. 45.
73. Idem, pág. 167.
74. Idem, pág. 56.

75. LIRA, Ricardo Pereira. Campo e Cidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rio de Janeiro: Gráfica Riex, 1991, pág. 15.
76. Idem, pág. 15.
77. Idem, pág. 16.
78. Idem, pág. 16.
79. Idem, pág. 16.
80. LARENZ, K., op. cit., pág. 375.
81. Idem, págs. 45-46.
82. Idem, pág. 167.
83. Idem, pág. 375.
84. BOBBIO, N., op. cit. pág. 95.
85. PUGLIATTI, S., *apud* MOZOS, Jose Luis de. Teoria General de La Propriedad. In La Propriedad. Ensayos. S. José, Costa Rica: Juricentro, 1983, pág. 36.

CAPÍTULO IV

ORIGEM E EVOLUÇÃO — A PROPRIEDADE COMO CONCEITO HISTÓRICO

4.1. A Gênese Temporal

A origem da propriedade como realidade histórica remonta às origens da Humanidade. Entretanto, face ao estágio rudimentar da evolução humana e social, a propriedade circunscrevia-se tão somente a alguns objetos. Assim é o entendimento de Clóvis Bevilacqua. “Os homens primitivos, naturalmente, se consideravam senhores daquilo de que se apoderavam, para satisfazer as próprias necessidades, pois que até em animais se observa esse sentimento. Mas sobre as coisas móveis de uso, e não destinadas ao consumo imediato, como armas e instrumentos de caça e pesca, é que já se manifestava uma projeção da personalidade, sobre o mundo externo, ligando o objeto ao sujeito.”¹ No mesmo sentido, afirma Erich Fromm : “(...) a maioria dos povos primitivos não tinha propriedade privada, exceto das coisas que servem para seu uso pessoal imediato tais como roupas, adereços, ferramentas, redes e armas de fogo”.² E Thiers observa com precisão que, “(...) entre todos os povos, por mais rústicos que fossem, encontramos a propriedade, a princípio, como um fato, depois como uma idéia, mais ou menos clara, segundo o grau de civilização alcançado, mas sempre invariavelmente, certa.”³

É possível afirmar que a propriedade sempre existiu como fenômeno material, quando menos em relação a algumas classes de objeto.

A maioria dos autores sustenta, entretanto, a inexistência da propriedade individual entre os povos primitivos. Este entendimento é justificado a partir de dois fundamentos distintos.

O primeiro sustenta-se na tese de que a propriedade individual surge apenas a partir do momento em que o homem passa a vincular a sua personalidade a uma individualidade. A origem da propriedade obedeceria, então, a uma condição psicológica, qual seja, a consciência do eu.

Nesse sentido, observa Fernando Andrade Oliveira que “(...) a opinião mais difundida entre os historiadores afirma a precedência da propriedade coletiva, que somente se converteu na forma individual na medida em que se definiu a personalidade autônoma do homem, desprendendo-se dos seus vínculos comunitários, para depois reintegrar-se no meio social”.⁴ Para Kelsen, “(...) o homem primitivo, cuja psiquê está completamente socializada, não cumpre a condição essencial para o nascimento da propriedade individual. (...) é movido a esta atitude coletivista não apenas porque não tem consciência do eu, mas também por uma peculiaridade do pensar denominada tendência substancializadora. Não distingue, como nós, entre o corpo e suas condições, suas qualidades, as forças que o movem, ou a relação em que se acha com outros corpos; imagina melhor tais qualidades, condições, forças e relações como substâncias”.⁵

O segundo fundamento sustenta-se na concepção dogmática de propriedade proveniente do direito romano. Os autores que a adotam, reduzem o fenômeno da apropriação a uma modalidade específica conformada ao conceito clássico. Entretanto, a concepção da propriedade primitiva não admite tal redução. “Assim, a propriedade e a posse, que se confundiam no estágio primitivo, tornaram-se graças ao direito civil duas coisas distintas e independentes; duas coisas que, segundo a linguagem das leis, já nada tem em comum.”⁶ Isto se explica porque, “(...) a concepção primitiva da propriedade exprime, simplesmente, o fato material da pertença de uma coisa a uma pessoa, baseando-

se apenas na posse natural”.⁷ Destarte, através desta cisão, e tendo em vista que nos primórdios da existência humana, as relações de apropriação não se subsumem ao conceito estreito do Direito Subjetivo, a existência concomitante da propriedade comum com a propriedade individual de certos bens é confundida muitas vezes com a inexistência da propriedade em geral. Isto se deve, portanto, ao fato de que a idéia de propriedade como Direito Subjetivo está de tal forma arraigada na consciência dos povos ocidentais, que as análises históricas acerca da sua origem, em geral, tomam como paradigma este conceito.

Seguindo esta concepção, Rousseau descreve os cinco estágios pelos quais passou a Humanidade no seu desenvolvimento, caracterizando cada qual por um novo crescimento da desigualdade. Entre eles, o estágio foi o da propriedade: “(...) dela vem todo o mal, mas só foi inventada tardiamente e depois de longa evolução que a tornou necessária”.⁸ Proudhon, por outro lado, em uma análise crítica, afirma que “(...) a propriedade é posterior à comunidade. A comunidade, ou associação de modo simples, é o alvo necessário, o impulso primordial da sociabilidade, o momento espontâneo por meio do qual ela se manifesta e se toca: para o homem, essa é a primeira fase da civilização. Nesse estado de sociedade, que os juristas apelidaram comunidade negativa, o homem se aproxima do homem, partilha com ele os frutos da terra, o leite e a carne dos animais; pouco a pouco essa comunidade, negativa enquanto o homem nada produz, tende a se tornar positiva e articulada pelo desenvolvimento do trabalho e da indústria”.⁹ Neste sentido, portanto, “(...) a alegada ‘*communio bonorum primaeva*’, consistindo na comunhão universal de todas as coisas entre todos os homens, na verdade significava a negação de qualquer propriedade”.¹⁰

Distinguindo a propriedade coletiva da propriedade individual, Aderbal da Cunha Gonçalves afirma a precedência da primeira para depois explicar o processo através do qual se deu a origem da segunda. “Nesse primeiro período, tanto a propriedade móvel como a imóvel são comuns, uma vez que a divisão do trabalho distribuía os agregados em funções diversas e a fraqueza, quer intelectual, como física do homem primitivo não

lhe permitia produzir senão em comum. (...) A idéia da propriedade individual não se manifesta senão gradualmente, e, assim mesmo, a respeito dos objetos apreendidos ou devidos a própria indústria, resultante do trabalho do homem, que estendia seu domínio sobre a natureza, mas apenas se afirmando com o estabelecimento da família. Somente quando esta assume o caráter de uma unidade econômica, desligando-se da gens, é que se firma a feição privada da propriedade.”¹¹

Em todos os estudos realizados em torno da origem da propriedade, há que se levar em conta o seu aspecto especulativo. Com efeito, “(...) quando se fala em propriedade coletiva como sendo anterior à propriedade individual, não se pode falar em termos conclusivos, pois a questão ainda não está suficientemente esclarecida. (...) Parece que a propriedade, nos primórdios da civilização, começou por ser coletiva, transformando-se, paulatinamente em propriedade individual. Trata-se, contudo, de ponto obscuro na história do direito e sobre o qual ainda não se disse a última palavra.”¹²

Aderbal da Cunha salienta a controvérsia: “De início, vale ressaltar que o desacordo entre os juristas e sociólogos, quanto à primeira forma que a propriedade revestiu, é manifesto, podendo resumir-se a controvérsia na dúvida de suas preferências entre a prioridade da propriedade individual e a opinião que reduz o problema a uma apropriação coletiva do solo. Uns, como Spencer e Belot, se inclinam pela primeira forma, sistema que obteve grande aceitação antes do aparecimento dos estudos de Etnografia, Sociologia Jurídica e História do Direito, concretizados nas obras e investigações de Letourneau, Sumner Maine, Loria, Laveleye, Morgan e Engels, e que impõe a conclusão de ter sido a apropriação coletiva do solo por comunidades de homens, ligados pelos laços de verdadeira ou suposta consaguinidade, a forma primitiva dominante.”¹³ Há ainda os que “(...) não duvidam da existência de uma propriedade especial, contendo os germes das duas formas, individual e coletiva, e cuja diretriz ulterior será determinada pelas condições do ambiente e pela capacidade psicológica da raça”.¹⁴

Estas contradições indicam-nos ser inaceitável o estudo sobre a origem da propriedade como se esta fôra um fenômeno uniforme e universal. Resta-nos procurar entendê-la através

da sua manifestação fenomênica, analisadas geográfica e historicamente e dos fatores que a determinaram, notadamente a família, a religião e os condicionantes econômicos. Perceberemos, com isto, que a propriedade se origina de forma distinta segundo a variação do seu objeto, do lugar e do tempo de sua ocorrência e da cultura em que se manifesta.

Neste sentido, podemos colher a opinião de Caio Mário. Segundo ele, “(...) houve povos que nunca vieram a conhecer o direito de propriedade; outros compreendiam-na sobre os rebanhos, sobre as armas, jamais sobre a terra. E ainda hoje, alguns existem que não subordinam o seu regime de bens à idéia de apropriação individual, o que certamente reflete no seu direito, desarticulado da concepção tão arraigada na consciência coletiva ocidental, que é o direito subjetivo. Está nesse caso, por exemplo, o povo chinês, para o qual não foi o regime de Mao-Tse-Tung que aboliu a propriedade privada, mas sua tradição histórica”.¹⁵

A relativização sobre a origem da propriedade e sua forma, também é objeto da análise de Fernando Andrade Oliveira. Segundo o autor, “(...) em muitos povos e em muitas terras, o regime da propriedade resultou de circunstâncias especiais e de condições de cultura determinadas. Sequer se poderia afirmar que os antigos habitantes da península italiana, ou mesmo os povos umbrico-sabinos e os etruscos, da região onde nasceu Roma, ainda permaneciam no estágio da propriedade coletiva. As terras ocupadas pelos germanos e eslavos, mesmo na atualidade, não se prestam senão à produção de cereais e a outras plantações de crescimento anual, ou seja, a uma agricultura que se concilia com os sistema de rotatividade do solo. Já o território italiano é esplendidamente apropriado à cultura arbórea, particularmente a da videira e da oliveira. Essas plantações se desenvolvem durante períodos de muitos anos, produzindo, às vezes, para as gerações sucessivas as que semearam e plantaram — ligando o homem ao solo e favorecendo a precoce definição da propriedade individual.”¹⁶

Engels, tomando por base um estudo procedido por Morgan, divide a existência histórica da Humanidade em três fases: estado selvagem, barbárie e civilização, as duas

primeiras subdivididas em fase inferior, fase média e fase superior. O autor analisa a origem da propriedade tomando como referência alguns dos aspectos acima mencionados. Até a fase inferior da barbárie, afirma Engels, “(...) a riqueza duradoura limitava-se pouco mais ou menos à habitação, às vestes aos adornos primitivos e aos utensílios necessários para a obtenção e preparação dos alimentos: o barco, as armas, os objetos caseiros mais simples. (...) A quem, no entanto, pertencia essa riqueza? Não há dúvida de que, na sua origem pertenceu a gens. Mas bem cedo deve ter-se desenvolvido a propriedade privada dos rebanhos. É difícil dizer se o autor do chamado primeiro livro de Moisés considerava o patriarca Abraão proprietário dos seus rebanhos por direito próprio, por ser o chefe de uma comunidade familiar, ou em virtude da sua qualidade de chefe hereditário de uma gens. Seja como for, o certo é que não devemos imaginá-lo como proprietário no sentido moderno da palavra. É indubitável, também, que, nos umbrais da história autenticada, já encontramos em toda parte os rebanhos como propriedade particular dos chefes de família, com o mesmo título que os produtos artísticos da barbárie, os utensílios de metal, os objetos de luxo e, finalmente, o gado humano; os escravos”.¹⁷

A influência do aspecto religioso na origem da propriedade é destacado por Caio Mário. Para ele “(...) não tem sido pequeno nem vão o esforço dos que investigam a origem da idéia dominical. E, geralmente, as pesquisas conduzem a uma concepção religiosa. Sua presença mística é, aliás, assinalada como uma característica ainda mais acentuada nos povos primitivos, tomada esta palavra para significar os que se achavam num grau mais baixo de civilização, e para compreensão de cujo estágio sociólogos como Engels, D’Aguanno, Levy-Bruhl dedicaram-se a observar os ‘primitivos atuais’. Naquela fase remota, a propriedade é um vínculo místico entre o indivíduo e a coisa, da mesma forma que ele se prende, por idêntico laço, ao grupo a que pertence. Em tal momento, a propriedade é uma vinculação que se estabelece entre a pessoa que possui e os objetos possuídos. Varia a natureza (individual ou coletiva) do vínculo, e, daí, estabelece-se ora a propriedade privada, ora a propriedade grupal, ora as duas simultaneamente, quando certos

bens podem ser individualmente vinculados, enquanto outros (terras, rios, florestas) são atribuídos a coletividade, e guardadas sacramentalmente pelos deuses ou pelos mortos. O traço essencial da propriedade primitiva é seu caráter sagrado, como extensão da própria pessoa.”¹⁸

A propriedade, portanto, não é fenômeno unitário. Sua origem sofre a influência dos diversos fatores mencionados.

Feitas essas digressões acerca da forma originária da propriedade e dos diversos aspectos e influências que determinaram a sua concepção, na fase primitiva, compete estudar, agora, a propriedade já no estado histórico da Humanidade (ou estado da civilização), surgido, segundo Engels, com a fase monogâmica do casamento. Nesta fase “(...) a terra cultivada foi distribuída entre as famílias particulares, a princípio por tempo limitado depois para sempre; a transição para a propriedade completa foi-se realizando aos poucos, paralelamente a passagem do matrimônio sindiásmico à monogamia.”¹⁹

Convém destacar dois aspectos determinantes para situar o objeto do nosso estudo e delimitar as tendências para a construção histórica do conceito da “propriedade completa”, ou instituída. O primeiro, o aspecto cultural, é salientado por Caio Mário. Um povo que herdou do passado remoto a apropriação coletiva ou grupal das coisas, dificilmente será levado mais tarde, à afirmação de idéias ligadas a um conceito muito sólido do Direito Subjetivo de Propriedade Individual. Outros povos, e nessa classe matriculam-se todos ou quase todos os que compõem o que se convencionou chamar civilização ocidental, têm a noção acendrada do meu e teu, têm incrustada na profundidade de sua consciência jurídica a idéia do assenhoreamento dos bens, a concepção sedimentada do direito individual de propriedade.²⁰ O aspecto econômico é referido por Engels ao descrever a civilização como “(...) o estágio de desenvolvimento da sociedade em que a divisão do trabalho, a troca entre indivíduos dela resultante, e a produção mercantil — que compreende uma e outra — atingem o seu pleno desenvolvimento e ocasionam uma revolução em toda a sociedade anterior”.²¹

É, portanto, a partir da formação da civilização Ocidental que se desenvolverá o conceito de propriedade jurídica, influenciado, em sua formação, pela Família e pela Religião, e no seu desenvolvimento, pelo Estado e pelo modo de produção econômica dominante.

Findas, portanto, as análises acerca da origem da propriedade, trataremos agora da sua evolução ao longo da história. Essa evolução far-se-á no contexto da cultura individualista do Ocidente e do processo econômico que já se fazia notar na fase final da barbárie e que se estabeleceu efetivamente, a partir do surgimento da civilização e do Estado. Nesse sentido, passaremos a compreender a formação do conceito jurídico da Propriedade Ocidental, que teve o berço do seu desenvolvimento em Roma.

4.2. A Propriedade Romana

A forma originária da propriedade em Roma, não constitui exceção em relação ao desenvolvimento da instituição nos outros povos. Não obstante inexistir, no campo do Direito Romano, qualquer unanimidade em relação à forma inicial de propriedade, “(...) deve-se, todavia, reconhecer que a tendência dos sociólogos e historiadores que se dedicaram ao assunto é no sentido de uma conclusão afirmativa pela tese gentilícia. Roma não fizera, no particular, exceção no desenvolvimento da instituição aos outros povos. Qualquer manifestação de ordem jurídica, nesses primórdios, como sustenta Engels, traria estampada a sua função e natureza gentilícias”.²² Nesse sentido, Arangio Ruiz, em estudo recente, acrescenta: “A influência que o princípio gentilício exerceu na luta entre o patriciado e a plebe é ainda um sinal, o mais tangível talvez, da energia vital que as gens manifestaram na aurora da história. As duas classes da população eram fechadas, uma frente a outra,

não somente no ponto de vista da vida pública, mas, ainda, no que concerne aos casamentos entre patrícios e plebeus. Quando a ‘rogatio Canuleia’ propôs admiti-los, o maior obstáculo oposto pelos patrícios foi essa ausência na organização da parentela plebeia.”²³

A propriedade individual não recai, de início, sobre os bens imóveis. Nesse sentido, “(...) partindo do pressuposto de que ‘mancipium’, designação antiga de propriedade, e seu correlativo ‘mancipatio’ forma solene de alheação dos bens, derivavam de ‘manu capere’ a propriedade primitiva verdadeiramente individual, a alienável e objeto de mancipação consistia tão-só em cousas apreensíveis, em bens móveis. E como família significava escravos, de ‘famuli’ e pecunia vinha de ‘pecus’, gado, deduzia-se que a propriedade individual originária constava apenas de escravos e rebanhos.”²⁴

Com a promulgação da lei da XII Tábuas, fica reconhecida a propriedade imobiliária.

Discute-se se a distribuição primeira das terras, sob a forma de concessão, era realizada em benefício apenas dos patrícios ou se, ao contrário, era estendida a plebe. Para Cunha Gonçalves “(...) o que não resta dúvida é que a casa, o horto, as vinhas, o ‘heredium’, enfim, como vinha denominado nas XII Tábuas, em seguida a evolução da propriedade familiar, ficou sendo, ainda nas origens da Cidade, propriedade individual do patriarca.”²⁵

O território romano era dividido em três partes. Uma consagrada ao culto divino, outra aos particulares e a última reservada à Cidade.

Ihering, que de certa forma aceita a teoria gentilícia, afirma que “(...) o solo romano era regido desde os tempos primitivos pelo princípio da propriedade pública; e o da propriedade privada está submetido a restrições no interesse das gens”.²⁶ Daí afirmar-se que “(...) o traço fundamental do direito de propriedade em Roma está ligado à idéia de cidade, que tudo domina e preside nas instituições jurídicas do Povo-Rei. Daí aparecer com aquele caráter absoluto e a singular excelência que se reúnem no domínio ‘ex jure quiritium’”.²⁷

Com relação à propriedade quirítaria podemos afirmar que ela assim se denomina por ser exclusiva dos ‘quirites’, os verdadeiros cidadãos romanos. Além disso, estava condicionada à natureza do objeto, ao modo formalista de aquisição, devendo estar sancionada pelo ‘ius civile’, o direito próprio da cidade de Roma.

A propriedade quiritária apresenta três características fundamentais: é absoluta, exclusiva e perpétua. Diz-se absoluta “(...) porque le permitia obtener al propietario todas las ventajas que pudiera darle”; exclusiva “(...) porque el propietario era el unico que podia obtener de esta manera ventajas sobre su cosa. Asi pues, dada su esencia, por decirlo ai, la propiedad individual descarto toda idea de coparticipacion”. Finalmente se diz que foi perpétua “(...) porque era un derecho que no podia cesar por el solo transcurso del tiempo”.²⁸

Estas três características, que vão ensejar o momento de plenitude da propriedade romana e diferenciá-la, por exemplo, da propriedade pretoriana, mais limitada, revela, também, o caráter unitário do seu conceito e irá influenciar toda a posterior construção técnico-jurídica do instituto. Nos finais da República e sob o Alto Império, haviam ainda outros tipos de propriedade, denominados inferiores, como a dos peregrinos (dos estrangeiros fixados no Império) e a propriedade provincial (que incidia sobre bens localizados fora da Itália). John Gilissen, ressalta, entretanto, que “(...) todas estas distinções desaparecem, de resto, progressivamente no Baixo Império, tendo sido, portanto, a concepção individualista da propriedade quiritária aquela que se estendeu a todo Império romano e a que os juristas da Baixa Idade Média e, sobretudo, dos sécs. XVII e XVIII encontrarão nos textos de Direito Romano para sobre eles construírem a teoria moderna da propriedade individualista.”²⁹

O fundamento político da propriedade romana é ressaltado por Aderbal da Cunha Gonçalves: “O conceito de propriedade individual forma-se em Roma tendo como fundo de estrutura a liberdade individual. A propriedade era a expressão mais viva de independência do cidadão-proprietário, refletindo um aspecto da soberania, que se radicava na potesta do *pater familias*. No seu raio de ação, observa Barassi, o proprietário era um legislador, como o Estado em matéria de Direito Público. Por isso, o proprietário romano não tolerava intervenções limitadoras por parte do Estado. Constituía, pois, a propriedade

um direito ilimitado sobre a coisa no espaço e no tempo, com o caráter de uma verdadeira soberania territorial.”³⁰

Não obstante, há que se tomar a afirmação do caráter ilimitado da propriedade, como um dado “teórico-doutrinário”. Na realidade, desde os romanos o absolutismo da propriedade é condicionado as limitações legais (especialmente as referentes ao direito de vizinhança).

Eis, em linhas gerais, as características da propriedade romana, que perduraram até a queda do Império e o início da era feudal, e que ressurgiram, posteriormente, com o advento do pensamento liberal e a formação da sociedade burguesa.

4.3. A Propriedade Feudal

A época medieval, no que tange à propriedade, é caracterizada, fundamentalmente, pela ocorrência de três fatores: “(...) em primeiro lugar, a identificação do poder político com o domínio, através de mais acentuada junção da soberania à propriedade, em seguida a supremacia conferida aos imóveis, transformada a terra no elemento primordial do sistema da feudalidade, em razão das próprias exigências orgânicas da produção, toda ela fundada nos proventos da agricultura. Por último, uma acentuada fragmentação do domínio é observada, nesse período, consequência natural da nova estruturação econômica, que superestimara a propriedade imobiliária, emprestando-lhe uma nova feição, que quebraria aquele princípio unitário estabelecido pelo Direito Romano”.³¹

No séc. X já se encontravam reunidos os elementos essenciais do regime da propriedade que vai subsistir até o séc. XVIII. A propriedade desmembrada, admitia, ao lado dos alodios, outras formas de direitos reais, notadamente as tenências, mais conhecidas

sob as formas de feudo e de censo. Os alodios eram terras possuídas em propriedade plena; as tenencias propriedades tidas a título precário, onde o tenente detinha o uso e o gozo, constituíam direitos reais sobre coisa alheia; os feudos eram espécie de tenencia de caráter militar e político; os censos, por sua vez, também espécie de tenencia, tinham caráter econômico, constituíam-se na possibilidade do cultivo da terra mediante uma contraprestação em espécie ou em dinheiro.

John Gilissen expõe com clareza, a divisão da propriedade e a relação entre “proprietários” que se operou na Baixa Idade Média, tomando como exemplo uma parcela de terra dos arredores de Bruxelas: “(...) encontra-se no ducado de Brabante, feudo que o duque tem do Imperador; o duque de Brabante concedeu esta parcela a um dos seus vassalos (A), a um título de feudo; este pode, por sua vez, ter concedido uma parte do seu feudo a um dos seus vassalos (B), como subfeudo, e assim por diante. Por fim, o último dos vassalos da hierarquia feudal concedeu a parcela em censo a um homem (D), para que este a cultive mediante pagamento de um censo. Assim, o Imperador, o duque, o vassalo A, o vassalo B, o vassalo C, o censitário D, tem cada um, um direito real em relação àquela parcela. Todos estes direitos reais são hereditários, perpétuos, oponíveis a terceiros, mas nenhum corresponde à noção de propriedade quiritária do Direito Romano”.³² Não obstante, não ficam com isso excluídos os chamados direitos alodiais. Desta forma “(...) assim, o ducado de Brabante é um feudo, mas existem no seu seio vários alodios. Os proprietários alodiais, por seu turno, podem conceder todo ou parte do seu alodio em feudo ou em censo.”³³

A elaboração teórico-doutrinária da divisão do domínio só se deu no séc. XIII, com o renascimento do Direito Romano. A partir daí, admitiu-se a fragmentação do direito de propriedade, onde o senhor alodial conservava o domínio direto ou iminente e o tenente detinha o domínio útil.

Com relação a esta fragmentação, há que se levar em conta também as influências exercidas pela concepção do “Gewere” germânico, que se constitui num direito parcial de usufruto da coisa, que não exclui outros “Gewere” sobre a mesma coisa. A divisão do

domínio em útil e direto corresponde, exatamente, a esta idéia da propriedade dividida entre proprietários com poderes e títulos diversos.

Para a desvalorização do conceito unívoco de propriedade, nessa época, concorreu ainda a influência do pensamento cristão dominante, notadamente através de São Tomás de Aquino, que considerava Deus o único e verdadeiramente absoluto titular do direito de propriedade, ficando a sua existência entre os homens, pois, condicionada a possibilidade de repartição das riquezas.³⁴

Por outro lado, “(...) a concessão do ‘dominium divisum’ se harmoniza particularmente bem com a realidade política, social e econômica da Idade Média. Enquanto ideologicamente persiste a vinculação com a concepção universalista e despótica da dominação constantiniana — tanto que, segundo alguns juristas, o ‘dominus mundi’ ou imperador possui verdadeiro e autêntico direito de propriedade sobre todas as coisas — na realidade, o estado decadente da agricultura e das cidades, da autoridade pública e das vias de transporte e comunicação, leva a uma fragmentação do poder político e do controle econômico cada vez mais acentuada, e bem que dissimulada por uma complicada trama de interdependências jurídicas, tendentes a negar, abaixo da autoridade imperial, qualquer forma de poder político soberano e de plena e exclusiva propriedade. De fato, não existindo uma autoridade central dotada de um poder efetivo, reina em todos os níveis aquela confusão da soberania e da propriedade que é típica do Feudalismo: o proprietário de terras assume poderes políticos sobre os camponeses que trabalham nas suas terras, impondo uma série de limitações as suas liberdades pessoais. Assim o modo de produção escravista e substituído pelo feudal: ao escravo sucede o servo, que goza de uma liberdade pessoal parcial, da Propriedade parcial dos meios de produção (instrumentos de trabalho, animais) e de uma certa autonomia na gestão da sua pequena empresa agrícola”.³⁵ Observa-se, portanto, em determinado período da Idade Média, a coexistência de duas classes distintas: a dos susseranos, proprietários, soberanos, independentes, e a dos vassalos, consagrada ao trabalho, sem existência política própria. Ambos, susserano e vassalo, possuíam, sobre

a mesma terra direitos perpétuos, embora de natureza diferenciada. “O vassalo tinha o usufruto do feudo, mas não podia aliená-lo, porque o direito de propriedade pertencia ao senhor, que por sua vez carecia do poder de livre disposição desse direito.”³⁶

Do séc. X ao séc. XVIII houve, entretanto, uma lenta transformação no regime da propriedade e uma inversão nas posições anteriormente ocupadas: a propriedade efetiva deslocou-se das mãos do senhor alodial para as do tenente. Nos séc. XII e XIII deu-se, como vimos, através da influência da doutrina romanística, o desmembramento do direito de propriedade em domínio direto e domínio útil. Os direitos do tenente passaram assim, pouco a pouco, a tornar-se hereditários e depois, alienáveis. A partir do séc. XIV, finalmente, os costumes consagram o tenente como o verdadeiro proprietário, e os direitos do senhor reduzem-se a “(...) uma espécie de servidão que pesa sobre a terra”.³⁷

NOTAS

1. BEVILACQUA, Clovis. Direito das Coisas. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, pág. 115.
2. FROMM, Erich. Do Ter ao Ser. Trad. Lucia Helena Siqueira Barbosa. São Paulo: Manole, 1992, pág. 141.
3. THIER, *apud* GONÇALVES, Aderbal da Cunha. Da Propriedade Resolível. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, pág. 4.
4. OLIVEIRA, Fernando Andrade. Limitações Administrativas a Propriedade Privada Imobiliária. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pág. 1.
5. Kelsen, Hans., *apud* VAZ, Isabel. Direito Econômico das Propriedades, Rio de Janeiro: Forense, 1992, págs. 43-44.
6. PROUDHON, Pierre-Joseph. O que é a Propriedade. Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 1988, pág. 70.
7. GONÇALVES, Aderbal da Cunha. Da Propriedade Resolível. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, pág. 4.
8. ROUSSEAU, Jean Jacques. Discurso Sobre o Fundamento e a Desigualdade Entre os Homens. Trad. Lourdes Santos Machado. 5ª ed., São Paulo: Nova Cultural, 1991, pág. 209.
9. PROUDHON, P., *op. cit.*, pág. 222.
10. OLIVEIRA, Fernando Andrade, *op. cit.*, pág. 4.
11. GONÇALVES, Aderbal da Cunha. *op. cit.*, pág. 8.
12. NASCIMENTO, Valter Vieira do. Lições de História do Direito. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, pág. 82.
13. GONÇALVES, Aderbal da Cunha, *op. cit.*, pág. 8.
14. *Idem*, pág. 8.

15. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Propriedade Horizontal. Rio de Janeiro: Forense, 1961, pág. 11.
16. OLIVEIRA, Fernando Andrade, op. cit., pág. 5.
17. ENGELS, Friederich. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. Trad. José Silveira Paes, São Paulo: Global, 1985, pág. 92.
18. PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., pág. 12.
19. ENGELS, F., op. cit., pág. 220.
20. PEREIRA, Caio Mário, op. cit., pág. 12.
21. ENGELS, F., op. cit., p. 231
22. GONÇALVES, Aderbal da Cunha, op. cit., pág. 15.
23. RUIZ, Arangio, *apud* GONÇALVES, Aderbal da Cunha, op. cit., pág. 15.
24. GONÇALVES, Aderbal da Cunha, op. cit., págs. 16-17.
25. Idem, pág. 17.
26. IHERING, Rudolf Von, *apud* GONÇALVES, Aderbal da Cunha, pág. 18.
27. GONÇALVES, Aderbal da Cunha, op. cit., pág. 18.
28. MURILLO, Guillermo Garcia. La Propiedad segun el Derecho Romano, in La Propiedad. S. José, Costa Rica: Editorial Juricentro, s.d., págs. 94-95.
29. GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Maista Malheiros. Lisboa: Calouste, 1988, pág. 639.
30. GONÇALVES, Aderbal da Cunha, op. cit., pág. 21.
31. Idem, pág. 25.
32. GILISSEN, John, op. cit., pág. 642.
33. Idem, pág. 642.
34. BOBBIO, Norberto. Diccionario de Politica. Trad. Carmem C. Varriale. Brasília, ed. UNB, 1991, pág. 1033.
35. Idem, pág. 1033.
36. OLIVEIRA, Fernando Andrade, op. cit. pág. 17.
37. GILISSEN, op. cit., pág. 645.

CAPÍTULO V

A PROPRIEDADE LIBERAL

“Enunciamos, portanto, de boa fé os princípios da propriedade; o que é tanto mais necessário quanto é certo que os preconceitos e os vícios dos homens tem tentado envolvê-los nas nuvens mais espessas.

Perguntai a este mercador de carne humana o que é a propriedade; ele dir-vos-á, mostrando esse grande esquife a que chama barco, e onde encerrou e pôs a ferros homens com aparência de vida: ‘Eis as minhas propriedades, comprei-as a tanto por cabeça!’ Interrogai este nobre, que tem terras e vassalos, ou que crê que o universo ruira desde que ele não tenha nem uma coisa nem outra; ele dar-vos-á da propriedade ideais mais ou menos iguais.

Aos olhos de todos esses, a propriedade não se baseia em princípios morais. Por que é que a vossa Declaração dos direitos parece conter os mesmos erros? Ao definir a liberdade, o primeiro dos bens do homem, o mais sagrado dos direitos que ele tem da Natureza, dissestes com razão que ela tem por limites os direitos alheios; porque não aplicastes este mesmo princípio a propriedade, que é uma instituição social? Como se as leis eternas da natureza fossem menos invioláveis do que as convenções dos homens. Multiplicastes os artigos para assegurar a maior liberdade ao exercício da propriedade e não dissestes uma palavra para definir a sua legitimidade; de modo que a vossa Declaração parece feita não para os homens, mas para os ricos, os monopolistas, os agiotas, e os tiranos. Proponho-vos reformar estes vícios, consagrando as verdades seguintes:

Artigo primeiro: A propriedade é o direito que cada cidadão tem de gozar e dispor da porção dos bens que lhe é garantida por lei.

Artigo segundo: O direito de propriedade é limitado, como os outros, pela obrigação de respeitar os direitos alheios.

Artigo terceiro: Ele não pode prejudicar nem a segurança, nem a liberdade, nem a existência, nem a propriedade dos nossos semelhantes.

Artigo quarto: Toda a posse ou todo tráfico que viole este princípio é ilícito e imoral.”¹ (Discurso pronunciado por Robespierre perante a Convenção, em 24 de abril de 1793)

5.1. Considerações Iniciais. O Liberalismo no cenário histórico

A propriedade liberal foi estruturada a partir de três vertentes fundamentais: a do pensamento filosófico, a da dogmática jurídica (entendida aqui como a “ciência do Direito”) e a do direito positivo.

Através do pensamento filosófico, desenvolveram-se as teorias que procuram fundamentar a propriedade de acordo com os pressupostos ideológicos do Liberalismo.

A dogmática jurídica recepcionou o pensamento liberal e o Direito Romano e, através do desenvolvimento da teoria dos direitos reais, sistematizou o conceito de propriedade, concebendo-o como um direito subjetivo patrimonial.

Por fim, a positivação da propriedade conferiu-lhe o *status* de um direito natural positivo e generalizou o seu conceito nos diversos países do Mundo Ocidental.

Essas três vertentes complementam-se e refletem, de algum modo, a formação e as características da sociedade liberal.

Nesse contexto, a recuperação da propriedade romana, pelo liberalismo, obedeceu à conveniência da estrutura político-econômica que, então, se instalava, baseada no individualismo absoluto. Larenz observa esse fenômeno com precisão: “(...) el Derecho

romano, como Derecho de una sociedade de trafico sumamente desarrollada, se ajustaba — con su tendencia a assegurar al individuo un sector de absoluta ‘soberania de la voluntad’ — a la corriente dominante de la epoca, al liberalismo”.²

Para compreender o conceito liberal de propriedade, faz-se necessário, definir o Liberalismo e situar a propriedade no cenário social e político da época.

Há problemas para definir o Liberalismo. A doutrina liberal caracteriza-se, desde a sua concepção por uma espécie de “pluralismo centrífugo”.³ José Guilherme Merquior acentua esta complexidade, afirmando que “(...) o liberalismo é um fenômeno histórico com muitos aspectos e dificilmente pode ser definido. Tendo ele próprio moldado grande parte do nosso mundo moderno, o liberalismo reflete a diversidade da história moderna, da mais antiga e recente”.⁴ Há que se levar em conta, ainda, que o Liberalismo pressupõe uma “grande variedade de valores e crenças”. “O liberalismo clássico, tal como o de Adam Smith, achou que a competição levaria a um mundo quase newtoniano de equilíbrio social. Liberais ulteriores como Max Weber, resolveram salientar a irreduzibilidade dos conflitos de valores, ao invés da consecução do equilíbrio. Há liberalismos de harmonia e liberalismos de dissonâncias.”⁵ Celso Lafer complementa esta idéia considerando que, diversamente do socialismo, onde a sua história identifica-se com o pensamento de Marx, “(...) o liberalismo é um movimento de idéias que passa por diversos autores, entre os quais avulta Locke, Montesquieu, Kant, Adam Smith, Humboldt, Benjamim Constant, John Stuart Mill e Tocqueville”.⁶ Não obstante, é possível recuperar algumas idéias comuns e características essenciais que se incorporaram ao pensamento liberal.

Historicamente, pode-se afirmar, com Bobbio, que a formação do Estado Liberal “(...) obedece a um duplo processo: o da emancipação do poder político do poder religioso e o da emancipação do poder econômico do poder político”.⁷

Na doutrina do Liberalismo, o indivíduo contrapunha-se ao Estado, pois este encarnava o inimigo da liberdade. “De fato, uma das características do liberalismo é a clara demarcação entre estado e não-estado.”⁸ Neste sentido, “(...) nascido como um protesto aos abusos do

poder estatal, o liberalismo procurou instituir tanto uma limitação da autoridade quanto uma divisão da autoridade”.⁹

Em sua fase inicial, o postulado fundamental do Liberalismo foi a limitação da autoridade governamental em face do dever de assegurar o direito natural de liberdade aos cidadãos.

Antônio Paim identifica o surgimento da “idéia liberal” com as guerras religiosas do séc. XVII, tendo servido, notadamente, na Inglaterra, como ideologia para a sociedade burguesa em ascensão na Inglaterra. Neste sentido, “(...) as idéias que constituem o fundo da fé liberal giravam sobre a liberdade e as condições políticas e sociais para garanti-la. Durante esses três séculos foram condicionadas às idéias originais outras reivindicações econômicas, sociais e políticas, que atendiam às circunstâncias históricas.”¹⁰ Dentre essas reivindicações pode-se ressaltar, ao nível econômico, a instauração da sociedade de mercado e, ao nível jurídico-político, a separação dos poderes e a supremacia das leis. Em síntese, para Celso Lafer “(...) o liberalismo buscou limitar a ação do estado, o que, enquanto teoria política, veio a significar a idéia do estado mínimo, enquanto teoria econômica a defesa da economia de mercado e enquanto teoria jurídica o respeito ao princípio da legalidade inerente a ‘rule of law’ do estado de direito.”¹¹

Salientando que “(...) a doutrina liberal raramente foi um processo linear”, e que “(...) muitas vezes, progressos numa direção foram contrabalançados por retrocessos”,¹² Merquior estabelece seis momentos como referência para a compreensão da evolução histórico-política do Liberalismo. O primeiro momento coincide com o seu surgimento. “Por consenso histórico, o liberalismo (a coisa senão o nome) surgiu, na Inglaterra, na luta política que culminou na Revolução Gloriosa de 1688 contra Jaime II.”¹³ Os objetivos alcançados, tolerância religiosa e governo constitucional, passaram a nortear o sistema liberal do Ocidente. Após a Revolução Francesa e o período de ditadura Jacobina, enfrentando ameaças à liberdade, o pensamento liberal torna-se “(...) a doutrina da monarquia limitada e de um governo popular igualmente limitado, já que o sufrágio e a

representação eram restritos a cidadãos prósperos”.¹⁴ Após a instauração do sufrágio universal masculino e com o advento da democracia a partir de 1870, as conquistas liberais, como liberdade religiosa, direitos humanos, ordem legal, governo representativo e a legitimação da mobilidade social se impuseram. O autor considera o século XIX como a “idade de ouro” do movimento liberal. Já no século XX, o progresso liberal tem sido inconstante. A “guerra civil europeia” de 1914-1945 fez recrudescer as garantias de liberdade, notadamente na Itália e na Alemanha. Posteriormente, as ditaduras na América Latina, denominadas pelo autor “dilemas da modernização”, provocaram também um *eclipse* da democracia. Em 1989, com o colapso do “socialismo estatal”, houve um renascimento da democracia liberal, que se firmou, neste final de século, como “critério de legitimidade no mundo moderno”.¹⁵

Visto, entretanto, como um processo de luta, na reivindicação de direitos (religiosos, políticos e econômicos) e na tentativa de controle do poder político, o Liberalismo deita suas raízes no advento da civilização ocidental. Merquior afirma peremptoriamente que “(...) sem medo de errar, podemos procurar as raízes do liberalismo na experiência histórica da modernidade.”¹⁶ Não obstante, tomando como referência a fórmula “modernidade é igual a liberdade, que é igual a individualismo”, e tendo a escala e o crescimento, como a sua “marca distintiva”, o autor determina o momento histórico da sua aparição. Utiliza-se, para tanto, das idéias dos publicistas franceses, da “escola reacionária da teoria social”, que expostas de forma pejorativa, serviriam para confirmar o “divisor de águas histórico”. Destarte, a opinião de Maistre e Bonald “(...) consistia em que os males da Revolução remontavam — através do Iluminismo — a Reforma Protestante do século XVI. O grande culpado original fora Lutero, que soltara o demônio do individualismo. Desde então, argumentaram eles, a crítica e a anarquia entraram a solapar a ordem social e os seus alicerces, os princípios da autoridade e hierarquia”.¹⁷ Esses reacionários concordariam com a equação de modernidade e liberdade de Merquior, mas a julgavam, segundo ele, “em termos fortemente derogatórios”.

Alan Macfarlane assevera também, que as mudanças ocorridas na sociedade inglesa, através da afirmação da propriedade individual, antecedem o período histórico a que

ordinariamente é atribuído. Com efeito, nos séculos XVI e XVII, a Inglaterra transformou-se de fato de uma sociedade camponesa em uma sociedade capitalista de mercado. Porém a base ideológica e jurídica de sustentação desta mudança já havia sido desenvolvida. Isto sugere, segundo o autor, que, “(...) se queremos descobrir as razões do colapso de um sistema diferente, devemos levar nossa pesquisa até uma época mais remota. Se não havia um campesinato reconhecível na Inglaterra nos séculos XVI e XVII, quando teria ele desaparecido? Uma sugestão recente é que conquanto houvesse evidentemente uma estrutura social ‘camponesa’ em fins do século XIV, conforme argumenta Rodney Hilton, evidência recente sugere que a mesma entrou em colapso em meados do século XV.”¹⁸

Por outro lado, Michael E. Tigar e Madeleine R. Levy, considerando que “(...) uma das maneiras de compreender a história consiste em estudar as origens da ascensão, manutenção e mudança das ordens jurídicas e sua posterior derrubada, juntamente com seus instrumentos de violência”,¹⁹ concluem que os principais elementos da ideologia jurídica burguesa emergiram, não das revoluções inglesa e francesa, mas sim, em época mais remota, quando a classe burguesa já demonstrava sinais de ascensão política, no seio de uma sociedade, ainda, dominada pelo sistema econômico do feudalismo, mais exatamente, “(...) nos levantes urbanos do século XI”.²⁰

Ao exame do exposto, vê-se, que o liberalismo guarda a sua origem nas lutas e valores da classe burguesa e na ideologia da “modernidade”, fundada no individualismo.

Não desconsiderando essas premissas, fixaremos, entretanto, as próximas considerações, já na Inglaterra, do século XVII. Além de ser considerado, por “consenso histórico” o berço do pensamento liberal, foi nesse período, denominado de transição, que floresceram as idéias fundamentais que viriam conjugar a ideologia liberal com a propriedade.

5.2. Princípios e Fundamentos

5.2.1 *O individualismo possessivo*

No início do século XVII, o Liberalismo ainda não dispunha de todas as características que iria adquirir nos séculos subsequentes. Entretanto, foi nesse período que se consolidaram as idéias que iriam dar substância a um conceito liberal de propriedade.

As duas grandes teorias que procuraram fundamentar a propriedade liberal, foram as teorias da personalidade e do trabalho. Estas duas teorias, já apresentadas, superficialmente, no capítulo 3.2., foram desenvolvidas pelo pensamento liberal que as adequou a sua ideologia.

Macpherson analisa a concepção de propriedade, nesse período, sob a perspectiva da teoria política. Pode-se afirmar, com o autor, que os fundamentos da propriedade confundem-se com o próprio fundamento ideológico do Liberalismo: o individualismo possessivo.

A qualidade possessiva do individualismo reside na concepção do indivíduo como proprietário de si mesmo e das suas capacidades. “A essência humana é ser livre da dependência das vontades alheias, e a liberdade existe como exercício da posse.”²¹ O desenvolvimento das potencialidades do indivíduo estava vinculado a essa associação, e a propriedade era vista, na natureza, como uma projeção da personalidade humana. Esta idéia originária do indivíduo como proprietário natural do seu corpo e da sua capacidade é transposta para as coisas adquiridas através do trabalho (capacidade) daquele corpo. A organização social teria, então, como base, as relações de troca entre proprietários, e a sociedade política torna-se-ia um instrumento de instauração da ordem e manutenção dessas relações.

A sociedade inglesa, do século XVII, ainda um tanto indefinida, já possuía os aspectos essenciais da sociedade burguesa. Não obstante a controvérsia que circunda o significado

do termo burguês, pode-se transcrever uma definição que, em boa parte, se aplica à sociedade da época. Segundo Macpherson, “(...) a sociedade burguesa, é aquela na qual as relações entre os indivíduos são dominadas pelo mercado; isto é, na qual as terras e o trabalho, bem como as riquezas e os bens móveis são tratados como mercadorias a serem compradas e vendidas e serem objetos de contratos, com intenção de lucros de acumulação, e na qual as relações entre os indivíduos são determinadas em grande parte pela sua propriedade sobre essas mercadorias e pelo êxito com que usam essa propriedade em benefício próprio.”²² Esta compreensão da sociedade do século XVII a partir das relações econômico-comerciais estabelecidas entre os indivíduos, e o papel da propriedade na intermediação desses interesses, permiti-nos-á uma visão do substrato ideológico representado pelo individualismo e a sua manifestação através daquelas relações.

Como “posição teórica”, o individualismo já é encontrado no pensamento de Hobbes. Embora não expressasse conclusões liberais, seus postulados eram individualistas, pois “(...) rejeitando os conceitos tradicionais de sociedade, justiça e lei natural, ele deduziu os direitos e os deveres políticos a partir dos interesses e das vontades dos indivíduos dissociados.”²³

Outra espécie de individualismo, que enfatizava a “igualdade do valor moral” de todos os homens foi verificado no pensamento político dos puritanos. A teoria de Locke, por sua vez, abriga também um grande espaço para o individualismo, embora de forma “ambígua”. E a doutrina utilitarista, nos séculos XVIII e XIX, também reafirma os princípios do individualismo do século XVII: “(...) Benthan baseou-se em Hobbes”.²⁴

A qualidade possessiva permeia todas essas teorias.

5.2.2. *Hobbes e a sociedade possessiva de mercado*

É no Leviatã de Hobbes, que encontramos, originalmente, as características essenciais da sociedade de mercado competitivo: “Honrado é qualquer posse, ato ou qualidade que seja um argumento e signo de Poder. Portanto o Domínio e a Vitória são honrados; porque adquiridos pelo Poder. (...) As riquezas são honradas; porque elas são Poder. (...) A Resolução Oportuna, ou determinação daquilo que um homem deve fazer, é Honrada; pode ser o desdenhar de pequenas dificuldades, e perigos. (...) Ser Conspícuo, isto é, ser conhecido, por Fortuna, Posição, grandes Atos, ou qualquer Bem eminente, e Honrado; como sinal do poder pelo qual ele é conspícuo. (...) A Cobiça de grandes Riquezas, e a ambição a grandes Honras, são Honradas: como sinais do poder para obtê-las. Tampouco se altera o caso de Honra, se uma ação (que seja grande e difícil, e conseqüentemente um sinal de muito poder), é justa ou injusta; porque a Honra consiste tão somente na opinião do Poder.”²⁵ Os valores morais do homem são avaliados em razão do seu poder, o qual aparece como produto de um mercado. Assim, “(...) o valor, ou Valia de um homem, e como de qualquer outra coisa, seu Preço; quer dizer, tanto seria dado para o uso do seu Poder; e por conseqüente não é absoluto; mas uma coisa depende da necessidade e do ajuizamento de outro. (...) E como em outras coisas, assim também no homem, não o vendedor, mas o comprador determina o Preço. Pois que se deixe que um homem (como faz a maioria dos homens) se taxem pelo mais alto Valor que puderem; não obstante seu verdadeiro valor não é de mais do que e estimado por outros.”²⁶ Esta relação de igualdade entre o poder e o valor humano como preços é salientada por Macpherson: “As transferências de poder são tidas como tão costumeiras que existe um mercado de poder. O poder de um indivíduo é tratado como mercadoria, para transações regulares nas quais são estabelecidos os preços de mercado.”²⁷

Para Hobbes, o poder é visto sob um duplo aspecto: sob o aspecto fisiológico, alguns homens teriam o “desejo inato” a mais poder, outros contentar-se-iam com o nível de

poder que possuíam; sob o aspecto social, a instabilidade e fragmentação da sociedade obrigaria a todos, com o fim de manterem o seus níveis de poder, irem em busca de mais poder, gerando competição entre os indivíduos. Macpherson sintetiza a idéia: “Todos os indivíduos em sociedade (e no hipotético estado de natureza também) realmente procuram sempre cada vez mais poder, mas não porque todos tenham dele um desejo inato. O homem inatamente moderado, em sociedade precisa procurar mais poder simplesmente para proteger o seu nível atual.”²⁸

Ao exame desse raciocínio, se nem todos os homens possuem o desejo inato de mais poder e, não obstante, o poder de cada indivíduo encontra-se em oposição ao poder dos demais, é lícito supor que é a própria sociedade civil quem permite a “invasão perpétua” das esferas individuais pelos indivíduos entre si e instaura o ambiente propício à competição. Esta situação repete o estado de natureza, onde também os indivíduos ficam em “mútua e contínua oposição”. Não obstante, a usurpação e a transferência dos poderes naturais dos indivíduos entre si, na sociedade civil, não se dá através da violência individual, mas sim em um contexto político-social “(...) que enseje meios pacíficos, não violentos, pelos quais cada indivíduo possa constantemente buscar o poder sobre os demais, sem destruir a sociedade”.²⁹ A esta espécie de sociedade, que preenche os requisitos da argumentação de Hobbes, Macpherson denomina “sociedade de mercado possessivo”, e procura especificá-la no contexto histórico-evolutivo das relações sociais.

Neste contexto, o autor idealiza três modelos de sociedade: a “sociedade de costumes ou de status”, a “simples sociedade de mercado” e a “sociedade de mercado possessivo”.

O primeiro modelo, a “sociedade de costumes”, é de uma concepção tão ampla, que permite incluir sociedades tão diversas como os impérios antigos, as sociedades feudais e as sociedades tribais. Suas características principais são: trabalho produtivo dividido impositivamente entre grupos, camadas, classes ou pessoas, ficando a divisão e o desempenho garantidos por leis ou por costumes; confinamento de cada grupo, camadas,

classes ou pessoas a um modo de trabalho, ficando a sua recompensa vinculada a vontade da comunidade ou da classe dominante; inexistência de propriedade individual da terra e, portanto, também de mercado em relação a elas; aprisionamento da força de trabalho a terra ou a funções determinadas e, portanto, inexistência de mercado de trabalho.

O segundo modelo, a “simples sociedade de mercado”, tem uma concepção estreita, “(...) é menos um modelo de qualquer sociedade histórica do que uma comodidade analítica para isolar certos traços das sociedades mais plenamente desenvolvidas dos tempos modernos”³⁰ Caracteriza-se pela inexistência de uma divisão impositiva do trabalho e de suprimento de recompensas. Os contratos são definidos e há obrigatoriedade do cumprimento dos mesmos. Aos indivíduos é dado possuir terra ou outros recursos que lhes possibilite viver através de sua mão-de-obra.

Finalmente, a “sociedade de mercado possessivo” é definida como “(...) uma sociedade em que, contrastando com a que se baseia em costumes e *satus*, não existe uma divisão impositiva de trabalho ou de recompensas, e na qual, contrastando com a sociedade de produtores independentes, que apenas trocam seus produtos no mercado, existe um mercado de mão-de-obra, do mesmo modo que o de produtos”.³¹ O trabalho é tido, portanto, como uma mercadoria. Além das características já integradas a definição, outras se somam: “(...) definição e obrigatoriedade impositivas para o cumprimento de contratos; (...) os indivíduos procuram racionalmente maximizar seus proveitos, a capacidade de trabalho de cada indivíduo e de sua propriedade, e é alienável; a terra e os recursos pertencem aos indivíduos e são alienáveis; alguns indivíduos querem um nível maior de proveitos ou de poder do que já tem; alguns indivíduos tem mais energia, qualificação ou posses do que outros”.³² Para Macpherson “(...) o modelo de uma sociedade de mercado possessivo, e nenhum outro, corresponde, no essencial, as sociedades de mercado competitivas modernas”.³³

Esta sociedade enseja a concepção de uma propriedade que atenda as suas necessidades efetivas, pois “(...) somente numa sociedade em que a capacidade de trabalho

de cada indivíduo seja propriedade sua, seja alienável, e seja um artigo de mercado, todos os indivíduos podem estar nesse contínuo relacionamento competitivo de poder”.³⁴

Emergem daí os postulados fundamentais que estão presentes na teoria política de Hobbes e marcaram a sua contribuição à formulação da sociedade de mercado possessivo.³⁵

5.2.3. Os niveladores — O sufrágio e a cidadania

O exercício da cidadania na sociedade inglesa do séc. XVII retringia-se ao sufrágio, e nesse aspecto, apenas os proprietários podiam ser considerados cidadãos.

Afirma-se, geralmente, que os niveladores eram “advogados do sufrágio universal”, entretanto, “(...) desde a primeira vez que o trecho do sufrágio proposto é mencionado no debate de Putney até o manifesto final dos niveladores, estes excluíram, sistematicamente, de suas propostas de sufrágio duas vastas categorias de indivíduos, a saber, os empregados, ou assalariados, e os mendigos”.³⁶ Cabem, portanto, algumas considerações sobre a posição dos niveladores no que concerne ao sufrágio, assim como, o papel da propriedade, como instrumento discriminatório, na afirmação da “cidadania”.

A questão do sufrágio envolveu a discussão em torno de algumas propostas. Uma delas limitava o sufrágio “(...) aos proprietários de bens alodiais no valor de 40 xelins por ano e aos cidadãos das corporações mercantis”.³⁷ Este sufrágio excluía praticamente todas as categorias sociais, quais sejam, os enfiteutas e arrendatários, os artesãos, comerciantes e revendedores que não fossem membros de corporações mercantis e também os assalariados e mendigos. Uma outra modalidade de sufrágio, tinha como critério de inclusão a taxa em benefício dos pobres, excluindo apenas aqueles que não podendo contribuir eram isentos da taxa, notadamente os assalariados e os pedintes. Esse sufrágio foi proposto no segundo Acordo. Uma terceira modalidade, agregava todos os homens, com exceção dos assalariados e dos pedintes. Esse foi o sufrágio pedido pelos niveladores.

Cromwel sustentava que “(...) qualquer coisa que fosse mais ampla do que o sufrágio para os alodiais, seria desastrosa, (...) que estender o sufrágio a todos, além dos alodiais e membros das corporações seria inevitavelmente destruir todo o direito de propriedade”.³⁸ A estas declarações, os niveladores respondiam que “(...) o direito de propriedade era estabelecido pela lei divina (Rainborough), ou pela lei natural (Clarke), e que dar a todos os ingleses o voto era, pelo contrário, o único meio de preservar toda a propriedade, já que todos os homens são naturalmente livres e que todos, portanto, devem ter concordado em chegar a alguma forma de governo para poderem preservar a propriedade (Petty)”.³⁹ Entretanto, para Petty, “(...) os que haviam perdido seus direitos naturais ou que haviam chegado a depender da vontade de outros homens, já não eram mais livres e não teriam o necessário interesse em preservar a propriedade”.⁴⁰

Os niveladores não possuíam um discurso claro e estável acerca do sufrágio. Exigiam direitos inatos e naturais para todos os ingleses, aceitando, no entanto, que o direito ao sufrágio “não era atingido ou era perdido” pelos assalariados e os pedintes, o que, explicitamente determinava a sua exclusão.

A concepção de direitos naturais iguais dos niveladores e as suas idéias de liberdade, qualificam o seu individualismo. Neste sentido, Macpherson afirma que “(...) conquanto se opusessem insistentemente a qualificação de proprietário para o sufrágio, ao mesmo tempo afirmavam vigorosamente o direito individual à propriedade. Sua oposição às qualificações de propriedade com vistas ao sufrágio baseava-se, naturalmente, em sua afirmativa de que todos os homens nascidos livres tinham direitos naturais iguais a viver suas vidas”.⁴¹ A propriedade era tida como um direito natural sagrado, sendo o homem naturalmente proprietário de si próprio. O conceito é obtido dedutivamente: “(...) os direitos civis e políticos se originam do direito natural; o direito natural se origina da propriedade natural da própria pessoa de cada um; a propriedade da própria pessoa de cada um se origina da natureza humana criada instintiva”.⁴²

O que caracteriza o ser humano como tal é a sua liberdade perante os outros, e esta “(...) é o estado de propriedade da própria pessoa e das próprias capacidades. (...) O indivíduo não só tem a propriedade de sua própria pessoa e suas próprias capacidades, propriedades no sentido de gozá-las e usá-las, e delas excluir os outros; o que é mais: essa propriedade, essa exclusão dos outros é que torna humano um ser humano: cada um, como ele próprio e, assim tem a propriedade de si, senão não poderia ser ele próprio”.⁴³

Por outro lado, as deduções tiradas a partir da propriedade da pessoa e das suas capacidades alcançam também os direitos econômicos, razão pela qual, “(...) às vezes os niveladores se referiam ao direito individual de comerciar como sendo um direito natural, direito inato, uma liberdade de nascença”.⁴⁴ O direito de comerciar era tido, portanto, como uma propriedade. Enfim, equiparando o direito e a liberdade a uma propriedade, os niveladores utilizavam o termo para designar, tanto o direito ao trabalho, como também, a aquisição de bens materiais, identificando, pois, o trabalho a uma mercadoria.

A relação entre propriedade e liberdade torna-se, entretanto, confusa, na medida que a propriedade de pelo menos alguns bens é pressuposto para tornar efetivo o trabalho livre. Com efeito, “(...) o critério nivelador de liberdade como sendo a condição de proprietário do próprio trabalho, não incluía, necessariamente a condição de proprietário de certas coisas materiais (...) e a única condição com a qual podia ser preservada como parte da própria personalidade, ao invés de ser alienada como mercadoria, era a posse, concomitante, de alguma propriedade material”.⁴⁵

Os niveladores consideravam a vida e a liberdade muito mais como posses do que como “direitos sociais com os deveres correlacionados”. Não obstante, para eles, a aquisição de bens por um indivíduo deveria ser limitada, pois viam o poder e a riqueza desenfreadas como uma degeneração da sociedade, contrapondo a máxima de Hobbes: “A cobiça de grandes riquezas, e a ambição de grandes honrarias aos honrados; porque são o Poder.”⁴⁶ Nesse aspecto, também, o seu individualismo não aceita, integralmente, os postulados do individualismo possessivo exponencialmente representado por John Locke.

Não obstante, o individualismo dos niveladores referido à propriedade, assemelha-se, em muito, à teoria política da apropriação de Locke que será desenvolvida a seguir. Por outro lado, “(...) colocando um direito de propriedade mal definido mas afirmado com decisão, bem no centro de sua defesa da causa popular, eles facilitaram a Locke confundir, na opinião geral, o igual direito de propriedade com o direito a propriedade ilimitada.”⁴⁷

5.2.4. O individualismo possessivo e a teoria da propriedade em Locke

A origem do individualismo de Locke, advém, segundo Yve Simon “(...) da teimosa crença de que a melhor situação pública é consequência do funcionamento independente das unidades individuais, dos produtores de riquezas, do empregador individual, do organizador individual e semelhantes, todos motivados pela força do bem-estar individual”.⁴⁸ Por outro lado, Hannah Arendt observa que Locke “(...) teve que buscar a propriedade numa origem natural de apropriação, a fim de romper a força aquelas fronteiras estáveis e mundanas que ‘separam do comum’ o quinhão do mundo que cada pessoa privadamente possui”.⁴⁹ Não é, por acaso, portanto, que a teoria política de Locke serve, explícita ou implicitamente, como um marco no rompimento com a tradição feudal, constituindo-se no ponto de partida para o desenvolvimento do liberalismo.

A essência da teoria de Locke consiste na afirmação do direito natural à propriedade. Em torno dela, circundam todos os postulados do seu pensamento. Neste sentido, para o filósofo, “(...) 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. (...) O Homem (...)

tem por natureza um Poder (...) de preservar sua Propriedade, ou seja, sua vida Liberdade e Riquezas.”⁵⁰ Portanto a propriedade seria um direito natural que antecede à existência e é independente da sociedade e do governo civis.

Para Locke, “as Vidas, as Liberdades e as Riquezas” são denominadas, genericamente, de Propriedade, devendo-se entendê-lo, aqui como “(...) a Propriedade que os Homens tem de si mesmos, tanto quanto dos seus Bens.”⁵¹

Inicialmente, a terra e os seus frutos foram dados por Deus, em comum, para todos os homens. A partir daí, Locke procura explicar e fundamentar a apropriação individual, ou seja, “(...) como os Homens podem ter chegado a ter uma propriedade de diversas partes daquilo que Deus deu à humanidade em comum, e isso sem nenhum Convênio expresso com todos os Homens Comuns”.⁵²

Como decorrência do direito à vida e, portanto, à subsistência, os homens usam, “naturalmente”, dos bens imediatamente necessários a sua satisfação, tais como, alimentos, bebida e outros semelhantes. Antes de usá-los, porém, é preciso que se apropriem dos mesmos. Locke procura, então, legitimar tal apropriação, e o faz imediatamente, através da idéia de propriedade natural do corpo e, mediadamente, pela propriedade do trabalho. Ou seja, a propriedade individual, como direito natural, fundamenta-se na propriedade inata do próprio corpo, e detutivamente, do trabalho deste corpo e dos seus frutos. Neste sentido, “(...) todo Homem tem Propriedade sobre sua própria Pessoa, a esta. Pessoa alguma tem nenhum direito, a não ser ele mesmo. A labuta de seu corpo e o Trabalho de suas mãos, podemos dizer, são propriedade seus.”⁵³

Justificada a propriedade dos frutos da terra, Locke passa a justificar a apropriação da própria terra: “(...)Acho que está claro que a Propriedade desta também é adquirida como os primeiros. Tanta terra quanto um Homem Lavre, Plante, Cultive, e cujo Produto passa usar, quanta é Propriedade sua. Por seu Trabalho, ele, por assim dizer, a cerca, para apartá-la da terra Comum.”⁵⁴

Até aí, os fundamentos da propriedade individual, tanto da terra, como de seus frutos, parecem indicar a defesa de uma propriedade limitada. Com efeito, se a apropriação é justificada como meio de aquisição e uso dos bens para subsistência, estes não poderiam concentrar-se de tal maneira nas mãos de poucos indivíduos de forma a que impedisse a subsistência dos outros. Nesse sentido, pode parecer que a medida da propriedade estaria limitada ao atendimento das exigências vitais. Por outro lado, a vinculação da propriedade ao trabalho do próprio corpo pode levar ao entendimento de que apenas os bens obtidos através dele pudessem ser objeto de apropriação. Por último, as afirmações de Locke, segundo as quais “(...) tanto quanto qualquer pessoa possa, com qualquer vantagem, gozar da vida antes que ela se despedice; tanto essa pessoa pode, pelo seu trabalho anexar-lhe uma Propriedade. O que for além disso e mais do que o seu quinhão, e pertence a outros. Nada foi feito por Deus para que o homem desperdice ou destrua”,⁵⁵ faz crer, a princípio, que a propriedade e, conseqüentemente, o comércio por “troca dos excedentes perecíveis”, também estaria limitada por uma questão moral. Não obstante, contrariando estas suposições preliminares, a propriedade que Locke defende efetivamente, é a propriedade ilimitada, um direito de propriedade que “(...) transcende às limitações implícitas na sua justificativa inicial”.⁵⁶

A transcendência dessas limitações pode ser analisada através da introdução da moeda e as modificações por ela trazidas à vida econômica da sociedade. Esta objeção é referida, por Locke, nos seguintes termos: “(...) ousar afirmar, que a mesma Lei da Propriedade, (i.e.) a qual todo Homem deve ter, tanta quanto puder utilizar, valeria ainda para todo Mundo, sem constringer a ninguém, de vez que existe terra bastante no Mundo para bastar ao dobro dos Habitantes, não houvessem a Invenção do Dinheiro e o tácito Acordo dos Homens colocado sobre ela uma valor, criado (por consentimento) maiores Posses, e um Direito a estas...”.⁵⁷ Quer dizer, o dinheiro é uma objeção à lei natural que limitava o desperdício e a usura, esta valia enquanto não houvesse o dinheiro. Neste sentido, “(...) a introdução do uso do dinheiro por consentimento tácito removeu as anteriores limitações

naturais à apropriação legítima, e assim fazendo, invalidou o pré-requisito de que cada qual deveria ter tanto quanto pudesse utilizar.”⁵⁸ O ouro e a prata, sendo produtos imperecíveis, não se deteriorariam pela acumulação. O excesso estaria justificado, moralmente, pelo incremento ao comércio e a circulação das mercadorias, possibilitando aqueles que não possuíam adquiri-las. Estaria, desta forma, também justificada a superação moral da limitação da propriedade em razão do direito igual para todos de adquirirem posse.

Por fim, a limitação da propriedade ao produto do próprio trabalho deixa de existir na medida que o trabalho, além de ser uma propriedade natural, é também uma mercadoria e, portanto, é alienável. O trabalho e o produto desse trabalho podem ser objeto da propriedade de outrem. Assim, da mesma forma que as atividades (trabalho) do corpo e o seu produto são propriedades daqueles que o detém, também os será daqueles que o comprarem. Essa passagem do “Segundo Tratado”, esclarece o raciocínio: “Assim o Capim que o meu cavalo comeu; A Grama que meu Empregado cortou, e o Minério que escavei, em qualquer lugar aos quais eu tenha direito em comum com outros, torna-se Propriedade minha, sem permissão ou consentimento de ninguém. O trabalho, que foi meu, retirando-os daquela riqueza comum em que estavam, colocou neles minha propriedade.”⁵⁹

É importante ressaltar a distinção estabelecida, por Locke, entre a propriedade do corpo e a propriedade do trabalho exercido por esse corpo. Ambos são direitos naturais, porém, se a propriedade da atividade do corpo pertence ao indivíduo e pode ser alienável como uma mercadoria, a propriedade do corpo é equiparada à propriedade da vida, que pertence a Deus e, portanto, é inalienável: “(...) ninguém tem Poder Arbitrário absoluto sobre si próprio, ou sobre qualquer outro, para destruir sua própria vida, ou tirar a Vida ou a Propriedade de outro”.⁶⁰ O indivíduo, portanto, só pode alienar o que possui, e o seu corpo e a sua vida pertencem a Deus. Estas as razões porque Locke não admitia o trabalho escravo. Para ele a alienação do corpo constituía uma afronta ao Direito Natural, e neste sentido, contraditando o seu próprio raciocínio, chegou a afirmar “(...) que a continua alienação do trabalho por um salário de mera subsistência, que ele afirma ser a situação

inevitável dos assalariados durante a vida inteira, é, com efeito, uma alienação da vida e da liberdade.⁶¹

Ao exame do exposto, é lícito supor que a única limitação à propriedade que não foi explicitamente superada, refere-se à limitação pela vinculação entre propriedade e trabalho. Não obstante, face à legitimação da compra e venda do trabalho como mercadoria e a instituição do trabalho assalariado, pode-se afirmar que, implicitamente, esta limitação também deixa de existir.

Em resumo, pode-se afirmar, com Macpherson, que “(...) Locke fez o que se propôs a fazer. Partindo da suposição tradicional de que a terra e seus frutos haviam sido dados ao gênero humano para uso em comum, virou o feitiço contra os feiticeiros — contra os que deduziam dessa suposição teorias que limitavam a apropriação capitalista. Apagou a incapacidade jurídica pela qual a apropriação capitalista havia sido, até então, travada. Se não tivesse feito mais do que isso, sua contribuição teria de ser aceita como considerável. Mas ele faz ainda mais. Justificou como natural, uma diferença de direitos e de raciocínios, e assim fazendo, forneceu uma base moral positiva para a sociedade capitalista”.⁶² Os reflexos da teoria de Locke, far-se-ão presentes quando analisarmos o conceito jurídico-positivo e doutrinário da propriedade liberal.

5.3. Concepção jurídico-positiva e doutrinária

Os finais do séc. XVIII foram marcados como o “período de erupção” da propriedade individual, tanto no plano normativo como no doutrinário. John Gilissen, assevera que “(...) no plano doutrinário, isso vinha a ser preparado desde a Segunda Escolástica, no séc. XVI. No plano normativo, traduz-se num programa, progressivamente realizado desde a

segunda metade do séc. XVIII, de instituição de uma propriedade fundada no direito natural, plena e absoluta, perpétua e entendida com uma relação simplesmente privada”.⁶³

O deslocamento da propriedade feudal para a propriedade liberal, no âmbito jurídico-normativo, efetivou-se em 04 de agosto de 1789, com a Revolução Francesa. O sistema da propriedade fragmentada do feudalismo foi definitivamente abolida, neste momento, com o resgate da propriedade quirritária. A propriedade, nesta época, eminentemente fundiária, foi libertada dos inúmeros encargos que pesavam sobre ela. Restabeleceu-se, assim, a propriedade plena livre e individual, que o direito romano havia concebido.⁶⁴

Nos outros países, entretanto, “(...) o sistema de propriedade medieval sobreviveu ao séc. XIX. Isto aconteceu na maior parte dos países da Europa Central e Oriental. No Canadá, em cuja parte francesa se mantinha o costume de Paris, o sistema feudal sobreviveu até 1856. Em Inglaterra, o feudalismo só desapareceu com as grandes leis de 1922 e de 1925 (Real property law), continuando, no entanto, o regime anglo-saxão dos bens impregado da terminologia medieval”.⁶⁵

A Declaração dos Direitos do Homem de 1789 consagrou a propriedade como “(...) um direito absoluto, exclusivo, quase ilimitado; o proprietário dispõe livremente dos seus bens”⁶⁶ (vide discurso de Robespierre, p. 104-105). A propriedade é enumerada como um direito natural e intangível o qual, ao lado da vida e da liberdade, deve ser preservado como a própria razão de ser do Estado.

Finalmente, o Código napoleônico de 1804 no seu art. 544 define a propriedade nos termos da propriedade quirritária romana, como o direito de usar e gozar das coisas de forma absoluta, perpétua e exclusiva, acrescentando, ainda, a faculdade de disposição. Esta definição serviu de paradigma a todas as legislações do Direito Privado no Ocidente.

O conceito de propriedade sob a perspectiva da Ciência do Direito e no contexto histórico do pensamento liberal, será analisado, tendo como suporte a idéia de autonomia privada.

A autonomia privada não se confunde com a liberdade em seu sentido amplo. É mais, exatamente, uma submodalidade de liberdade, mais especificamente, um aspecto da liberdade jurídica, que é a liberdade negocial.

No âmbito das relações jurídicas do Direito Privado, a afirmação da liberdade, é instrumentalizada através da propriedade, como paradigma dos direitos subjetivos e dos contratos (liberdade negocial).⁶⁷ Evidenciando esse raciocínio, Larenz afirma que “(...) o indivíduo só pode existir, socialmente, como personalidade quando lhe seja reconhecida pelos outros não apenas a sua esfera da personalidade e da propriedade, mas também, quando além disso, possa em princípio regular por si mesmo as suas questões pessoais e, na medida em que com isso seja afetada outra pessoa, possa regulamentar as suas relações com ela em caráter juridicamente obrigatório mediante um acordo livremente estabelecido.”⁶⁸ Podemos, portanto, não obstante o termo autonomia privada, designar mais comumente a liberdade negocial, incluir a propriedade como uma forma sua de expressão.

A implantação do sistema capitalista de produção, universalizou os conceitos de propriedade e liberdade negocial, no âmbito da autonomia privada, e estabeleceu uma relação muito próxima entre eles. Dessa forma, “(...) declarado livre o trabalhador, isto é, reconhecida a propriedade do trabalhador a sua força de trabalho, isso impõe que lhe seja reconhecida personalidade jurídica e capacidade negocial, para que ele possa celebrar o contrato pelo qual aquela ligação se mediatiza, agora necessariamente.”⁶⁹ A atribuição de personalidade jurídica a todos os homens não desfaz o vínculo entre a propriedade e a personalidade, apenas reconhece a todos os homens pelo menos um direito de propriedade, qual seja o direito sobre o seu corpo. Destarte “(...) o contrato de trabalho é o instrumento de afirmação desta idéia: o homem pode dispor de si próprio e nessa medida ele é desde logo um proprietário.”⁷⁰ Este raciocínio que nos remete a teoria de Locke, é desenvolvida por Adam Smith, que realça o aspecto do trabalho como mercadoria. “A propriedade que cada homem tem no seu próprio trabalho é a fonte original de toda a outra propriedade, é por isso a mais sagrada e inviolável. O patrimônio de um homem pobre consiste na força e destreza das suas mãos; e impedi-lo de aplicar a sua força e destreza da maneira que ele acha mais apropriada, sem lesão do vizinho, é uma pura violação desta mais sagrada propriedade. É uma intromissão na justa liberdade quer do trabalhador quer daqueles que poderiam estar dispostos a empregá-lo.”⁷¹

O conceito de propriedade, desenvolvido pela Ciência Jurídica, aperfeiçoou-se com a instauração do Liberalismo e a sua vertente econômica, o Capitalismo. Ana Prata identifica-o através de três características essenciais: “(...) constituir um atributo humano, pressuposto irremovível da liberdade do homem; possuir, externamente, um caráter absoluto, no sentido de ser um poder detido pelo titular no seu exclusivo interesse, comportando, conseqüentemente, por um lado, o direito de repelir qualquer ingerência alheia perturbadora e, por outro, o direito do proprietário a fazer seus os benefícios econômicos obtidos pelo exercício do seu direito por outrem, independentemente de esse exercício se ter repercutido, negativamente, no seu patrimônio, isto é, independentemente de um empobrecimento seu; ter, internamente, uma estrutura de poder sobre a coisa, no sentido de que à pessoa é atribuída uma ilimitada liberdade de utilização dessa coisa”.⁷² Vê-se aqui os elementos fundamentais da propriedade quiritária romana.

A primeira característica específica de plano a propriedade privada individual, distinguindo-a da propriedade pública. (Esta consiste numa atribuição do domínio ao Estado ou a outras entidades públicas. Não corresponde a um poder de utilização discricionário ou a um direito de exclusão de terceiros, mas sim, a um poder de gestão. Se o domínio público for de uso comum, pode ser visto, pelos sujeitos privados, como uma garantia igualitária de acesso e utilização dos bens.)⁷³

Quanto ao fato de a propriedade constituir-se em um atributo humano, isto se deve à idéia liberal de considerar todos os homens, genericamente, proprietários (ao menos da sua força de trabalho) e a exigência, na sociedade de mercado, de cada um se utilizar de sua propriedade. Nesse sentido, “(...) o proprietário dos meios de produção utiliza-os, constituindo com eles e com os trabalhadores que emprega uma unidade produtiva; o não proprietário de meios de produção utiliza-se a si próprio, vendendo a sua força de trabalho ao detentor do capital.”⁷⁴

Sob o ponto de vista externo, a propriedade caracteriza-se pelo poder atribuído ao proprietário de excluir a ingerência de todos os outros indivíduos, inclusive do Estado. Esta característica qualifica a propriedade como um direito absoluto e exclusivo.

Como decorrência desse absolutismo, a propriedade prevalece sobre os demais direitos reais. Se algum direito real indidir sobre a propriedade, limitando-a, ao se extinguir, a propriedade dilata-se, restaurando a sua característica de direito absoluto. Daí dizer-se que a propriedade possui um conceito elástico.

Pugliatti discorre, com rara precisão, a respeito das razões e objetivos que levaram à adoção desse conceito de “elasticidade”, identificando-os como uma resposta às crescentes limitações impostas ao individualismo absoluto do domínio. Para o autor, “(...) os limites que se vieram acumulando, especialmente em relação à propriedade da terra, representam, singularmente e no seu conjunto, as instâncias mais vivas e imediatas do interesse coletivo, relativamente, à terra. Assim, justamente a interferência deste interesse com o interesse individual do proprietário, que é sacrificado na medida que o interesse coletivo é protegido, sugeriu o conceito de limite, como expediente técnico que, exprimindo as idéias acessórias de exterioridade, excepcionalidade e especificidade, podia permitir manter vivo o conceito individual da propriedade, com o seu conteúdo normal.”⁷⁵ A outra característica da propriedade refere-se a liberdade de utilização ilimitada dos bens, do ponto de vista interno, que é o seu conteúdo. Constitui-se, portanto, num desdobramento do seu caráter absoluto, ou seja: se a propriedade é imune as ingerências externas (caráter absoluto) e apenas o proprietário, com a exclusão de todos os outros, pode usufruir do bem, como decorrência possuiria também um poder discricionário e ilimitado na utilização desse bem.

As limitações a esse poder foram também incorporadas pela doutrina através do caráter elástico da propriedade. Anna de Vita acrescenta a esse respeito que “(...) no esforço de salvar o conteúdo normal do direito da fractura que os limites necessariamente operam no seu interior, perspectiva-se assim uma solução dualista do problema, e colocava-se a propriedade como instituto por uma lado, e os limites definidos a ‘posteriori’ por normas particulares, por outro. Agindo do exterior à limitação parecia não ter implicações com a essência de um direito naturalmente elástico”.⁷⁶

Quanto a limitação temporal, esta não existe. Trata-se de um direito perpétuo, que nem mesmo a morte de seu titular o extingue: os sucessores do proprietário substituem-no como sujeitos ativos da relação jurídica.

O conteúdo do direito de propriedade é constituído pelas faculdades de uso, gozo e disposição. Neste sentido, “(...) o direito de propriedade, como todo direito subjetivo, tem por conteúdo faculdades. Não é fácil, nem possível enunciar todas as concretas faculdades pelas quais ele é integrado, já que positivamente ele é concebido mais como unidade de poder do que como soma de faculdades; é, porém, possível ter como ponto de referência duas faculdades típicas: a de gozo e a de disposição, a primeira das quais não é uma faculdade determinada, mas um complexo genérico de faculdades, e por vêzes de todas as faculdades que constituem o conteúdo do direito subjetivo.”⁷⁷

A relação entre o direito de propriedade e a autonomia privada pode ser encarada sob a perspectiva do exercício efetivo das suas faculdades, estabelecendo-se graus de autonomia proporcionais às formas de exercício destas faculdades.

Com relação, ainda, ao conteúdo do direito de propriedade, podemos observar, que a propriedade pré-capitalista caracteriza-se como direito ao uso ou consumo, distinguindo-se, fundamentalmente, neste aspecto, da propriedade capitalista-liberal. Antonio Baldassare acentua que “(...) a distinção entre valor de uso e valor de troca representa, de fato, o verdadeiro fundamento econômico-teórico do conceito moderno de atividade produtiva, com atividade do empresário-comerciante, da mesma forma que esta representa o fim do conceito tradicional de propriedade”.⁷⁸

Embora “teoricamente” a propriedade seja caracterizada como um direito absoluto, é certo que, desde o Direito Romano, esteve sempre limitada. Até mesmo a propriedade quirritária romana, tinha as suas limitações, como oportunamente salientamos. O instituto do abuso de direito, por exemplo, foi concebido, originalmente, como um critério limitativo ao direito de propriedade. Inúmeras são as modalidades de restrições existentes. No âmbito das relações de vizinhança, por exemplo, estas limitações sempre existiram. Há, ainda, limitações de ordem pública, da qual a mais radical é a expropriação. Esta noção “(...)

representa um momento histórico da evolução do conflito entre os valores individuais subjacentes à propriedade privada e a progressiva imposição de necessidades sociais com eles conflitantes.”⁷⁹

No que se refere ao exercício da faculdade de disposição, inúmeras são as formas de limitação, das quais podemos destacar: aquelas que afetam a liberdade de contratar, como obrigação de vender e aquelas que incidem no próprio conteúdo do contrato, como o tabelamento de preços, que, embora sejam limitações negociais, atingem indiretamente a propriedade. Algumas dessas limitações já fazem parte de um nova conjuntura, quando a propriedade já sentia os efeitos da intervenção do Estado na economia. Este é um dos temas que iremos abordar em seguida.

5.4. Novos aspectos da Propriedade Liberal

“Ainda não se soube interpretar, com clareza e exatidão, o significado da evolução do direito de propriedade nestes últimos tempos. As teorias que a explicam não passam de um esforço descritivo, que se esgota no momento em que deve passar para a síntese conceitual. Quando saem da simples descrição de aspectos falham. Embora se enfeitem de metáforas brilhantes e se apresentem dotadas de grande poder sugestivo, não resistem a mais profunda análise, pois até no terreno da lógica malogram.”⁸⁰

Estas considerações formuladas por Orlando Gomes em sua obra “A Crise do Direito”, dá a medida da perplexidade que se encontram os juristas face as contradições estabelecidas no âmbito da dogmática jurídica, em razão da preservação do conceito jurídico-positivo do séc. XVIII, sustentado pela doutrina como um conceito unitário.

A sociedade capitalista do séc. XX possui uma complexidade muito maior do que aquela onde a propriedade liberal foi originalmente concebida. Esta, por sua vez, sofreu os influxos das mudanças político-econômicas deste século e foi se amoldando a essas transformações. Passaremos agora a analisar o desenvolvimento do conceito de propriedade no séc. XX, conjugando-o com a evolução dos fatos sociais, políticos e econômicos que irão refletir um novo Liberalismo. Não trataremos mais aqui, portanto, das limitações legais de natureza civil que acompanham a propriedade desde o direito romano e que não desfiguram em nada o seu caráter unitário e as suas características essenciais.

A partir da segunda metade do séc. XIX, as crescentes demandas sociais e o afloramento das contradições do Estado liberal, vieram a demonstrar a ineficiência do sistema capitalista-liberal, na satisfação das necessidades elementares do Homem. As profundas disparidades sociais e a crescente complexidade das relações econômicas, fazem emergir as contradições entre as teorias política e econômica do Liberalismo, vale dizer, entre o interesse na preservação do estado mínimo e a necessidade de intervenção do Estado na economia de mercado.

A função social da propriedade surge então, neste contexto, como uma limitação ao seu caráter absoluto. Fruto das mais acirradas controvérsias, a função social foi inicialmente rechaçada pela doutrina que enxergava a sua incompatibilidade com a noção de direito subjetivo. Ana Prata observa ainda que “(...) um outro argumento contra a função social da propriedade seria o caráter vago e impreciso deste conceito, cuja utilização poderia permitir o completo esvaziamento do seu conceito.”⁸¹

As linhas mestras da função social foram traçadas por Leon Duguit, que constestava os princípios individualista e civilista que fundavam o conceito jurídico de propriedade e que desta forma legitimava a apropriação e a proteção da riqueza imobiliária, sem qualquer consideração acerca do seu fundamento, visando tão somente objetivos egoísticos. Fruto, pois, da necessidade de intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas, a função social foi desde a sua concepção um direito constitucional.

Ana Prata esboça uma definição: “A função social tem o significado de uma expressão englobante e sintetizadora dos limites legais e intrínsecos a propriedade, constituindo estes limites não uma compreensão exterior do proprietário, uma sanção pelo incumprimento de um dever, mas antes um elemento conatural do próprio direito a fim de que seja legítimo o seu exercício.”⁸²

A função social, portanto, insere-se no ordenamento jurídico-positivo, como um elemento de legitimação da propriedade, atribuindo-lhe a necessidade de tornar-se produtiva. Neste sentido, “(...) consubstancia-se no interesse social de incrementação da produção e da riqueza: (...) proteção do utilizador produtivo do bem e desproteção do proprietário que não o usa produtivamente”.⁸³ O conceito de propriedade é, portanto, afetado na sua sua concepção privatística e unitária. Como a função social incide, originariamente, nos bens produtivos, estabelece-se a primeira cisão, fazendo surgir a distinção entre propriedade bens produtivos e propriedade bens de consumo. Esta posição, entretanto, não é pacífica. Há quem sustente, como Ana Prata o faz, a incidência da função social, “por mínima que seja”, em todas as situações de propriedade.⁸⁴

A presença do Estado na economia é sentido também através das inúmeras e crescentes restrições de carácter administrativo imposta a propriedade individual pelo poder de polícia. Não há que se confundir, porém, estas limitações com a função social. Ambas incidem sobre o uso indiscriminado da propriedade, entretanto, distinguem-se fundamentalmente no que concerne ao objeto das restrições. As limitações administrativas não alteram em nada a livre utilização dos bens no interesse individual, enquanto que a função social constitui-se em uma obrigação de exercer o direito de propriedade em benefício de um interesse social como condição de sua legitimação.

Como corolário da função social da propriedade, surgiu o instrumento de sua defesa: a expropriação. Este instituto, impensável nas concepções individualistas dos séculos anteriores, constitui-se no “(...) instrumento mais eficaz de ‘sanção’ jurídica da inatividade do proprietário de bens produtivos”.⁸⁵

Esta interferência do Estado nas relações econômicas e, em especial nas relações de propriedade, já foi tida, muitas vezes, como uma democratização e um prenúncio a extinção e conseqüente socialização da propriedade privada. Não obstante, “(...) todos esses impulsos, desordenados e dispersos, traduzem a crise do regime, mas, de modo algum, a sua superação. Quando se fala em socialização da propriedade, porque certas limitações se estão antepondo mais freqüentemente ao direito individual de alguns proprietários, ou se toma o desejo como realidade, ou se camufla a realidade com propósitos de mistificação”.⁸⁶

O sentido contemporâneo da propriedade, pode ser explicado, segundo Orlando Gomes, através da psicologia de grupos sociais, como uma reação ao sistema de distribuição de riquezas. Neste sentido, “(...) deve-se captá-lo na faixa onde se irradiam as ondas do espírito pequeno burguês, ávido de possuir, pela crença de que a propriedade expulsa o espectro da insegurança, que o apavora, espírito que, transmitindo-se a outras camadas da população, desperta as mesmas ilusões. Presas da mesma angústia, desejam libertar-se por um *transfert*, sugerido e estimulado pelos que já compreenderam que o melhor processo de preservar a propriedade é proprietarizar direitos.”⁸⁷ Com efeito, é apropriado entender-se esse processo, muito mais como uma desfiguração do conceito romano-liberal, do que uma tendência a coletivização da propriedade. Isto se torna mais claro se atentarmos para as novas relações de apropriação que vêm surgindo, e sobre as quais o conceito tradicional não mais se aplica.

O desenvolvimento do capitalismo e o surgimento de novas modalidades de riqueza, distintas da imobiliária, “(...) impôs uma evolução do próprio conceito de propriedade quanto ao seu objeto: propriedade intelectual, propriedade comercial, propriedade industrial e empresa são conceitos cujo surgimento resulta da necessidade de combater, em nome do desenvolvimento econômico, a propriedade que originariamente estava no centro do suporte teórico do próprio sistema, a propriedade imobiliária”.⁸⁸

Não obstante, até mesmo na área imobiliária houveram inovações que dificultam a sua inclusão como propriedade no seu sentido jurídico clássico. A propósito, podemos identificar na Europa o surgimento do fenômeno da multipropriedade. Este instituto originou-se na França em 1967 e difundiu-se enormemente a partir daquela data. Consiste a multipropriedade “(...) na relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua”.⁸⁹ A convergência de mais de um proprietário sobre o mesmo objeto, assim como os prazos determinados de utilização da coisa, caracterizam esta relação como uma propriedade temporária e cíclica na qual incidem uma pluralidade de direitos subjetivos, proporcional ao número de “proprietários”.

Adolf Berle ao iniciar um estudo acerca da “propriedade passiva”, descreve as modificações econômicas da economia capitalista e a conseqüente dificuldade em subsumir-se as novas relações de apropriação ao conceito tradicional. Segundo o autor, “(...) o deslocamento de cerca de dois terços da riqueza industrial do país da propriedade individual para a propriedade de grandes empresas financiadas pelo público transforma radicalmente a vida dos proprietários, a vida dos trabalhadores e as formas de propriedade. O divórcio entre a propriedade e o controle, resultante desse processo, envolve quase necessariamente uma forma de organização econômica da sociedade.”⁹⁰ A par destas constatações, o autor procede as seguintes indagações: “Não devemos, portanto reconhecer que não estamos mais lidando com a propriedade no antigo sentido da palavra? Será que a lógica tradicional da propriedade ainda se aplica? Como um proprietário que também exerce controle sobre sua riqueza é protegido pela plena fruição das vantagens daí derivadas, segue-se necessariamente que um proprietário que renunciou ao controle de sua riqueza também deva ser completamente protegido? Essa renúncia não pode ter mudado a relação com sua riqueza de maneira tão essencial que a lógica aplicável a seu interesse nessa riqueza também mude?”⁹¹ O autor responde a essas questões sustentando a cisão da

propriedade em bens de consumo e bens de produção. A propriedade produtiva, por sua vez, dividir-se-ia em dois tipos: “(...) a que embora não dirigida pelos proprietários ativos, é administrada de forma a proporcionar um retorno sob forma de juros, dividendos ou distribuição do lucro, e a dominada e controlada pelos representantes ou delegados de proprietários passivos”.⁹² Estas duas relações envolvem o que o autor denomina de “propriedade ativa” e “propriedade passiva” e constituem “relações de apropriação” que fogem ao conceito clássico. Berle salienta ainda que “(...) quando as relações da propriedade ativa e da propriedade passiva são exercidas pelo mesmo indivíduo ou grupo, temos a propriedade privada da forma concebida pelos economistas mais antigos. Quando são exercidos por indivíduos diferentes, a propriedade privada dos instrumentos de produção desaparece. A propriedade das ações ainda existe, pois seu possuidor ainda é dono das ações e pode dispor dela, mas sua ação é um símbolo que representa um conjunto de direitos e expectativas mal protegidos, (...) ao lidar com a moderna sociedade anônima não lidamos com a antiga propriedade privada.”⁹³

A propriedade urbanística é outro foco de controvérsias doutrinárias no que toca a sua qualificação jurídica como propriedade. Nesse sentido, “(...) la calificación de un fundo como urbano y, en consecuencia, la posibilidad de ejercicio de las facultades dominicales, sería algo así como una concesión proveniente de los planes reguladores urbanísticos. Se estaría negando que tal posibilidad de ejercicio tuviese su origen en el derecho de propiedad. (...) supone esta tesis la negación de la propiedad como derecho subjetivo”.⁹⁴

Com base nesses exemplos, podemos afirmar que, contemporaneamente, a desintegração do conceito unitário de propriedade é uma fato inequívoco, pois “(...) os novos elementos adicionados pela mutação do sistema de produção interferiram na conceituação jurídica da propriedade, resultando, dessas interferências, situações originais que não podem ser unificadas.”⁹⁵ Não obstante, as novas relações de apropriação que vão surgindo são identificadas, pelos juristas, através do conceito tradicional, o que torna a

dogmática jurídica um foco de contradições, pois “(...) despe-se a propriedade tradicional das cousas de suas vestes talares, que se reconhecem fora de moda, e quando novos poderes sobre novos bens reclamam regulamentação jurídica, retira-se do museu a velha túnica dos romanos para recobrir os fatos novos. Como não é fértil a imaginação dos juristas, procuram explicar as situações novas com auxílio do velho conceito.”⁹⁶

Ao exame do exposto, podemos afirmar que a propriedade liberal, fundada no conceito romano e fundamentada pela teoria do individualismo possessivo do séc. XVII, não responde mais as necessidades das novas relações de apropriação emergentes decorrentes do avanço do capitalismo liberal no mundo contemporâneo.

NOTAS

1. G. POPEREN, Robespierre. *Textes choisis*, T II. Editions Sociales, 1957, págs. 132-40.
2. LARENZ, Karl. *Metodologia de La Ciencia Del Derecho*. Trad. Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ariel, 1966, pág. 59.
3. LAFFER, Celso. *Ensaíes Liberais*. São Paulo: Siciliano, 1991, pág. 79.
4. MERQUIOR, José Guilherme. *O Liberalismo antigo e moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, pág. 15.
5. Idem, pág. 20.
6. LAFFER, Celso, op. cit., pág. 79.
7. Idem, pág. 79.
8. Idem, pág. 79.
9. MERQUIOR, J. G., op. cit., pág. 17.
10. BARRETO, Vicente/PAIM, Antonio. *Evolução do Pensamento Político Brasileiro*. São Paulo: Editora da USP, 1989, pág. 20.
11. LAFFER, Celso, op. cit., pág. 80.
12. MERQUIOR, J. G., op. cit., pág. 35.
13. Idem, pág. 16.
14. Idem, pág. 18.
15. Idem, págs. 16-19.
16. Idem, pág. 36.
17. Idem, págs. 36-37.
18. MACFARLANE, Alan. *Familia, Propriedade e Transição Social*. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1980, pág. 112.
19. TIGAR, Michael E. e MADELEINE, R. Levy. *O Direito e a Ascensão do Capitalismo*. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, pág. 15.

20. Idem, pág. 14.
21. MACPHERSON, C. B. *A Teoria Política do Individualismo possessivo*. Trad. Nelson Dantas. Paz e Terra, 1979, pág. 15.
22. Idem, pág. 173.
23. Idem, pág. 14.
24. Idem, pág. 14.
25. HOBBS, Thomas., *apud* MACPHERSON, C. B., op. cit. pág. 50.
26. Idem, pág. 66, *apud* MACPHERSON, C. B., op. cit. pág. 48.
27. MACPHERSON, C. B., op. cit. pág. 48.
28. Idem, pág. 53.
29. Idem, pág. 58.
30. Idem, pág. 59.
31. Idem, pág. 59.
32. Idem, págs. 64-65.
33. Idem, pág. 71.
34. Idem, pág. 70.
35. Idem, págs. 70-71.
36. Idem, p. 117-118
37. Idem, pág. 122.
38. Idem, pág. 137.
39. Idem, pág. 137.
40. Idem, pág. 138.
41. Idem, pág. 147.
42. Idem, pág. 150.
43. Idem, pág. 153.
44. Idem, pág. 154.
45. Idem, pág. 161.

46. HOBBS, T., *apud* MACPHERSON, C. B., op. cit. pág. 163.
47. MACPHERSON, C. B., op. cit., pág. 169.
48. SIMON, Yves, *apud* BARRETO, Vicente\PAIM, Antonio, op. cit. pág. 24
49. ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, pág. 123.
50. LOCKE, John, *apud* MACPHERSON, C. B., op. cit., pág. 209
51. Idem, pág. 173, *apud* MACPHERSON, C. B., op. cit., pág. 209.
52. Idem, pág. 25, *apud* MACPHERSON, C. B., op. cit., pág. 211.
53. Idem, pág. 27, *apud* MACPHERSON, C. B., pág. 212.
54. Idem, pág. 32, *apud* MACPHERSON, C. B., pág. 213.
55. Idem, pág. 31, *apud* MACPHERSON, C. B., pág. 213.
56. MACPHERSON, C. B., op. cit. p. 214
57. LOCKE, J., op. cit., pág. 36, *apud* MACPHERSON, C. B., pág. 215.
58. MACPHERSON, C. B., op. cit., pág. 215.
59. LOCKE, J., op. cit., pág. 28, *apud* MACPHERSON, C. B., pág. 227.
60. Idem, pág. 135, *apud* MACPHERSON, C. B., pág. 231.
61. MACPHERSON, C. B., op. cit., pág. 232.
62. Idem, pág. 233.
63. GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Calouste, 1988, pág. 651.
64. Idem, pág. 645.
65. Idem, pág. 645.
66. Idem, pág. 646.
67. PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, pág. 15.
68. LARENZ, Karl., *apud* PRATA, Ana, pág. 15.
69. PRATA, Ana, op. cit., pág. 8.

70. Idem, pág. 9.
71. SMITH, Adam, *apud* PRATA, Ana, pág. 9.
72. PRATA, Ana, pág. 145.
73. Idem, pág. 146.
74. Idem, pág. 146.
75. PUGLIATI, S., *apud* PRATA, Ana, pág. 149.
76. Idem, págs. 87-88, *apud* PRATA, Ana, op cit., pág. 149.
77. Idem, op. cit., pág. 15, *apud* PRATA, Ana, pág. 149.
78. BALDASSARE, Antonio, *apud* PRATA, Ana, pág. 152.
79. PRATA, Ana, op. cit., pág. 159.
80. GOMES, Orlando. *A Crise do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955, pág. 246.
81. PRATA, Ana, op. cit., pág. 162.
82. Idem, pág. 164.
83. Idem, pág. 166.
84. Idem, pág. 167.
85. Idem, pág. 172.
86. GOMES, Orlando, op. cit., pág. 163.
87. Idem, pág. 164.
88. PRATA, Ana, op. cit., pág. 170.
89. TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade Imobiliária*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1993, pág. 1.
90. BERLE, Adolf Augustus. *A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed., São Paulo: Nova Cultural, 1987, pág. 3.
91. Idem, pág. 4.
92. Idem, pág. 6.
93. Idem, pág. 270.

94. CARRILO, Luis Baudrit. Algunas Consideraciones Sobre La Propriedade Urbanistica,
in La Propriedad. S. Jose, Costa Rica: Juricentro, 1983, pág. 215.
95. GOMES, Orlando. Ensaio de Direito Civil e do Trabalho, op. cit. pág. 86.
96. GOMES, Orlando. A Crise do Direito, op. cit., pág. 246.

CONCLUSÃO

“A relação do homem com uma coisa, que ele próprio produziu ou furtou ou que constitui também uma parte da sua personalidade (armas, jóias), representa sem dúvida alguma historicamente um elemento do desenvolvimento da propriedade privada. Ela representa a forma originária, em bruto e limitada, desta propriedade. Porém, a propriedade privada só reveste um carácter acabado e universal com a passagem a economia mercantil, ou mais exatamente, a economia mercantil capitalista. Ela torna-se, então, indiferente ao objeto e rompe todos os vínculos com as sociedades humanas orgânicas (gens, família, comunidade). Ela aparece, na sua significação universal como ‘esfera externa da liberdade’, isto é, como realização prática da capacidade abstracta de ser um sujeito de direitos.

*Sob esta forma puramente jurídica, a propriedade tem logicamente pouco em comum com o princípio orgânico e natural da apropriação privada como resultado de um desdobramento de força pessoal ou como condição de um consumo ou de um uso pessoais. A relação do proprietário com a propriedade é, desde que toda a realidade econômica se fragmentou na esfera do mercado, abstracta, formal, condicionada e racionalizada, enquanto que a relação do homem com o produto do seu trabalho pessoal, representa qualquer coisa de elementar e de compreensível, mesmo para o pensamento mais primitivo”.*¹

A idéia originária de propriedade reside na posse natural do próprio corpo e, em decorrência, dos objetos imediatos e necessários a subsistência, passando pelos símbolos representativos da projeção da personalidade, da cultura e das crenças e valores individuais (livros, objetos de trabalho, de arte e de estimação, criações do espírito, esculturas e imagens designativas de devoção religiosa), que asseguram o espaço de sobrevivência, liberdade e afirmação do Homem na sua individualidade. Entretanto, o conceito jurídico de propriedade equiparou essa idéia racional e “elementar” a um direito natural, absoluto, imprescritível e inalienável de usar, gozar e dispor da coisa de forma absoluta, exclusiva e perpétua, estendendo-o indiscriminadamente a todos os objetos susceptíveis de apropriação. Esta equiparação entre o conceito intrínseco e o conceito jurídico é a força ideológica de sustentação da propriedade liberal na sociedade moderna, onde a natureza das relações de apropriação se distanciaram em muito daquela concepção originária.

Para a compreensão do conceito de propriedade, portanto, há que se proceder a uma análise histórica, tomando como referência as contingências que determinaram a sua sedimentação no pensamento liberal e sua inserção na lógica do sistema capitalista.

A propriedade liberal, origina-se do direito romano. A sociedade romana possuía características que se assemelhavam a sociedade liberal do séc. XVII. Por outro lado o desenvolvimento do direito privado romano, em especial do direito de propriedade, conferia a propriedade liberal o suporte doutrinário que carecia. Esses dois aspectos atendem as conveniências do liberalismo, que adota então, a forma da propriedade romana como paradigma e procura justificá-la.

As teorias filosóficas da propriedade tiveram muito mais uma função explicativa do que crítica ou criadora, pois, “(...) não mostraram como edificar, mas procuraram satisfazer o homem com o que já tinham construído.”² Portanto, não há que se falar, propriamente, em um conceito liberal de propriedade, já que a denominada propriedade liberal consiste na recepção da propriedade romana, adaptada às conveniências e exigências da sociedade burguesa. Mais correto seria afirmar-se que a propriedade liberal é um aperfeiçoamento

do conceito romano de propriedade, visando a sustentação política econômica e ideológica do liberalismo.

Essa conformação, por sua vez, se deu no séc. XVII, na Inglaterra, notadamente através da teoria individualista de John Locke. A sociedade inglesa dessa época começava a romper com a tradição das sociedades clássica e medieval e já renunciava o que viria a se constituir a sociedade burguesa dos séculos subsequentes. O liberalismo, na sua vertente política, se afirmava então através da participação dos cidadãos na eleição dos seus representantes, constituindo a propriedade a medida da cidadania. No seu aspecto econômico, o liberalismo pregava a liberdade de comércio, tendo a propriedade, como mercadoria, que era, desempenhado o papel relevante de atribuir a todos a qualidade de proprietários (ao menos de sua força de trabalho), estabelecendo então uma sociedade de mercado entre proprietários. Ideologicamente o liberalismo representava a liberdade individual, o sistema através do qual o indivíduo podia, em sociedade civil, expressar a sua natureza humana. A propriedade era sinônimo de liberdade. Como todos os homens eram proprietários, todos seriam livres. Finalmente, sob a perspectiva social, o liberalismo não apresentava qualquer preocupação. A qualidade de proprietário natural equivalendo a suposição da igualdade de oportunidades, o direito de herança assegurando aos futuros cidadãos a “sorte” de já nascerem proprietários de alguns meios de produção, e a lógica da competição e do sucesso na obtenção de mais propriedades, justificavam a ausência de preocupações sociais numa sociedade regida pelo direito natural.

Os séculos XVIII e XIX vieram reforçar a propriedade liberal. A sociedade burguesa já se afirmava em sua plenitude e assimilava a idéia de propriedade como um elemento natural dentro da conjuntura política e econômica instalada.

O séc. XVIII representa um momento fundamental na consolidação da propriedade e sua especialização jurídica. É, nesse século, que a propriedade adquire a condição de um direito natural positivo e constitucional. Por outro lado, é desenvolvida a teoria do direito subjetivo e a propriedade é afirmada como o direito subjetivo por excelência.

A importância histórica do séc. XIX, no desenvolvimento e propagação do conceito jurídico de propriedade e inequívoco. Foi a partir do Código Napoleônico que o conceito jurídico-positivo de propriedade ganhou contornos universais e firmou-se na doutrina e nos códigos civis de todos os países do Ocidente.

Já no séc. XX, há uma mudança nos contornos político e econômico do sistema liberal, vindo a influenciar também, nos contornos da propriedade. A função social surge, neste contexto, como uma necessidade de estancar a febre individualista, condicionando a permanência da relação de propriedade ao cumprimento de um dever social. Sob um outro aspecto, constituiu na verdade um recurso, que longe de suprimir a propriedade individual, veio a assegurá-la em um modelo político-econômico que exigia esta concessão. Por outro lado, a primeira grande cisão do conceito unitário de propriedade (propriedade bens de consumo e propriedade bens de produção) embora supostamente “resolvida” no âmbito formal da doutrina jurídica, na realidade, possibilitou a abertura de novas perspectivas para a sua superação.

A partir daí, as limitações ao conceito de propriedade são crescentes e proporcionais ao desenvolvimento tecnológico, as contradições do modelo econômico-social e o surgimento de novas relações de apropriação. Referimo-nos aqui, não mais a necessidade de alterações no conteúdo do direito de propriedade face a limitações de ordem legal, que afinal sempre existiram, mas sim da impotência do conceito no alcance daquelas relações. Ou seja, fica posta em xeque a base de sustentação ideológica da propriedade, como conceito unitário.

É lícito concluir, portanto, que as necessidades sociais emergentes, que vieram atribuir uma função social a propriedade (com a conseqüente divisão dos bens em bens de uso, consumo e produção), e a sofisticação do sistema capitalista, com o surgimento de novas relações e objetos de apropriação (ações de sociedades anônimas, propriedade intelectual, autoral e de patentes, multipropriedade, instituições de direito urbanístico, etc.) acabaram por desfigurar o caráter absoluto e unívoco da propriedade, fazendo emergir as contradições do seu conceito, no âmbito do próprio sistema que o concebeu.

Por outro lado, aproveitando as lições do Prof. Ivair Coelho Itagiba,³ observamos na sociedade contemporânea, onde a economia de velocidade substitui a economia de escala, com a crescente desterritorialização e destemporalização da riqueza, a cisão entre o conceito de riqueza e o conceito clássico de propriedade, vinculado, necessariamente, as rígidas noções de espaço e tempo determináveis. Neste sentido, a lógica racionalista do séc. XVIII, não sustenta mais o conceito estático e unitário da propriedade, no seio de uma sociedade tecnológica e paradoxal.

Vivemos, hoje, portanto, um momento de reflexão que envolve três raciocínios: 1) a reiteração da Propriedade unitária com a possibilidade de assimilação das novas relações através da elasticidade do seu conteúdo; 2) a afirmação do surgimento de categorias conceituais ainda inominadas, que não se reduziriam ou conduziriam ao conceito de propriedade; 3) o entendimento de que houve a desintegração do conceito unitário e, portanto, o surgimento do pluralismo da propriedade.

A sustentação dos dois primeiros raciocínios objetivariam a preservação e o monopólio do conceito romano-liberal, e teriam, portanto, uma função conservadora. O terceiro, contribuiria para a aproximação do conceito jurídico com a realidade fenomênica e a captação do verdadeiro sentido da propriedade, que é o de um fenômeno plurissignificativo. Cabe em apoio a este terceiro argumento reafirmar o entendimento de Ihering: “Creer en la imutabilidad de los conceptos jurídicos romanos es una idea completamente imadura que pone de manifiesto un estudio de la historia al que falta todo sentido critico”.⁴ (...) “La vida no son los conceptos, sino que los conceptos existen a causa de la vida. No ha de suceder lo que la logica postula, sino lo que postula la vida, el trafico, el sentimiento juridico, tanto si es logicamente necesario como si es logicamente imposible”.⁵ No mesmo sentido, Orlando Gomes expressa um ponto de vista que guarda em seu conteúdo uma revisão dos pressupostos “lógico-científicos” que informam a dogmática jurídica em relação a propriedade: “Os civilistas, principalmente os professores de direito civil, temos de nos libertar do preconceito de que o Direito se resume a ser um sistema unitário de conceitos

jurídicos insubstituíveis. Certo é que não dispomos de outros instrumentos para ordenar os dados da experiência, mas não podemos esquecer que as abstrações conceituais e os esquemas teóricos não podem ultrapassar a faixa além da qual perdem todo contato com a realidade”.⁶

Urge, portanto, em atendimento a realidade sócio-econômica emergente, aliada a percepção da propriedade no sentido do seu conceito concreto geral, de base hegeliana, de que nos fala Larenz (capítulo 2.4) e na busca de uma conformidade ética, considerá-la, na sua conformação clássica, como um aspecto (aplicável, limitadamente, a determinadas relações e objetos de apropriação) de um conceito plural.

NOTAS:

1. PACHUKANIS, E. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Trad. Several Martins. Coimbra: Centelho, 1077, pág. 157.
2. POUND, Roscoe. *Introdução a Filosofia do Direito*. Trad. Alvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965, pág. 1.
3. ITAGIBA, Ivair Coelho. Aula proferida na Escola Superior de Advocacia (ESA) do Rio de Janeiro em 28/07/93.
4. IHERING, Rudolf Von, *apud* LARENZ, K., pág. 60.
5. Idem, pág. 315, *apud* LARENZ, K., pág. 61.
6. GOMES, Orlando. *Ensaio de Direito Civil e do Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Aida, 1986, pág. 94.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. 2ª ed., São Paulo: Mestre Jou, 1982.
- ALVES, Vilson Rodrigues. *Uso Nocivo da Propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- ARENDT, Hanah. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- BARRETO, Vicente/PAIM, Antonio. *Evolução do Pensamento Político Brasileiro*. São Paulo: Editora da USP, 1989.
- BERLE, Adolf Augustus. *A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed., São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- BEVILACQUA, Clovis. *Direito das Coisas*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.
- BOBBIO, Norberto. *Diccionario de Politica*. Trad. Carmem C. Varriale. Brasília: UNB, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. Brasília: UNB, 1984.
- BUNGE, Mário. *Epistemologia*. Curso de Atualização. Trad. Cláudio Navarro. São Paulo: USP, 1980.
- CARNELLUTTI, Francesco. *Metodologia del Derecho*. Trad. al espanol Dr. Angel Ossorio. Buenos Aires: Valleeta Ediciones, 1990.
- CASSIRER, Ernst. *Linguagem e Mito*. São Paulo: Perspectiva, 1972.
- DIAMANTINO Martins, S. J. *Teoria do Conhecimento*. Braga: Livraria Cruz, 1957.
- ENCICLOPÉDIA INTERNACIONAL DE LAS CIENCIAS SOCIALES, dirigida por David L. Sills. vol 2, Espanha, Aguilar, 1974.

- ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Trad. José Silveira Paes, São Paulo: Global, 1985.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.
- FACHIN, Luiz Edson. *Conceituação do Direito de Propriedade*. In *Revista de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, vol. 42.
- FREGE, Gottlob. *Lógica e Filosofia da Linguagem*. Trad. Paulo Alcoforado. São Paulo: Cultrix, 1978.
- FROMM, Erich. *Do Ter ao Ser*. Trad. Lucia Helena Siqueira Barbosa. São Paulo: Manole, 1992.
- GOMES, Orlando. *A Crise do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955.
- GOMES, Orlando. *Ensaio de Direito Civil e do Trabalho*.
- GONÇALVES, Aderbal da Cunha. *Da Propriedade Resolúvel*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- GRECO, Marco Aurélio. *O Solo Criado e a Questão Fundiária*. In *Direito Urbanístico. Uma Visão Sócio-jurídica*. Organização Álvaro Pessoa. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos IBAM, 1981.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. de Oswaldo Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990.
- HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. Trad. Antônio Correia. 4ª ed., Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.
- IHERING, Rudolf Von. *A Luta Pelo Direito*. Trad. Richard Paul Neto. Rio de Janeiro: Estácio de Sá, 1978.
- KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*. Trad. João Batista Machado, 2ª ed. Coimbra: Armenio Amado, 1979.

- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 3ª ed., Coimbra: Armenio Amado, 1974.
- LAFFER, Celso. *Ensaio Liberais*. São Paulo: Siciliano, 1991.
- LARENZ, Karl. *Metodologia De La Ciencia Del Derecho*. Tradução para o espanhol Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966.
- LEFEBVRE, Henri. *Lógica Formal Lógica Dialética*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.
- LIRA, Ricardo Pereira. *Campo e Cidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Gráfica Riex, 1991.
- LOCKE, John. *Ensaio Acerca do Entendimento Humano*. Trad. Anoar Aiex. 5ª ed., São Paulo: Nova Cultural, 1991, Coleção Os Pensadores.
- MACEDO, Silvio de. *Curso de Linguística Jurídica*. Macéio: Eduffal, 1989.
- MACFARLANE, Alan. *Família, Propriedade e Transição Social*. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1980.
- MACPHERSON, C. B. *A Teoria Política do Individualismo possessivo*. Trad. Nelson Dantas. Paz e Terra, 1979.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público*. In Anais XII Congresso de Procuradores do Estado. Salvador: Serviço de Documentação e Divulgação Procuradoria, 1985.
- MERQUIOR, José Guilherme. *O Liberalismo antigo e moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.
- MORA, José Ferrater. *Diccionario de Filosofia*. 4ª ed., Madrid: Alianza Editorial, 1982.
- MOUCHET, Carlos. *Introduccion al Derecho*. 10ª ed., Buenos Aires: Editorial Perrot.
- OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Limitações Administrativas a Propriedade Imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- PACHUKANIS. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Trad. Soveral Martins. Coimbra: Centelha, 1977.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Propriedade Horizontal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.
- PROUDHON, Pierre-Joseph. *O que é a Propriedade*. Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 1988.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. L. Cabral de Mocanda. 6ª ed., Coimbra: Armenio Amado, 1979.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1975.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso Sobre a Origem e o Fundamento da Desigualdade Entre os Homens*. Trad. Lourdes Santos Machado. 5ª ed., São Paulo: Nova Cultural, 1991, Coleção Os Pensadores.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. Trad. Antonio de P. Machado. Rio de Janeiro: Tecnoprint, (s.d.).
- RUSSELL, Bertrand. *Ensaio Filosóficos*. Trad. Pablo Ruben Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1986.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Linguística Geral*. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Bleckstein. São Paulo: Cultrix, 1970.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 19ª ed., São Paulo: Cortez, 1993.
- SHAPP, Jan. *Problemas Fundamentais de Metodologia Jurídica*. Trad. Ernildo Stein. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1985.
- TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade Imobiliária*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1993.
- TIGAR, Michael E. e MADELEINE, R. Levy. *O Direito e a Ascensão do Capitalismo*. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.
- VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- WILBER, Ken. *O Espectro da Consciência*. Trad. Otavio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1977.