

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JOÃO HENRIQUE DE LIMA VIANA

O PATRIMÔNIO MÍNIMO A SERVIÇO DO SER: EM BUSCA DA LIBERDADE
SUBSTANCIAL

CURITIBA

2012

JOÃO HENRIQUE DE LIMA VIANA

O PATRIMÔNIO MÍNIMO A SERVIÇO DO SER: EM BUSCA DA LIBERDADE
SUBSTANCIAL

Monografia de conclusão do curso de
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná,
apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo
Pianovski Ruzyk

CURITIBA

2012

TERMO DE APROVAÇÃO

JOÃO HENRIQUE DE LIMA VIANA

O PATRIMÔNIO MÍNIMO A SERVIÇO DO SER: EM BUSCA DA LIBERDADE SUBSTANCIAL

MONOGRAFIA APROVADA COMO REQUISITO PARCIAL PARA OBTENÇÃO DE GRADUAÇÃO NO CURSO DE DIREITO, DA FACULDADE DE DIREITO, SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, PELA SEGUINTE BANCA EXAMINADORA:

Curitiba, 20 de dezembro de 2012.

Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

Professor Orientador

Prof^a. Dra. Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz

Professora de Direito Civil da UFPR

Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin

Professor de Direito Civil da UFPR

Dedico o presente trabalho a meus pais, Salmon Martins Viana e Luzia Aparecida de Lima, os grandes responsáveis por minha chegada a esse momento. A formação moral que tenho e todas as minhas conquistas a eles devo. Serei eternamente grato.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por escopo a defesa de um patrimônio mínimo personalíssimo a que toda pessoa tem direito. A garantia patrimonial mínima é fruto da hermenêutica crítica do art. 548 do Código Civil, o qual veda a doação integral dos bens sem que o doador reserve para si parte ou renda suficientes para sua subsistência. Da interpretação do mencionado dispositivo legal à luz do princípio da dignidade da pessoa humana infere-se que toda pessoa tem direito a um patrimônio mínimo personalíssimo, já que é vedada pelo ordenamento jurídico a autorredução à miséria. A tese do patrimônio mínimo vai ao encontro dos movimentos de repersonalização, despatrimonialização e constitucionalização do Direito Civil. O presente trabalho, por sua vez, não visa apenas o estudo da garantia patrimonial mínima. Pretende, também, a defesa de um conceito renovado de liberdade a informar o direito privado. Trata-se da liberdade substancial, por meio da qual a pessoa concretamente considerada pode realizar as condutas que valoriza. O patrimônio mínimo, portanto, pode servir como prestador de liberdade substancial ao seu titular. Essa visão insere-se em uma também renovada concepção da dimensão funcional dos institutos fundamentais do Direito Civil, que considera a função social, em certa medida, como prestação de liberdades aos sujeitos concretamente considerados em relação.

Palavras-chave: patrimônio mínimo – repersonalização – constitucionalização – dignidade da pessoa humana – liberdade substancial.

RESUMEN

Lo presente trabajo de concluido tiene la finalidad de la defensa de un patrimonio mínimo a que toda persona tiene derecho. Para garantizar un mínimo de equidad y hermenéutica crítica de arte. 548 del Código Civil, que prohíbe la donación integral de mercancías sin el donante reservar para usted parte de los ingresos suficientes para su subsistencia. La interpretación del mencionado dispositivo legal, a la luce del principio de la dignidad humana, se infiere que toda persona tiene derecho a un patrimonio mínimo incluso si es más personalmente, ya que está sellado por el sistema jurídico de autorreducción de la miseria. La tesis del patrimonio mínimo se encontró con los movimientos de repersonalización, despatrimonialización y la constitucionalización del derecho civil. El presente trabajo, a su vez, no sólo es el estudio de la equidad garantía mínima. Desea, además, la defensa de un concepto renovado de la libertad de informar al derecho privado. Es la libertad sustancial, por medio del cual la persona puede efectuar una consideración específica relativa a los conductos de valores. El patrimonio mínimo, por lo tanto, puede servir como proveedor de la libertad sustancial a su titular. Esta visión es parte de un diseño renovador y también de la dimensión funcional de los institutos de Derecho Civil, que consideran la función social, en alguna medida, tales como la provisión de libertades a temas, haciendo una relación un con los otros.

Palabras-Clave: patrimonio mínimo – repersonalización – constitucionalización - libertad sustancial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. O PATRIMÔNIO MÍNIMO PERSONALÍSSIMO E A RUPTURA DO INDIVIDUALISMO PROPRIETÁRIO	11
1.1 Breve análise do patrimônio no Direito Civil clássico	11
1.2 O Patrimônio Mínimo personalíssimo	14
1.2.1 Óbice à prodigalidade: vedação à doação integral dos bens.....	16
1.3 O individualismo proprietário.....	19
1.3.1 Contexto histórico de formação da lógica patrimonialista	19
1.3.2 O individualismo possessivo de John Locke.....	23
1.3.3 As falhas e rupturas do individualismo proprietário: a análise de Pietro Barcellona.....	31
1.4 A crise do Direito Civil tradicional.....	35
2. A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A BUSCA POR LIBERDADE SUBSTANCIAL	39
2.1 Orlando de Carvalho: a gênese do movimento repersonalizador	39
2.2 A Constitucionalização do Direito Civil.....	43
2.3 A dignidade da pessoa humana como fundamento do Direito Civil	49
2.4 Liberdade substancial e privação de capacidades: a contribuição de Amartya Sen.....	52
2.5 Caráter instrumental do patrimônio mínimo: a busca por liberdade substancial	57
CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

INTRODUÇÃO

O individualismo proprietário permeou o Direito Civil durante os séculos XVIII a XX. A visão atomizada da sociedade, em que cada indivíduo é independente dos demais e livre para se apropriar ilimitadamente dos bens, em uma produção desenfreada de capital, escravizou a pessoa concreta em função da propriedade. Ter se tornou mais importante do que ser.

O indivíduo, assim, foi reduzido a uma abstração. Seus direitos, por conseguinte, também o foram. A liberdade individual, direito elevado hodiernamente ao status de garantia fundamental, nada mais representa do que mera garantia formal do indivíduo abstratamente considerado na lógica que embasa o individualismo possessivo.

Liberdade e propriedade individual se confundem no sistema clássico de direito privado. Ser livre é ser proprietário. O ato de possuir passa a ser um fim em si mesmo, sendo a pessoa relegada ao esquecimento. Basta vermos que a pessoa, nos termos em que é tratada pelas codificações modernas, dentre elas o Código Civil brasileiro de 1916 e seu sucessor de 2002, é absorvida pelo ordenamento apenas enquanto proprietária. As características da pessoa delineada pelos Códigos nos mostram um indivíduo proprietário e suas preocupações.

Ocorre que esta lógica tradicional não é capaz de tutelar os interesses da pessoa humana considerada em sua concretude. O sistema proprietário, de fato, não foi criado para este fim. É papel do jurista crítico, portanto, perceber os discursos que fundamentam esse sistema excludente bem como estar atento às suas falhas e rupturas. Não apenas isso.

Deve, ademais, buscar soluções e novos caminhos para solucionar os problemas que surgem da vida real e para os quais o sistema abstrato e formalista não fornece respostas adequadas. A solução pode estar inserta no próprio sistema e depender apenas do esforço hermenêutico do estudioso que se propõe a implementar a mudança.

Esse é o objetivo do presente trabalho. Reanalisar institutos fundamentais do Direito Civil, propriedade e liberdade, colocando-os em função da pessoa concretamente considerada em relação. Por tratar-se de uma monografia, porém, não se trata de uma busca galgada em produção jurídica própria. O recurso aos ensinamentos dos grandes mestres é imprescindível.

O que se propõe no presente trabalho é a defesa de um patrimônio mínimo personalíssimo, ao qual toda pessoa tem direito. Mais do que isso, propõe-se que este patrimônio mínimo desempenhe uma função: conferir a seu titular liberdade substancial, entendida como a possibilidade efetiva de se realizar aquilo que com razão se valoriza. Tal visão está inserida no contexto de repersonalização e constitucionalização do Direito Civil.

Para a defesa de uma garantia patrimonial mínima toma-se como marco teórico a obra Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, escrita por Luiz Edson Fachin. O jurista paranaense busca na própria codificação civil (art. 548) o ponto de partida para uma nova visão acerca do patrimônio. Interpreta a norma mencionada de forma crítica, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, inferindo da vedação à doação integral dos bens sem reserva do necessário para a subsistência do doador a garantia de um patrimônio mínimo inerente a todos os cidadãos. O início deste trabalho dedica-se à explanação do instituto denominado “patrimônio mínimo”.

Em um segundo momento, é feita a análise do individualismo proprietário. Para tanto, será exposto o pensamento de John Locke na visão de C. B. Macpherson, por meio da obra Teoria Política do Individualismo Possessivo: de Hobbes até Locke. Não apenas a exposição crítica da doutrina de Locke será feita. Mais do que isso, será exposta a crítica tecida por Pietro Barcellona ao individualismo proprietário na obra El Individualismo Propietario. O objetivo do recurso a este autor é explicitar a crise vivida pelo Direito Civil moderno, objeto do item seguinte. Este é o primeiro capítulo do presente trabalho.

O segundo capítulo desta monografia visa o estudo do renascimento do Direito Civil nos séculos XX e XXI enquanto fenômeno social e humano. A produção doutrinária do período percebeu a crise instalada pelo individualismo proprietário e buscou repersonalizar o direito privado, colocando a pessoa concreta como centro e

fim do direito. O grande expoente deste movimento repersonalizador é Orlando de Carvalho, insigne jurista português. A obra tomada como paradigma é *A Teoria da Relação Jurídica: seu sentido e limites*. Além disso, é apresentado o fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil, com a conseqüente consagração do princípio da dignidade da pessoa humana. As relações privadas passam a ter como fim o atendimento das necessidades humanas.

Finalmente, é abordada a liberdade enquanto tema central do Direito Civil e garantia fundamental insculpida na Constituição Federal. Procura-se a superação de uma concepção única sobre a liberdade, tradicionalmente atrelada à ideia de ausência de coerção. Trata-se, na verdade, de um conceito que deve ser visto de uma forma plural. No presente trabalho busca-se uma visão da liberdade pautada na efetividade de seu exercício. Para tanto, recorre-se à produção intelectual de Amartya Sen, mais especificamente à obra *Desenvolvimento como Liberdade*. É o autor indiano o responsável por moldar o conceito de liberdade substancial.

Chega-se, assim, ao término da jornada aqui proposta. O ato final consiste em analisar a possibilidade de funcionalizar o patrimônio mínimo à prestação de liberdade substancial em favor de seu titular, visto como sujeito concretamente considerado em relação com seus pares. Essa nova reflexão a respeito da função social dos institutos fundamentais do Direito Civil é feita por Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk na obra *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*.

1. O PATRIMÔNIO MÍNIMO PERSONALÍSSIMO E A RUPTURA DO INDIVIDUALISMO PROPRIETÁRIO

1.1 Breve análise do patrimônio no Direito Civil clássico

É dado ao direito privado, tradicionalmente, regular as relações pessoais e patrimoniais entre particulares. Em uma visão inocente poderia se pensar que, no Direito Civil clássico, a pessoa desponta como o centro do sistema e sua tutela é o objetivo principal do ordenamento jurídico, representado pelas codificações.

Todavia, um olhar mais atento nos mostra um quadro diverso. No caso brasileiro, tanto o Código Civil de 1916 quanto seu sucessor, promulgado em 2002, são informados por valores calcados na tutela patrimonial. Como dito, uma análise mais aprofundada nos mostra a predominância do patrimônio em face da pessoa.

A pessoa, na acepção jurídica consagrada, é tida como sinônimo de sujeito de direito. Torna-se uma pessoa apenas abstratamente considerada, a quem é conferida a capacidade de participar de relações jurídicas também abstratas, pautadas por princípios abstratos como a igualdade e a liberdade formais. A abstração do sistema de direito privado clássico imobiliza o direito em face das situações concretas que a vida faz surgir.

A pretensão de igualdade e neutralidade do sistema se mostra, na verdade, uma escolha deliberada cujo intuito é resguardar os interesses da classe detentora dos bens e apta a contratar livremente. O sujeito real que sofre com as mazelas do sistema materialmente desigual está à mercê da proteção jurídica, uma vez que não se enquadra nas condições estabelecidas para que seja sujeito de direito e participe de relações jurídicas. O sujeito ordinário, aquele que não possui condições para ser proprietário, está automaticamente excluído do sistema.

O patrimônio, por sua vez, torna-se o verdadeiro foco de atenção do direito privado. A grande conquista burguesa foi a emancipação da propriedade privada, que perdeu os vínculos pessoais existentes no sistema feudal e passou a circular livremente. Os códigos, portanto, nascem com o intuito de conferir unidade ao

sistema de direito e proteger as relações patrimoniais bem como regular o trânsito jurídico dos bens, em especial da terra.

Na teoria clássica, o patrimônio é considerado como atributo ou projeção da personalidade da pessoa.¹ Em outras palavras, pessoa e patrimônio manteriam uma relação de tal forma indissociável que este seria um reflexo daquela. Ainda, em razão de sua estreita ligação com a pessoa, o patrimônio se caracterizaria por ser uno e indivisível.

Em contraposição à teoria acima mencionada, há quem defenda a existência de uma pluralidade de patrimônios cuja titularidade pertence a apenas uma pessoa.² Tais patrimônios, independentes entre si, atenderiam finalidades diversas, como por exemplo, a garantia creditícia de credores e a subsistência da família. Para cada uma dessas finalidades seria destinada uma esfera patrimonial separada das demais.

Desta forma, com a visão plural de patrimônio, “rompe-se, pois, com a visão de universalidade vinculada à personalidade, de modo que, sendo possível a uma pessoa ter mais de um patrimônio, não há que se falar em atributo da personalidade”.³ Em função da concepção plural de patrimônio, Luiz Edson FACHIN distingue três espécies de patrimônio: patrimônio de destinação, patrimônio autônomo e patrimônio separado.⁴ O primeiro destina-se a uma finalidade específica para a qual o titular irá separar parte de seus bens. O segundo é representado pelo patrimônio pertencente a uma coletividade. Já o último seria, por exemplo, a herança, que não irá se confundir com o patrimônio do herdeiro enquanto não forem quitados os débitos deixados pelo *de cuius*.

A grande conclusão a que se chega é que patrimônio e pessoa não podem ser considerados uma unidade. Não há entre eles vinculação absoluta. Como assevera FACHIN, “o patrimônio não pode ser reputado atributo da personalidade”.⁵ Por outro lado, há que se fazer o resgate do caráter instrumental das titularidades.

¹ FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo – 2. Ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 40.

² É o caso de Orlando Gomes, para quem o patrimônio não está ligado à personalidade, com ela não se confundindo. (GOMES, Orlando. Direitos Reais, 1999, p. 247).

³ Idem, p. 41.

⁴ Idem, p. 41.

⁵ Idem, p. 42.

Os bens econômicos devem servir à pessoa, provendo os meios para sua subsistência digna.

Ocorre que, com a evolução do direito privado tradicional, o patrimônio desvinculou-se da pessoa de tal forma que não mais passou a ter como escopo a emancipação de seu titular, passando a funcionar primordialmente como garantia ao crédito de terceiros.⁶ O que se busca contemporaneamente, por outro lado, é o resgate da instrumentalidade do patrimônio, que deve servir à pessoa. As situações existenciais devem se sobrepor às patrimoniais.

Portanto, urge a necessidade de resgatar o direito civil enquanto ramo que tutela a pessoa em sua dimensão existencial. Para tanto, a noção de patrimônio bem como sua função precisam ser reinterpretadas com base em uma teoria crítica do direito, que não ignore o caráter social do fenômeno jurídico. Nas sábias palavras de FERNÁNDEZ SESSAREGO, citado por Luiz Edson Fachin, “o Direito não é mera ciência lógico-matemática, na qual o sujeito seria tão-só um centro formal de imputações. Em verdade, o Direito seria fruto da cultura humana, [...]”.⁷

É nessa esteira de pensamento que se insere o movimento personalista. Busca-se a repersonalização do direito civil, colocando-se a pessoa, considerada em sua concretude, no centro do sistema. Opera-se, assim, a despatrimonialização do direito privado. O patrimônio, a partir de agora, deverá atender às necessidades da pessoa concreta. A dignidade da pessoa humana torna-se o pilar de sustentação dessa virada interpretativa, que encontra na Constituição Federal de 1988 completo respaldo.

Assim, temos a base para a configuração de um patrimônio mínimo personalíssimo, cujo fito será o de fornecer ao seu titular condições dignas de existência. É este patrimônio mínimo e sua relação com a liberdade substancial o grande objeto de análise do presente trabalho. O item seguinte dedica-se à análise do patrimônio mínimo.

⁶ Idem, p. 42-43.

⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho e Persona. Trujillo: Editora Normas Legales, 1995. In: FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo – 2. Ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 45.

1.2 O Patrimônio Mínimo personalíssimo

Dentro do contexto de repersonalização do direito civil bem como de sua constitucionalização, é tarefa da qual não pode se furtar de realizar o jurista consciente a reinterpretação crítica dos princípios, conceitos, institutos e instrumentos de direito positivo pertencentes a seu ramo de estudo, de modo a fornecer soluções adequadas às situações novas que do cotidiano emergem. Como se sabe, o direito não é ciência imutável e perpétua.

É exatamente isso o que faz o Professor Luiz Edson Fachin, em sua obra *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. É o ilustre jurista paranaense o criador da tese na qual se sustenta a existência de um patrimônio mínimo personalíssimo, imprescindível para a existência digna de todo e qualquer ser humano. Este patrimônio mínimo está protegido dos interesses de eventuais credores e sua sustentação encontra supedâneo constitucional no princípio da dignidade da pessoa humana. A tese é construída a partir de uma interpretação crítica do artigo 548 do Código Civil brasileiro e da legislação especial, a exemplo da Lei nº 8.009/90, que institui o bem de família.

Pretende-se, assim, colocar novamente a pessoa como centro e destinatária do direito. O patrimônio deve deixar de ser o centro de interesses do sistema jurídico, passando a ter caráter instrumental em relação à pessoa, com o escopo de emancipá-la, ainda que não de maneira plena, uma vez que não se pretende sustentar aqui a equiparação entre ser proprietário e ser livre, marca do modelo liberal clássico cuja superação é buscada. O patrimônio deve apenas auxiliar a pessoa no atendimento às suas necessidades fundamentais.

Nas palavras de FACHIN, “a existência humana digna é um imperativo ético que se projeta para o Direito na defesa de um patrimônio mínimo”.⁸ Este patrimônio mínimo deve ser estabelecido dentro de parâmetros pelos quais se torne possível ao seu detentor atender às necessidades decorrentes da vida humana.

A garantia patrimonial mínima surge a partir do recurso à hermenêutica crítica sobre dispositivo do Código Civil e busca assento constitucional no princípio

⁸ Ibidem, *Estatuto Jurídico...*, p. 1.

da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, Constituição Federal), no direito à vida (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal) e na obrigação estatal de assegurar a todos os cidadãos brasileiros uma existência digna por meio da realização de justiça social (art. 170 da Constituição Federal).⁹

Trata-se de uma “titularidade geral sobre bens ou coisas, não necessariamente fundada na apropriação formal ou registral como tradicionalmente prevista nas codificações civis, a exemplo do artigo 1.228 do Código Civil brasileiro”.¹⁰ Portanto, premissa elementar da tese é não confundir propriedade com patrimônio, uma vez que a formação do patrimônio mínimo personalíssimo pode se dar por meio de outros tipos de bens, não necessariamente bens imóveis.

O grande objetivo da tese propugnada por Luiz Edson Fachin, ressalta-se mais uma vez, é a “busca de uma nova concepção do patrimônio que coloque no centro das relações jurídicas a pessoa e seus respectivos valores personalíssimos, especialmente, dentre eles, aquele jungido a uma existência digna”.¹¹ A reflexão sobre a existência de um patrimônio mínimo personalíssimo instiga um ataque à “avassaladora racionalidade da exclusão social e contra a simbolização virtual de tudo e de todos”.¹²

Contudo, necessária a ressalva de que a garantia de um patrimônio mínimo não soluciona todos os problemas causados pela exclusão de grande parcela da população do sistema econômico. O próprio criador da tese nos adverte, por exemplo, que a defesa de um patrimônio mínimo intocável, apesar de muito se aproximar da questão do direito de acesso ao mínimo patrimonial, não tem tamanha pretensão. Não relega a importância deste tema, mas o coloca em patamar acima das pretensões da tese que defende a existência de uma garantia patrimonial mínima.¹³

Conforme preceitua FACHIN,

Conferir guarida a patrimônio que, minimamente, garanta a sobrevivência de alguém não é proceder que deva relegar a preocupação com aqueles que, no Brasil, nada ou pouquíssimo tem. Tal estatuto de proteção porta a

⁹ Idem, p. 2.

¹⁰ Idem, p. 3.

¹¹ Idem, p. 5.

¹² Idem, p. 22.

¹³ Idem, p. 20.

mesma base de ideias dessa tormentosa questão, ainda que não confunda com os mecanismos de acesso aos bens.¹⁴

Pois bem, realizada a exposição inicial acerca da noção de patrimônio mínimo e de seus fundamentos, far-se-á no próximo item a dissecação, ainda que sucinta, da construção hermenêutica que permitiu a sustentação da defesa de uma garantia patrimonial mínima a todo cidadão.

1.2.1 Óbice à prodigalidade: vedação à doação integral dos bens

Dispõe o artigo 548 do Código Civil que “é nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador”.

Trata-se o dispositivo legal acima transcrito de clara restrição à disposição patrimonial. Como se sabe, o Código Civil brasileiro, fortemente influenciado pelo ideário liberal, traz em si a finalidade primordial de tutelar relações patrimoniais.

Todavia, é perfeitamente possível a reinterpretação crítica do sistema de direito posto, de modo a buscar soluções condizentes com a realidade atual. Na estrutura da codificação é possível “garimpar âncoras de sustentação de valores que transcendam a proteção meramente patrimonial”.¹⁵

Assim, o artigo 548 do Código Civil institui óbice à autorredução à condição de miserabilidade, prevendo claros limites à liberdade de disposição sobre os bens. A leitura crítica da norma em análise nos faz perceber que, apesar de privilegiar em grande parte de seus dispositivos a proteção do patrimônio, a codificação civil brasileira traz preceito que visa à tutela da pessoa.

Como ensina FACHIN,

Aí pode se localizar a gênese de um feixe de valores articulados em torno da pessoa e de sua respectiva proteção, como aqui se faz, sem embargo do respeito indispensável a diverso modo de olhar, à alteridade no ver, eis que não chama a tese lugar de verdade mas sim espaço de possibilidade que não pode, nem deve, excluir do cenário a antítese.¹⁶

¹⁴ Idem, p. 286.

¹⁵ Idem, p. 94.

¹⁶ Idem, p. 94.

Continua sua lição o citado mestre, mais uma vez enfatizando o caráter protetivo da pessoa na norma inserta no artigo 548 do Código Civil, regra solitária em meio a um grande número de normas cujo objetivo é a proteção do patrimônio e a regulação da circulação dos bens. O objetivo desta norma é, por sua vez, proteger a pessoa do doador.¹⁷

A nulidade é a consequência do agir em desconformidade com a regra que impede a autorredução à miséria. Portanto, não pode o doador derrogar a aplicabilidade da norma pelo uso de sua liberdade volitiva. Está-se diante, portanto, de uma restrição à autonomia privada. Restrição essa que se justifica exatamente por ser o escopo da norma a proteção da pessoa, objetivo maior do direito civil e que se encontra em total consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

É vedado, portanto, que o doador se prive dos meios ou bens aptos a lhe conferir subsistência digna. A nulidade apenas se verificará no caso de não serem reservados bens suficientes para tanto. Ainda, necessário ressaltar que a norma em comento prevê a nulidade para o caso de doação universal dos bens. Por óbvio, a alienação onerosa de todo o patrimônio de determinada pessoa não ensejará a aplicação do artigo 548 do Código Civil, uma vez que neste caso o alienante será detentor do produto da alienação e dele poderá retirar seu sustento. Não haverá, neste caso, redução à condição de miserabilidade.

É relevante, ainda, para a compreensão dos efeitos e da aplicabilidade do óbice à prodigalidade contido no Código Civil, a qualificação do que deve ser entendido por parte ou renda suficiente para a subsistência do doador. Ronaldo da Cunha CAMPOS, citado por FACHIN¹⁸, elucida que, caso o objetivo da norma contida no art. 548 do Código Civil fosse a tutela patrimonial e não a tutela da pessoa, não se poderia admitir limites quanto à reserva patrimonial no caso de doação dos demais bens. Isso porque o viés patrimonialista do direito civil clássico não admite limitação ao direito de disposição patrimonial. Todavia, trata-se de norma protetiva da pessoa, que tem seu direito de disposição mitigado para evitar riscos à si própria.

¹⁷ Idem, p. 96.

¹⁸ CAMPOS, Ronaldo da Cunha. Considerações sobre a reserva de usufruto em doação universal, 1980, p. 162. In: FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo – 2. Ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 99-100.

A reflexão acerca dos limites para a parcela de patrimônio ou renda apta a garantir a subsistência do doador não se encerra na ponderação tecida no parágrafo anterior. O limite a que se refere o artigo 548 do Código Civil deve ser interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, deve ser levada em conta a realidade social na qual está inserido o doador, aferindo-se no caso concreto qual o patamar patrimonial mínimo necessário para que a pessoa subsista em condição digna.

É a partir do recurso à hermenêutica crítica, interpretando a regra contida no artigo 548 do Código Civil à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, que Luiz Edson Fachin irá inferir a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a todo ser humano e da qual não pode ser desapossado para o atendimento dos interesses de credores.

Ora, se uma pessoa não pode se desfazer gratuitamente de todo o seu patrimônio, colocando-se em condição de miserabilidade, é imperativa a conclusão de que toda pessoa deve possuir uma parcela patrimonial mínima que possibilite a existência digna.

A simplicidade da proposição da tese do patrimônio mínimo esconde verdadeira epopeia empreendida por Luiz Edson Fachin no sentido de repersonalizar o direito civil. Para tanto, não se nega a importância do direito positivo como fonte. Por outro lado, buscam-se novas possibilidades interpretativas na própria codificação.

Na lição de FACHIN:

Tal proposição parte de um fundamento que se pode extrair do Código Civil brasileiro, mediante legítimo recurso de hermenêutica. O dispositivo, focalizado especialmente, está contido no artigo 548 da nova codificação civil, do qual se pode inferir que a ordem jurídica, ao vedar, mediante regra cogente cuja violação comina com nulidade absoluta, a auto-redução à miserabilidade, faz emanar princípio que, também obsta a instauração de estado de paupérrimo por qualquer meio, voluntário ou forçado, judicial ou extrajudicial, de interesse público ou privado. Ali se garante o direito fundamental à subsistência e veicula princípio geral que não se restringe à hipótese enunciada.¹⁹

Temos, portanto, a configuração do que se entende por patrimônio mínimo. Trata-se de uma concepção da propriedade completamente oposta ao sistema

¹⁹ Ibidem, Estatuto Jurídico..., p. 2.

proprietário liberal, pois privilegia a dignidade da pessoa humana em detrimento da tutela excessiva do patrimônio.

Na sequência do presente trabalho analisar-se-á o individualismo proprietário, ideologia criada para fundamentar o sistema capitalista de economia e que impregna o direito civil nascido nos séculos XIX e XX.

1.3 O individualismo proprietário

1.3.1 Contexto histórico de formação da lógica patrimonialista

O local histórico de surgimento do individualismo proprietário situa-se na transição do sistema feudal para o sistema imposto pela nova classe emergente, a burguesia. Este novo discurso surge para atender especificamente aos interesses desta nova classe, a qual passou a deter o poder econômico, porém não desfrutava dos privilégios de que dispunha a nobreza.

Pois bem, façamos uma breve análise do sistema feudal. Podem ser enumeradas quatro características principais deste sistema: criação de laços de dependência de homem para homem, o parcelamento máximo do direito de propriedade, a hierarquia dos direitos sobre a terra e o parcelamento do poder público com hierarquias regionais de instâncias autônomas.²⁰

Dentre os aspectos apontados, de extrema relevância é a questão da força dos laços pessoais para a lógica feudal. Tal importância resulta, em suma, da incapacidade dos poderes públicos para garantir a segurança dos cidadãos. Logo, era necessário que um homem detentor de poder, o senhor feudal, tomasse para si a responsabilidade de prover segurança aos habitantes do feudo. Estes, por sua vez, sujeitavam-se à vontade do senhor feudal. Nas palavras de CORTIANO JUNIOR, “o senhor concedia benefícios ao subordinado, de onde ele poderia tirar seu sustento, devendo pagar – com serviços – a proteção recebida. Estes laços

²⁰ GANSHOF, F.L. **Que é o feudalismo?** 4. Ed. Mem. Martins: Publicações Europa-américa, [s.d.]. p.9. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths. O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

personais aumentam a intensidade no Estado Franco e se disseminam pela Europa”²¹.

Com o passar do tempo, o benefício concedido pelo senhor feudal torna-se sinônimo de concessão da terra para que o subordinado dela retirasse seu sustento. A dependência pessoal entre senhor e vassalo se perfaz na divisão da propriedade. É a concessão do uso da terra em troca de trabalho que irá mover o sistema feudal.

A sociedade feudal é marcada, ainda, por sua estratificação. Tratava-se de uma sociedade estamental. O sistema de subordinação não permitia a livre circulação das pessoas pelas classes e muito menos a circulação da propriedade. Como explica CORTIANO JUNIOR:

As vinculações feudais, pessoais e reais faziam com que nem a terra nem as pessoas pudessem ser consideradas livres na acepção atual do termo, e a produção de riquezas era baseada no trabalho forçado por aquelas relações de dependência.²²

O sistema feudal voltava-se precipuamente à produção dos bens necessários para a subsistência dos ocupantes da terra. Todavia, passou a intensificar-se, em meados do século XVI, a produção de riquezas. Era o início do mecanismo de mercado, no qual as trocas visavam algo além do mero atendimento às necessidades do senhor feudal e de seus vassalos.

Surge a necessidade, então, diante da situação acima apresentada, de “liberar a circulação de bens e tornar livre a escolha do trabalho”²³. A propriedade feudal, presa ao senhor da terra, não podia atender aos interesses da nova classe social emergente. A burguesia não poderia ver seu projeto realizado caso fossem mantidas as bases da sociedade estamental. Segundo Pietro Barcellona, a premissa para o início de um processo de produção voltado ao mercado, e não ao consumo, era a liberdade de utilização plena e exclusiva da terra. Os laços que a prendiam ao senhor feudal deveriam ser substituídos pela livre circulação dos bens.²⁴

²¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

²² Idem, p. 26.

²³ Idem, p. 27.

²⁴ BARCELLONA, Pietro. **Formazione e sviluppo Del diritto privato moderno**. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Neste contexto o discurso proprietário foi construído. Inicialmente, surgiu como um discurso apto a dar vazão às necessidades dos comerciantes. É o burguês que irá impulsionar a criação de um novo sistema jurídico. Os laços pessoais de vassalagem que imobilizavam a propriedade feudal deveriam ser extintos, surgindo a necessidade de um sistema cujo princípio basilar fosse a livre circulação dos bens. Em outras palavras, “as relações que se baseavam na compra e venda eram incompatíveis com a ideia fundamental de vassalagem”.²⁵

O burguês, agora detentor de elevado poder econômico, não mais podia conviver com a sociedade feudal, marcada por ser estamental, caso quisesse de fato atingir suas pretensões políticas, intelectuais e econômicas. Nas palavras de CORTIANO JÚNIOR:

A característica estamental da ordem feudal, com suas ligações quase orgânicas entre senhores, vassalos e servos, e também a composição do mundo em comunidades sem individualidades autônomas, diminuía a presença de agentes econômicos que pudessem fazer parte da cadeia de circulação de bens, pela total ausência de autonomia nas suas ações, vinculados que estavam à terra e aos senhores feudais.²⁶

A ordem feudal impunha, ainda, outros óbices aos planos burgueses. O direito sobre a terra era demasiadamente parcelado. Isto, por sua vez, dificultava que ela pudesse circular livremente por meio da compra e venda. Os ônus que sobre a terra incidiam deviam, portanto, ser superados. O proprietário da terra, e somente ele, deveria sobre ela exercer poder absoluto. Ainda, era necessária a criação de uma ordem jurídica universal, capaz de conferir segurança no exercício deste direito proprietário pleno. A ordem feudal, como se sabe, era marcada pela ausência de um poder central.²⁷

Para a perpetração dos objetivos burgueses, além da desvinculação pessoal da terra, se fazia necessária a instituição de uma nova ordem política. Foram as profundas transformações ocorridas na ordem feudal, marcada pela descentralização do poder, que levaram à formação dos Estados Absolutistas.²⁸ A crise do sistema feudal abriu espaço para que as monarquias centralizassem novamente o poder.

²⁵ TIGAR, Michael E.; LEVI, Madeleine R. **O direito e a Ascensão do Capitalismo**. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths. O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

²⁶ Ibidem, O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas, p. 32.

²⁷ Idem, p. 32-33.

²⁸ Idem, p. 40.

Desta forma, surgem os Estados absolutistas, que servirão de base para a criação dos Estados liberais. Assevera CORTIANO JUNIOR que

O Estado absolutista opera com a máxima concentração de poder e possibilita a coesão nacional a partir das ideias de soberania e territorialidade, fundando-se numa organização burocrática do poder que permitirá a gestão da coisa pública. Estes fatores serão aproveitados na formação do Estado liberal para permitir a governamentalidade, ainda que sob outra visão do poder.²⁹

Continua o supracitado autor, enumerando as características do chamado Estado moderno, de acordo com classificação estabelecida por Norberto Bobbio:

O Estado moderno, fundado no modelo jusnaturalista da dicotomia estado/sociedade de natureza – estado/sociedade civil, tem elementos caracterizadores: (a) um ponto de partida que é o do estado de natureza, não político a antipolítico; (b) o estado político é a antítese do estado de natureza; (c) no estado de natureza os indivíduos são vistos como singulares não associados, embora associáveis; (d) no estado de natureza os indivíduos são livres e iguais uns em relação aos outros; (e) a passagem do estado de natureza para a sociedade civil ocorre mediante pactos ou atos deliberados dos indivíduos interessados em sair do estado de natureza; e (f) por consequência, a legitimação da sociedade civil é o consenso.³⁰

Estas são as bases teóricas do Estado liberal burguês e do individualismo proprietário, sistema que consagrou a propriedade em face da pessoa. O Estado liberal funda-se, a nível teórico, em uma abstração. Os indivíduos, absolutamente livres no estado de natureza, entram em consenso para a formação de uma sociedade organizada, criando o Estado para dar proteção a seus direitos, em especial ao direito de propriedade.

Eroulths CORTIANO JUNIOR sintetiza a teorização do Estado liberal nas seguintes palavras:

O sistema teórico do Estado liberal remete aos princípios da divisão de poderes, do primado da lei, do caráter abstrato e geral da lei, e da divisão entre esfera pública e privada. A divisão de poderes garante a separação entre os momentos de legislação e aplicação da lei, permitindo que a vontade popular – representada pelo parlamento - seja a única autorizada a emitir comandos normativos. Como a elaboração das leis decorre da vontade geral, o primado da lei deve ser garantido. É condição para este primado que a lei seja genérica e abstrata. A separação entre a esfera pública e a privada se dá porque o direito volta-se ao reconhecimento e à garantia dos interesses morais e econômicos do indivíduo.³¹

²⁹ Idem, p. 41.

³⁰ Idem, p.41-42.

³¹ Idem, p. 43.

Portanto, é sobre as bases do Estado liberal que se formará o individualismo proprietário. Os homens passam a serem considerados indivíduos livres e iguais entre si, que não mais estão presos aos laços pessoais característicos do feudalismo. Dependem apenas de si próprios para alcançarem os bens necessários ao seu desenvolvimento e, através do consenso obtido por meio da racionalidade individual, podem optar por sair do estado de natureza, formando a sociedade civil.

O próximo subitem se dedicará ao estudo do individualismo proprietário com base no pensamento de John Locke, teórico cuja influência é inegável para a consolidação do capitalismo emergente do século XVII e para a fundamentação teórica do Estado liberal, pautado na forte vinculação entre liberdade e propriedade. Como bem define Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, o direito civil moderno não pode ser bem compreendido sem a análise do “fenômeno que está na base dessa formação: o advento do capitalismo no plano material e a vinculação entre liberdade e propriedade na seara da ideologia”.³²

1.3.2 O individualismo possessivo de John Locke

O presente subitem tem por escopo a compreensão do chamado individualismo proprietário, também chamado de individualismo possessivo. Para tanto, será exposta, ainda que de maneira sintética, a teorização construída por John Locke, o grande artífice da ideologia que fundamentou o sistema de economia capitalista.

O marco teórico utilizado para a compreensão do pensamento de John Locke é a obra *A Teoria Política do Individualismo Possessivo de Hobbes até Locke*, escrita por Crawford Brough Macpherson.³³ Trata-se, talvez, do autor que melhor analisou a teoria do individualismo possessivo, dissecando-a em seus pontos mais relevantes e específicos, motivo pelo qual será aqui adotado como um dos marcos teóricos fundamentais do presente trabalho.

³² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 80.

³³ MACPHERSON, C.B. *A Teoria Política do individualismo Possessivo de Hobbes até Locke*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

Há que se fazer a ressalva de que Locke situou-se em tradição política e jurídica diversa da encontrada na França e demais países da Europa continental, cujas influências são mais diretamente sentidas na tradição jurídica nacional do que a experiência inglesa da qual o pensador adotado como paradigma fez parte.³⁴

Todavia, é inegável a influência exercida pelo pensamento de John Locke sobre a tradição jurídica da Europa continental, sobretudo por ser ele o grande responsável pela fundamentação teórica da apropriação ilimitada de bens, permitindo o pleno desenvolvimento do capitalismo, fenômeno comum entre a Inglaterra e a França nos séculos XVII a XIX.³⁵

John Locke, de acordo com o ensinamento de MACPHERSON, reinterpretou na natureza do indivíduo e da sociedade do século XVII certas ideias anteriormente concebidas, generalizando-as de maneira não histórica e atribuindo a elas o condão de premissas de formação do Estado, que ele chamava de sociedade civil.³⁶

Em outras palavras, procurou o pensador inglês explicar o surgimento das sociedades modernas por meio de um processo de abstração, cujo objetivo era tornar naturais e gerais conceitos inerentes à sociedade da qual fez parte, ignorando o processo histórico de formação dessas ideias. No caso, a sociedade na qual viveu John Locke caracteriza-se pela ascensão do capitalismo. Dessa forma, seu objetivo era naturalizar esse novo sistema econômico, procurando fundamentá-lo como imprescindível e intrínseco aos indivíduos e à vida em sociedade.

O famoso capítulo “Da Propriedade”, contido no Segundo Tratado, condensa grande parte das ideias e suposições sociais que faz Locke para explicar o surgimento das sociedades por meio do consentimento dos indivíduos livres, bem como a licitude da apropriação ilimitada de bens. Na teoria de Locke, é central a justificativa de um direito individual natural ilimitado à propriedade³⁷, sendo que sua teoria de sociedade civil e governo fundam-se exatamente na proteção deste direito,

³⁴ Ibidem, Institutos fundamentais do direito civil..., p. 81.

³⁵ Idem, p. 81.

³⁶ Ibidem, A Teoria Política do individualismo..., p. 208.

³⁷ Idem, p. 209.

o qual “antecede a existência da sociedade e do governo civis, ou que destes independe”.³⁸

John Locke afirma que todo homem possui um direito natural à propriedade, devendo ser exercido dentro dos limites da lei da Natureza.³⁹ MACPHERSON, a seu turno, nos mostra que a relevância do capítulo sobre a propriedade não reside apenas nesta afirmação. O grande feito de Locke foi, na verdade, retirar os limites impostos pela Lei da Natureza ao direito de propriedade individual. Vai mais longe o pensador canadense, ao afirmar que “o assombroso feito de Locke foi basear o direito de propriedade no direito natural e na lei natural, e depois remover todos os limites da lei natural do direito de propriedade”.⁴⁰

A teoria do individualismo possessivo de John Locke é iniciada pela proposição de um direito de propriedade inicialmente limitado. A lei natural exige, em primeiro lugar, que alguém apenas pode se apropriar de um tanto que deixe “bastante e tão bom” para os outros. Todo homem deve, em tese, ter direito ao atendimento de suas necessidades básicas, motivo que fundamenta a primeira limitação exposta. Em segundo lugar, o indivíduo só poderia se apropriar daquilo que pudesse usufruir sem desperdício. Nada poderia se perder inutilmente nas mãos do apropriador. Por fim, o último limite natural à apropriação ilimitada era que apenas seria legítimo ao homem tomar posse daquilo em que tenha misturado seu trabalho.⁴¹

Da forma como inicialmente expôs sua teoria, aparentemente, Locke estaria defendendo um direito de apropriação limitado. Todavia, essa não foi sua intenção, como se verá a seguir.

A transposição de um direito limitado de apropriação para um direito ilimitado passa, na concepção de Locke, pela criação do dinheiro e pelo acordo dos homens em utilizá-lo como valor de troca. Elucida-nos a questão MACPHERSON:

A regra da lei natural, que por seus termos específicos limitava a quantidade que qualquer um poderia apropriar, de modo que todos tivessem tanta

³⁸ Idem, p. 209.

³⁹ LOCKE, John. Dois Tratados sobre o Governo. São Paulo: Martins Fontes, 2005. A afirmação está inserida especificamente na obra Segundo Tratado sobre o Governo.

⁴⁰ Ibidem, A Teoria Política do individualismo..., p. 211.

⁴¹ Idem, p. 212-213.

quanto pudessem usar, não vale agora: 'valeria... não houvesse... Dinheiro... criado (por Consentimento) maiores Posses e um direito a estas'.

[...]

Onde quer que tenha sido adotado o uso do dinheiro, deixa de existir terra não apropriada. 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 tanta quanto pudesse utilizar.⁴²

O uso do dinheiro invalida, de uma só vez, as duas primeiras limitações naturais ao direito ilimitado de apropriação. Assim, não mais estará incorrendo em desperdício o homem que possuir mais do que possa usar, pois tais bens agora adquirem significação monetária. E o dinheiro não se desperdiça, na visão de Locke. Vejamos o que o próprio autor inglês afirma no seu Segundo Tratado:

Como, porém, o ouro e a prata, por terem pouca utilidade para a vida humana em comparação com o alimento, as vestimentas e o transporte, derivam o seu valor apenas do consentimento dos homens, enquanto o trabalho ainda dá em grande parte sua medida, vê-se claramente que os homens concordaram com a posse desigual e desproporcional da terra, tendo encontrado, por um consentimento tácito e voluntário, um modo pelo qual alguém pode possuir com justiça mais terra que aquela cujos produtos possa usar, recebendo em troca do excedente ouro e prata que podem ser guardados sem prejuízo de quem quer que seja, uma vez que tais metais não se deterioram nem apodrecem nas mãos de quem os possui. Essa partilha das coisas em uma desigualdade de propriedades particulares foi propiciada pelos homens fora dos limites da sociedade e sem um pacto, apenas atribuindo-se um valor ao ouro e à prata e concordando-se tacitamente com o uso do dinheiro. Pois, nos governos, as leis regulamentam o direito de propriedade, e a posse da terra é determinada por legislações positivas.⁴³

Locke pressupõe como racional a apropriação ilimitada de bens. Fica claro, assim, o viés mercantilista de sua doutrina. O aquecimento do comércio é o grande motivo pelo qual é racional um indivíduo ter mais posses do que pode usar. A terra, assim como o dinheiro, deveria ser usada como capital para a movimentação da economia. A acumulação ilimitada de bens não se justifica em face de um desejo avarento do homem. Por outro lado, permite a produção de riquezas na medida em que os bens são empregados como capital.

A desigualdade na distribuição dos bens e das riquezas é intrínseca ao valor atribuído ao dinheiro. Na visão de Locke, uma coisa não existe sem a outra. Portanto, o individualismo proprietário pressupõe a desigualdade como condição

⁴² Idem, p. 215.

⁴³ Ibidem, Dois Tratados sobre o Governo, p. 428.

naturalmente aceita pelos homens, sendo necessária para os negócios e para a constituição da sociedade humana.⁴⁴

Ainda, é necessário entender que a finalidade da acumulação de bens e das demais atividades econômicas era, para Locke, a acumulação de capital. O fim principal do dinheiro não era a facilitação das trocas e muito menos a satisfação das necessidades básicas das pessoas.

Trata-se de uma justificação teórica do capitalismo. Agricultura, indústria e comércio têm por função a acumulação de capital. E o capital, a seu turno, deve ser empregado para a geração de mais capital, em um eterno ciclo.⁴⁵ A grande façanha de Locke foi justificar a ascensão do capitalismo criando uma teoria social com o intuito de explicar a vida em sociedade fundamentando-a na apropriação ilimitada de bens como atitude racional do indivíduo livre.

O direito à apropriação ilimitada está presente no estado de natureza. Diferentemente de Hobbes, o estado de natureza lockeano não é marcado pela desordem e conflito constantes. O estado de guerra evidencia-se apenas quando algum dos direitos naturais do ser humano é violado. Entre os direitos individuais estão a vida, a liberdade e a propriedade, este último o mais importante entre os direitos.⁴⁶ Em alguns trechos de sua obra Locke equipara os demais direitos, como a vida e a liberdade individual, à propriedade. Vê-se, portanto, desde já, a vinculação entre liberdade e propriedade profundamente presentes no pensamento do pensador inglês, ideologia que irá permear toda a construção do direito civil clássico, levando à primazia do patrimônio em face da pessoa.

O estado de natureza, para Locke, é marcado pela convivência pacífica e pela existência de direitos naturais, dentre os quais se destaca o direito de propriedade. Portanto, já no estado de natureza é aceitável o uso do dinheiro e a desigualdade na distribuição dos bens, meras consequências do direito de propriedade.⁴⁷

⁴⁴ Ibidem, A Teoria Política do individualismo..., p. 218.

⁴⁵ Idem, p. 218-219.

⁴⁶ Ibidem, Institutos fundamentais do direito civil..., p. 82.

⁴⁷ Ibidem, A Teoria Política do individualismo..., p. 220.

Como antes já afirmado, Locke interpreta a sociedade a partir de uma abstração, ignorando por completo o processo histórico de formação das economias e da vida em sociedade. Desta forma, é possível a justificação da atividade econômica como uma característica intrínseca aos indivíduos e natural da vida em sociedade.

MACPHERSON mais uma vez nos esclarece o tema:

Portanto, se os homens são examinados abstratamente, ao invés de historicamente – e Locke apresenta de início o estado de natureza como sendo uma dedução tirada da Criação e das capacidades racionais observadas no homem, e não como dedução tirada da História ou da sociedade primitiva – pode-se presumir que os homens tenham uma economia comercial independentemente bastante de terem formalmente uma sociedade civil. Simplificando: Locke pode supor que nem o dinheiro nem os contratos devem sua validade ao estado; são uma emanção dos objetivos naturais do homem, e devem sua validade ao raciocínio humano natural. Vista assim, é a racionalidade humana natural postulada, e não a autoridade de um governo, o que estabelece o valor convencional do dinheiro e a obrigatoriedade dos contratos comerciais.⁴⁸

Ainda que os limites à apropriação ilimitada de bens estivessem teoricamente superados, Locke julgou necessário mais um argumento em prol de sua teoria. Escreve o autor britânico:

Ao que eu gostaria de acrescentar que aquele que se apropria de terra mediante seu próprio trabalho não diminui, mas aumenta as reservas comuns da humanidade, pois as produções que servem ao sustento da vida humana produzidas por um acre de terra cercada e cultivada são (para falar moderadamente) dez vezes maiores que as que rende um acre de terra em comum inculta de igual riqueza. Portanto, pode-se se dizer verdadeiramente, daquele que cerca terra e tem mais abundância das conveniências da vida em dez acres do que teria em cem deixados à natureza, que dá noventa acres à humanidade, pois seu trabalho fornece-lhe agora, de dez acres, as provisões que antes eram produto de cem acres em comum. Avaliei, porém, a produção da terra melhorada muito por baixo, em apenas dez para um, quando é mais aproximadamente em cem para um. Pergunto-me se nas florestas selvagens e nas vastidões incultas da América deixadas à natureza, sem nenhuma melhoria, lavoura ou cultivo, mil acres rendem aos habitantes necessitados e miseráveis tanto quanto dez acres de terra igualmente férteis em Devonshire, onde são bem cultivados.⁴⁹

A produtividade da terra apropriada justifica a falta de terras para os demais indivíduos. Supõe-se que essa maior produtividade gerará benefício aos que não são proprietários, ou, ao menos, a eles não causará prejuízo algum.

⁴⁸ Idem, p. 221-222.

⁴⁹ Ibidem, Dois Tratados sobre o Governo, p. 418.

Ainda que não exista terra suficiente para todos, a produtividade alcançada na terra apropriada consagrará o direito à vida inerente a todo indivíduo. Locke coloca o direito à vida como natural e fundamental. Logo, se a apropriação ilimitada da terra exalta o direito à vida, inclusive daqueles que não são proprietários, não há qualquer empecilho para que determinado indivíduo se aproprie de mais bens do que possa usar. A apropriação sem limites passa a ser positiva.⁵⁰

Assevera MACPHERSON que

a apropriação de terras, em quantidade tal que não deixe tantas nem tão boas para os outros é justificada, tanto pelo consentimento tácito dado implicitamente às consequências inevitáveis da adoção do dinheiro, como pela afirmativa de que os padrões dos que não têm terras, onde estas estão todas apropriadas e utilizadas são mais elevados do que os padrões de quaisquer outros, em qualquer lugar em que a terra não esteja generalizadamente apropriada.⁵¹

A apropriação ilimitada defendida por John Locke encontra forte vínculo com o direito de liberdade também por ele encarado como natural. Locke identifica a propriedade “como o espaço privilegiado da liberdade individual, que se coloca em um lugar situado para além do Estado (antecedendo o político, e servindo, até mesmo, como seu fundamento)”.⁵²

A liberdade se expressa por meio da propriedade no pensamento liberal. Além disso, sustenta-se a dicotomia entre os espaços público e privado. O espaço público é criado por meio do consentimento dos indivíduos livres, racionais e proprietários. Indivíduos livres porque são proprietários. A função do Estado é, portanto, a proteção dos direitos dos indivíduos que consentiram para formá-lo. O espaço privado não deve sofrer intervenções do poder público. Deve, por outro lado, por este ser protegido.

Percebe-se, assim, que o centro do sistema liberal burguês é o indivíduo proprietário. Nas palavras de Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, “o individualismo é, com efeito, umas das formas de compreensão da sociedade que, pautando-se em abstrações conceituais – no caso, a abstração do indivíduo atomizado – sustenta a dicotomia entre indivíduo e sociedade”.⁵³

⁵⁰ Ibidem, A Teoria Política do individualismo..., p. 224.

⁵¹ Idem, p. 225.

⁵² Ibidem, Institutos fundamentais do direito civil..., p. 81.

⁵³ Idem, p. 82.

O indivíduo existe independentemente da sociedade e, naturalmente, possui direitos individuais, dentre os quais o direito de propriedade é o mais relevante. A função do governo civil, criado por um acordo de vontades, é a proteção, em primeiro lugar, do direito de propriedade individual, do qual decorrem todos os demais direitos. Para Locke, o direito de propriedade é “meio indispensável para assegurar o próprio direito à vida”.⁵⁴

O governo civil, da forma como pensado por Locke, é explicado de forma substancial e clara por RUZYK:

O Governo Civil (e a forma de organização social que ele institui) é criado pelo indivíduo e para o indivíduo. Sua função é assegurar os direitos naturais, sobretudo a propriedade individual e a liberdade do indivíduo proprietário. A prevalência do indivíduo sobre o social e o político é apriorística (o indivíduo constitui voluntariamente o social e o político) e, ao mesmo tempo, consequencialista, pois esse Governo Civil só se mantém se atender à sua finalidade de proteção da propriedade individual – legitimando-se até mesmo a deposição do soberano que contraria essa finalidade.⁵⁵

A propriedade se incorpora ao indivíduo em razão de seu trabalho. Aquela é fruto deste. O próprio trabalho é tomado por Locke como propriedade do indivíduo, sendo plenamente alienável como se mercadoria fosse. Portanto, mais uma vez afirma-se que, na teoria de Locke, o indivíduo é livre porque é proprietário.⁵⁶ Devemos ter em mente que o objetivo do pensador aqui abordado era a justificação, no plano ideológico, do capitalismo.

Há, ressalte-se, uma profunda vinculação entre indivíduo e propriedade no pensamento de John Locke. O individualismo proprietário é alçado à condição de fundante do político, legitimando as estruturas sociais e políticas.⁵⁷ O individual deve prevalecer sobre o coletivo, na medida em que o direito individual de propriedade, vinculado à liberdade, não pode de maneira alguma sofrer limitações em benefícios de outra pessoa que não o proprietário.

Mais uma vez recorre-se à lição de Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, que explica a prevalência dada ao indivíduo na teorização de Locke acerca do Estado liberal:

⁵⁴ Idem, p. 83.

⁵⁵ Idem, p. 84.

⁵⁶ Idem, p. 84.

⁵⁷ Idem, p. 85.

A tese de Locke desconsidera o caráter social da própria construção da subjetividade individual, além de buscar fundamento em um direito natural para sustentar a prevalência do indivíduo sobre a sociedade – o público pode ser tomado, aí, como residual ao privado, na medida em que a função do Estado passe a ser proteger as liberdades individuais de direito natural, sobretudo a propriedade. A pretensa objetividade do modelo do contrato social se torna a legitimação do individualismo proprietário, fazendo com que o indivíduo atomizado detentor de direitos naturais seja o agente fundante da própria sociedade, deixando à margem a dialética de construção da subjetividade.⁵⁸

Temos, após a análise empreendida nesta seção, uma compreensão do fenômeno chamado individualismo proprietário, alcançada Por meio do estudo, ainda que compacto, do pensamento de John Locke. As consequências deste sistema para a contemporaneidade são latentes.

Legitimou-se um modo de organização social no qual a propriedade individual está no centro do sistema. Ser proprietário tornou-se o único modo para ser livre. A pessoa foi relegada a um plano inferior, tornando-se verdadeira escrava dos bens. Logo, mais vale *ter* do que *ser*.

O item subsequente destina-se a uma análise crítica do individualismo proprietário, apontando suas falhas e rupturas.

1.3.3 As falhas e rupturas do individualismo proprietário: a análise de Pietro Barcellona

O individualismo proprietário, como já demonstrado, coloca a propriedade privada no centro do sistema. Além disso, concebe a sociedade a partir de uma construção abstrata pautada no individualismo. Os indivíduos tomariam a decisão racional de viver sob a égide de um governo civil para que seus direitos individuais, dentre eles o direito de propriedade, fossem protegidos. A sociedade liberal é uma sociedade atomizada, na medida em que é formada por indivíduos independentes e sem qualquer dever de solidariedade para com os demais.

A racionalidade individual é expressa pelo objetivo de tornar-se proprietário. Racional é o indivíduo que se apropria das coisas existentes no mundo e através delas gera riqueza. Mais uma vez repise-se que a construção ideológica do

⁵⁸ Idem, p. 85.

individualismo proprietário visou a justificação do capitalismo que ascendeu à condição de pilar das sociedades do século XVII em diante.

As consequências lesivas deste sistema são inegáveis. Construiu-se um sistema jurídico com pretensão de “neutralização do imprevisto e do imprevisível”⁵⁹, ambicionando-se sua perpetuidade e automatismo. A finalidade deste sistema que se autorreproduz é manter o princípio proprietário em seu centro.

Assim, para o objetivo proposto neste subitem, utilizar-se-á a contribuição dada por Pietro Barcellona em sua obra *El Individualismo Proprietario*.⁶⁰ O autor italiano é responsável por uma reanálise da relação existente entre a pessoa e o patrimônio, preconizando uma revalorização, como anteriormente dito, da pessoa concreta, objetivo que se coaduna com o presente trabalho.

Destarte, há a necessidade de questionamento e rompimento com as bases que informam o privado clássico. O direito deve ser resgatado em sua dimensão social, pregando-se a supremacia da pessoa concreta, aquela que possui necessidades fundamentais que devem ser atendidas.⁶¹ Ao homem deve ser reatribuído o papel de modificador da realidade, enquanto sujeito materialmente livre para realizar aquilo que valoriza, não estando sujeito a uma organização sistêmica que elide tal possibilidade.

A subjetividade é relegada ao ostracismo no interior da sociedade de massa. O indivíduo não mais precisa se preocupar com a busca de fundamentos políticos para o meio em que vive. Não é mais tarefa sua a construção da sociedade. A abstração do sistema e sua capacidade de auto-reprodução permitem ao indivíduo o pleno exercício de sua liberdade. Essa liberdade, porém, é limitada ao elemento comum que une todos os sujeitos subordinados ao sistema vigente: a busca pelo capital, pelo valor de troca.

Pietro BARCELLONA assevera que a sociedade contemporânea, calçada nas bases do individualismo proprietário, é caracterizada por uma verdadeira metamorfose do sujeito, que passa de proprietário a consumidor. De qualquer modo,

⁵⁹ Ibidem, Estatuto Jurídico..., p. 50.

⁶⁰ BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Proprietario*. Tradução de Jesús Ernesto García Rodríguez. Madrid: Editorial Trotta, 1996.

⁶¹ Ibidem, Estatuto Jurídico..., p. 57.

a marca desse sujeito, seja proprietário ou consumidor, é a abstração. O sujeito moderno é abstratamente capaz de integrar relações jurídicas na condição de proprietário, uma vez que a propriedade privada e a acumulação de capital são as bases do sistema. A respeito, BARCELLONA afirma:

En la época moderna, el sujeto se presenta con la cualidad de propietario, el sujeto moderno es el sujeto de la propiedad moderna. A través de un proceso complejo, que precisamente nos proponemos analizar y descifrar, la cualidad del sujeto viene luego transformada en principio de organización del sistema. El sistema ha pasado a ser, si es posible utilizar la expresión sin suscitar equívocos, sistema propietario. Esta transformación se produce mediante la inclusión de la propiedad, transformada en objeto disponible reproducible, como principio organizativo y razón y regla del funcionamiento del sistema en su conjunto. Es decir, el sistema funciona como productor, reproductor y destructor de objetos destinados a la apropiación y, al final de su ciclo vital, nos devuelve un sujeto en relación con el objeto consumible (que constituye el soporte del sistema).⁶²

A este indivíduo abstrato, por sua vez, é conferida uma liberdade também abstrata. Como se sabe, o patrimonialismo é marcado pela forte vinculação entre propriedade e liberdade. Da mesma forma que o sujeito proprietário, fundante da ordem jurídica, é abstrato, também o é a liberdade que exerce. Trata-se de uma liberdade contingente, sem conteúdo.

A liberdade, enquanto momento constitutivo da determinação do espaço de autonomia de cada indivíduo, nada mais é do que uma liberdade desprovida de materialidade. Degrada-se em decisões atinentes ao consumo desenfreado. A constituição da subjetividade moderna é suprimida pela liberdade exercível no âmbito da sociedade de massa, promovendo-se a quantificação dos sujeitos, subordinados ao alvedrio do mercado.⁶³

A propriedade privada, que não mais possui os laços pessoais típicos do feudalismo, torna-se “propriedade anônima, ou seja, o *proprium* passa a ser algo abstrato, que existe por si mesmo, independente de seu senhor”. Assim, ao passo em que a propriedade liberta-se dos vínculos pessoais anteriormente existentes, torna-se independente do sujeito a ponto de governar sua conduta, tornando-se o princípio basilar da ordem social e jurídica.⁶⁴

Este processo é elucidado por BARCELLONA no seguinte excerto:

⁶² Ibidem, El Individualismo Propietario, p. 90-91.

⁶³ Idem, p. 21.

⁶⁴ Ibidem, Estatuto Jurídico..., p. 51.

El individuo se libera de esta manera de la dependencia de los vínculos de la estratificación social y de la organización política por castas e clases, pero entrega su libertad a la autonomía del sistema económico y a la transformación de las relaciones humanas en relaciones de intercambio entre cosas equivalentes, es decir, entrega su libertad a los automatismos de las llamadas leyes económicas y a la objetivación de todo valor en la forma del valor de cambio.⁶⁵

O sujeito se torna abstrato, formal e indefinido. O princípio organizativo do sistema, como já afirmado, passar a ser a propriedade. Dessarte, o sujeito apenas consegue se determinar do ponto de vista quantitativo. Por conseguinte, a igualdade dos homens se verifica no aspecto meramente formal, enquanto encontram-se em situação de equidade abstrata para entrarem em relação com o objeto de mercancia.⁶⁶

O sujeito moderno, portanto, resume-se a um sujeito “capaz de possuir, prescindindo-se de relações pessoais de dependência. Ao mesmo tempo que se aniquila o sujeito, chega-se a um máximo de individualismo”.⁶⁷ BARCELONA aborda o tema, afirmando o quanto segue:

Es bastante probable que la única identificación posible en el interior de un sistema que funciona tomando como base el carácter central de la mercancia (de la propiedad como mercancia) sea del consumidor, la del individuo consumidor. Pero precisamente porque el individuo que consume es un individuo sin cualidades, es una subjetividad que ya ha confiado cualquier posibilidad de su determinación al status del objeto-mercancia y, precisamente por esta razón, la extrema generalización del principio inicial que el sujeto propietario expresaba, nos devuelve un individuo absolutamente privado de determinaciones cualitativas, un individuo sin cualidades que sólo se mueve por la fiebre de la cuatidad.⁶⁸

O homem moderno torna-se vazio, uma vez que o sistema se funda na propriedade. Seu conteúdo apenas é relevante para o sistema quando se encaixa nos papéis por ele impostos. As únicas relações entre sujeito que adquirem relevância são aquelas capazes de expressar valores econômicos. O indivíduo criativo não encontra espaço no mundo assim engendrado. A sua liberdade apenas pode ser exercida para o alcance de prazer e autogratificação por meio do consumo.

No ensinamento de FACHIN, “a liberdade, sendo atitude abstrata e permanente, não se perde nem mesmo quando o indivíduo, alienando sua própria

⁶⁵ Ibidem, El Individualismo Propietario, p. 21.

⁶⁶ Ibidem, Estatuto Jurídico..., p. 53.

⁶⁷ Idem, p. 53.

⁶⁸ Ibidem, El Individualismo Propietario, p. 95.

força de trabalho no mercado, se obriga a trabalhar sob a dependência de outros”.⁶⁹ O homem reifica-se por meio da liberdade, ideia que por definição deveria significar a emancipação da pessoa. Não há conteúdo na liberdade conferida ao sujeito, assim como este próprio carece de preenchimento.

O cenário que se apresenta, portanto, é de verdadeira crise. O direito civil clássico é servo do sistema econômico que coloca as situações patrimoniais em patamar mais elevado que os valores existenciais.

1.4 A crise do Direito Civil tradicional

O direito civil desenvolveu-se, conforme exposição anterior, como um ramo jurídico estritamente patrimonialista. O sistema proprietário clássico foi alçado à condição de base para o funcionamento da nossa sociedade. Tal assertiva tem tanto peso que basta olharmos para a vasta produção doutrinária do século passado e perceberemos a reprodução de ideias pensadas ainda nos séculos XVIII e XIX.

As falhas e rupturas do sistema proprietário moderno são visíveis. Sua grande abstração e sua lógica individualista acabaram por dificultar, por um lado, o acesso aos bens pela totalidade dos membros integrantes da sociedade. Além disso, criou-se um modelo em que o direito de propriedade encontra limites muito reduzidos. Por outro lado, construiu-se uma lógica na qual o único modo de liberdade possível é a liberdade proprietária. Nos tempos atuais, essa liberdade proprietária foi trasladada para o ato de consumir. Pretende-se que o consumo seja o local de realização do indivíduo, que não mais consegue desenvolver adequadamente as demais faces de si mesmo.

O patrimonialismo engessou o direito civil de tal forma que, em tempos não muito distantes, juristas de outras áreas demonstravam a incapacidade que viam no direito privado para atender às necessidades da pessoa humana. Luiz Edson Fachin ilustra essa situação citando os penalistas Néelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso, os quais asseveravam:

⁶⁹ Ibidem, Estatuto Jurídico..., p. 55.

Os postulados do direito civil, que quase somente regulam quantidades, ajustam-se a conclusões de extensiva lógica abstrata; ao passo que esta, quando levada, irrestritamente, para a órbita do direito penal, de princípios e escopos fundamentalmente éticos, somente pode gerar desconchavos, obscuridades, formas sem conteúdo, resultados sem valor.⁷⁰

A lógica patrimonial tradicional não é mais capaz de suprir as necessidades da pessoa humana. O direito civil enfrenta, assim, verdadeira crise. Seu sistema clássico, marcado pela criação de abstrações e pela jurisprudência dos conceitos, não pode mais ser simplesmente reproduzido sem qualquer indagação crítica a respeito das bases que o formam. Não pode o jurista contemporâneo se abster de “colocar sob dúvida esse plano tradicional”.⁷¹ Ainda nas palavras de FACHIN, “não soa mais possível repetir, sem desconforto que emerge do estudo crítico, esses conteúdos, quer nos livros, quer nas salas de aula”.⁷²

O modelo tradicional do direito civil consagrou a noção de sujeito de direito, sujeito este que é apto a integrar relações jurídicas. Sujeito de direito e relação jurídica são, pois, pilares da dogmática civilista tradicional. Como visto no capítulo anterior, esta lógica foi construída em período pretérito que não mais representa a realidade dos fatos que hodiernamente vivemos.

O sistema jurídico vigente privilegia a noção de individualismo jurídico. Assim, o direito civil tradicional tem o escopo de regular as relações jurídicas a que o indivíduo se submete, relações que estão ligadas a um dos três institutos fundamentais do ramo em análise, ou seja, contrato, propriedade privada e família.⁷³ Tais relações, por outro lado, já estão enumeradas e previamente previstas pelo ordenamento jurídico. O sistema condiciona a atuação do sujeito no meio social. Não há como ser sujeito de direito sem ser parte em uma relação jurídica abarcada pelo ordenamento. O sujeito jurídico vive em um ambiente de verdadeira restrição de liberdade.

FACHIN bem explica a questão na seguinte passagem:

A relação jurídica exprime menos um meio técnico para desenhar uma exposição e mais uma ordenação conceitual para dar conta de um modo de ver a vida e sua circunstância. Sob suas vestes está menos o direito em

⁷⁰ HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal**, 1978. In: FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo – 2. Ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.*

⁷¹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 21.

⁷² *Idem*, p. 22.

⁷³ *Idem*, p. 25.

movimento, coletivamente considerado, e mais um direito que se afirma no confronto e na negação do outro. É um conceito superado por sua própria insuficiência, denunciada pela tentativa de captar, atemporalmente, pessoas, nexos e liames. Não é sob o argumento do rigor técnico ou conceitual que se deve abrir as portas para continuar submetendo a pessoa como ideia integrante da relação jurídica. Reconhecer a insuficiência e respectivos limites é a linha de saída para uma visita crítica a essa formulação, que abstratamente considera um sujeito apto para se obrigar.⁷⁴

A ordem jurídica oitocentista, que ainda hoje deixa seus rastros, trata a pessoa como um dado científico. A pessoa concreta, aquela que vive a realidade, encontra dificuldades para definir-se enquanto parte do sistema de direito. A abstração da pessoa tutelada pela ordem jurídica tradicional impede a tutela da pessoa concreta. Quando a noção de relação jurídica se torna princípio estruturante do sistema, as pessoas deixam de ser encaradas em razão de sua natureza humana e de sua dignidade. Apenas são consideradas sujeitos porque a lei lhes atribui tal condição.⁷⁵

Logo, não é difícil perceber que o grande objeto de tutela do direito civil, ramo sempre enaltecido como o reduto da pessoa, trata-se, na verdade, do patrimônio. De acordo com MEIRELES, “o que movimenta juridicamente a pessoa codificada não são seus anseios, seus sonhos, suas necessidades pessoais, mas os interesses patrimoniais que representa.”⁷⁶ O sujeito de direito, portanto, é aquele que possui patrimônio e participa de relações jurídicas com o intuito de resguardar seus direitos patrimoniais.

Ocorre que esta visão do direito civil não é capaz de atender às necessidades do sujeito real, aquele que é encarado a partir de sua existência concreta. Em razão desta clara insuficiência do sistema de direito civil clássico sua crise se torna evidente. MEIRELES evidencia a questão:

O sujeito virtual distancia-se do real e concreto, porque o sistema pretende, dessa forma, reafirmar-se em sua ideologia de suposta segurança e perpetuidade. Nesse sentido, alheios ao sistema estão todos aqueles que não se apresentam adequados ao modelo imposto. Produz-se, dessa forma, o silêncio e o distanciamento interessantes e necessários daqueles que não correspondem à moldura ideologizada. [...] O evidente artificialismo da noção clássica faz alargar a distância entre o que a lei civil estabelece como

⁷⁴ Idem, p. 26.

⁷⁵ MEIRELES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 89.

⁷⁶ Idem, p. 92.

sendo pessoa e o indivíduo homem, este a merecer proteção não pelo que **tem**, mas pelo que **é**.⁷⁷

Jussara Meireles vai mais longe, afirmando que a ordem jurídica reduzida a um estatuto patrimonial e a caracterização da pessoa como sujeito que contrata, que é proprietário e que institui uma família por meio do casamento, distanciam ainda mais a personalidade civil da dignidade da pessoa humana. A pessoa é assim considerada apenas enquanto titular de direitos a ela conferidos pela lei.⁷⁸

Em razão da problemática aqui exposta é que surge a necessidade de retomar o direito civil enquanto reduto da pessoa. Esta pessoa, porém, não pode ser encarada como mero sujeito de direito. Deve, por outro lado, “ser visto como o ser humano mesmo, considerado em sua própria estrutura fundamental na qual se assentam todos os direitos de que é titular.”⁷⁹ Surge, assim, o movimento repersonalizador do direito civil.

O capítulo subsequente do presente trabalho destina-se ao estudo do movimento de repersonalização do direito civil bem como de sua constitucionalização, colocando-se a pessoa, considerada em sua concretude, como centro do sistema em detrimento da lógica patrimonialista obsoleta. Ainda, será analisada a possibilidade de atribuir caráter instrumental ao patrimônio, cuja função deve ser conferir à pessoa aumento de seu feixe de liberdades materiais.

⁷⁷ Idem, p. 92-93.

⁷⁸ Idem, p. 98.

⁷⁹ Idem, p. 99.

2. A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A BUSCA POR LIBERDADE SUBSTANCIAL

2.1 Orlando de Carvalho: a gênese do movimento repersonalizador

Não há como se falar em repersonalização do direito civil sem a análise da obra de Orlando de Carvalho. O jurista português deve ser tomado como ponto de partida para a reanálise das noções de pessoa e patrimônio. Luiz Edson Fachin demonstra de forma exemplar a relevância do pensamento de Orlando de Carvalho para esta tarefa que a contemporaneidade exige do jurista consciente.

O jurista dos dias atuais não pode conformar-se com a ordem existente. Deve a todo instante questioná-la. Conforme aduz Orlando de CARVALHO, citado por Fachin,

Perante o desenrolar da vida prática, com necessidades que diariamente se renovam, formas mais complexas e variáveis, não pode o jurista alhear-se como em “torre de marfim” nos esquemas de uma ciência puramente lógica. De vez em quando, há-de curvar-se para o que lateja à sua roda, avaliar e criticar os seus próprios juízos de valor, vendo a que distância o formulário estreito de uma contingente ordenação fica dos novos interesses e das reais aspirações.

[...]

No fundo, o que diferencia esta posição renovadora da ciência jurídica é o pensamento de que ela será acima de tudo uma ciência humana, compenetrada dos seus próprios deveres e limitações, do que lhe compete em atividade interpretativa, construtiva e até, por vezes, corretiva das normas; sabendo que não pode vingar nenhuma regra corretiva de conduta que teime em desconhecer as realidades humanas, como se sabe igualmente – embora não admita que o “dever-ser” se determina pelo “ser”, o *sollen* se determina pelo *sein* – que os princípios jurídicos têm de sofrer, como quaisquer outros, do inevitável condicionamento material da vida.⁸⁰

A doutrina de Orlando de Carvalho representa verdadeira vanguarda no resgate da pessoa e na despatrimonialização do direito civil. Já em seus textos se vê a vinculação do patrimônio ao atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana. Em mais um trecho citado por Fachin lemos o seguinte:

O problema da abstração só pode levantar-se em matéria de negócios patrimoniais. Os negócios pessoais têm uma função imanente, digamos assim, esgotam-se com actuar o próprio fim imediato a que se propõem: por

⁸⁰ CARVALHO, Orlando de. **Escritos: Páginas de direito, 1998, p. 35.** In: FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo – 2. Ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 235.*

exemplo, se alguém adopta uma criança, é para considerar sua filha, (o que não obsta, de resto, a que, psicologicamente, a esse motivo principal se reúna e anteponha um intuito de diferente natureza prática: V.g., constituí-la herdeira – e será o caso do negócio indireto). Nos negócios que implicam um enriquecimento patrimonial, a função é, de alguma maneira, transcendente. Não são queridos em si mesmos; destinam-se a dar vida, mediatamente (ou, pelo menos, acessíveis) por aquela forma. O enriquecimento não se concebe só por si; há atrás dele uma intenção dirigida a efeitos jurídicos mediatos, a função dele é realizá-los, e, para isso, a subpor-se à atribuição patrimonial, tem que existir um convênio de fim (ENNECERUS) a que se costuma chamar-se causa de atribuição.⁸¹

Não se pretende fundamentar a completa desvinculação do direito civil com seus conteúdos econômicos. O trânsito jurídico de bens é inerente à vida em sociedade. Todavia, há a necessidade de reinterpretção de categorias para que o direito civil se destine a tutelar os interesses da pessoa considerada em sua concretude. O objetivo desta virada interpretativa é, em suma, a superação do patrimonialismo. As relações privadas não se resumem a relações de cunho patrimonial.

A vinculação do direito civil à regulação de relações patrimoniais é uma construção histórica com pretensão de neutralidade e atemporalidade. Todavia, sabemos que o direito não é neutro. O direito é, antes de tudo, “científico sem deixar de ser essencialmente ideológico e é revelador de premissas políticas mesmo quando proclama sua imparcialidade”⁸². Assim, cabe ao jurista crítico desmistificar a imparcialidade que se pretende atribuir ao direito. É o que faz Orlando de CARVALHO:

No entanto, mesmo reduzido a ideia de “bem” ao que, como definia o Código de 1867, “carece de personalidade” – quer dizer, e genericamente, às “coisas” -, mesmo assim tem de admitir-se que a maior parte do Direito é um “direito de bens” ou um “direito das coisas”, visto que se destina a permitir ou o acesso a estas últimas ou a pacífica e directa utilização de tais coisas. No direito civil é o que acontece com todo o direito patrimonial – ou seja, com todo esse direito civil, excluído o direito das pessoas e do direito de família; sem que se esqueça ainda, quanto ao restante, que parte do direito das pessoas funciona como um apetrechamento do indivíduo para a obtenção ou a dominação dos bens (tudo o que se reporta, em matéria de pessoas físicas, não só à capacidade patrimonial como a certos direitos de personalidade do indivíduo, designadamente o direito ao trabalho ou o direito à actividade económica; e tudo o que se reporta, em matéria de associações, ao direito das associações lucrativas, designadamente das sociedades de comércio) e que parte do direito de família também um conteúdo patrimonial bem aparente (regime de bens, usufruto paterno, etc.).

[...]

⁸¹ Idem, p. 236.

⁸² Idem, p. 239.

[...] o ideal continua a ser o da plena in re potestas, posta não deva esquecer-se que, no sistema capitalista – congenitamente oligárquico como os outros sistemas de exploração, mas diferentemente deles não se assumindo como tal – esse pleno domínio é só privilégio de alguns, pelo que se busca habilmente substituir o dos restantes por sucedâneos do domínio ou “participações” no domínio que, permitindo manter os privilégios dos poucos, dessensibilizem os muitos às contradições que há no sistema [...] ⁸³

Na obra *A Teoria Geral da Relação Jurídica – seus sentidos e limites* ⁸⁴, Orlando de Carvalho novamente afirma seu objetivo de repersonalizar o direito civil, polarizando-o em torno da pessoa humana. Nas palavras do mestre português,

A repersonalização do direito civil, ou a polarização da teoria em volta da pessoa, que lá se preconiza, não parte de nenhum parti-pris filosófico jusnaturalista ou personalista, mesmo no estilo de MOUNIER (que, aliás, rejeitaria a usura impudente que faz desse termo certa política, no Portugal dos dias de hoje, quando ontem se calava ante a proibição do Espírito...). Como se diz no nº 6, do que se trata é pura e simplesmente de, sem nenhum compromisso com qualquer forma de liberalismo econômico e com qualquer espécie de retorno a um individualismo metafísico, repor o indivíduo e os seus direitos no topo da regulamentação jure civile, não apenas como o actor que aí privelegiadamente intervém mas, sobretudo, como o móbil que privelegiadamente explica a característica técnica dessa regulamentação. ⁸⁵

Para que o direito civil possa ser polarizado em função da pessoa, deve a ela ser atribuída a capacidade de autodeterminação de seus interesses. Devemos lembrar que “o direito civil se funda na composição espontânea ou paritária de interesses e, dessa maneira, no poder de autodeterminação do indivíduo” ⁸⁶.

Todavia, o próprio Orlando de Carvalho nos alerta acerca das armadilhas que a noção de autodeterminação nos oferece ao considerarmos as bases da sociedade capitalista, asseverando que

Este poder de autodeterminação e, em consequência, a composição paritária só podem ser, na sociedade capitalista, caricatura do que virão a ser realmente quando, destruindo-se essa forma de economia (em que, na frase dos clássicos, “o capital é independente e pessoal, enquanto o indivíduo que actua é dependente e impessoal”), se permita a cada homem ter efectiva consciência das suas determinações econômicas e outras e, dominando o mistérios destas determinações invencíveis, participar no processo de uma convivência criadora em que efectivamente se assumam como personalidade sem equívocos. ⁸⁷

⁸³ Ibidem, *Direito das Coisas*, 1977. In: FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo – 2. Ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 235.

⁸⁴ CARVALHO, Orlando de. *A Teoria Geral da Relação Jurídica: seu sentido e limites*. 2. Ed. atual. Coimbra: Centelha, 1981.

⁸⁵ Idem, p. 10.

⁸⁶ Idem, p. 12.

⁸⁷ Idem, p. 12 e 13.

A crítica do autor dirige-se à abstração e pretensão exacerbada de cientificidade impregnadas ao jurídico pela pandectística alemã, mais precisamente em relação à noção de relação jurídica. A pessoa, na teoria clássica da relação jurídica, não ocupa lugar de destaque, estando no mesmo nível dos demais elementos, quais sejam, o objeto e o fato jurídico constitutivo.⁸⁸ Em outras palavras, a pessoa é reduzida “ao mero nível, tal como as coisas e os factos, dos elementos (externos) de uma pura e simples abstracção: a relação jurídica tout court”.⁸⁹

O cerne desse sistema jurídico não é ocupado pela pessoa humana. É, por outro lado, preenchido por conceitos simples, ou com pretensão de simplicidade, dentre os quais o de maior destaque é a noção de relação jurídica.⁹⁰ A relação jurídica era tratada como “equivalente fiel da própria vida de relação”.⁹¹ O sistema das pandectas, fundado em um profundo abstracionismo, tinha pretensão de ser o único sistema possível, um sistema absoluto capaz se perpetuar no tempo. Todavia, o direito não é fenômeno imutável. Reconstrói-se historicamente de acordo com as necessidades de cada época. O direito não é paralisado pelo tempo. As normas podem não mudar, porém o entendimento que delas é feito sofre alterações e os litígios que elas resolvem também mudam.⁹²

A abstração é fenômeno que se deve rechaçar. O direito, precipuamente o direito civil, deve ser o direito da pessoa real. Orlando de CARVALHO nos ensina que

colocar o Direito da pessoa no primeiro lugar do sistema do Direito privado e estudar no seu conjunto as regras que directamente lhe respeitam, serve, não apenas para recordar que “*hominum causa omne jus constitutum*”, mas também para lembrar que é isso mesmo que entra em crise quando a outras razões ou interesses se dá precedência no sistema.⁹³

Em razão da crítica à jurisprudência dos conceitos, à abstração por ela criada e também criticando o liberalismo burguês típico do *Code* francês, Orlando de Carvalho lança as bases para a repersonalização do direito civil. Não há como melhor expressar tal empreitada senão lançando mão das próprias palavras do jurista português:

⁸⁸ Ibidem, *Estatuto Jurídico...*, p. 245.

⁸⁹ Ibidem, *A Teoria Geral...*, p. 32.

⁹⁰ Idem, p. 44.

⁹¹ Idem, p. 45.

⁹² Idem, p. 50.

⁹³ Idem, p. 72-73.

Neste sentido é que se julga oportuna a repersonalização do direito civil – seja qual for o invólucro em que esse direito se contenha -, isto é, a acentuação da sua raiz antropocêntrica, da sua ligação visceral com a pessoa e os seus direitos. Sem essa raiz um tal direito é ininteligível, não tanto porque o grosso das instituições civilísticas apele ainda para a autonomia da vontade, pelo menos na forma da liberdade de conclusão, mas principalmente porque o civismo ou civilismo é uma ideia que ou já não tem qualquer nexos ou tem-no justamente por ser o círculo da pessoa. Sem dúvida que essa directriz personalista tende a imprimir-se a todo o mundo do Direito, salientando-se, quer contra o relativismo, quer contra os transpersonalismos que o relativismo alimentou (do Estado, da Nação, da Raça), que o Direito, não sendo um sistema lógico, como pretendia a jurisprudência conceitual, é, todavia, um sistema axiológico, um sistema ético a que o homem preside como o primeiro e mais imprescritível dos valores.⁹⁴

Continua Orlando de CARVALHO:

Devolvemos o direito civil,... ao humanismo mais concreto que é fundamento do seu modo de composição dos interesses: ou seja, daquele recurso à iniciativa da pessoa que não apenas se faz em quase todos os capítulos como, para lá de se fazer ou não fazer, cunhou definitivamente os seus processos de actuação (através da técnica do direito subjectivo, inexplicável sem essa raiz antropológica). É esta valorização do poder jurisdicção do homem comum – sensível quando, como no direito dos negócios, a sua vontade faz lei, mas ainda quando, como no direito das pessoas, a sua personalidade se defende, ou quando, como no direito das associações, a sua sociabilidade se reconhece, ou quando, como no direito de família, a sua afectividade se estrutura, ou quando, como no direito das coisas e no direito sucessório, a sua dominialidade e a sua responsabilidade se potenciam -, é esta centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que faz do direito civil o *foyer* da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples.⁹⁵

Analisada a obra de Orlando de Carvalho, temos a base para explorar a teoria repersonalista do direito civil. Como enfatiza FACHIN, “ele é uma marco teórico fundamental para qualquer análise que relacione pessoa e patrimônio num prisma diferenciado”.⁹⁶ Cabe agora analisar a repercussão dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro, que encontra esteio na Constituição Federal de 1988, a qual consagra a dignidade da pessoa humana e traz para seu corpo o direito civil, ramo antes considerado oposto ao direito constitucional.

2.2 A Constitucionalização do Direito Civil

⁹⁴ Idem, p. 90-91.

⁹⁵ Idem, p. 92-93.

⁹⁶ Ibidem, *Estatuto Jurídico...*, p. 252.

O direito privado esteve diretamente ligado aos movimentos codificadores nos séculos XIX e XX. Estes, por sua vez, conectam-se ao modelo liberal de organização do direito.⁹⁷ O modelo liberal visou desenvolver um direito com aspirações de completude e unicidade, cuja única fonte era o Estado, bem como idealizou a figura do sujeito de direito abstrato.⁹⁸ Segundo Pietro BARCELLONA, citado por Carmen Lucia Silveira Ramos, “o Estado de direito é o Estado da legalidade e da liberdade, dos indivíduos livres e iguais: livres para agir e iguais diante de uma lei igual para todos porque geral e abstrata”.⁹⁹

O direito civil brasileiro do século XX, representado pelo Código Civil de 1916, adotou o modelo liberal. O Código Civil de 2002, ainda que travestido de uma pretensa renovação, expressa os mesmos valores que guiaram seu antecessor. Nas palavras de FACHIN, o código de 2002 “compila, sob as vestes de um projeto moderno, premissas que iluminam o modelo passado”.¹⁰⁰ O direito civil brasileiro em sua expressão positiva, portanto, consagra os modelos codificados clássicos, nos quais “o ser humano, personificado como sujeito de direito, titular de direitos virtuais, abstratos, no gozo de sua capacidade de fato e autonomia de vontade tem a capacidade de se obrigar”.¹⁰¹

Este modelo, como já dito, é marcado por sua profunda abstração e pela ignorância das desigualdades que marcam as pessoas que estão subordinadas à incidência da norma. O Estado assume uma posição de neutralidade. A igualdade formal por ele garantida resulta na opulência dos fortes em relação aos fracos. A vontade daqueles passou a predominar sob a vontade destes, chegando-se a um regime de profunda desigualdade material, fundado em uma ética individualista.¹⁰²

A superação do modelo liberal, ao menos em parte, passa pela superação da dicotomia entre o público e o privado. Nas palavras de Paulo LÔBO

⁹⁷ SILVEIRA RAMOS, Carmen Lucia. **A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras**. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 3.

⁹⁸ Idem, p. 4.

⁹⁹ Idem, p. 4.

¹⁰⁰ Ibidem, **A Construção do Direito Privado Contemporâneo na Experiência Crítico-Doutrinária Brasileira a partir do catálogo mínimo para o Direito Civil-Constitucional no Brasil**. In: TEPEDINO, Gustavo. **Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 13.

¹⁰¹ Idem, p. 5.

¹⁰² Idem, p. 5.

O ideário liberal-burguês triunfante da Revolução Francesa tinha cindido a ordem política do *citoyen*, de um lado, e a ordem privada do *bourgeois* – protegendo seus negócios com o Código Civil -, de outro lado. Estado separado da sociedade civil: para aquele, a constituição política; para esta, o Código Civil, como constituição do homem comum, nas relações privadas. Duas constituições simultâneas, portanto, duas esferas jurídicas não comunicantes. Conseqüentemente, o direito civil e o direito constitucional desenvolveram-se inteiramente distanciados, um do outro; ao primeiro destinaram-se os efeitos concretos da vida privada e ao segundo os efeitos simbólicos de normas entendidas como essencialmente programáticas, que só alcançariam a plenitude normativa com a legislação ordinária.¹⁰³

Hoje a dicotomia entre público e privado sobrevive apenas para fins didáticos. Há uma profunda contradição em apontar a codificação civil como reduto da sociedade civil, em oposição ao Estado. A ideia de receber proteção estatal sem estar a ele submetido soa absurda.¹⁰⁴ Assim, não há mais como discutir a legitimidade do tratamento da matéria privada pela Constituição Federal, com o objetivo claro de se perseguir a justiça material.¹⁰⁵

A recepção, pela Constituição Federal, de assuntos antes subordinados exclusivamente à seara do direito privado clássico, causou transformações de impacto no sistema liberal burguês, sobretudo no sistema proprietário.¹⁰⁶ Como conclui Carmen Lucia SILVEIRA RAMOS

ainda que mantida a estrutura jurídica liberal-burguesa na organização do sistema, não há nenhum sentido na proteção de um direito proprietário de conotação individualista, privilegiando, no que se refere aos bens sobre os quais incide, a apropriação imobiliária, como o fez o texto do Código Civil brasileiro de 1916, editado numa época em que a base das fortunas era a propriedade fundiária, eis que, no momento histórico atual, caminha na direção da despatrimonialização dos bens jurídicos, valorizando o conhecimento e a educação (entendido o aprendizado como um fenômeno muito mais amplo do que a educação formal, uma vez que a informação se transmite hoje com celeridade incapaz de ser acompanhada no cotidiano pelas escolas, de onde a contínua necessidade de complementar os dados obtidos numa educação escolar com elementos externos).¹⁰⁷

Cabe, então, o estudo, ainda que sucinto, do fenômeno chamado de constitucionalização do direito, especificamente do direito civil. Para abordar o ganho de importância das constituições no período recente, tanto no Brasil quanto na Europa, utilizar-se-á a breve análise feita por Luís Roberto Barroso em seu texto A

¹⁰³ LÔBO, Paulo. **A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro**. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 19.

¹⁰⁴ Ibidem, **A constitucionalização do direito...**, p. 8.

¹⁰⁵ Ibidem, **A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro**, p. 19.

¹⁰⁶ Ibidem, **A constitucionalização do direito...**, p. 8.

¹⁰⁷ Idem, p. 16.

Constitucionalização do Direito e o Direito Civil.¹⁰⁸ Barroso leva em conta três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico.

Aponta-se como marco histórico do neoconstitucionalismo europeu o período pós-segunda guerra mundial. Após a experiência totalitária e nacionalista empreendida pelo nazismo e pelo fascismo, deu-se um processo de aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia, com o conseqüente surgimento de uma nova forma de organização política, à qual os seguintes nomes podem ser atribuídos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático.¹⁰⁹

No Brasil, por sua vez, o renascimento do constitucionalismo ocorreu com a derrocada do regime militar e a elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988. Nas palavras de BARROSO, “a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito”.¹¹⁰ E não apenas isso, como segue o autor mencionado, ao dizer que “a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país”.¹¹¹

Do ponto de vista filosófico, temos o pós-positivismo como marco. Classicamente, o direito esteve atrelado a duas correntes filosóficas de bases opostas: o jusnaturalismo e o positivismo.¹¹² Atualmente, proclama-se a superação deste dualismo por um novo sistema chamado de pós-positivismo. Em suma, “o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”.¹¹³

Luís Roberto BARROSO sintetiza com maestria este novo paradigma:

No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil**. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁰⁹ Idem, p. 238-239.

¹¹⁰ Idem, p. 239.

¹¹¹ Idem, p. 239.

¹¹² Idem, p. 239.

¹¹³ Idem, p. 240.

princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o direito e a filosofia.¹¹⁴

Continuando a abordagem feita por Luís Roberto Barroso, há três transformações que merecem destaque no plano teórico do ressurgimento do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.¹¹⁵

Em relação à primeira transformação apontada, a Constituição deixou de ser vista como um documento exclusivamente político. Esta visão do texto constitucional predominou na Europa durante boa parte do século XX. Hoje, porém, não há como negar o caráter vinculativo e cogente das disposições constitucionais. Pelo contrário, no presente panorama, “as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”.¹¹⁶

Outro fator chave para a maior relevância dada ao direito constitucional atualmente reside na ampliação da jurisdição constitucional. Apesar de, na forma incidental, o controle de constitucionalidade existir no Brasil desde 1891, é a Constituição Federal de 1988 que irá ampliar significativamente a jurisdição constitucional pátria. Ampliou-se o direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade, bem como foram criados novos mecanismos de controle concentrado.¹¹⁷

Por fim, verificou-se uma verdadeira revolução interpretativa em termos de aplicação da Constituição. Criam-se novas categorias de interpretação adequadas à resolução de problemas de índole constitucional, uma vez que as categorias tradicionais não são mais perfeitamente aptas para este objetivo. BARROSO enumera as categorias amoldadas às peculiaridades brasileiras: supremacia da

¹¹⁴ Idem, p. 240.

¹¹⁵ Idem, p. 240.

¹¹⁶ Idem, p. 241.

¹¹⁷ Idem, p. 241.

constituição, presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, interpretação conforme a Constituição, unidade, razoabilidade e efetividade.¹¹⁸

Assim, a constitucionalização do direito associa-se à expansão da força normativa das normas constitucionais, que irradiarão seu conteúdo material e axiológico por todo o sistema jurídico.¹¹⁹ Os institutos dos demais ramos do direito serão reinterpretados de acordo com a Constituição.

O direito civil, portanto, é abarcado por essa virada interpretativa criada pela nova sistemática constitucional. A abordagem constitucional da matéria privada, fato inovador em relação ao modelo liberal, é fruto de uma escolha valorativa da sociedade brasileira.¹²⁰ Esta escolha, por sua vez, é “indispensável para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito e da consequente promoção da justiça social e da solidariedade”.¹²¹ As relações privadas passam, desta forma, a serem regidas pelas diretrizes e normas emanadas da Constituição, não mais estando subordinadas somente ao Código Civil, marcado por um liberalismo que valoriza precipuamente o individualismo.

De acordo com a doutrina de Paulo LÔBO

A constitucionalização do direito civil não é episódica ou circunstancial. É consequência inevitável da natureza do Estado Social, que é a etapa que a humanidade vive contemporaneamente do Estado moderno, apesar de suas crises, das frustrações de suas promessas e dos prenúncios de retorno ao modelo liberal, apregoados pelo neoliberalismo, que pretende afastar qualquer intervenção estatal ou consideração de interesse social das relações privadas. A Constituição brasileira de 1988 consagra o Estado Social, que tem como objetivos fundamentais (art. 3º) “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, com redução das desigualdades sociais. A ordem jurídica infraconstitucional deve concretizar a organização social e econômica eleita pela Constituição, não podendo os juristas desconsiderá-la, como se os fundamentos do direito civil permanecessem ancorados no modelo liberal do século XIX.¹²²

Finalmente, o processo de constitucionalização do direito traz à tona os princípios e sua relevância para a correta interpretação e aplicação da Constituição. Na atual quadra da doutrina brasileira, tanto no direito constitucional quanto no direito civil, não há maiores discussões quanto à aplicabilidade imediata dos

¹¹⁸ Idem, p. 242.

¹¹⁹ Idem, p. 244.

¹²⁰ Ibidem, **A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro**, p. 20.

¹²¹ Idem, p. 20.

¹²² Idem, p. 20.

princípios. Como elucida Paulo LÔBO, a questão é pacífica em virtude do disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal: As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.¹²³

E dentre os diversos princípios, explícitos ou implícitos, consagrados pela Constituição Federal de 1988, merece destaque o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do ordenamento jurídico brasileiro. Para a análise deste princípio será dedicado o próximo item deste capítulo.

2.3 A dignidade da pessoa humana como fundamento do Direito Civil

Nas palavras de Graziela de OLIVEIRA, “a dignidade requer um contexto real, social e material para sua concretização. Assim, quem consegue realizar as potencialidades básicas da vida humana tem vida digna”.¹²⁴ Trata-se de “um processo que se realiza ao mesmo tempo no indivíduo e na sociedade”.¹²⁵

A dignidade da pessoa humana, elevada à condição de princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, ganha importância com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Está prevista como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CF).

De maneira singular em relação às constituições anteriores, a atual constituição coloca os direitos fundamentais em posição de destaque. Tais direitos e garantias foram alçados à condição de cláusula pétrea. A dignidade é, a seu turno, o mais importante dos direitos e garantias fundamentais. De certa forma, todos os demais direitos fundamentais decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana. Inocêncio Mártires COELHO vai mais longe ao afirmar que a dignidade da pessoa humana é um valor “pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional”.¹²⁶

Daniel SARMENTO afirma categoricamente que o princípio da dignidade da pessoa humana “representa o epicentro axiológico da ordem constitucional,

¹²³ Idem, p. 26.

¹²⁴ OLIVEIRA, Graziela de. Dignidade e direitos humanos. Curitiba: Ed. UFPR, 2003, p. 56.

¹²⁵ Idem, p. 139.

¹²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 214.

irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico”.¹²⁷ Ainda, enfatiza o autor que o princípio da dignidade da pessoa humana não baliza somente atos estatais “mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado”.¹²⁸ Desta forma, a dignidade da pessoa humana coloca-se como “o princípio mais relevante de nossa ordem jurídica, que lhe confere unidade de sentido e de valor, devendo por isso condicionar e inspirar a exegese e aplicação de todo o direito vigente, público ou privado”.¹²⁹

A relevância da dignidade da pessoa humana é tamanha no sistema constitucional vigente que os direitos fundamentais dela decorrentes devem se sobressair em caso de conflito com outras normas do sistema, inclusive da Constituição.¹³⁰ Isto porque é notório que o ordenamento jurídico pátrio coloca a dignidade da pessoa humana em seu centro.¹³¹

A respeito do eventual conflito entre o princípio da dignidade da pessoa humana e outra norma de igual natureza constitucional, Ingo Wolfgang SARLET¹³² desenvolve interessante raciocínio, mitigando a aplicação do método de ponderação e sopesamento de princípios. A dignidade da pessoa humana, enquanto valor superior a qualquer outro direito ou bem jurídico, não pode com eles ser confrontada. Apenas admite confronto consigo mesma, nos casos em que dois ou mais indivíduos entrem em conflito suscitando lesões às suas respectivas dignidades.

Tudo o quanto se falou serve para demonstrar a dimensão que atinge o princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico pátrio. De acordo com Daniel SARMENTO:

O princípio da dignidade da pessoa humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas. Ademais, ele desempenha papel essencial na revelação de novos direitos, não inscritos no catálogo constitucional, que poderão ser exigidos quando se verificar que

¹²⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 85.

¹²⁸ Idem, p. 85-86.

¹²⁹ Idem, p. 86.

¹³⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 108.

¹³¹ Idem, p. 109.

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004, p. 124.

determinada prestação omissiva ou comissiva revela-se vital para a garantia da vida humana com dignidade.¹³³

A grande consequência da penetração do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito das relações privadas é a despatrimonialização do direito civil, com a prevalência, a partir de então, das situações existenciais da pessoa humana em detrimento das relações patrimoniais que tradicionalmente receberam maior proteção.¹³⁴

Pietro PERLINGIERI, em análise pertinente ao direito italiano, mas que se amolda perfeitamente ao quadro brasileiro, explana a chamada despatrimonialização do direito civil:

Se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a redução quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável.¹³⁵

A pessoa humana tutelada pelo princípio que ora se escrutina não se confunde com o indivíduo atomizado que origina, ao menos do ponto de vista abstrato, o Estado liberal. Trata-se, em contrapartida, de uma pessoa concreta e que se desenvolve em relação de interdependência com os demais membros da sociedade.

Em razão da superação do individualismo, torna-se plausível, de igual modo, o estabelecimento de restrições à autonomia privada dos indivíduos. Não é mais coerente, ante a ordem constitucional vigente, de bases sociais e solidaristas, conceber a liberdade individual como mero espaço carente de coerção.

É legítimo, portanto, buscar novos sentidos à garantia fundamental da liberdade, insculpida no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. A dignidade da pessoa humana, enquanto princípio fundamental da República Federativa do Brasil, fornece amparo para o reavivamento de um direito que foi relegado ao formalismo e à contingência.

¹³³ Ibidem, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 89.

¹³⁴ Idem, p. 90.

¹³⁵ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 33.

O tópico subsequente deste trabalho busca exatamente fornecer uma visão diferenciada a respeito da liberdade no direito civil, propiciando alicerce teórico para a concretização do objetivo do direito civil repersonalizado, qual seja, considerar a pessoa um fim em si mesma e colocar as situações patrimoniais a seu serviço.

2.4 Liberdade substancial e privação de capacidades: a contribuição de Amartya Sen

O tema da liberdade encanta e ao mesmo tempo recruta esforços intelectuais não apenas de juristas, mas também de filósofos, cientistas políticos, sociólogos, dentre outros ramos do saber. Como nos adverte BARROSO, “o imaginário da liberdade e da opressão está fora do domínio do direito e suas instituições”.¹³⁶

Todavia, não há como negar a relevância do tema na seara jurídica, sobretudo no âmbito do assim chamado direito privado. A liberdade foi, ao lado da propriedade privada, a grande bandeira levantada pela revolução burguesa responsável por colocar fim ao antigo regime. Como já mencionado no tópico destinado ao estudo do individualismo proprietário, liberdade e propriedade são os lemas de uma ideologia responsável por legitimar o capitalismo ascendente na Europa nos séculos XVII a XIX, ideologia chamada de liberalismo econômico.

Destarte, a análise dos perfis que a liberdade ocupou durante o desenvolvimento do direito civil é tarefa indispensável para um trabalho cujo objetivo é oferecer uma visão diferenciada a respeito da relação entre pessoa e patrimônio. Mais do que isso, pretende-se apontar a possibilidade de uma visão distinta da liberdade em face da caracterização que o termo em exame recebeu tradicionalmente.

Na esteira do que preleciona Carlos Eduardo Pianovski Ruziky, não é possível cogitar-se de uma concepção unívoca de liberdade. Esta deve ser

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. In: BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 76.

encarada, por sua vez, como um conceito plural.¹³⁷ Os teóricos liberais, contudo, têm buscado fundamentar a existência de uma “liberdade verdadeira”, que expresse todo o conteúdo possível desta ideia tão porosa.¹³⁸

Percebe-se a predominância entre os teóricos liberais de uma noção de liberdade relacionada à ausência de coerção. Trata-se do conceito de liberdade negativa.

Utilizar-se-á no presente trabalho, como marco para a explicitação da liberdade considerada em seus aspectos negativo e positivo, o ensaio Dois Conceitos de Liberdade, escrito por Isaiah Berlin.¹³⁹

O pensador inglês define liberdade negativa como a área de não-interferência dos demais indivíduos nas atividades de determinada pessoa. Em outros termos, a liberdade, em seu sentido negativo, se caracteriza pela ausência de coação. Afirma o mencionado autor:

A liberdade política nesse sentido é simplesmente a área em que um homem pode agir sem sofrer a obstrução de outros. Se sou impedido por outros de fazer o que, de outro modo, poderia fazer, deixo de ser livre nessa medida; e se essa área é limitada por outros homens além de um certo mínimo, podem dizer que estou sendo coagido ou, provavelmente, escravizado.¹⁴⁰

A coação que se pretende elidir seria proveniente, em última *ratio*, do Estado. A concepção de liberdade negativa, portanto, adéqua-se perfeitamente ao modelo não-intervencionista de Estado liberal.

A liberdade positiva, por outro lado, é representada pela capacidade de autodeterminação do sujeito, que anseia ser o senhor de si mesmo. Senão vejamos:

O sentido “positivo” da palavra “liberdade” tem origem no desejo do indivíduo de ser seu próprio amo e senhor. Quero que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo e não dos atos de vontade de outros homens. Quero ser sujeito e não objeto, ser movido por razões, por propósitos conscientes que sejam meus, não por causas que me afetem, por assim dizer, a partir de fora. Quero ser alguém e não ninguém, alguém capaz de fazer – decidindo, sem que decidam por mim, autoconduzido e não sofrendo influências de natureza externa ou de outros homens como se

¹³⁷ Ibidem, Institutos fundamentais do direito civil..., p. 13.

¹³⁸ Neste sentido: NOZICK, Robert. Anarquia, Estado e Utopia. HAYEK, Friedrich Von. Os Fundamentos da Liberdade. BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de Liberdade.

¹³⁹ BERLIN, Isaiah. Dois Conceitos de Liberdade. In: BERLIN, Isaiah. Quatro Ensaio sobre a Liberdade. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1981.

¹⁴⁰ Idem, p. 136.

eu fosse uma coisa, um animal, um escravo incapaz de interpretar um papel humano, isto é, de conceber metas e diretrizes inteiramente minhas, e de concretizá-las.¹⁴¹

Berlin toma partido em favor da liberdade negativa. Essa visão de liberdade está representada, no Direito Civil, pela ideia de autonomia privada. Trata-se, assim, de um espaço de não-coerção no qual se assegura aos indivíduos uma liberdade formal para que possam regular livremente seus interesses privados. Pauta-se em um direito de matriz individualista, representado por sujeitos de direito abstratos e atomizados.¹⁴²

Ocorre que a liberdade encarada apenas sob o aspecto negativo não é suficiente para dar cabo das situações que o direito posto em prática apresenta ao seu operador. É necessária a defesa de uma compreensão plural da liberdade, seja complementando a liberdade negativa com a positiva, seja defendendo uma concepção substancial de liberdade. Esta última ideia de liberdade é a adotada como paradigma no presente trabalho para a defesa da possibilidade interpretativa proposta, qual seja, a defesa de um patrimônio mínimo personalíssimo dotado de caráter instrumental em relação à pessoa considerada em sua concretude.

A liberdade negativa, bem como sua expressão no direito civil (autonomia privada), é marcada pela abstração. Destaca-se o caráter formal desta liberdade, uma vez que todos os indivíduos abstratamente considerados são livres para contratar e serem proprietários em um espaço alheio à intervenção estatal. Tal proposição não leva em conta limites ou condicionamentos materiais para o exercício da liberdade.¹⁴³

É em oposição ao pensamento acima esposado que se concebe a ideia de liberdade como efetividade. O maior expoente desta visão é Amartya Sen. Sua obra *Desenvolvimento como Liberdade*¹⁴⁴ será adotada como marco teórico para a explicitação desta compreensão substancial da liberdade.

Para o economista indiano liberdade significa, enquanto fim, ter a efetiva possibilidade de se fazer aquilo que se valoriza.¹⁴⁵ Para tanto, é necessário que o

¹⁴¹ Idem, p. 142.

¹⁴² Ibidem, *Institutos fundamentais do direito civil...*, p. 1.

¹⁴³ Idem, p. 56.

¹⁴⁴ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

¹⁴⁵ Idem, p. 33.

agente livre disponha de um conjunto de capacidades básicas que permitam o exercício da liberdade substancial encarada como fim. Percebe-se, portanto, que a liberdade, para Amartya Sen, é vista como o principal fim e o principal meio do desenvolvimento econômico.¹⁴⁶

Promover a liberdade efetiva das pessoas é promover o aumento das liberdades instrumentais necessárias para o desenvolvimento. O conceito de liberdade como efetividade “incorpora, no âmbito da própria liberdade, as condições materiais e subjetivas de exercício da liberdade formal”.¹⁴⁷ Portanto, privar uma pessoa de uma determinada liberdade instrumental é privá-la do exercício da própria liberdade.

Este conceito de liberdade é criticado pelos pensadores liberais que preconizam a prevalência da liberdade negativa como o único modo aceitável. Isaiah Berlin, preteritamente, já asseverava que a simples impossibilidade material de um homem exercer condutas livres não implicava, necessariamente, em restrição à sua liberdade individual. Nas palavras do professor de Oxford:

Um homem não possui liberdade política, individual ou institucional, apenas se estiver sendo impedido de atingir uma determinada meta por outros seres humanos. A simples incapacidade de atingir essa meta não constitui falta de liberdade política. Isto é trazido à tona pelo uso de expressões modernas como “liberdade econômica” e sua contrapartida, “escravidão econômica”.¹⁴⁸

Na mesma linha de Berlin posiciona-se John Rawls, para quem a liberdade substancial não é, em verdade, liberdade, mas apenas o conjunto de condições necessárias para o seu exercício.¹⁴⁹

Para a correta definição de liberdade substancial na visão de Amartya Sen, mister a compreensão daquilo que o autor chama de conjunto capacitatório, bem como da noção de funcionamentos. Os funcionamentos representam as coisas ou realizações que uma pessoa pode considerar razoável e de bom grado ter ou fazer. Vão desde de coisas elementares, como alimentar-se ou ter uma casa para morar,

¹⁴⁶ Idem, p. 10.

¹⁴⁷ Ibidem, Institutos fundamentais do direito civil..., p. 57.

¹⁴⁸ Ibidem, Dois Conceitos de Liberdade, p. 136.

¹⁴⁹ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo; Martins Fontes, 2002. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 57.

até coisas mais complexas, a exemplo da participação efetiva na tomada pública de decisões.¹⁵⁰

Já a noção de conjunto capacitatório é mais bem elucidada pelas palavras de seu próprio criador:

A “capacidade” [capability] de uma pessoa consiste nas combinações alternativas de funcionamentos cuja realização é factível para ela. Portanto, a capacidade é um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamentos (ou, menos formalmente expresso, a liberdade para ter estilos de vida diversos). Por exemplo, uma pessoa abastada que faz jejum pode ter a mesma realização de funcionamento quanto a comer ou nutrir-se que uma pessoa destituída, forçada a passar fome extrema, mas a primeira pessoa possui um “conjunto capacitatório” diferente do da segunda (a primeira pode escolher comer bem ser bem nutrida de um modo impossível para a segunda).¹⁵¹

O conjunto capacitatório é composto pelos funcionamentos que determinada pessoa está apta a realizar. As liberdades substanciais exercíveis pelo agente não se resumem a um único critério. A tese de Amartya Sen visa exatamente superar as análises econômicas que se restringem encarar o problema do desenvolvimento unicamente como privação de renda e riqueza, ou em outras palavras, falta de acesso a patrimônio.

Destarte, o pensador indiano enumera cinco tipos de liberdades instrumentais que, de maneira interligada, oportunizam a uma determinada pessoa realizar as condutas que tem razão para valorizar, dotando-a de liberdade substancial. São elas: (1) liberdades políticas, (2) facilidades econômicas, (3) oportunidades sociais, (4) garantias de transparência e (5) segurança protetora.¹⁵²

Não há, portanto, como pensar em apenas uma liberdade instrumental capaz de emancipar o sujeito. As liberdades instrumentais mantêm entre si relações de interdependência e apenas deste modo é que possibilitam o exercício de liberdade substancial.

É impossível a sustentação de tese que vincule a liberdade substancial de uma pessoa exclusivamente à sua condição econômica. As propriedades e rendas, diga-se, o patrimônio de uma pessoa, não é suficiente para torná-la livre. Deste

¹⁵⁰ Ibidem, Desenvolvimento como Liberdade, p. 104-105.

¹⁵¹ Idem, p. 105.

¹⁵² Idem, p. 25.

modo, supera-se a vinculação absoluta entre liberdade e propriedade típica do direito civil moderno.

Por fim, há que se ressaltar, novamente, a insuficiência de tomarmos como parâmetro apenas um conceito negativo de liberdade. Aquele que não detém um amplo conjunto capacitatório não será efetivamente livre, ainda que no plano formal seja possuidor de um amplo espaço de não coerção.¹⁵³

Exposta a noção de liberdade substancial e ressaltada sua relevância para a construção de um direito civil cuja preocupação centra-se na pessoa concreta, cabe agora a análise do caráter instrumental do patrimônio mínimo personalíssimo enquanto elemento do conjunto capacitatório do sujeito, possibilitando, em combinação com as demais liberdades que a pessoa deve possuir, o desfrutar de liberdade substancial. É o que se fará a seguir.

2.5 Caráter instrumental do patrimônio mínimo: a busca por liberdade substancial

Após longo trabalho de pesquisa e exposição de ideias, chega-se ao tópico final do presente trabalho com as noções necessárias para concluí-lo. Sabemos que a defesa de um patrimônio mínimo personalíssimo é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, que irradia seus efeitos por toda a seara do direito civil.

A repersonalização do direito privado e a aplicação da teoria crítica do direito exigem um repensar de seus institutos fundamentais bem como das noções que o informam. Nesta esteira de pensamento é que se cogita a proteção de uma esfera patrimonial mínima da pessoa concreta, além de uma resignificação da liberdade classicamente equiparada à autonomia privada em um espaço de não-coerção.

Como se viu, é perfeitamente possível a concepção da liberdade enquanto conceito plural. No presente trabalho, adotou-se a liberdade substancial como objetivo do direito civil enquanto ramo destinado à tutela da pessoa humana e de

¹⁵³ Ibidem, Institutos fundamentais do direito civil..., p. 58.

suas necessidades materiais. O patrimônio mínimo, deste modo, possui finalidade instrumental, na medida em que pode possibilitar a seu detentor e exercício de liberdade efetiva.

Para que se possa compreender a possibilidade aqui aventada, para que se torne possível cogitar a defesa de um patrimônio mínimo personalíssimo como instrumento de promoção de liberdade substancial, é necessário o recurso à teoria da funcionalização social dos institutos fundamentais do direito civil. Contudo, não basta para o fim proposto a ancoragem da hipótese ventilada nas bases da teoria tradicional da função social da propriedade.

É forçoso fixar o presente trabalho em outro alicerce, que não descarta a funcionalização social nos termos em que até aqui foi construída, porém fornece novos instrumentos para tornar o recurso à dimensão funcional dos institutos fundamentais do direito civil ferramenta ainda mais eficaz na emancipação da pessoa humana, fim do direito e que torna o patrimônio um meio.

Está-se a tratar, destarte, da função como liberdade(s). A defesa de uma função social enquanto liberdade(s) é feita por Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk em sua obra *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Será, portanto, adotada como paradigma para a explanação aqui pretendida.

A noção de função dos institutos jurídicos assenta-se em criações doutrinárias dos séculos XIX e XX. Com bases sociológicas, é utilizada no direito, precipuamente, com o sentido de finalidade. É o que explica Manoel Eduardo Camargo e Gomes, citado por RUZYK:

O fenômeno em estudo seria compreendido a partir de sua finalidade, mediante a identificação do papel que esse fenômeno exerce em relação ao todo. No âmbito dessa concepção, o fenômeno é ou não é “funcional” em relação a alguma instituição. Ou seja, ele é adequado ou não à sua conservação.¹⁵⁴

¹⁵⁴ GOMES, Manoel Eduardo Camargo e. *O Regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras: causalidade de sentido e adequação estruturo-funcional*. Tese de doutorado defendida e aprovada perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2004, p. 24. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 143.

Portanto, quando se diz que determinado instituto jurídico possui uma função, está a se proclamar que ele deve de algum modo contribuir para determinado fim. É a concepção de função como prestação, defendida por Norberto Bobbio.¹⁵⁵

A problemática desta noção de função é a determinação de quem recebe a prestação. A finalidade do instituto deve ser desempenhada em função de determinada pessoa ou coletividade. As concepções tradicionais de função, como a sustentada por León Duguit¹⁵⁶, sustentam que a prestação deve ser destinada à coletividade social da qual faz parte o indivíduo. A pessoa, nesta visão, é uma funcionária da sociedade assim como a propriedade e a liberdade são instrumentos postos à disposição desta pessoa para que cumpra seu papel junto ao todo.

É uma construção teórica pautada na solidariedade, no dever de cada indivíduo para a promoção e desenvolvimento da sociedade abstratamente considerada. Aborda-se, deste modo, a sociedade como um sistema, que só funcionará perfeitamente caso cada indivíduo cumpra o papel que lhe é atribuído. O problema de tal concepção evidencia-se pela abstração inerente à ideia de todo. Esse todo ao qual o indivíduo ou determinado instituto devem contribuir não é mensurável materialmente, pois em seu centro pauta-se em um aspecto totalizante.

O novo sentido que se pretende dar à ideia de função no direito civil passa, justamente, por uma transformação relativa ao destinatário do contributo que determinado instituto jurídico pode oferecer. De acordo com RUZYK:

O destinatário, diferentemente das noções que assumem o todo social, pode ser a pessoa concreta em relação, integrante de uma rede de intersubjetividades, seja ela a titular de uma dada posição jurídica seja, mesmo, um terceiro que pode sofrer as repercussões do exercício ou do não exercício dessa posição jurídica pelo respectivo titular. Não se trata, como se vê, nem da abstração da sociedade totalizante, nem do indivíduo atomizado.¹⁵⁷

¹⁵⁵ BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: Novos Estudos de Teoria do Direito. Barueri: Manole, 2007, p. 103. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 145.

¹⁵⁶ Posições sustentadas nas obras “Les transformations générales du droit prive depuis Le Code Napoleon”, “Manuel de Droit Constitutionnel”, “Le Droit Social, le Droit Individuel et la Transformation de L’Etat”, “Le Transformations Du Droit Privé” e “Souveraineté et liberté”.

¹⁵⁷ Ibidem, Institutos Fundamentais do Direito Civil, p. 148-149.

Portanto, pretende-se por meio de uma nova visão da função “a promoção, exercício e proteção da liberdade das pessoas em relação, a ser levada a efeito pelos institutos fundamentais do Direito Civil”.¹⁵⁸

Não se trata, como antes já explanado, de defender uma concepção singular de liberdade. As “liberdades tradicionais” (negativa e sua expressão no direito privado, autonomia privada) são insuficientes para a realização de um direito civil que tenha como centro a pessoa concreta, instrumentalizando em favor desta o patrimônio.

Há que pensar em um conceito plural de liberdade cuja realização é função do direito. Neste trabalho, especificamente, visa-se a promoção de liberdade substancial por meio dos institutos fundamentais do direito civil, em especial o patrimônio tomado em sua concepção mínima. Não se busca, todavia, o reducionismo a apenas um tipo de liberdade.¹⁵⁹ Tal pretensão é típica dos liberais clássicos, afundados em conceitos formais e abstratos que, sozinhos, pouco podem fazer para efetivar a garantia fundamental da liberdade assim como concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana.

A dimensão funcional que aqui se defende é assim sintetizada por seu criador:

A enunciação pode, pois, se dar da seguinte forma: trata-se de uma dimensão funcional dos institutos de base do Direito Civil centrada em uma concepção plural – e internamente dotada de potencial conflito entre perfis de liberdade – que pode permitir afirmar que o contrato, a propriedade e a família têm por função propiciar ora a proteção, ora o exercício, ora o incremento de liberdades coexistentiais, tanto do titular de um direito determinado quanto de terceiros que podem sofrer consequências materiais advindas do exercício desse direito.¹⁶⁰

Como já se salientou, trata-se de definir, sem pretensão de ser a única definição possível, a dimensão funcional dos institutos fundamentais do Direito Civil como sendo a prestação de liberdade, pluralmente considerada, em favor da pessoa em sua concretude considerada. Ressalta-se, por outro lado, o enfoque que se pretende dar neste trabalho à promoção de liberdade substancial, pois é aquela que

¹⁵⁸ Idem, p. 149.

¹⁵⁹ Veja-se: Essa liberdade, também por isso, não pode ser compreendida como conceito unitário, monolítico, mas, sim, como compreensão plural, integrada por diversos perfis (tais como liberdade como efetividade, liberdade como abstração, liberdade negativa, liberdade positiva) que convergem ora se distanciam e até colidem. Idem, p. 212.

¹⁶⁰ Idem, p. 213.

mais diretamente pode afetar positivamente a vida de uma pessoa. Neste sentido o seguinte excerto:

Integra também os possíveis perfis de liberdade aquilo que aqui já se denominou de liberdade substancial, ou, como preferimos denominar, liberdade como efetividade. Trata-se não apenas da possibilidade abstrata de fazer escolhas, como também a possibilidade efetiva de se fazer o que se valoriza, o que implica tanto a não coerção de outros indivíduos ou do grupo quanto, sobretudo, as condições materiais para que as escolhas sejam realizadas. Mais que isso: trata-se de ampliar as possibilidades reais de escolha e o próprio espaço daquilo que se pode valorizar.¹⁶¹

Continua o supracitado autor:

A função como liberdade(s) não se confunde com a função social da propriedade, mas há relevantes zonas de intersecção entre elas, que permitem cogitar de uma função social parcialmente fundamentada pela função como liberdade(s).

[...]

Tem-se, aqui, a possibilidade de se sustentar que uma função jurídica do pertencimento, seja ele como propriedade, seja como outro direito real ou como posse, reside no incremento de liberdades substanciais, ou seja, de liberdade como efetividade. E que essa dimensão funcional pode servir como fundamento para a restrição do perfil normal da liberdade na propriedade, que marcava o seu caráter absoluto ao início do século XIX.¹⁶²

Adotar a liberdade substancial como finalidade do direito civil pode contribuir decisivamente para a persecução de seu escopo primordial, qual seja, promover a dignidade da pessoa humana nas relações entre privados. Conforme a lição de Eroulths CORTIANO JUNIOR:

Por outras palavras, a apropriação de bens merece ser vista e protegida enquanto atribuição de titularidades às pessoas no sentido de lhes garantir o existir como pessoas. Não se trata, então, de uma titularidade abstrata sobre coisas que se abstraem porque mercadorias, mas de uma titularidade funcional, dirigida à manutenção da dignidade da pessoa humana, e exercitável sobre coisas concretas porque têm importância concreta para o homem.¹⁶³

A abordagem aqui realizada se encaminha para seu final resgatando o tema que serviu de intento à análise empreendida: o patrimônio mínimo personalíssimo. Superada a visão tradicional a respeito das relações entre pessoa, patrimônio e liberdade no direito civil, torna-se plausível sustentar que a garantia patrimonial mínima pode funcionar como incremento de liberdade substancial para seu titular.

¹⁶¹ Idem, p. 214.

¹⁶² Idem, p. 244.

¹⁶³ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Para além das coisas (Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo). In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira [Org.]. Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 163.

Assevera Carlos Eduardo Pianovski RUZYK:

Assegurar um mínimo existencial é, em outras palavras, garantir um conjunto de funcionamentos essenciais, que definem a capacidade individual e, por conseguinte, sua liberdade substancial. Proteger a pessoa por meio da garantia do patrimônio mínimo é assegurar a ela a manutenção e a ampliação de sua(s) liberdades(s), sobretudo como liberdade positiva e substancial.¹⁶⁴

Na esteira do que argumenta Amartya Sen, não se está a defender a suficiência do patrimônio mínimo personalíssimo como único instrumento capaz de conferir a seu titular a liberdade encarada como efetividade. A emancipação do sujeito a isso não se resume, pois, como adverte o economista indiano, “o papel da renda e da riqueza – ainda que seja importantíssimo, juntamente com outras influências – tem de ser integrado a um quadro mais amplo e completo de êxito e privação”.¹⁶⁵

Outros fatores, como oportunidade de acesso à educação e saúde e possibilidade efetiva de participação na vida pública, integrados ao patrimônio mínimo, podem formar um conjunto capacitatório mínimo do sujeito que permite a ele realizar as condutas que com razão valoriza.

A garantia patrimonial mínima funcionalizada à prestação de liberdade substancial consagra a pessoa em sua concretude. Resgata-se, pois, a dimensão humana e social do direito, agora repersonalizado. Na visão econômica de Amartya Sen, em muito semelhante à visão jurídica de despatrimonialização e repersonalização do direito civil, o enfoque na promoção de liberdades substanciais afasta a noção de capital humano e sagra a concepção de capacidade humana.¹⁶⁶ Invertem-se os papéis exercidos por patrimônio e pessoa no direito civil.

¹⁶⁴ Ibidem, Institutos Fundamentais do Direito Civil, p. 250.

¹⁶⁵ Ibidem, Desenvolvimento como Liberdade, p. 35.

¹⁶⁶ Idem, p. 376.

CONCLUSÃO

A finalidade deste trabalho de conclusão de curso foi empreender uma revisão de temas que ocupam centralidade no Direito Civil. De um lado o patrimônio, de outro a pessoa e sua liberdade. A análise do individualismo proprietário nos mostra as consequências de um sistema de direito abstrato e que assume uma natureza eminentemente proprietária do ser humano. Asseverar que o homem se realiza na medida em que se apropria dos bens existentes ao seu redor é afirmar que o homem não possui outras necessidades. O individualismo proprietário, pautado na razão, forma indivíduos débeis e irracionais.

O estudo aqui empreendido esclarece que abstrações não são capazes de fornecer soluções adequadas às questões concretas da vida. Fundamentar a sociedade e o direito a partir de construções que ignorem a historicidade dos fenômenos sociais é apresentar-se ao fracasso. A materialidade das relações entre as pessoas exige um direito dinâmico, sem pretensões de estaticidade e perpetuidade.

Repersonalizar o Direito Civil significa funcionalizá-lo em favor das pessoas reais e das situações também reais que formam a sociedade. Qualquer resposta do direito que não esteja apta a solucionar tais questões deverá ser rechaçada. Por outro lado, o recurso à hermenêutica crítica deve impulsionar o jurista na busca por respostas que muitas vezes estão no próprio ordenamento. O grande exemplo utilizado neste trabalho é o patrimônio mínimo, extraído por Luiz Edson Fachin a partir de enunciado normativo do Código Civil brasileiro.

O patrimônio passa a ser meio para que a pessoa, fim do direito, realize as condutas que valoriza. A liberdade, portanto, passar a ser encarada sob o aspecto da efetividade. Ainda, conclui-se que o patrimônio não mais é sinônimo de liberdade. Trata-se, porém, de apenas um dos recursos por meio dos quais a emancipação da pessoa é possível. É perfeitamente plausível, portanto, pensarmos em um patrimônio mínimo capaz de desempenhar uma função consistente em conferir liberdade efetiva a seu titular. Tal função concretiza, dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Propietario*. Madrid: Trotta, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Organiz.). *Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora da Universidade Federal de Brasília, 1981.

CARVALHO, Orlando de. *A Teoria Geral da Relação Jurídica: seu sentido e limites*. Coimbra: Centelha, 1981.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Para além das coisas (Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo). In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira [Org.]. *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LÔBO, Paulo. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Organiz.). Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

LOCKE, John. Dois Tratados sobre o Governo. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MACPHERSON, C.B. Os Direitos Humanos como Direito de Propriedade. In: Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios: o papel do Estado, das classes e da propriedade na democracia do século XX. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

_____. A Teoria Política do Individualismo Possessivo: De Hobbes até Locke. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Graziela de. Dignidade e direitos humanos. Curitiba: Ed. UFPR, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

SEN, Amartya. Desenvolvimento como Liberdade. São Paulo: Companhia Das Letras, 2010. 378 p.

SILVEIRA RAMOS, Carmen Lucia. A Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. SILVEIRA RAMOS, Carmen Lucia. Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.