

EROLTHS CORTIANO JUNIOR

**O DISCURSO PROPRIETÁRIO E SUAS RUPTURAS:
PROSPECTIVA E PERSPECTIVAS DO ENSINO DO DIREITO DE PROPRIEDADE**

**Tese apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Doutor, no Programa
de Pós-Graduação da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Paraná.**

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

CURITIBA

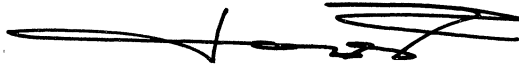
2001

TERMO DE APROVAÇÃO

EROULTHS CORTIANO JUNIOR

O DISCURSO PROPRIETÁRIO E SUAS RUPTURAS: PROSPECTIVA E PERSPECTIVAS DO ENSINO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, no Curso de Pós-Graduação na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:



Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin
Faculdade de Direito - UFPR



Prof.ª Dr.ª Carmen Lúcia Silveira Ramos
Faculdade de Direito - UFPR



Prof. Dr. Gustavo Tepedino
Faculdade de Direito - UERJ



Prof. Dr. José Antonio Peres Gediel
Faculdade de Direito - UFPR



Prof.ª Dr.ª Maria Cláudia Crespo Brauner
Curso de Direito - UNISINOS

Curitiba, 14 de dezembro de 2001

Há muito de arriscado e incerto no exercício da solidariedade. Àqueles que me auxiliaram, e assim de alguma forma apostaram em mim, agradeço.

SUMÁRIO

RESUMO	vi
ABSTRACT	vii
RESUMEN	viii
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 - A CONSTRUÇÃO DO DISCURSO PROPRIETÁRIO	14
1.1 O TEMPO E O ESPAÇO DA CONSTRUÇÃO DO DISCURSO PROPRIETÁRIO	14
1.2 O FEUDALISMO E SUA SUPERAÇÃO	16
1.3 UM NOVO PERSONAGEM: A BURGUESIA	20
1.4 O PAPEL DAS LUZES E DA RAZÃO	24
1.5 UM OUTRO PERSONAGEM: O ESTADO MODERNO	28
1.6 O INDIVÍDUO, OU O SUJEITO DO ILUMINISMO	31
1.7 A SOCIEDADE ATOMIZADA	34
1.8 A LIBERDADE E A IGUALDADE DOS INDIVÍDUOS: SUJEITOS DE DIREITO E SEUS DIREITOS SUBJETIVOS	37
1.9 AS TITULARIDADES	39
1.10 O DIREITO: ESTATAL E SISTEMATIZADO	41
1.11 O CÓDIGO DOS CÓDIGOS	46
1.12 O RESULTADO DE UMA LONGA CAMINHADA	53
CAPÍTULO 2 - A PROPRIEDADE E SEUS CÓDIGOS	57
2.1 O DISCURSO PROPRIETÁRIO	57
2.2 A PROPRIEDADE FEUDAL: DO FATO AO DIREITO	58
2.3 PROPRIEDADE E LIBERDADE	61
2.4 A CONCEPÇÃO LIBERAL-INDIVIDUALISTA DA PROPRIEDADE	62
2.5 O CÓDIGO CIVIL FRANCÊS E A PROPRIEDADE INDIVIDUAL	64
2.6 A PROPRIEDADE NO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO E NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	69
2.7 A PROPRIEDADE: CRITÉRIOS QUANTITATIVOS DE CONCEITUAÇÃO	71
2.8 A PROPRIEDADE MODERNA: UM MODELO ABSTRATO	74
2.9 PROPRIETÁRIO, PODERES PROPRIETÁRIOS E COISA APROPRIADA	77
2.10 O MERCADO E A INFINITA POSSIBILIDADE DO PRINCÍPIO PROPRIETÁRIO	84
2.11 A PERMANÊNCIA DO PRINCÍPIO PROPRIETÁRIO: UMA HIPÓTESE INTERPRETATIVA	88

CAPÍTULO 3 - O DISCURSO PROPRIETÁRIO E SUAS RUPTURAS.....	91
3.1 O ESTADO SOCIAL E A RENOVAÇÃO DO DIREITO.....	91
3.2 A PROPRIEDADE FUNCIONALIZADA.....	93
3.3 EM BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DO ABSTRATO	97
3.4 SUJEITOS PROPRIETÁRIOS E NÃO PROPRIETÁRIOS	100
3.5 A PROPRIEDADE E AS PROPRIEDADES	104
3.6 A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO, UMA OUTRA RUPTURA	107
3.7 DIREITO: INTERDISCIPLINARIDADE COM A VIDA.....	109
3.8 DESPATRIMONIALIZAÇÃO, PLURALISMO E SOLIDARIEDADE: A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	113
3.9 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	117
CAPÍTULO 4 - O DISCURSO PROPRIETÁRIO E O ENSINO JURÍDICO	126
4.1 ENSINO JURÍDICO. NOTÍCIAS DA CRISE	126
4.2 A CARTOGRAFIA DOS PROBLEMAS PELA ORDEM DOS ADVOGADOS.....	129
4.3 DESCONTEXTUALIZAÇÃO, DOGMATISMO E UNIDISCIPLINARIDADE DO ENSINO JURÍDICO	131
4.4 DIREITO E MUDANÇA SOCIAL	133
4.5 A CRISE DO ENSINO DO DIREITO E SEU ENFRENTAMENTO.....	137
4.6 O ENSINO DO DIREITO DE PROPRIEDADE	138
4.7 A ORDEM DO DISCURSO, DE MICHEL FOUCAULT	140
4.8 O DISCURSO E O ENSINO: SUAS EXCLUSÕES E LIMITAÇÕES.....	147
4.9 OS PROCEDIMENTOS EXTERNOS DE LIMITAÇÃO AO DISCURSO.....	150
4.10 PROCEDIMENTOS INTERNOS DE LIMITAÇÃO DO DISCURSO	159
4.11 OS PROCEDIMENTOS DE LIMITAÇÃO DO DISCURSO PELA DETERMINAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE SEU FUNCIONAMENTO	165
CONCLUSÃO.....	169
REFERÊNCIAS	173

RESUMO

A tese examina o papel do discurso do ensino do direito de propriedade como mantenedor do *discurso proprietário* da modernidade. A partir daí, procura-se demonstrar que o discurso do ensino jurídico impede a renovação do *discurso proprietário*, e que as possibilidades de construção de um novo direito de propriedade, desenhadas na Constituição Federal de 1988, são desconstruídas por um ensino descontextualizado, dogmático e unidisciplinar. No primeiro capítulo investiga-se a formação do *discurso proprietário* a partir da superação do sistema feudal e da implantação de um novo modo de produção. No segundo capítulo encontra-se a caracterização do *discurso proprietário*: um determinado *modelo proprietário* que se transforma em *princípio proprietário*. O *modelo proprietário*, legado dos códigos oitocentistas, refere-se a uma concepção abstrata e quantitativista da propriedade. Esse *modelo* é dotado de ampla expansividade e vai transformar-se em princípio da organização de uma sociedade marcada pelo signo do econômico. No terceiro capítulo são investigadas as rupturas que o *discurso proprietário* sofre com as idéias de *função social da propriedade* e de *repersonalização do direito*. Essas rupturas são assumidas pela Constituição de 1988, que abre possibilidades várias em relação à pluralidade proprietária e ao respeito à dignidade da pessoa humana. No quarto capítulo analisam-se as limitações do ensino do direito de propriedade por meio do instrumental fornecido por Michel Foucault em "A Ordem do Discurso", o que permite compreender as razões pelas quais o ensino colabora para a não renovação do direito de propriedade. A conclusão é de que é necessário desconstruir o discurso do ensino do direito de propriedade para que apareçam as rupturas do *discurso proprietário*, agora renovado.

ABSTRACT

This thesis examines the place of the teaching discourse about Property Law such as sustainer of the *Discourse on Property* in our times. In consequence we search to demonstrate that juridical teaching discourse keeps away the renewal of the *Discourse on Property* and that construction possibilities of new Property Law, such as the ones drawn by the Federal Constitution of 1988 are demolished by a dogmatic, unitarian subject and uncontextual kind of teaching. On the first chapter formation of *Discourse on Property* from the surmounting of the feudal system and implantation of a new mode of production is investigated. On the second chapter we can find the characterization of *Discourse on Property*: a certain *Property Model* which becomes a *Property Principle*. *Property Model* legated by the eighteen hundred codes refers to an abstract and quantitative conception of Property. This *model* is endowed of large capacity of expansion and will be transformed into the organization principle of an economic sign marked society. Within the third chapter we investigate the disruptions that *Discourse on Property* suffers from the ideas of *social function of Property* and *repersonalization of Law*. Theses disruptions are assumed by Constitution of 1988, which opens several possibilities towards property plurality and respect towards the dignity of personal human being. On the fourth chapter we analyse the limited possibilities on the teaching of Property Law through comprehension of Michel Foucault's "The Order of Discourse", which allows to understand the reasons why teaching collaborates to the non-renewal of the Property Law. Conclusion is one must demolish the discourse on the teaching of Property Law so that disruptions are able to disclose from *Discourse on Property* now renewed.

RESUMEN

La tesis examina el rol del discurso de la enseñanza del derecho de propiedad como mantenedor del *discurso propietario* en la modernidad. De pronto, se busca demostrar que el discurso de la enseñanza jurídica impide la renovación del *discurso propietario*, y que las posibilidades de construcción de un nuevo derecho de propiedad, diseñadas en la Constitución Federal de 1988, son desbaratadas por una enseñanza descontextualizada, dogmática y unidisciplinar. En el primer capítulo se investiga la formación del *discurso propietario* proveniente de la superación del sistema feudalista y de la implantación de un nuevo modo de producción. En el segundo capítulo se encuentra la caracterización del *discurso propietario*: un determinado *modelo propietario*, que se cambia en *principio propietario*. El *modelo propietario*, legado de los años 1.800, se refiere a una concepción abstracta y cuantitativa de la propiedad. Ese *modelo* es dotado de amplia expansión y se va cambiando en principio de organización de una sociedad marcada por el signo del económico. En el tercer capítulo son investigadas las rupturas que el *discurso propietario* sufre con las ideas de *función social de la propiedad* y de la *repersonalización del derecho*. Esas rupturas son asumidas por la Constitución de 1988, que abre numerosas posibilidades con relación a la pluralidad propietaria y con el respeto a la dignidad de la persona humana. En el cuarto capítulo se analizan las limitaciones de la enseñanza del derecho de propiedad por el medio del instrumental dotado por Michel Foucault en la obra "La Orden del Discurso", lo que permite comprender las razones por que la enseñanza colabora para la no renovación del derecho de propiedad. La conclusión es que se encuentra necesario apartar el discurso de la enseñanza del derecho de propiedad, para que aparezcan las rupturas del *discurso propietario*, ahora renovado.

INTRODUÇÃO

Instrumentos para um trabalho de análise dos discursos

Michel FOUCAULT, em 2 de dezembro de 1970, deu sua Aula Inaugural no *Collège de France*, à qual intitulou *A Ordem do Discurso*.¹ A Aula, que pretendeu apontar novas metodologias no trato do saber, partia do pressuposto que o pensamento filosófico e a história das idéias contribuem para anular as práticas discursivas, na medida em que todo discurso sofre procedimentos de exclusão externos e internos que, na mais das vezes, são escamoteados pelo próprio discurso.² FOUCAULT lança tentativas de identificação das limitações do discurso, para que se possa, depois, superá-las.³ Compreender e trabalhar um discurso passa, assim, pelas tentativas de ultrapassar estes obstáculos.

Os discursos, por suas próprias falas e desejos, porque neles se ligam desejo, poder, luta e perda, inquietam:

Mas pode ser que essa instituição e esse desejo não sejam outra coisa senão duas réplicas opostas a uma mesma inquietação: inquietação diante do que é o discurso em sua realidade material de coisa pronunciada ou escrita; inquietação diante dessa existência transitória destinada a se apagar sem dúvida, mas segundo uma duração que não nos pertence; inquietação de sentir sob essa atividade, todavia cotidiana e cinzenta, poderes e perigos que mal se imagina; inquietação de supor lutas, vitórias, ferimentos, dominações, servidões, através de tantas palavras cujo uso há tanto tempo reduziu as asperidades.⁴

¹FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 6.ed. São Paulo: Loyola, 2000.

²“Eis a hipótese que gostaria de apresentar esta noite, para fixar o lugar – ou talvez o teatro muito provisório – do trabalho que faço: suponho que em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por um certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade”. (Idem, p.8-9).

³Realmente, na sua aula inaugural FOUCAULT lançou metodologias de que iria se aproveitar no decorrer de seus quase quinze anos no Collège: “Talvez ele [Foucault] preferisse que seus textos fossem tomados como um conjunto de instrumentos de trabalho, a ser utilizado em novos domínios da pesquisa. É como tal que a OD talvez deva ser lida e, sem dúvida, ainda encontraremos nesse texto inúmeros caminhos para futuras pesquisas”. (ALVAREZ, Marcos César. Michel Foucault e a ordem do discurso. In: CATANI, Afrânio Mendes; MARTINEZ, Paulo H. (Orgs.). **Sete ensaios sobre o Collège de France**. São Paulo: Cortez, 1999. p.87).

⁴FOUCAULT, **A ordem...**, p.7-8.

Os procedimentos de exclusão externos são identificados, por FOUCAULT, como a **interdição**, a **separação e rejeição**, a **oposição entre o verdadeiro e o falso**. Internamente, os procedimentos controladores do discurso são o **comentário**, o **autor** e a **disciplina**. Para FOUCAULT, há ainda mecanismos que, ao selecionar os indivíduos que podem entrar na ordem do discurso, acabam por ocultar a sua verdade: são os **rituais**, as **sociedades de discurso**, a **doutrina** e a **apropriação social dos discursos**. Estes procedimentos configuram-se, numa interpretação da Aula, em categorias de compreensão, construção e desconstrução dos discursos.

A palavra discurso traz em si "a idéia de curso, de percurso, de correr por, de movimento"⁵, movimento que, materializando ideologias, está na base da produção da existência humana. Como a linguagem é a mediação necessária entre o homem e a realidade natural e social,⁶ o discurso acaba sendo o campo onde confluem todas as formulações feitas pelo homem a partir de informações por ele recebidas. Como o discurso ao mesmo tempo constrói e desconstrói o saber, ele serve para conhecer e desconhecer, para reprimir e para emancipar.

Por conta da inquietação trazida pelo discurso, e da necessidade de interpretá-lo, compreendê-lo, desvendá-lo, é justo que dele se ocupe uma pesquisa.

O discurso proprietário

Um dos mais fecundos discursos da modernidade é o discurso da propriedade. "A história do Direito é, em boa medida, a história da garantia da propriedade".⁷ A colocação faz relevar toda a importância do tema proprietário, especialmente caro ao jurista, pelo que tem de conformador do fenômeno jurídico e influenciador na vida das sociedades, que se estruturam, mais do que qualquer outro fator, sobre a forma como se legitimam as relações de apropriação dos bens. O

⁵ORLANDI, Eni P. **Análise de discurso**. 3. ed. Campinas: Pontes, 1999. p.15.

⁶Idem, *ibidem*.

⁷FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.71.

*enigma da propriedade*⁸ ainda se coloca diante de nós, e dele se ocupam também os filósofos, os economistas, os cientistas políticos. Por ter um *valor socialmente paradigmático*,⁹ a propriedade é alvo privilegiado de investigação.

Pode-se, lançando um olhar sobre a modernidade ocidental, enxergar a construção do *discurso proprietário*: um determinado *modelo* de propriedade torna-se em *princípio* do direito moderno, por conta do centralismo ocupado pelo direito privado herdado do oitocentos. A entrada em cena de uma organização social e política racional-individualista, baseada economicamente na circulação de riquezas, carente de segurança e certeza, fez com que uma determinada concepção de propriedade ocupasse o *centro do universo jurídico*.¹⁰

O *modelo* de propriedade, virado em *princípio* proprietário, insiste em manter-se, já que sua essência adapta-se, consome e regurgita as transformações. A funcionalização da propriedade passou a fazer parte do discurso, mas sua medida talvez não tenha sido suficiente para alterar o princípio proprietário. A visão antropocêntrica da ordem jurídica também não foi suficiente para afetar o modelo proprietário. O discurso proprietário encontra caminhos e permanece: “*Lo que interesa subrayar ahora és cómo esta trama originaria de propiedad y mercado tiende luego, en la fase actual, a desarrollarse y disolverse definitivamente, transformando el principio propietario en principio de funcionamiento del sistema*

⁸RODOTÁ, Stefano. **Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata**. 2.ed. Bologna: Il Mulino, 1990. p.15.

⁹“*In tale prospettiva dev'essere appunto studiato l'istituto della proprietà – oggetto specifico di questo corso – il quale, forse piú di ogni altro, ha un valore socialmente paradigmatico, nel senso che è l'espressione tipica della società in cui vive l'interprete*”. (PERLINGIERI, Pietro. **Introduzione alla problematica della “proprietà”**. Camerino: Jovene, 1971. p.1). Tradução livre: “Em tal perspectiva deve ser estudado o instituto da propriedade – objeto específico deste curso – o qual, mais do que qualquer outro, tem um valor socialmente paradigmático, no sentido de que é a expressão típica da sociedade em que vive o intérprete”.

¹⁰Idem, p.4.

mismo, ...”,¹¹ nos diz BARCELLONA, que indaga de um possível espaço de decisão política que não tenha forma aquisitiva.¹²

Discurso proprietário e ensino jurídico

É legítimo indagar da participação do ensino jurídico na sustentação do discurso proprietário. Divorciado da realidade social-econômica, dogmatizado na sua negação à pluralidade, enclausurado metodologicamente, o ensino jurídico restringe-se, na mais das vezes, a tão-somente refletir as modificações que foram filtradas pelo próprio discurso, dentro de um certo paradigma ideológico que é a conformação do próprio discurso. Pode-se, assim, falar em um discurso do ensino do direito.

Assim, o *discurso da propriedade* acaba por ter vida própria, impondo-se ideologicamente aos que dele se aproximam. O *discurso* é poder do qual todos querem se apropriar.¹³ O ensino da propriedade passa pela propriedade do ensino. E, por isso, os procedimentos de escamoteação próprios do discurso acontecem.

Pode-se enxergar um paralelo entre as formas jurídicas da apropriação de bens (que formaram o modelo proprietário que é princípio da ordem jurídica), que levam em conta a abstração do sujeito proprietário, dos poderes proprietários e do objeto apropriado, e a apropriação do saber e do ensino jurídico. Não será mera coincidência que, justamente quando o *princípio* e o *modelo* proprietários assumem definitivamente sua crise, também o ensino jurídico tenha sua crise fortemente

¹¹BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Madrid: Trotta, 1996. p.115.

¹²“La historia no ha conocido una decisión política que no estuviese fundada en el problema propietario, que no asumiera la forma del poseer. ¿Puede existir un espacio político para una decisión que no tenga forma adquisitiva?” (BARCELLONA, **El individualismo...**, p.148).

¹³“...o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, ou pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar”. (FOUCAULT, **A ordem...**, p.10).

reconhecida.¹⁴ Não será mera coincidência que se fale em função social da propriedade e função social do ensino jurídico. Não será demais ver, por conta disso, que o ensino do direito de propriedade relaciona-se com a apropriação do ensino: exercício de poder e dominação, egoísmo de saberes e proclamação de dogmas, auto-reproduzindo-se e fechando espaços à crítica. O discurso proprietário e o discurso do ensino do direito estão em profunda relação. Um ajuda a construir o outro, ou a desconstruir.

O que se pretende com este trabalho é, a partir das categorias mencionadas por FOUCAULT, tentar compreender as artimanhas que se formam no discurso do ensino do direito de propriedade para a sustentação do discurso proprietário. Analisar este discurso e os procedimentos que impedem seu desnudamento constitui a linha mestra, o fio condutor do trabalho de investigação que se propõe.

Serve o trabalho para demonstrar que houve a construção de um determinado discurso proprietário, cuja manutenção e expansão são devidas, em boa parte, ao ensino do direito. Na medida em que o discurso proprietário sofre rupturas, o discurso do ensino jurídico deve trabalhá-las para permitir a construção do novo. No Brasil as rupturas do discurso proprietário ficaram evidentes com a Constituição de 1988, mas o discurso do ensino do direito de propriedade parece não perceber aquelas rupturas. Assim, quando se abrem as possibilidades da construção de um novo direito proprietário, o discurso do ensino pode desconstruir essas possibilidades e esperanças. É a reflexão que se propõe.

¹⁴A rigor, a história da propriedade é a história de sua crise; e a história do ensino jurídico é, também, a história de sua crise. No texto quer se referir aos picos que as crises perenes da propriedade e do ensino atravessam hoje. Quanto à propriedade, crise demonstrada pela normativa constitucional, base para a superação do discurso proprietário; quanto ao ensino, crise visível pelos constantes e concentrados esforços das instituições do governo e sociedade civil para a melhoria de sua qualidade.

Marcos e inspirações

A análise da formação do discurso proprietário e do discurso do ensino jurídico e as preocupações relativas ao papel do ensino na manutenção daquele discurso fazem com que o trabalho esteja permeado por inspirações e marcos teóricos que merecem referência.

A percepção da existência de um discurso proprietário, calcado num modelo proprietário determinado e que se transforma em princípio da organização social da modernidade, vem da obra de Pietro BARCELLONA, em especial do seu "El individualismo propietario".¹⁵ BARCELLONA faz profundas reflexões sobre o sujeito moderno, a ordem jurídica e o princípio proprietário, que exigem constantes releituras. Ele mostra que a sociedade moderna é, além de uma sociedade atomizada, uma sociedade essencialmente jurídica. Nela o direito converte-se em paradigma constitutivo do sistema social e da planificação, o que é possível graças ao seu formalismo de conteúdo, que permite neutralizar o imprevisto e o imprevisível. Porque a sociedade vai se organizar sob a ordem abstrata do direito, e porque o sujeito moderno está desvinculado dos vínculos hierárquicos e políticos, a propriedade deve ser liberada de qualquer determinação pessoal.

O homem e a propriedade são reduzidos a puras formas jurídicas (sujeito de direitos e mercadoria) e as relações sociais restam mercantilizadas. Deixa de importar a realidade e o sistema se auto-regula, com base na autonomia do econômico. É o triunfo da mercancia absoluta: o indivíduo é um sujeito sem qualidades (a não ser aquela de participar do sistema como consumidor), e as relações sociais ocorrem no mercado, que é, assim, o seu mediador fundamental. É na circulação de mercadorias que se encontra o título constitutivo da propriedade.

¹⁵Além do **El individualismo propietario** citado, serviram para a tese as obras **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996 e **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. Napoli: Jovene, [s.d.].

Dessa maneira, a propriedade deixa de ser um direito da pessoa para se transformar no princípio da organização da sociedade marcada agora pelo signo do econômico.

Esse estado de coisas leva a uma situação de individualismo proprietário. A qualidade do homem é dada não por suas experiências pessoais, mas pelo que possui, pelo que tem. O que importa é a quantidade e não a qualidade, e isso agrava-se ainda mais com a sociedade de massas. O processo de "economização" das relações sociais leva à redução das alternativas de vida às opções do mercado. O sistema, fundado no mercado e no racionalismo economicista, acaba sendo formal e patrimonial. BARCELLONA, apesar do tom pessimista de suas afirmações, volta-se para a esperança¹⁶ de que a sociedade encontre outro caminho que faça ressurgir o homem concreto e não o sujeito formal.

Paolo GROSSI, com seu *La propiedad y las propiedades*,¹⁷ trabalha com a idéia de que a principal característica da propriedade moderna é a sua simplicidade e abstração. A propriedade moderna, ao contrário da feudal, é construída a partir do prisma do sujeito e não da coisa apropriada. A propriedade medieval caracterizava-se especialmente por sua efetividade, o que permitiu o surgimento de vários tipos proprietários. A propriedade moderna, que é expressão da mentalidade individual, se constrói do ponto de vista das faculdades abstratas do sujeito, e, por isso mesmo, é melhor representada por um título do que por um fato.

Por ser abstrata, a propriedade é simples: um só modelo, o arquétipo do Código Napoleônico. E para ser simples, a propriedade moderna tem de ser totalmente abstrata, capaz de admitir os conteúdos mais variáveis. GROSSI chama a

¹⁶Ao final da edição espanhola de seu livro, há uma entrevista concedida ao Prof. Mariano Maresca na qual é feita uma abordagem do caminho intelectual de BARCELLONA desde a publicação daquela obra. Na entrevista, à argumentação que o final do "El individualismo..." parece ser um final desesperado, o professor italiano diz que espera não voltar àquele pessimismo e pretende chegar à esperança. (**El individualismo...**, p.161).

¹⁷GROSSI, Paolo. **La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico**. Madrid: Civitas, 1992.

atenção para a necessidade de se estudar o fenômeno proprietário a partir da mentalidade moderna, que é a da individualidade e da abstração.

No que diz respeito ao ensino jurídico, serve de marco teórico para este trabalho a obra de Inês da Fonseca PÔRTO intitulada "Ensino jurídico, diálogos com a imaginação".¹⁸ A autora atribui a crise do ensino jurídico à existência de um modelo de ensino que carrega algumas características marcantes. Identificado, através de um olhar para o passado, esse modelo, a autora relata – e decifra – os esforços empreendidos e as ações concretas para a reforma do ensino a partir do diagnóstico de que o modelo central está em crise. Trata-se, agora, de um olhar sobre o presente do ensino jurídico. Por fim, Inês PÔRTO lança seu olhar para o futuro, imaginando diálogos essenciais para o surgimento de um novo ensino jurídico. Para a autora, o ensino do direito é descontextualizado, dogmático e unidisciplinar, e a superação dessa situação somente vai se dar mediante a construção de pontes com o futuro, pontes cujo principal material é o diálogo imaginativo.

As colocações desses autores auxiliam o desvendamento de um discurso proprietário da modernidade e de um discurso do ensino jurídico. A articulação de ideologia e linguagem constrói discursos, que, produzidos pela ação do homem, se descolam de sua origem e parecem estar sempre presentes na sua regularidade. Os sentidos do discurso são administrados pelo porvir: vêm pela história e se instituem no seu próprio dizer. Os discursos funcionam de modo a assegurar a permanência de uma certa representação.¹⁹ Os marcos utilizados permitem compreender como o modelo proprietário da modernidade e o ensino do direito de propriedade formam-se em discurso, e assim tentam assegurar uma certa representação, um certo modo de

¹⁸PÔRTO, Inês da Fonseca. **Ensino jurídico, diálogos com a imaginação. Construção do projeto didático no ensino jurídico**. Porto Alegre: Fabris, 2000.

¹⁹ORLANDI, **Análise...**, p.73.

existir. Este trabalho coloca-se na encruzilhada da estabilização e das rupturas do discurso proprietário e do discurso do ensino do direito de propriedade.

O trabalho é marcado, também, por inspirações. No percurso, acadêmico ou não, do autor deste trabalho, idéias, possibilidades e propostas vêm se acumulando e adquirindo sua própria personalidade. Assim, Orlando de CARVALHO, ao defender um direito civil *a serviço da vida* no seu "Para uma teoria da relação jurídica civil",²⁰ e por sua procura em desvendar as raízes do sistema jurídico,²¹ é uma presença constante nas idéias que formataram este trabalho.

Gustavo TEPEDINO tem dois escritos sobre a propriedade²² que já se tomaram clássicos, e cujas idéias revelam o direito de propriedade constitucionalizado. A tutela da pessoa humana na disciplina da propriedade, a necessidade de proteção aos interesses dos não proprietários, a multiplicidade de estatutos proprietários e outras colocações ajudam a compreender o direito de propriedade brasileiro na atualidade e permitem pensar na construção de um novo discurso proprietário.

A necessidade de dar um certo sentido à docência e à pesquisa é marcante na obra de Luiz Edson FACHIN.²³ Não involuntariamente seu livro *Teoria Crítica do Direito Civil* principia por delimitar o plano do ensino jurídico da teoria geral

²⁰CARVALHO, Orlando de. **Para uma teoria da relação jurídica civil. I. A teoria geral da relação jurídica - seu sentido e limites.** 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981.

²¹CARVALHO, Orlando de. **Direito das coisas. Do direito das coisas em geral.** Coimbra, 1977. nota prévia, s/p.

²²TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: _____. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.267-291; e TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 85, v.306, p.74-78, abr./maio/jun. 1989).

²³Assim, por exemplo, em *Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo*: "Premissas inaugurais fundam os trabalhos que podem nascer dessa idéia e se abrem como uma iniciativa para eventualmente coadjuvar os demais afazeres, coletivos e individuais, que dão sentido à pesquisa e à docência". (In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.317).

do Direito Civil,²⁴ e criticá-lo. Por isso e por mais, o conjunto de sua obra – principalmente a *Teoria Crítica*, citada – auxilia a fundamentação das premissas e o desdobrar de idéias. Sob a perspectiva de que "futuro, ruptura e transformação seguem, pois, lado a lado, na tentativa da construção desse caminho, novo ou renovado, nascido do choque inevitável entre a realidade e as categorias jurídicas ultrapassadas",²⁵ constrói-se a tese, que, aliando o discurso proprietário ao ensino jurídico, procura demonstrar que, entre rupturas e permanências, a reflexão pode apontar novos rumos ao direito e seu ensino.

FACHIN lembra da necessidade de arejar o legado teórico do direito privado através da busca de uma raiz antropocêntrica, da procura do sujeito concreto, para quem, afinal de contas, faz-se, ou deve-se fazer, o Direito. A construção de um novo direito exige ancorá-lo na pessoa concreta. Esta é a ruptura/transformação que FACHIN enxerga como possível e necessária no futuro do direito privado.

Todos esses autores e suas lições convergiram para a formação de um núcleo essencial de idéias, por onde andaram as reflexões que se fizeram constantes no elaborar deste trabalho.

Entre eixos e limites

A partir da escolha do tema e das categorias escolhidas para enfrentá-lo, pode-se falar num plano de trabalho. Preliminarmente, é necessário conhecer quando e onde se deu a construção do discurso proprietário: as origens da formação do *modelo proprietário* e do *princípio proprietário*, e as suas rupturas, ou tentativas de ruptura. Depois, cabe compreender o papel do ensino jurídico na manutenção do discurso proprietário. Ainda que se fale de ensino jurídico, o trabalho vai dedicar-se especialmente ao ensino do direito de propriedade. Daí em diante, o trabalho vai tentar identificar os procedimentos do discurso proprietário que influenciam o ensino

²⁴FACHIN, *Teoria...*, p.21.

²⁵FACHIN, *Teoria...*, p.329.

do direito de propriedade e, mais importante, os procedimentos do ensino do direito de propriedade que auxiliam a manutenção do discurso.

Algumas limitações devem ser feitas aqui. São necessárias porque os dois eixos que fazem o balizamento da pesquisa são pluridisciplinares e multi-espectrais. A propriedade e o ensino jurídico, realidades vivas, remetem a situações plurais e conceitos equívocos. Recebendo influxos ideológicos de todos os matizes, mostram-se insuscetíveis de qualquer conceituação exata, mas admitem uma significação.

O *discurso proprietário* a que se vai referir é a significação ideológica derivada de um modelo proprietário que se forjou no direito da modernidade. O cadinho das transformações do fim do feudalismo (visão individualista e racional da sociedade, radicada na sua organização jurídica) faz surgir um modelo de propriedade distinto dos modelos que o antecediam imediatamente; de outro lado, a implementação de uma nova realidade econômica, cuja base é a circulação de mercadorias, faz com que aquele modelo proprietário converta-se em centro e princípio da ordem jurídica. Sobre esta realidade – fática e normativa – desenvolve-se o trabalho: pode-se dizer, então, que o tempo da investigação é o tempo do direito moderno e de sua superação.

Quanto ao outro eixo – o ensino jurídico –, duas observações devem ser feitas. Em primeiro lugar, enxergar no ensino jurídico um instrumento de reprodução do discurso proprietário não significa que outras expressões do fenômeno jurídico não colaborem para tanto. Mas também não significa que estas outras manifestações já não consigam superar ou renovar o discurso proprietário. A jurisprudência tem caminhado nas duas direções; a produção científica também.²⁶ Mas o ensino do

²⁶É fora de dúvida que o ensino, por fornecer os operadores do direito (expressão aqui utilizada no seu sentido mais amplo), acaba por ser o principal conformador de uma determinada visão do fenômeno jurídico. O que é ensinado reverbera na produção jurisprudencial e legislativa. Nesse sentido, e referindo-se exatamente aos direitos reais, disse Ricardo ARONNE: "As perplexidades advindas dos bancos acadêmicos, fruto de um tratamento esclerosado por parte da maioria esmagadora da doutrina contemporânea civilista, voltada para os direitos reais, desbordam para atingir os tribunais e a legislação pátria, que enfrenta claras dificuldades para tratar toda a matéria de direitos reais, já à beira da virada do século XX para o XXI, eis que continua se mantendo arraigada em exegeses nascidas e desenvolvidas no período anterior". (ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio. Reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.21).

direito de propriedade, seja pela forte presença da dogmática, seja pela situação atual da manualística, seja pela divisão das disciplinas nas grades curriculares, para não citar outras constatações, deixa transparecer claramente a apropriação excludente do saber, e por isso o ensino foi eleito como um os eixos do trabalho.

Cabe, em segundo lugar, notar que não se pretende desenvolver um trabalho sobre metodologias do ensino e aprendizagem, ou sobre as crises da educação jurídica,²⁷ mesmo porque tal crise é permanente: “não há um momento de crise, mas uma crise do momento”.²⁸ Mas, espera-se, a prospectiva e suas perspectivas podem auxiliar o enfrentamento da crise do paradigma político-ideológico do ensino jurídico. A reflexão talvez mereça, também, ser estendida para outros campos, e desemboque na crise generalizada da educação jurídica, mas não é isso que se pretende, ao menos por ora. Assim fica delimitado também o campo do segundo eixo da investigação: o ensino do direito de propriedade, que, alicerçado num determinado discurso, teima em manter-se fiel ao que já passou, como confirma Paulo L. Neto LOBO, ao notar que “nos cursos jurídicos e na prática judicial, a propriedade é cuidada sob um conteúdo que já não mais existe”.²⁹

Pretende-se analisar as limitações do discurso proprietário e de seu ensino a partir das categorias sumariamente propostas por FOUCAULT, ainda que outras abordagens pudessem mostrar-se interessantes. Ao tentar demonstrar a ocorrência

²⁷Horácio Wanderley RODRIGUES fala em crise estrutural (crise do paradigma político-ideológico, e do paradigma epistemológico), crise funcional (crise do mercado de trabalho, e crise de identidade e legitimidade dos operadores jurídicos) e crise operacional (crise administrativa, didático-pedagógica e curricular). O tema crise do ensino jurídico tem tido vários enfrentamentos, que serão mencionados mais adiante. (**Novo currículo mínimo dos cursos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.16 e segs.).

²⁸Gerd BORNHEIM lembra que “...o conceito de crise alcançou hodiernamente uma abrangência que o faz perpassar por praticamente todas as esferas do real (...). Salta aos olhos: o grande palco das crises chega a adensar-se de modo até espetacular no evolver da história, a ponto de se poder avançar que as palavras história e crise quase acabaram por fazer-se sinônimas”. (Crise da idéia de crise. In: NOVAIS, Aduato (Org.) **A crise da razão**. São Paulo: Companhia das Letras; Brasília: Ministério da Cultura; Rio de Janeiro: Fundação Nacional de Arte, 1996. p.47).

²⁹LOBO, Paulo Luiz Neto. Prefácio. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de propriedade e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 1999. p.9.

daquelas limitações do discurso, pretende-se “refletir **outros sentidos**, de forma e de fundo, a propósito do saber a da doutrina jurídica”.³⁰

As limitações do trabalho podem levar à argumentação que o discurso é permeável a mudanças apenas à medida que elas sirvam para mantê-lo, para confirmá-lo. Embora à primeira vista esta observação tenha procedência, enxerga-se, na dialética proposta, luzes que permitam compreender melhor o discurso proprietário. Compreender o papel do discurso do ensino do direito e as suas limitações auxilia o desenho do novo, permite a travessia, inaugura possibilidades.

³⁰FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos de direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.1. Imediatamente antes, escreveu FACHIN: “Se o outono do Direito Civil clássico vai cedendo espaço, superando o tempo embalado pelas décadas de estrito dogmatismo, talvez no desenho jurídico da primavera se apresente agora uma espécie de renascença que una, na crítica e na construção, as emissões da teoria e da prática no Direito Civil em movimento”. (Idem, ibidem).

CAPÍTULO 1

A CONSTRUÇÃO DO DISCURSO PROPRIETÁRIO

1.1 O TEMPO E O ESPAÇO DA CONSTRUÇÃO DO DISCURSO PROPRIETÁRIO

Dois grandes movimentos – o Renascimento e a Ilustração³¹ – iniciam a formatação do direito moderno. No plano político do primeiro constituíram-se os Estados, primeiramente absolutistas e depois liberais; no plano cultural do segundo firmou-se a hegemonia ideológica da burguesia,³² o que iria impulsionar a mentalidade individualista da modernidade. Partindo daí, podem-se enxergar as origens e os fundamentos do discurso proprietário da modernidade, para o qual colaboraram o surgimento dos Estados modernos, a supremacia da lei, um sistema econômico baseado na circulação de riquezas e uma visão individualista da sociedade.

O fim do feudalismo e a Revolução Francesa de 1789 são tradicionalmente utilizados como referências ao início da era moderna, mas não se pode desconhecer que as forças sociais que colaboraram para a passagem à modernidade já vinham,

³¹Sérgio ROUANET dá identidades distintas às expressões *Iluminismo* e *Ilustração*. Iluminismo é “a destilação teórica da corrente de idéias que floresceu no século XVIII” e, portanto, não significa uma época ou movimento. A Ilustração “designa um momento na história cultural do Ocidente”, referindo-se, portanto, a uma época ou período. (Iluminismo ou barbárie. In: _____. **Mal-Estar na modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p.13). Os termos serão usados indistintamente para se referir à situação de coisas trazida pelo advento da razão.

³²CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta prohibida**: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado. Madrid: Trotta, 1997. p.99.

de há muito, se delineando.³³ De qualquer sorte, e feito este alerta, o marco pode ser utilizado.³⁴

O surgimento do Estado moderno, ao unificar o poder político fragmentado, vai possibilitar a supremacia de uma ordem jurídica pretensamente neutra, dar condições à sistematização do direito e permitir o aperfeiçoamento da idéia de direitos subjetivos. A ascensão da burguesia com sua ideologia própria converge, igualmente, para a formação de um direito baseado na lei e em conceitos abstratos: sua atividade mercantil³⁵ competitiva vai ser incrementada por uma visão individualista da sociedade, a cujos membros são atribuídos direitos subjetivos, devidamente assegurados por uma ordem jurídica que garanta a certeza e a estabilidade imprescindíveis para a racionalidade econômica.

³³Ao se estruturar, o feudalismo já começava a se dissolver. Como diz Hilário FRANCO JUNIOR: "Gestação, nascimento, crescimento, reprodução, morte. Também as sociedades passam por este ciclo vital. E com o Feudalismo não poderia ser diferente. Mal estava completada a sua estruturação, o Feudalismo já começava a sofrer transformações. Era a dinâmica feudal, isto é, o próprio movimento do corpo social, a vida enfim da sociedade, que desencadeava uma série de mutações que de um lado expressavam a vitalidade do Feudalismo na sua maturidade, mas de outro levavam-no à sua velhice e decadência". (**O feudalismo**. São Paulo: Brasiliense, 1997. p.62). Fernando Rey MARTÍNEZ aponta como início do processo de dissolução do feudalismo o estatuto *Quia Emptores*, de 920, que permitiu a alienação dos domínios feudais aos servos sem o consentimento do senhor feudal, possibilitando a desvinculação entre o aproveitamento econômico da terra e o poder político. (**La propiedad privada en la Constitución Española**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p.11, nota 22).

³⁴"*Si è soliti individuare nel 1789, data della rivoluzione francese, la sanzione formale della genesi del sistema borghese capitalistico e della fine del sistema signorile. Si tratta di una scelta convenzionale, ma sicuramente non arbitraria. È intuitivo, però, che tale momento costitutivo si comprende solo a partire da una lunga gestazione*". (BARCELLONA, **Diritto...**, p.70). Tradução livre: "Assim é habitual indicar em 1789, data da Revolução Francesa, o sancionamento formal da gênese do sistema burguês capitalista e do fim do sistema senhorial. Se trata de um escolha convencional, mas seguramente não arbitrária. É intuitivo, todavia, que tal momento constitutivo se compreende somente desde uma longa gestação".

³⁵"Se a partir do seu aparecimento, o burguês é aquele que habita a cidade, apercebemos de que, a partir dos textos mais antigos também, burguês é sinónimo de negociante. *Burgensis vel mercator*: os dois termos estão a par; nada de espantoso se considerarmos que a própria cidade nasceu do comércio, das feiras, dos mercados". (PERNOUD, Régine. **A burguesia**. Mem Martins: Publicações Europa-América, [s.d.]. p.40).

Assim é que a presença do Estado moderno, da economia de troca e da atomização da sociedade vai permitir a ordenação jurídica da sociedade com base na idéia de direitos subjetivos individuais garantidos por uma ordem jurídico-positiva sistemática. Essa sucessão de fatores vai permitir a superação da ordem feudal e o desenvolvimento do discurso proprietário da modernidade.³⁶

1.2 O FEUDALISMO E SUA SUPERAÇÃO

Quatro características marcam a sociedade feudal: o desenvolvimento dos 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.³⁷

Talvez a principal característica do feudalismo, sob o aspecto da organização da sociedade, seja a força dos laços de dependência pessoal, que criaram uma rede concêntrica de poder. Nas palavras de George DUBY:

Os verdadeiros elos radiais desta organização concêntrica são constituídos por uma cadeia de obediências pessoais forjadas no foro privado, no seio dos agrupamentos familiares, no âmbito de criadagens várias e nos corpos combatentes que assentam sobre uma trama complexa de prestações e de contradons que a legislação carolíngia entende institucionalizar.³⁸

³⁶Do que vem de ser dito, evidencia-se que este trabalho não analisa o direito de propriedade no sistema anglo-saxão, que reflete uma tradição jurídica bastante diversa daquela presente no direito brasileiro. Para uma breve introdução sobre a propriedade no direito inglês, consulte-se ZITSCHER, Harriet Christiane. **Introdução ao direito civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. Principalmente p.273 e segs.

³⁷GANSHOF, F.L. **Que é o feudalismo?** 4.ed. Mem Martins: Publicações Europa-américa, [s.d.]. p.9.

³⁸DUBY, George. **Sociedades medievais**. Lisboa: Terramar, 1999. p.25. Trata-se da lição inaugural proferida no Collège de France, em 04 de dezembro de 1970. O prestigiado professor lembra que a brutalidade de uma sociedade de dependência pessoal como aquela foi mediada pela presença de monges e clérigos junto ao soberano.

Como o poder público inexistia ou não reunia condições de garantir a segurança dos habitantes, formam-se clientelas armadas que provêm a necessidade de segurança mediante a contraprestação de um serviço. Assim, o indivíduo recomendava-se a um senhor poderoso, devendo-lhe subordinação. O senhor concedia benefícios ao subordinado, de onde ele poderia tirar seu sustento, devendo pagar – com serviços – a proteção recebida. Estes laços pessoais aumentam de intensidade no Estado Franco e se disseminam pela Europa.

Os benefícios eram muito variados, mas com o correr do tempo concentraram-se na concessão de terras para plantio. O sistema feudal – na sua principal acepção – vai consolidar-se justamente quando a vassalidade (subordinação pessoal) une-se ao benefício. “Foi no decurso da época carolíngia que a situação mudou: as duas instituições, até então inteiramente independentes uma da outra, vassalidade e benefício foram unidas numa larga medida, de modo a constituírem um sistema institucional”.³⁹

A ordem feudal firma-se, então, na concessão de terra para que o vassalo dali tirasse seu sustento, devendo prestar serviços – inclusive militares – ao senhor. Daí falar-se em parcelamento da propriedade: surgiam direitos do senhor e do vassalo sobre o solo, como surgiam obrigações pessoais entre eles. Por conseqüência do parcelamento da propriedade, surge uma hierarquia dos direitos sobre a terra, que corresponde à hierarquia dos laços de dependência pessoal. A terra vai configurar-se como o elemento real nas relações pessoais feudo-vassálicas.⁴⁰

³⁹GANSHOF, op. cit., p.27. O próprio autor diz, mais adiante, que há, entre vassalidade e benefício uma “autêntica interpenetração”. (idem, p.64). Yves DÉLOYE é esclarecedor: “A partir de então, o vassalo passa a exigir uma terra (feudo) em troca de sua fidelidade. O que antes era uma conseqüência da vassalagem (a recompensa de uma função), se torna um fim em si (um bem patrimonial) que favorece a autonomização dos vassalos e o esfacelamento da dominação política”. (**Sociologia histórica do político**. Bauru: Edusc, 1999. p.46).

⁴⁰GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995. p.189. Também GANSHOF, após dizer que o compromisso pessoal de fidelidade passou a perder, depois do século XIII, toda sua razão de ser, já que o essencial no estatuto de um vassalo era a detenção de um feudo (op. cit., p.203-204), arremata: “O elemento pessoal nas relações feudovassálicas tornou-se algo de inteiramente acessório: a homenagem e a fidelidade eram quase já só formalidades a que era necessário sujeitar-se em determinados prazos para se poder entrar regularmente na posse do feudo”. (op. cit., p.219).

O sistema de propriedade feudal não afasta outras formas jurídicas de apropriação de bens, sendo permitido inclusive ao vassalo dispor de outras terras fora do benefício que lhe tinha sido concedido pelo senhor.⁴¹ Isso significa que a propriedade medieval não era estabelecida apenas com base no parcelamento feudal da propriedade. José Luiz de LOS MOZOS arrola, além do feudo, outros tipos proprietários: a propriedade senhorial; propriedade comunal; propriedades eclesiásticas, municipais e de universidades; propriedade alodial ou livre e outras.⁴² Pode-se falar, então, em *propriedades*. De qualquer maneira, a propriedade feudal parcelada é a que melhor representa a relação homem-terra na época.

A fragmentação do poder público devia-se, também, ao sistema de dependência homem/homem, na medida em que fazia predominar o elemento pessoal sobre o institucional no exercício do poder;⁴³ em que permitia o aparecimento de vários grupos de dominação; e em que fragilizava qualquer continuidade, no tempo e no espaço, das instituições políticas, que se volatizavam por conta das guerras, casamentos e heranças.⁴⁴

Os fatos que colaboraram para a superação da ordem feudal se confundem, já que foram as estruturas do capitalismo europeu que deram condições

⁴¹GANSHOF, op. cit., p.65.

⁴²LOS MOZOS, José Luis de. **El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica**. Madrid: Edersa, 1993. p.23 e segs.

⁴³DÉLOYE, op. cit., p.47. O poder pessoal do senhor feudal concentrava os poderes hoje reservados ao estado: "*El señor feudal detentaba, en una sola e indiferenciada pieza, el poder económico, el político, el militar, el jurídico y el ideológico sobre sus siervos y vassallos*". (CAPELLA, **Fruta...**, p.86).

⁴⁴Dois exemplos, colacionados por Juan Ramón CAPELLA (**Fruta...**) demonstram o papel do casamento como instrumento de alianças políticas e fortalecimento dos poderes pessoais: Carlos VIII da França comprometeu-se com Margarida da Áustria, que tinha dois anos de idade, e com isto fez agregar Artois e Borgonha ao seu reino; Carlos I da Espanha comprometeu-se com a princesa Luísa, que não havia completado um ano de idade. Assim se faziam e desfaziam os poderes na medievalidade.

ao surgimento do Estado moderno, e foi este que permitiu a hegemonia da nova ideologia,⁴⁵ fulcrada numa visão individualista do mundo.

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.⁴⁶ Este sistema econômico foi tumultuado por fatores vários: as forças produtivas e as estruturas sociais – principalmente na França do século XVI – vêm necessidade de modificar o sistema de forma que a produção seja incrementada. As relações de troca, que eram um fenômeno marginal na produção de riquezas, passam a generalizar-se e a ocupar o centro da cena econômica.

Há uma evidente conexão entre a constituição de um mercado de trocas e a sistemática de apropriação de bens, principalmente da terra: a utilização autônoma, plena e exclusiva das coisas é necessária em um processo de produção voltado não mais para o consumo, mas ao mercado.⁴⁷

⁴⁵A discussão sobre a transição do feudalismo para o capitalismo é das mais interessantes, mas não cabe aqui. De qualquer maneira, o espírito empreendedor do burguês, a projeção espiritual do homem moderno, as lutas das classes internas ao sistema feudal, tudo isso – e muito mais – colaborou para o surgimento da nova ordem socioeconômica.

⁴⁶*“Questa organizzazione della proprietà e della attività artigianale faceva sì che nella società feudale la produzione, tanto agricola che urbana, fosse essenzialmente fondata sul lavoro coatto”*. (BARCELLONA, **Formazione...**, p.38; _____. **Diritto...**, p.66). Tradução livre: "Esta organização da propriedade e da atividade artesanal fazia assim que na sociedade feudal a produção, tanto agrícola como urbana, fosse essencialmente fundada sobre o trabalho obrigado".

⁴⁷*“La libertà di utilizzazione piena ed esclusiva della terra, liberata a sua volta da ogni vincolo feudale, costituisce la premessa e al tempo stesso la spinta per l'avvio di un processo di produzione destinato non al consumo, ma al mercato. La produzione cioè confluisce tutta nel mercato, e colò il mercato per conseguenza è la sede nella quale ogni merce può essere scambiata e ogni bisogno può essere, tramite un atto volontario di scambio, soddisfatto pienamente”*. (BARCELLONA, **Formazione...**, p.229). Tradução livre: "A liberdade de utilização plena e exclusiva da terra, liberada por sua vez de qualquer vínculo feudal, constitui a premissa e ao mesmo tempo o impulso para o início de um processo de produção destinado não ao consumo, mas ao mercado. A produção conflui toda ao mercado, e o mercado é por consequência o lugar no qual toda mercadoria pode ser trocada e toda necessidade pode ser, através de um ato voluntário de troca, satisfeita plenamente". Também Manuel HESPANHA: "Por outro lado, ao passo que, na forma anterior, a produção visava a constituição dum fundo comum de bens, que iria ser distribuído por meio das decisões de quem tivesse autoridade para tal, na economia de mercado cada um produz por si e para si, circulando os bens em virtude de *decisões dos sujeitos produtores*, que "resolvem" trocar no mercado os excedentes das suas produções". (HESPANHA, Antônio Manuel. *Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX*. Separata de: **Vértice**. Coimbra. n.340 e 341-342, 1972. p.5-6).

Assim, era necessário liberar a circulação de bens e tornar livre a escolha do trabalho,⁴⁸ e era imprescindível a construção de uma ordem jurídica universal e não plural.⁴⁹ Os comerciantes vão ser os principais propagadores dessa pretendida liberação de laços e dessa pretensa centralidade da ordem jurídica. A apropriação de bens, na economia fundada por outra forma de produção de riquezas, vai exigir um novo regime jurídico.⁵⁰

1.3 UM NOVO PERSONAGEM: A BURGUESIA

O incremento do comércio, a difusão do direito comercial, a sistematização da produção agrícola e os levantes das cidades⁵¹ vão servir de base para o crescimento político e econômico da burguesia. As cruzadas, por transferirem as

⁴⁸*In altri termini: non solo libera circolazione dei beni, ma anche libera scelta del proprio lavoro*". (BARCELLONA, **Formazione...**, p.44; _____. **Diritto...**, p.74). Tradução livre: "Em outros termos: não só livre circulação dos bens, mas também livre escolha do próprio trabalho".

⁴⁹Pietro BARCELLONA resume as dificuldades do processo de superação do sistema feudal, e a necessidade desta superação, para um novo sistema de produção de riquezas confirmar-se: "*Anche questo processo, però, si era sviluppato in modo aggiuntivo, cioè senza eliminare del tutto la struttura amministrativa e giudiziaria del particolarismo feudale: dogane, balzeli e limitazioni di ogni tipo legati al feudo permanevano ed ostacolavano i traffici commerciali, mentre il carattere consuetudinario e localistico del diritto e la pluralità delle giurisdizioni sollevavano continuamente dubbi sulla legge regolatrice del caso e conflitti di competenze tra gli organi giudiziari, accrescendo a dismisura l'incertezza del diritto e perciò l'insicurezza delle transazioni giuridiche*". (BARCELLONA, **Diritto...**, p.71-72). Tradução livre: "Também este processo, assim, se desenvolvia de modo conjugado, isto é, sem eliminar de todo a estrutura administrativa e judiciária do particularismo feudal: aduanas, taxações e limitações de todos os tipos ligados ao feudo permaneciam e obstaculizavam os tráficos comerciais, enquanto o caráter costumeiro e localizado do direito e a pluralidade de jurisdições provocavam continuamente dúvidas sobre a lei reguladora do caso e conflitos de competência entre os órgãos judiciários, acrescentando a desmedida incerteza do direito e assim a insegurança das transações jurídicas".

⁵⁰"As novas forças produtivas, desencadeadas desde os grandes descobrimentos marítimos, exigiram um novo regime jurídico para a propriedade, que fosse antagônico ao que se consumira pela perda irremediável de sua função histórica". (GOMES, Orlando. Significado da evolução contemporânea do direito de propriedade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, v.757, p.718, nov. 1988).

⁵¹TIGAR, Michael E.; LEVI, Madeleine R. **O direito e a ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p.69.

guerras privadas para o estrangeiro,⁵² trouxeram certa segurança à Europa ocidental e permitiram o crescimento das cidades, o que vai acarretar a presença cada vez mais intensa dos burgueses nas relações econômicas.⁵³

O termo burguês designa, antes de tudo, um novo homem, um estado de fato que não existia anteriormente.⁵⁴ É um homem que, graças à riqueza que amealhou, se torna ilimitadamente ambicioso. Sua ambição é colocada a serviço de seus planos políticos e tem intenções de ser reconhecido como intelectual.⁵⁵ O poder que lhe permite exercer sua ambição vem do comércio, com o qual o burguês enriqueceu: ele é habitante da cidade, centro vivo da economia feudal, onde se encontra o mercado e que, em certas situações, torna-se independente do senhor feudal.⁵⁶ Nessas cidades, os cargos e as instituições jurídicas iam parar nas mãos dos mais ricos. A burguesia passou a ser reconhecida como elemento separado da ordem feudal, e se antes sua presença era tolerada, depois seu poder passou a ser reconhecido. O poder real, sem

⁵²TIGAR; LEVI, op. cit., p.71.

⁵³Num breve artigo, Peter BURKE refere-se às cidades como “repúblicas de mercadores”, em face da liberdade que os comerciantes detinham, em vista das demais sociedades. (Repúblicas de mercadores no início da Europa moderna. In: BAECHLER, Jean; HALL, John A.; MANN, Michael. **Europa e ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: Imago, 1989. p.232). Ali há um extenso rol das cidades e burgueses que se destacaram nas atividades mercantis. Consultar também LE GOFF, Jacques. **Mercadores e banqueiros na Idade Média**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

⁵⁴PERNOUD, op. cit., p.10. Nas palavras de Leandro KONDER: “O homem burguês, por conseguinte, é uma figura pioneira, um tipo humano que ao surgir introduz uma inovação significativa na história”. (**Os sofrimentos do “homem burguês”**. São Paulo: Senac, 2000. p.14).

⁵⁵Régine PERNOUD fala das ambições do burguês por volta de 1840: “Mas a sua ambição é diferente da de seu avô, que tanto desejou casar com uma filha da nobreza, diferente da de seu pai que pretendia ser introduzido, pelo menos, na nobreza imperial: a sua ambição, colocou-a ao serviço de seus planos políticos, e nesse sentido conseguiu-o. Mas tem uma outra: depois do lugar na Câmara dos Deputados, visa um cadeirão na Academia das Ciências Morais e Políticas. O burguês é um homem sentado”. (op. cit., p.22-23).

⁵⁶“Assim, em inícios do século XI a burguesia conquistara áreas autônomas dentro do sistema feudal, enclaves dentro dos quais as relações econômicas e jurídicas eram conduzidas de forma diferente da vigente nas mansões”. (TIGAR; LEVI, op. cit., p.101).

lastro econômico, viu-se na contingência de fazer uma *embaraçosa trégua*⁵⁷ com os comerciantes que, então, enriqueciam cada vez mais.

Como os adversários à legitimação da burguesia no ordem política ainda estavam presos à ideologia jurídica, econômica e religiosa de seu tempo, foi necessário que ela adquirisse legitimidade e *status na* ordem feudal e **por** padrões feudais.⁵⁸ Assim, os comerciantes passaram a adquirir terras,⁵⁹ muitas vezes indo habitar no campo. Dessa forma, pelo exercício da compra e venda,⁶⁰ a burguesia vai conseguir satisfazer sua ambição política mediante a conquista de posições econômicas.

E é essa origem que explica a contraposição da ideologia burguesa à ordem feudal: as relações que se baseavam na compra e venda “eram incompatíveis com a idéia feudal fundamental de laços de vassalagem”.⁶¹ Permanecer **na** e **com** a ordem feudal era obstaculizar as próprias ambições políticas e intelectuais da burguesia, além das pretensões econômicas.

Esses obstáculos eram, entre outros, o caráter estamental da sociedade feudal, a forma de titularidade exercida sobre a terra e a incerteza de uma ordem jurídica plural.

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

⁵⁷TIGAR; LEVI, op. cit., p.127.

⁵⁸Idem, p.148.

⁵⁹“O termo burguês começa a designar o que possui, na cidade, bens imóveis. A partir do final do século XVIII, burguês significa possidente”. (PERNOUD, op. cit., p.35).

⁶⁰Compra e venda aqui entendida como comercialização de bens produzidos por outrem. “É importante notar que chamam de comerciante, na época, àquele que compra para revender e não àquele que vende o produto de seu trabalho”. (PERNOUD, op. cit., p.41).

⁶¹TIGAR; LEVI, op. cit., p.120. Na mesma obra afirmam “o reconhecimento de que, com o patrocínio real, a burguesia poderia desenvolver suas relações econômicas além dos limites de qualquer única cidade”. (idem, p.147).

ausência de autonomia nas suas ações, vinculados que estavam à terra e aos senhores feudais.

O parcelamento do direito à terra dificultava, de outra parte, que ela fosse objeto de compra e venda, isto é, que fosse considerada mercadoria. Como sua importância socioeconômica era fundamental e se configurava em elemento de libertação dos indivíduos em face dos privilégios da nobreza e do clero, foi necessária a liberação da terra dos múltiplos ônus que sobre ela incidiam, para que plenos poderes proprietários fossem atribuídos a um só indivíduo.

E, por fim, havia ainda o obstáculo trazido por uma ordem jurídica plural e não sistemática. A ausência de um poder central provocava uma situação de pluralismo jurídico, na qual as fontes do direito, cuja hierarquia não estava bem definidas, eram as mais diversas.⁶² A calculabilidade – jurídica e econômica – é essencial para a atividade mercantil-capitalista.⁶³ A insegurança jurídica – seja em relação às suas fontes, seja em relação à sua interpretação – gera insegurança nas atividades econômicas: a racionalidade econômica depende da racionalidade jurídica.

⁶²"*La borghesia europea, immersa nella prima rivoluzione industriale e protesa nell'espansione e nel dominio dei mercati, non può tollerare un diritto incerto o dubbio, di cui è già difficile stabilire le diverse fonti ed accertare l'attuale vigore*". (IRTI, Natalino. **Codice Civile e società politica**. Roma: Laterza, 1995. p.22). Tradução livre: "A burguesia européia, imersa na primeira revolução industrial e protegida pela expansão e pelo domínio dos mercados, não pode tolerar um direito incerto e duvidoso, do qual já é difícil estabelecer as diversas fontes e reconhecer o atual vigor".

⁶³"*Ma la **calcolabilità** è necessaria al capitalismo: dove, sostituendosi la produzione in massa alla produzione per singoli clienti, il capriccio individuale e l'incertezza normativa sono i rischi più alti e gravi. Occorre una **matematica delle azioni**, sicché ciascun soggetto del rapporto economico sia in grado di calcolare il comportamento degli altri, e di valutare vantaggi e svantaggi della scelta. Lo 'speculare' dell'imprenditore – questo vedere oltre il presente, puntando su fatti futuri (come offerta di merci o corso dei cambi o decisioni politiche o esiti militari) – sarebbe impossibile o in tutto arbitrario, se egli non disponesse almeno della calcolabilità giuridica, cioè della **certezza dei significati***". (Idem, p.22-23). Tradução livre: "Mas a calculabilidade é necessária ao capitalismo: onde, substituindo-se a produção em massa à produção para clientes individuais, o capricho individual e a incerteza normativa são os riscos mais altos e graves. Ocorre uma matemática da ação, sem a qual nenhum sujeito da relação econômica está em condições de prever o comportamento dos outros e de valorar as vantagens e desvantagens de cada escolha. O 'especular' do empreendedor – este visualizar além o presente pontuando sobre fatos futuros (como oferta de mercadorias, curso das trocas ou decisões políticas ou êxitos militares) – seria impossível ou totalmente arbitrário, se ele não dispusesse pelo menos da calculabilidade jurídica, isto é da certeza dos significados".

A modificação das relações entre poder econômico e poder político é colocada na ordem do dia, e precisam ser redefinidas. Por tudo isso, e muito mais, a burguesia prontamente aliou-se aos filósofos de então, criando os alicerces da formação de um poder centralizado, baseado no modelo jusnaturalista, que refletisse e garantisse seus ideais.⁶⁴

1.4 O PAPEL DAS LUZES E DA RAZÃO

A aliança entre comerciantes enriquecidos e filósofos reconhecidos foi, a bem dizer, permanente, alcançando o Iluminismo.⁶⁵ E de fato, aos filósofos iluministas caberá o papel de ideólogos daquela classe,⁶⁶ e “a emancipação política de uma nova classe é apresentada, por parte de seus ideólogos, em termos de emancipação do Homem em geral”.⁶⁷ Assim é que a união entre a burguesia e a filosofia iria culminar, com o advento da razão, no Estado moderno liberal. Esta união foi “o triunfo de uma aliança sem nuvens entre a finança e o pensamento, esta

⁶⁴Assim, a racionalização burguesa do Estado teria de compatibilizar dois aspectos aparentemente contraditórios: constituir um Estado separado do corpo social, mas, ao mesmo tempo, subordiná-lo ao seu controle e adaptá-lo às suas exigências”. (NOVAES, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Separata de: **Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra, v.24, 1987. p.68).

⁶⁵Ernesto SÁBATO registra um paradoxo nesta aliança: “Quanto ao burguês, havia emergido como realista, preocupando-se apenas pelo que tinha diante do nariz, desconfiando de toda espécie de abstrações. Mas com alavancas e rodas não se faz a ciência moderna: é necessário unir os fatos em um esquema racional e abstrato”. (**Homens e engrenagens**: reflexões sobre o dinheiro, a razão e a derrocada de nosso tempo. Campinas: Papirus, 1993. p.36).

⁶⁶“Suas ambições e suas dúvidas [do homem burguês], suas exigências e seus medos, suas expectativas e suas precauções, tudo isso se manifestava na reflexão dos pensadores do ‘Século das Luzes’”. (KONDER, op. cit., p.17).

⁶⁷FORTES, Luiz R. Salinas. **O iluminismo e os reis filósofos**. 8.ed. São Paulo: Brasiliense, 1999. p.21. Na pequena obra o autor demonstra o prestígio dos filósofos por volta do século XVIII: um jogo de cartas editado em Paris tinha, no lugar dos reis, entre outros, as figuras de Rousseau e Voltaire. (Idem, p.11).

alargada como o exercício da razão raciocinante”.⁶⁸ A ideologia se tornava em ordem jurídico-política.

Se as teorias acerca da formação do Estado serviram à burguesia para a concreta implantação de seu projeto político, foi também com os filósofos do Iluminismo que ela teorizou a superação do Estado absoluto⁶⁹ – que poderia, por sua própria concentração de poder, obstaculizar a implantação daquele projeto.⁷⁰

⁶⁸PERNOUD, op. cit., p.76. A autora prossegue explicando a ligação da burguesia com a filosofia racionalista, em longa digressão, mas que vale ser transcrita: “Porque, no intervalo, a burguesia tinha aprendido a explorar metodicamente os recursos da razão humana. Descartes, ele próprio um burguês, (...), tinha fundado a filosofia sobre bases inteiramente novas, que eliminam os métodos tradicionais da escolástica. Como os filósofos antigos, parte do homem, mas, mais radical que eles, apenas admite, em busca da verdade, a razão; é através das únicas luzes do seu raciocínio que o homem pode, mediante certos princípios, aceder ao conhecimento. Esses princípios são de natureza quantitativa – os mesmos que servem as ciências matemáticas: a evidência, assimilada à verdade, a decomposição de cada problema de conjunto numa enorme quantidade de problemas de pormenor mais fáceis de resolver, a ordem rigorosamente lógica imposta ao pensamento, permitindo-lhe evitar erros. O conjunto podia satisfazer a mentalidade burguesa, plena de clareza e de ordem lógica, habituada a regular a sua conduta e o seu pensamento em dados do seu próprio entendimento. Quer seja comerciante, legista ou funcionário, o burguês ocupa-se de noções precisas, quando não se ocupa de gêneros materiais; a sua, actividade no fim de contas, resume-se a números, a fórmulas ou em relatórios nos quais a razão desempenha o único, e pelo menos o principal papel – a imaginação, a sensibilidade só intervêm se estiverem primeiramente conformes ao sentido prático”. (Idem, p.77).

⁶⁹A constante busca de fundamento teórico para a implantação do projeto político burguês é bem apanhada por Renato Janine RIBEIRO, que a exemplifica com a superação do pensamento hobbesiano: “Hobbes reconhece o fim das velhas limitações feudais à propriedade – e nisso ele está de acordo com as classes burguesas, empenhadas em acabar com os direitos das classes populares à terra comunal ou privada – mas, ao mesmo tempo, estabelece um limite muito forte à pretensão burguesa de autonomia: todas as terras e bens estão controlados pelo soberano”. (RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. 10.ed. São Paulo: Ática, 1998. p.72-73. v.1.). Este problema será solucionado em Locke, para quem cabe ao poder público proteger a propriedade. (Idem, p.76).

⁷⁰“O constrangimento individual e a falta de previsibilidade e segurança, decorrentes da atividade discricionária e ilimitada de um Príncipe empenhado na construção de uma 'nação culta e polida', provocariam inevitavelmente a reacção da burguesia ascendente contra o Estado de Polícia. Ainda que beneficiando da política económica mercantilista, a burguesia, afastada dos lugares de governo, necessitava de erguer uma barreira às arbitrariedades do Poder ou, pelo menos, de **domesticar** uma Administração cujas providências concretas, individuais, e logo potencialmente discriminatórias, não se coadunavam com a calculabilidade, liberdade e igualdade de oportunidades dos agentes económicos requeridas por um pleno desenvolvimento das bases económicas em que assentava o emergente poder burguês”. (NOVAES, op. cit., p.31).

Necessário era, então, limitar o poder político sob uma ótica jurídica e com base na razão, cuja presença no domínio intelectual do homem dá um novo sentido às suas ações e realizações.

O empreendimento de explicar o iluminismo é difícil⁷¹ mas algumas idéias que lhe são peculiares podem ser apreendidas.

O Iluminismo tem como característica o ingresso da *razão* nos domínios filosóficos, afastando a *revelação* e a *tradição*. A partir do Século das Luzes a razão penetra em todos os campos do saber humano, para não mais sair,⁷² substituindo uma visão do mundo marcada pela presença de saberes intuitivos, dos quais se deduzia o conhecimento. O século XVII caracterizara-se por uma filosofia marcada pelo mistério da revelação, com bem aponta CASSIRER:⁷³

Para que lhe [ao século XVII] parecesse verdadeiramente “filosófico”, era preciso que o saber tivesse alcançado e estabelecido com firmeza a idéia primordial de um ser supremo e de uma certeza suprema intuitivamente apreendida, e que tivesse transmitido a luz dessa certeza a todo o ser e a todo o saber dela deduzido. É o que efetivamente ocorre quando, pelo método da demonstração e da dedução rigorosa, são mediatamente ligadas à certeza primordial outras proposições, a fim de se percorrer, por meio dessa conexão imediata, toda a cadeia do cognoscível e de a encerrar sobre si mesma. Nenhum elo dessa cadeia pode ser separado do conjunto, nenhum deles se explica nem se conclui por si mesmo. A única explicação de que é suscetível consiste em sua “dedução” rigorosa e sistemática, a qual o reconduz à causa primeira do ser e da certeza, permitindo assim avaliar a distância a que se encontra em relação a essa causa primeira e ao número de elos intermediários que o separam daquela.

⁷¹A dificuldade é evidente, principalmente por conta de todos os detalhes e ramificações que a filosofia do Século das Luzes trouxe consigo. O que merece relevo é, entretanto, a idéia que movimentou a filosofia iluminista com seus reflexos no campo jurídico. No prefácio de sua obra *A filosofia do Iluminismo*, Ernst CASSIRER alerta que pretende “considerar a história da filosofia sob uma luz que não tem por única finalidade estabelecer e descrever os resultados, mas, ademais, revelar as forças criadoras por meio das quais esses resultados são intimamente elaborados”. (**A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1997. Prefácio).

⁷²Diz CASSIRER “...para aquela época que foi a primeira a descobrir e a afirmar apaixonadamente a autonomia da Razão, e a impô-la em todos os domínios da vida do espírito”. (op. cit., p.15).

⁷³Idem, p.24.

O novo espírito filosófico não significou uma ruptura com os saberes anteriores, mas se caracterizou por transferir à razão o papel de direcionadora do conhecimento. Tratou-se apenas de um deslocamento de acento, que passa do geral para o particular, dos princípios para os fenômenos.⁷⁴ Ao invés de os saberes derivarem de um dado certo, revelado ao homem, a observação dos fenômenos é que aponta quais são os princípios. Na inestimável expressão de CASSIRER, “a observação é o *datum*; o princípio, a lei, o *quaesitum*”.⁷⁵ Em outras palavras: da observação dos fenômenos é que derivam os princípios. Tal dedutivismo pressupõe a observação e a análise racional dos fenômenos, para que se possa descobrir, estabelecer e consolidar a verdade. Assim, a razão ensina a percorrer o caminho empírico da natureza.⁷⁶

Se o primeiro passo do Iluminismo foi determinar a fronteira entre a matemática e a filosofia, de forma a libertar aquela de qualquer vinculação a problemáticas particulares e possibilitar a aplicação ilimitada da análise, logo se fez presente a necessidade de se explorar filosoficamente outras realidades – inclusive para submetê-las à autoridade da razão: o Estado e a sociedade.

Na razão residiu a fonte intelectual da luta política da burguesia para, depois de superar as barreiras sociais da sociedade estamental, ultrapassar a imprevisibilidade reinante no Estado absoluto. Com a racionalização de todo poder político, que vai passar a ser um Estado de instituições e formas jurídicas, forma-se um “Estado de direito legislativo e administrativo, onde a esclerose dos **conteúdos políticos** ia de par com a redução da Constituição e do Direito a meros problemas organizativos”.⁷⁷ Por isso se diz que a organização burocrática é o elemento fundamental que viabiliza os demais elementos de cuja confluência resulta a

⁷⁴CASSIRER, op. cit., p.44.

⁷⁵Idem, p.26.

⁷⁶Idem, p.32.

⁷⁷NOVAES, op. cit., p.111.

realidade material do Estado:⁷⁸ um poder institucionalizado, que suprime e torna rarefeitos os estamentos.

A formação do Estado moderno, de cor liberal, e a hegemonia das idéias burguesas assentam numa visão individualista da sociedade, que marca o tempo e o espaço da construção do discurso proprietário.

1.5 UM OUTRO PERSONAGEM: O ESTADO MODERNO

As profundas transformações estruturais – inclusive as decorrentes do novo modo de produção de riquezas – da ordem feudal⁷⁹ levaram à formação dos Estados absolutistas, cuja estrutura preparou o advento do Estado liberal.⁸⁰ A monarquia, beneficiada pela crise dos feudos, do papado e do império romano-germânico, fortaleceu-se, enfeixou o poder latente nos vários escalões do feudalismo e unificou a vida nacional com base no território dos velhos reinos, por sobre as fronteiras feudais. Assim, o Estado integrou e absorveu os poderes locais, concentrando o poder em relação às funções administrativas.⁸¹

⁷⁸STRECK, Lênio L.; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.29.

⁷⁹“O século XVII é então um século de crise numa Europa em plena mutação: mudança econômica e social, mudança de mentalidades sacudidas por guerras religiosas e crises políticas que estas inevitavelmente causam, e cuja principal consequência residirá em uma profunda transformação na monarquia, que não deixará de tirar proveito da grande desorientação dos indivíduos e das instituições para tornar firme e reforçar sua autoridade até torná-la absoluta”. ANGOULVENT, Anne-Laure. **Hobbes e a moral política**. Campinas: Papirus, 1996. p.19). Jorge MIRANDA liga a crise do sistema à “crise geral da mentalidade e da vida medievais”. (**Manual de Direito Constitucional. Tomo 1. Preliminares. A experiência constitucional**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. p.64).

⁸⁰WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Fabris, 1990. p.24-25. Os autores referem o Estado Estamental, que marcaria a transição da forma estatal medieval para o Estado Absolutista, e que se fundaria em pactos elaborados e subscritos pela alta nobreza, baixa nobreza, clero e burguesia. (STRECK; MORAIS, op. cit., p.27). Estado, no qual, conforme a expressão precisa de Jorge MIRANDA, “o rei e as ordens ou estamentos criam a comunidade política”. (op. cit., p.74).

⁸¹SALDANHA, Nelson. **Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia política**. Porto Alegre: Fabris, 1987. p.110-111.

O Estado absolutista opera com a máxima concentração de poder e possibilita a coesão nacional a partir das idéias de soberania e territorialidade, fundando-se numa organização burocrática do poder que permitirá a gestão da coisa pública.⁸² Estes fatores serão aproveitados na formação do Estado liberal para permitir a governamentalidade, ainda que sob outra visão do poder.

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 e 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.⁸³

Esse modelo se constituirá no reflexo, em nível teórico, da sociedade burguesa. Nos aspectos indicados por BOBBIO, vê-se que a contraposição estado de natureza/sociedade civil vai refletir toda a ideologia da classe que começava a se impor nos domínios do político. O estado de natureza, com suas relações elementares econômicas (a luta pela posse de bens para a sobrevivência) vai permitir a visualização da esfera econômica como distinta da esfera política; esta distinção esfera econômica/esfera política representará a emancipação da classe em face do Estado existente. O estado da natureza – no qual todos gozam de autonomia religiosa, moral e econômica – reflete a visão individualista da sociedade; no estado de natureza a liberdade e igualdade encontram seu lugar, contrapondo-se à

⁸²Sobre o tema, ver a interessante manifestação de Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR. As origens do Estado contemporâneo ou o Leviathan gestor da economia. **Revista Brasileira de Filosofia**. São Paulo: v.36, fasc. 148, p.298 e segs., out./dez. 1987.

⁸³BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p.1 e segs. BOBBIO deixa claro que se trata de um modelo – e chega a apontar as variantes desse modelo –, mas cujos elementos estruturais não se modificam na maior parte dos filósofos políticos.

sociedade tradicionalmente hierárquica, o que vai animar a luta contra os obstáculos que impedem a emancipação da classe burguesa. A idéia de que o Estado se forma sobre o consenso dos indivíduos representa a tendência de a burguesia ter sob seu controle um instrumento de dominação ideológica, o que passa pela conquista do poder político; e a idéia de que o poder se forma somente sobre o consenso é própria de quem não tem ainda o poder, mas luta para conquistá-lo.⁸⁴

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.

Na teorização da passagem do estado de natureza para a sociedade civil⁸⁵ descobrem-se os homens como indivíduos. Livres e iguais, não mais unidos por ligações orgânicas (como o senhor e o servo), dependentes apenas de si, ligados aos outros apenas para, dentro de sua autonomia, trocarem os produtos que precisam para sobreviver. Estavam lançadas as bases de uma nova visão do homem e do mundo: indivíduos que competem em busca da sobrevivência numa convivência assegurada pela presença do Estado.

⁸⁴BOBBIO, **Thomas**..., p.9-10.

⁸⁵Hobbes foi, na opinião de BOBBIO, o “grande e inigualável construtor da primeira teoria do Estado moderno”. (**Thomas**..., Premissa). Sobre o pensador inglês consulte-se, entre outros Anne-Laure ANGOULENT (op. cit.) e Renato Janine RIBEIRO (op. cit.).

1.6 O INDIVÍDUO, OU O SUJEITO DO ILUMINISMO

Na ordem feudal – que se rompia – não se podia falar especificamente em subjetividade, mas em estatutos. As regras jurídicas surgiam, assim, da atribuição de poderes conforme o *status* ocupado pelo indivíduo: *“La condizione naturale dettata dalla nascita o dalla appartenenza alla classe costituisce il meccanismo che media il rapporto fra il soggetto e il diritto, inteso come la sfera di potere, allo stesso tempo pubblico e privato, concesso dal sovrano a determinate categorie o gruppi sociali”*.⁸⁶

As concepções filosóficas da Ilustração auxiliam o desenho de um novo personagem: o indivíduo. A centralidade da razão humana foi a responsável pelo que se pode, conforme a lição de Stuart HALL, chamar de o **sujeito do Iluminismo**, que partia de uma concepção da pessoa humana como “indivíduo totalmente centrado, unificado, dotado das capacidades da razão, de consciência e de ação”,⁸⁷ dotado de uma essência ou núcleo fundamental que é a sua própria identidade. Assim, ainda que sofrendo as influências do que lhe era externo, o sujeito do iluminismo era um **sujeito individual**. As relações externas do sujeito não eram capazes de lhe alterar a identidade, pois que estava fortemente preso à idéia própria de **ser em si**, de ter um **sentido em si** estável. A essa visão correspondia a concepção de que *“A questa esigenza rispondeva in modo specifico la concezione, elaborata dall'illuminismo e dal giusnaturalismo, che l'uomo in astratto, considerato cioè al di fuori de ogni rapporto, fosse portatore di prerogative, di diritti innati; l'idea che nessun vincolo, nessun limite poteva essere imposto al singolo al di fuori di quelli che derivano dall'esigenza di convivenza”*.⁸⁸

⁸⁶BARCELLONA, **Diritto...**, p.203. Tradução livre: "A condição natural ditada pelo nascimento ou pelo pertencimento a certa classe constitui o mecanismo que medeia a relação entre sujeito e direito, entendido como a esfera de poder, ao mesmo tempo público e privado, concedido pelo soberano a determinadas categorias ou grupos sociais".

⁸⁷HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 3.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 1999. p.10.

⁸⁸BARCELLONA, **Diritto...**, p.204. Tradução livre: "A esta exigência respondia de modo específico a concepção, elaborada pelo Iluminismo e pelo jusnaturalismo, que o homem em abstrato, considerado ao largo de qualquer relação, fosse portador de prerrogativas, de direitos inatos; a idéia que nenhum vínculo, nenhum limite podia ser imposto ao indivíduo afora aqueles que derivam da exigência de convivência".

Talvez na confluência da **quebra com o antigo** e da visão do homem como ser racional – e, portanto, dominador do saber – encontre-se a origem da concepção do novo sujeito,⁸⁹ que seria herdada e assumida pelo direito moderno. Esta confluência é bem apanhada por Sérgio ROUANET:

O racionalismo iluminista implica, positivamente, a fé na razão, em sua capacidade de compreender o mundo físico e de ter acesso à verdade moral, e mais especificamente a fé na ciência, como instância habilitada a conhecer a natureza e transformá-la para satisfazer às necessidades materiais dos homens. Negativamente, significa o desencantamento, a denúncia do mito e da superstição, o questionamento da autoridade dogmática e o exame crítico da tradição.⁹⁰

A filosofia do Iluminismo caracterizou-se por romper com a tradição, passando a utilizar a razão como crítica e guia na busca de novos fundamentos para a vida humana. A *resoluta hostilidade*⁹¹ do Iluminismo à tradição justifica-se porque esta “é uma força hostil que mantém vivas crenças e preconceitos que é sua [do Iluminismo] obrigação destruir”.⁹² Foi justamente a tese de que tradição e erro coincidiam que possibilitou a derrocada total da antiga organização social da humanidade e, conseqüentemente, permitiu a formação de uma nova estrutura de vida: a modernidade. De fato, a superação dos cânones antigos, a livre pesquisa e a independência em relação a crenças e preconceitos possibilitaram o surgimento de uma nova civilidade.

⁸⁹O sujeito do iluminismo passa a ser o sujeito do direito moderno, e assim ocupa um espaço privilegiado no fenômeno jurídico. A este respeito, e servindo de endosso à tese da reprodução constante de um direito construído segundo determinados moldes, registre-se a bem lançada colocação de Mauro Almeida NOLETO: “Desde o início de minha formação jurídica, ainda na leitura dos manuais clássicos de Introdução ao Direito, uma certeza começava a dissipar-se: a afirmação segundo a qual o que poderia ser mais evidente do que o fato de ser o homem o centro do mundo jurídico?” (**Subjetividade jurídica. A titularidade de direitos em perspectiva emancipatória**. Porto Alegre: Fabris, 1998. p.28).

⁹⁰ROUANET, Sérgio Paulo. Tomismo e iluminismo. In:_____. **Mal-estar na modernidade** São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p.409.

⁹¹ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.535.

⁹²Idem, *ibidem*.

A presença da razão no pensamento filosófico gera uma força intelectual não experimentada antes, principalmente porque faz despertar a sede de saber da alma humana, a curiosidade inerente à espécie, o húmus intelectual do ser humano: passa-se de idéia para idéia, sem que se possa vislumbrar o esgotamento da curiosidade intelectual. O desejo de conhecimento, que havia sido banido pela dogmática teológica, efervesce no século XVIII. Por isso a divisa do Iluminismo é o *sapere aude!*. Por isso o Iluminismo é a filosofia do *Besserwissens*.⁹³

O Iluminismo faz aparecer esse novo sujeito, esse *começo absoluto*,⁹⁴ como bem destaca ROUANET:

Enfim, a preocupação com a individualidade é a terceira grande característica do Iluminismo. Ele considera o aparecimento do indivíduo uma ocorrência decisiva na história da humanidade. Pela primeira vez na história torna-se possível pensar o homem como ser independente de sua comunidade e de sua cultura. O homem se descentra: ele deixa de ser seu clã, sua cidade, sua nação, e passa a existir por si mesmo, com suas exigências próprias, com seus direitos intransferíveis à felicidade e à autorealização.⁹⁵

A noção de sujeito de direito, fundamental para a modernidade,⁹⁶ receberia também a colaboração de KANT, para quem o homem é um fim em si mesmo, graças à dignidade que lhe é inerente. A fundamentação dada por KANT para explicar as relações do indivíduo em face do Estado deixa clara a esfera inviolável da consciência individual,⁹⁷ vale dizer, do sujeito em si. A construção da sociedade

⁹³CASSIRER, op. cit., p.14.

⁹⁴HESAPANHA, Prática..., p.7

⁹⁵ROUANET, Tomismo..., p.416.

⁹⁶A modernidade é fundamentalmente ligada à idéia de sujeito, com evidentes conseqüências na construção do jurídico: "Zannoni põe em destaque que a modernidade filosófica sustenta-se no posicionamento do sujeito como noção apriorística. O Direito moderno conceitua categorias que se expressam no sujeito, como conseqüência desta "metafísica da subjetividade". A autonomia da vontade, o contrato, o patrimônio são projeções ou atributos do sujeito" (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.540).

⁹⁷Sobre o tema, ver ANDRADE, Régis de Castro. Kant: a liberdade, o indivíduo e a república. In: WEFFORT, Francisco (Org.). **Os clássicos da política**. 8.ed. São Paulo: Ática, 1999. p.47-71. v.2.; e BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 4.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

pensada a partir do indivíduo atinge seu ápice e rompe definitivamente com o passado coletivo.⁹⁸

1.7 A SOCIEDADE ATOMIZADA

Os indivíduos são o ponto de partida da construção do relato político moderno.⁹⁹ Desde a dicotomia estado de natureza/sociedade civil,¹⁰⁰ o indivíduo é posto à margem de qualquer sociabilidade, que passa a ser acessória da individualidade, e não mais um conceito fundamental ou primário na organização social.¹⁰¹ A natureza do homem é a de um ser isolado, sem relação natural com seus semelhantes. Assim era o homem moderno: diferente do medieval, fora das comunidades senhoriais, dependente de si e independente dos outros.

A sociedade, então, passa a ser vista como um sociedade atomizada de indivíduos isolados, que concorrem e participam do mercado da troca de bens: esta

⁹⁸*“El giro que había que provocar, la ruptura con el pasado, consistía en llegar a pensar todo el problema de la existencia social a partir del individuo; pensar el individuo y el orden en una contextualidad, en una relación de reciprocidad; asumir una antropología individualista para poner en marcha una nueva constitución social”.* (BARCELONA, **El individualismo...**, p.43).

⁹⁹CAPELLA, **Fruta...**, p.107.

¹⁰⁰Na gênese mediata do individualismo estão o cristianismo, o humanismo e o nominalismo, mas foi Hobbes quem extraiu todas as conseqüências do individualismo para o direito, a tal ponto que Michel VILLEY afirma-o como “fundador da moderna filosofia do direito individualista”. (**Filosofia do direito - definições e fins do direito**. São Paulo: Atlas, 1977. p.118). E, assim, foi na sociedade moderna que irrompeu o indivíduo como tal: “O indivíduo senhor de si, capaz de se auto-orientar, é um sonho antigo dos homens. Uma boa amostra disso está na obra intitulada **Política**, de Aristóteles, onde já se percebe o intuito de estabelecer equilíbrio entre a liberdade individual e o bem-estar da Cidade-Estado. Todavia é no interior da sociedade burguesa que esse sonho conquista todos os espaços, aguça os espíritos, chegando muito próximo de se tornar realidade. As forças produtivas se expandem e se aprimoram, fazendo com que, a despeito de toda escravização, o ideal de a consciência individual eximir-se da tutela de outrem não se dê por vencido”. (PALANGANA, Isilda Campaner. **Individualidade: afirmação e negação na sociedade capitalista**. São Paulo: Plexus, 1998. p.8-9). Sobre as origens do paradigma individualista, ver também a concisa e bem lançada lição de António Manuel HESPANHA. **Panorama histórico da cultura jurídica européia**. Mem Martins: Publicações Europa-América, 1997. p.62 e segs.

¹⁰¹CAPELLA, **Fruta...**, p.107.

formatação econômica da sociedade exige o individualismo como sua base. Na sociedade feudal o homem havia perdido sua liberdade inata (o seu estado de natureza) através da servidão, e, agora, pelo reconhecimento das liberdades individuais se daria a sua recuperação. Nas palavras de Eliseu FIGUEIRA:

Nesta perspectiva, o destino trágico do homem tem sido obra do próprio homem (escravismo e servidão), a recuperação do homem é o regresso ao passado pela dissolução jurídica dos vínculos que o têm submetido à exploração, à subordinação e à violência. A ruptura destes vínculos, por força da lei, vem a restituir, segundo o individualismo, a liberdade e a igualdade do homem.¹⁰²

Antes a individualidade era conceitualizada de forma distinta,¹⁰³ e foi necessário que a modernidade rompesse com a tradição.¹⁰⁴ A nova orientação econômica exige uma sociedade de iguais e livres. Para derrotar a hierarquia, a igualdade; para derrotar a tradição, a liberdade.¹⁰⁵

¹⁰²FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de direito privado**. Lisboa: Caminho, 1989. p.138.

¹⁰³Essa diversa conceitualização é bem explicada por Stuart HALL: “As transformações associadas à modernidade libertaram o indivíduo de seus apoios estáveis nas tradições e nas estruturas. Antes se acreditava que essas eram divinamente estabelecidas; não estavam sujeitas, portanto, a mudanças fundamentais. O status, a classificação e a posição de uma pessoa na 'grande cadeia do ser' – predominavam sobre qualquer sentimento de que a pessoa fosse um indivíduo soberano”. (op. cit., p.25).

¹⁰⁴A razão e o Iluminismo tiveram papel fundamental na luta contra as tradições: “Quem, senão a razão, possui com efeito o verdadeiro privilégio de primogenitura? Não domina ela, do alto de sua idade, todas essas opiniões e todos esses preconceitos que a obnubilaram no decorrer dos séculos? A filosofia do Iluminismo fez sua essa reivindicação. Ela luta em todos os domínios contra o poder do costume, da tradição e da autoridade”. (CASSIRER, op. cit., p.315).

¹⁰⁵Em sugestiva obra, Alain RENAUT lembra que a crise do marxismo permite a interpretação de que a modernidade não se caracteriza pelos modos de produção capitalista, mas pela emancipação do indivíduo. Textualmente: “Não obstante, foi necessário aguardar que a crise do marxismo se tivesse ampliado, mais recentemente, até tomar a forma, nos anos 80, de um verdadeiro desmoronamento, para que se assistisse ao real progresso de um neotocquevilismo, que interpreta a história da modernidade não a partir do desenvolvimento do modo de produção capitalista, mas de acordo com uma dinâmica de emancipação do indivíduo em relação ao fardo das tradições e das hierarquias naturais”. (**O indivíduo. Reflexão acerca da filosofia do sujeito**. Rio de Janeiro: DIFEL, 1998. p.20). Também Stuart HALL: “Alguns argumentam que ele [o nascimento do 'indivíduo soberano'] foi o motor que colocou todo o sistema social da 'modernidade' em movimento”. (op. cit., p.25).

Várias idéias e movimentos colaboraram para a concepção moderna do indivíduo,¹⁰⁶ que pode ser entendido como causa e efeito da nova organização econômica do ocidente. A economia de troca exige, além **daquilo** que se troca, **aquele** que troca. A troca pressupõe escolha (entre trocar e não trocar, entre o que trocar e o que não trocar), e escolha pressupõe autonomia. A Ilustração pregava a autonomia intelectual, política e econômica do indivíduo:¹⁰⁷ saber conhecer no campo do *saber*, saber escolher no espaço público e saber agir na busca da sobrevivência e da segurança material. A igualdade era fundamental para o desenvolvimento das relações de troca: um espaço de autonomia (ou de decisões) pressupõe igualdade entre os que decidem. Todos podem trocar, todos são livres, todos são iguais. Este indivíduo igual e livre vai permanecer como a figura central tanto nos discursos da economia moderna como da lei moderna.¹⁰⁸ Trata-se, entretanto, de uma liberdade formal (mas material na medida em que se garante a liberdade de iniciativa aos indivíduos) e de uma igualdade formal. Liberdade e igualdade aparentemente reais.

¹⁰⁶Como bem explica Stuart HALL: "Muitos movimentos importantes no pensamento e na cultura ocidentais colaboraram para a emergência dessa nova concepção: a Reforma e o Protestantismo, que libertaram a consciência individual das instituições religiosas da Igreja e a expuseram diretamente aos olhos de Deus; o Humanismo Renascentista, que colocou o Homem (sic) no centro do universo, as revoluções científicas, que conferiram ao Homem a faculdade e as capacidades para inquirir, investigar e decifrar os mistérios da Natureza; e o Iluminismo, centrado na imagem do homem racional, científico, libertado do dogma e da intolerância, e diante do qual se estendia a totalidade da história humana, para ser compreendida e dominada". (op. cit., p.25-26).

¹⁰⁷Conferir Sérgio Paulo ROUANET, Iluminismo..., p.9 e segs. O autor, após lembrar que o cristianismo e a Reforma contribuíram para o processo de individualização da sociedade, destaca o papel da Ilustração neste processo: "Caberia à Ilustração, levando adiante os fermentos individualizadores da Renascença, liberar plenamente o indivíduo, extraindo-o da matriz coletiva. Ela partia da hipótese de homens isolados, que se uniam por razões utilitárias para formarem a sociedade civil. Antes do contrato, o homem é pré-social: um grupo de indivíduos dispersos. Depois do contrato, ele pode estar sujeito a leis tão severas quanto as do Estado-Leviatã, mas a sociedade continua sendo pensada como uma agregação mecânica de indivíduos e não como uma comunidade orgânica. No estado de natureza como no estado civil, o homem só existe como indivíduo". (idem, p.15-16).

¹⁰⁸HALL, op. cit., p.30.

1.8 A LIBERDADE E A IGUALDADE DOS INDIVÍDUOS: SUJEITOS DE DIREITO E SEUS DIREITOS SUBJETIVOS

A liberdade do indivíduo vai se materializar com o fim dos laços pessoais, e a igualdade tem de se formalizar. O aparente paradoxo é facilmente explicável. A economia de troca pressupõe ampla liberdade, e a experiência do Estado absolutista estava ainda nas entranhas das pessoas letradas, inclusive do burguês. Necessário então é deixar clara e expressa a limitação do poder estatal, burocratizante e limitador da autonomia. À visão do homem como indivíduo agrega-se a idéia de direito subjetivo, o que só faz atomizar ainda mais a sociedade. O indivíduo tem direitos seus, individuais e oponíveis a todos, inclusive e principalmente ao Estado. A limitação do Estado se dá, então, pela atribuição de direitos invioláveis ao indivíduo. Este passo vai ter reflexos profundos no direito da modernidade,¹⁰⁹ independente do fundamento que se dê a tais direitos.¹¹⁰

Embora as noções de liberdade e direito subjetivo nasçam juntas na medievalidade cristã, vão separar-se com o advento do jusracionalismo.¹¹¹ De qualquer sorte, a gênese do direito subjetivo demonstra que há um determinado campo para atuação do indivíduo – de cada um e de todos os indivíduos – dentro do qual ele tem ampla liberdade para decidir acerca de seu destino terreno e perseguir seus interesses.

¹⁰⁹Diz Celso LAFER “Segundo Villey, Occam é responsável pelo aparecimento do tema dos direitos subjetivos na medida em que instaurou, com o nominalismo, o ponto de vista do particular como pedra angular do Direito. Ao fazer do direito individual a célula elementar do jurídico, Occam provocou um momento copernicano na história do pensamento jurídico, de forte impacto no conteúdo liberal do Direito Ocidental”. (O moderno e o antigo conceito de liberdade. In: _____. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo: Perspectiva, 1980. p.20).

¹¹⁰Esses são variados e distintos: Direito Natural, inviolabilidade do contrato social, imperativo categórico, e outros. Consultar, inclusive sobre a ausência de um fundamento absoluto para tais direitos, Celso LAFER. (Idem, p.21-22).

¹¹¹“Os significados jurídicos assumidos pelos termos direito subjetivo e liberdade seguirão, a partir daí, caminhos separados, delimitados pelo campo de aplicação prática do direito constituído e não mais informados pelo sentido moral que lhes era sugerido pelo jusnaturalismo”. (GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p.19).

O direito subjetivo¹¹² vai servir, então, de garantia à liberdade do homem: liberdade diante do Estado e liberdade como autonomia.

Já o espaço da igualdade há que ser um espaço formal, porque a superação da estrutura tradicional pressupõe a formalização de um nova ordem, na qual todos passam a ser considerados iguais, a par de suas diferenças. A superação da ordem tradicional faz construir a idéia de sujeito de direito com as respectivas possíveis titularidades. Indivíduo e sujeito se equivalem.¹¹³ E, se todos são sujeitos, todos são iguais.

A existência concreta da pessoa não é reconhecida pelo fato de se atribuir a todos o *status* de sujeito de direito. Antes, significa tão-somente que todos podem ser titulares de direitos. Aqui reside a igualdade dos indivíduos, átomos de uma sociedade atomizada, átomos iguais – juridicamente – uns aos outros.¹¹⁴

¹¹²Sobre a noção de direito subjetivo e a conformação do direito de propriedade, consulte-se a bem-posta e concisa lição de José Reinaldo de LIMA LOPES. (Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998. p.113-143).

¹¹³Equivalência que não é natural, mas decorre das condições históricas de uma determinada estrutura social. Diz Michel MIAILLE: “Vê-se, pois, que a noção de sujeito de direito como equivalente da de indivíduo está longe de ser evidente conforme o sistema social no qual nos situamos. Não é “natural” que todos os homens sejam sujeitos de direito. Isto é o efeito de uma estrutura social bem determinada: a sociedade capitalista. Mas, então, por que é que isso é necessário nesta sociedade? Precisamente para permitir a realização das trocas mercantis generalizadas”. (MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Estampa, 1994. p.117).

¹¹⁴Abstração do sujeito, lógica de titularidades e formalismo jurídico são obstáculos que ocultam a pessoa na teia do jurídico: “De fato, o que a experiência histórica nos auxilia a comprovar é o que as tais trampas (armadilhas) constitutivas, de que nos fala Maresca, produziram no campo da subjetividade jurídica, que resultou: no progressivo desaparecimento do pensamento jurídico moderno do indivíduo humano concreto, com suas carências e particularidades (pela sua conversão em sujeito abstrato); na conseqüente alienação em massa dos indivíduos dentro de uma sociedade naturalizada e “organizada” pela lógica proprietária do mercado, sem que isso viesse a provocar alterações na teoria do sujeito de direito; e, finalmente, na redução grosseira e arbitrária das relações sociais de conteúdo jurídico aos comandos normativos estatais, à moda kelseniana, ou seja, na desconsideração do sujeito – com seu elemento volitivo, sua consciência – enquanto preservação de uma perspectiva humanista, realmente histórica, para o Direito”. (NOLETO, op. cit., p.37).

A igualdade e a liberdade, enquanto pura forma, servem para, através das titularidades, organizar o Estado liberal: “O estado liberal organizou-se, assim, de forma excludente; pela liberdade e igualdade, sim, mas prioritariamente dos proprietários”.¹¹⁵

1.9 AS TITULARIDADES

O ideal dos indivíduos empreendedores e competitivos passa, sempre, pela atribuição de titularidades, o que decorre da própria forma e estilo de viver a vida terrena. O acesso aos bens, sua manutenção e possibilidade de troca, assumem papel preponderante na criação da nova ordem social.

Bem por isso que as titularidades dependem da abstração atribuída, pelo direito, aos sujeitos.¹¹⁶ Por um mecanismo racionalista, reduzem-se todas as pessoas à qualidade de sujeitos de direito, que, na acepção mais simples, equivale à possibilidade abstrata de serem titulares de direitos. O ser, enquanto sujeito jurídico, virtualiza-se e pode ser proprietário.¹¹⁷ “Não sem sentido, nesses quadrantes, o sujeito não 'é' em si, mas 'tem' para si titularidades. É menos pessoa real e concreta (...), e é mais um 'individual patrimonial’”.¹¹⁸

¹¹⁵BARRETO, Vicente. Ética, liberalismo e capitalismo. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, v.42, fasc. 180, p.411, out./nov./dez. 1995.

¹¹⁶Na crítica a essa abstração encontra-se Luiz Edson FACHIN: “Ademais, compreende a apreensão jurídica do sujeito insular, abstrato, atemporal e despido de historicidade, vincado por um antropomorfismo virtual, sem conexão direta e imediata com a realidade histórica. Pessoa e relação jurídica, elevadas ao nível de categorias, excluem-se do real impresso na vivência efetiva das pessoas e seus vínculos”. (FACHIN, **Teoria...**, p.82).

¹¹⁷“Na ordem jurídica, a pessoa é um elemento científico, um conceito oriundo da construção abstrata do Direito. Em outras palavras, é a técnica jurídica que define a pessoa, traçando seus limites de atuação”. (MEIRELLES, 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).

¹¹⁸FACHIN, **Teoria...**, p.85-86.

A propriedade de bens é um fator de realização do indivíduo,¹¹⁹ não só porque o homem alcança sua sobrevivência pela utilização dos bens da natureza, mas também – e agora principalmente – porque a partir da troca de bens ele consegue alcançar a autonomia desejada. Se o real é concebível como zona de expansão do sujeito, é na apropriação de bens que se encontra a chave da liberdade humana.¹²⁰ Logo, a liberdade e a igualdade dos homens passam pela abstração do indivíduo e pela colocação das titularidades no centro da ordem jurídica.

Nota-se, então, que a característica de abstração da norma, princípio do Estado liberal, reflete-se na abstração dada ao próprio homem. Como a norma prevê situações genéricas e abstratas, o sujeito a que se refere também deve ser genérico e abstrato. Nesta concepção, o direito assume a neutralidade que lhe é peculiar no Estado liberal.¹²¹ O instrumental da titularidade de bens vai se firmar como ponto

¹¹⁹“Neste sentido o direito à propriedade, a todos reconhecido, permite a todos um horizonte de afirmação e deve ser tutelado por meios que permitam efectivamente a ascensão no plano económico-social segundo a capacidade e o esforço demonstrados”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil - Reais**. 5.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p.143). Sob outra perspectiva, no sentido que a proteção de um patrimônio mínimo serve como garantia de respeito à dignidade da pessoa humana, consulte-se Luiz Edson FACHIN. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹²⁰MARTÍNEZ, op. cit., p.19.

¹²¹“*In definitiva, quanto più la norma è idonea (potenzialmente) a ricomprendere un numero indefinito di casi concreti e a risolvere un numero indefinito di conflitti tra individui, tanto più può dirsi che effettivamente il giudizio giuridico è autonomo e neutrale. È autonomo perché l'elevato grado di astrattezza della norma consente di bloccare (in un altrettanto elevato numero di situazione concrete) l'eventuale operatività di altri criteri sociali de giudizio e di confinarli pertanto nell'ambito del giuridicamente irrilevante. Ed è neutrale perché, per queste stesse ragioni, è "indifferente alle differenze reali" tra le varie situazioni che la norma è diretta a regolare. Queste, anzi, sono parificate davanti alla norma, che è, essa stessa, tanto più neutra quanto più è astratta e generale*”. (BARCELLONA, **Formazione...**, p.14-15). Tradução livre: "Em definitivo, quanto mais a norma é idônea (potencialmente) a abarcar um número indefinido de casos concretos e a resolver um número indefinido de conflitos interindividuais, tanto mais pode se dizer que efetivamente o julgamento jurídico é autônomo e neutro. É autônomo porque o elevado grau de abstração da norma permite obstruir (em um elevado número de situações concretas) a eventual operatividade de outros critérios sociais de julgamento e confiná-los no âmbito do juridicamente irrelevante. E é neutro porque, pelas mesmas razões, é 'indiferente às diferenças reais' entre as várias situações que a norma é destinada a regular. Essas, assim, são parificadas diante da norma, que é, ela mesma, tanto mais neutra quanto mais abstrata e genérica".

nuclear de todo o direito privado moderno, inclusive pela capacidade de a racionalidade econômica tudo submeter a este instrumental.¹²²

1.10 O DIREITO: ESTATAL E SISTEMATIZADO

As garantias necessárias a uma ordem jurídica baseada na economia de troca – dependente portanto de certo grau de certeza nas regras do jogo – exigem um poder central e um direito também centralizado.¹²³ Assim, situações de pluralismo jurídico, por significarem incerteza incompatível com a racionalidade econômica necessária à atividade mercantil, devem ser afastadas. O pluralismo que

¹²²Exemplo limite da total extensibilidade das titularidades é o do genoma humano, em princípio comum a toda a humanidade, como demonstra José Antônio Peres GEDIEL: "O procedimento regulatório inaugurado pelo Direito Civil – que prioriza a prévia definição da natureza jurídica do bem, das formas de sua transmissão e da clara definição de sua titularidade –, se torna absolutamente aplicável ao genoma e às informações genéricas dele extraída, visto que, na sociedade de mercado, a simples possibilidade de circulação de um bem lhe agrega valor econômico e acirra a disputa entre os titulares originários e derivados desse bem". (GEDIEL, José Antônio Peres. A Declaração Universal sobre o Genoma e Direitos Humanos: um novo modelo jurídico para a natureza? **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Porto Alegre, v.34, p.52, 2000). O autor destaca a necessidade de superar o sistema clássico das titularidades, em perfeita consonância com o que se virá dizer mais adiante, nessa tese: "Nessa linha de reconstrução teórica do instrumental jurídico, novas categorias se destinam, sobretudo, a redefinir a titularidade do sujeito sobre as coisas, ultrapassando a ética da autonomia individual e a racionalidade da propriedade privada, renovando a noção de dignidade humana e revitalizando as formas de contratualidade moderna". (idem, p.57).

¹²³"Esse conjunto de datas e países reflete a efusão, a partir do século XVI, de prodigiosos esforços para formular e justificar uma ordem jurídica que satisfizesse as necessidades de uma próspera e poderosa classe mercantil. Tais esforços assentavam-se em velhos costumes e, com maior frequência, no "redescoberto" direito romano. Prenunciavam a liquidação das obrigações feudais e a criação de sociedades civis baseadas na liberdade de contrato e na propriedade. Puseram em movimento a onda de legislação que se seguiu para assegurar esses fins, que acompanharam, e eram necessários para promover as revoluções burguesas". (TIGAR; LEVI, op. cit., p.62-63).

havia tomado conta da Europa precisa ser superado em favor de uma ordem jurídica única, garantida pelo Estado.¹²⁴

Se até o século XI o Ocidente vivera uma situação de retrocesso do direito e da jurisprudência romanos, em descenso ante o predomínio das leis bárbaras,¹²⁵ a situação começou a alterar-se com o advento das universidades e o estudo do *Corpus Juris Civilis*. O trabalho das universidades teve tanta importância para o direito ocidental que BERMAN apontou o século XII como “*el siglo jurídico, el siglo en que se formó la tradición jurídica occidental*”,¹²⁶ e isto não só porque no seu interior se deu a recepção do direito romano, mas também porque a partir das universidades sucessivas levadas de graduados na ciência jurídica passariam a ingressar nos cargos

¹²⁴“*Consolidatisi gli Stati assoluti, declinata la forza della nobiltà e dei ceti professionali, costruita la moderna teoria della sovranità, il diritto si definisce come “posizione di norme statali. Diritto è il diritto legislativo dello Stato. Il vario mondo, in cui confluivano eredità romanistiche, diritti territoriali, consuetudini agricole ed usi mercantili, responsi di antichi giureconsulti e regole canoniche; tutto questo intreccio converge mano a mano, per una sorta di razionale semplificazione, nel soggetto della sovranità. Qui è il supremo potere di “stabilire ciò che è diritto, e così di accertare o selezionare il lascito del passato, di introdurre nuove regole, e di ordinare l'intero patrimonio normativo di un paese”.* (IRTI, **Codice...**, p.21). Tradução livre: “Consolidados os Estados absolutistas, declinada a força da nobreza e das classes profissionais, construída a moderna teoria da soberania, o direito se define como 'lugar da norma estatal. Direito é o direito legislativo do Estado. O mundo instável, para o qual confluíam heranças romanísticas, direitos territoriais, costumes agrícolas e usos mercantis, respostas de antigos jurisconsultos e regras canônicas; tudo isto converge pouco a pouco, para uma situação de racional simplificação, no sujeito (Estado) soberano. Aqui está o supremo poder de estabelecer o que é direito, e assim de acertar ou selecionar a herança do passado, de introduzir novas regras, e de ordenar todo o patrimônio normativo de um país”. No mesmo sentido, Judith MARTINS-COSTA: “É que, ao mesmo tempo em que o Estado se “absolutiza”, e exatamente porque é “absoluto”, intenta unificar as fontes de produção jurídica na lei – concebida, esta, como expressão da vontade do soberano – e no ordenamento jurídico estatal, cuja expressão máxima é a vontade do príncipe”. (**A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.141).

¹²⁵Idem, p.61.

¹²⁶BERMAN, Harold J. **La formación de la tradición jurídica de Occidente**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p.130.

públicos dos nascentes Estados eclesiásticos e seculares, e depois iriam colaborar para a vitória do Estado racionalizado.¹²⁷

Apesar de competir com os direitos canônico e mercantil, e também com os costumes, o direito romano iria se impor paulatinamente: era um conjunto de normas escritas, comum aos mestres, transnacional e, se comparado com o direito de algumas das regiões da Europa, mais evoluído.¹²⁸ Não só por sua cuidadosa elaboração doutrinal, mas também pela idéia da *translatio imperii*,¹²⁹⁻¹³⁰ o direito romano iria ocupar um lugar especial na formação do direito moderno. O modelo jurídico romano iria se impor, valendo “não apenas em virtude da submissão política (*ratione imperii*, em razão do império), mas também pela aceitação – voluntária – da sua razoabilidade (*império rationis*, por imperativo da razão).¹³¹ Além disso, o conhecimento do direito romano pela burguesia ascendente iria autorizar sua utilização na construção do direito europeu.¹³²

¹²⁷Sobre as participação das universidades na formação do direito ocidental, consulte-se, entre outros, BERMAN, op. cit., p.130 e segs.; LIMA LOPES, José Reinaldo de. **O direito na história - Lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p.113 e segs.; WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980. p.38 e segs.; CAENEGEM, R.C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p.49 e segs. Ver também LE GOFF, Jacques. **Os intelectuais na Idade Média**. 4.ed. São Paulo: Brasiliense, 1995; DUBY, George. **O tempo das catedrais - a arte e a sociedade - 980-1420**. Lisboa: Estampa, 1993.; VERGER, Jacques. **As universidades na Idade Média**. São Paulo: Unesp, 1990.; e CHARLE, Christophe; VERGER, Jacques. **História das universidades**. São Paulo: Unesp, 1996.

¹²⁸GILISSEN, op. cit., p.203.

¹²⁹Uma visão crítica da *translatio imperii* pode ser encontrada em Wilmar TABORDA. A questão da *translatio imperii* na época medieval. **Revista Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v.33, n.87, jan./abr. 2000. p.85 e segs.

¹³⁰WIEACKER acusa certa equivocidade na explicação da autoridade do Direito Romano apenas com base no *translatio imperii*, argumentando que o Direito Romano representaria uma moral válida em geral, um direito natural embasado em sua dignidade histórica e autoridade metafísica. De qualquer sorte, entende que aquela visão é essencialmente correta. (op. cit., p.43 e segs.).

¹³¹HESPANHA, **Panorama...**, p.82.

¹³²Duas passagens endossam a colocação: “Em vez disso, os burgueses valeram-se de velhas formas e princípios jurídicos, sobretudo romanos, investindo-os de um novo conteúdo comercial”. (TIGAR; LEVI, op. cit., p.21-22); “Para seguir completamente a curva da evolução, é necessário chegar ao século XIX, época em que entra em vigor o Código de Napoleão. É natural fazer notar os precursores sucessivos da chegada da Lei, mas menos corrente fazer notar até que ponto as vitórias do direito romano, na sua lenta ascensão, são assim aquisições positivas da burguesia em França”. (PERNOUD, op. cit., p.59). (A grafia é do português de Portugal).

O direito romano viria a ser, durante toda a Idade Média, estudado, adaptado e reconstruído, de forma a auxiliar na modelagem do direito da modernidade. Ainda que fosse um repositório de proposições prudenciais e tópicas, com ausência de ordenação,¹³³ seu estudo serviria para iniciar a dogmaticidade – autoridade do texto – no mundo do direito.¹³⁴ A escolástica, método de estudo privilegiado nas universidades, colaborara profundamente para o advento do dogmatismo.¹³⁵ O pensamento tópico romano iria transformar-se pela possibilidade de solução com base em casos paradigmáticos. “Com isto, ao invés de se utilizar basicamente dos recursos prudenciais – como a equidade e a apreciação dos interesses em jogo – o jurista vai mais além, procurando princípios e regras capazes de reconstituir harmonicamente o *corpus*”.¹³⁶

A sistematização do direito, iniciada na recepção do direito romano, é trabalhada pelo racionalismo e vai encontrar seu ápice na pandectística alemã. A razão, tida como fonte principal do conhecimento humano, tem como modelo o

¹³³CORDEIRO, António Menezes. Teoria geral do direito civil - Relatório. Separata da: **Revista da Faculdade de Direito**, Lisboa, 1998. p.44. De qualquer maneira, alguns autores enxergam no Corpus Juris Civilis verdadeiro código. Consulte-se John H. MERRYMAN, que, referindo-se a Justiniano, diz: “Segundo, era un condificador: la masa de materiales autorizados y semiautorizados se había vuelto tan grande, e incluía tantos refinamientos y puntos de vista diferentes, que Justiniano estimó conveniente eliminar lo que estuviera errado o fuera oscuro ou repetitivo; resolver conflictos y dudas; y organizar lo que conviniere conservar en alguna forma sistemática”. (**La tradición jurídica romano-canónica**. 2.ed. México: Fondo de Culutra Económica, 1989. p.26).

¹³⁴“Com um caráter novo, mas sem abandonar o pensamento prudencial dos romanos, ela [a ciência jurídica europeia] introduz uma nota diferente no pensamento jurídico: sua dogmaticidade”. (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994. p.63). A profunda autoridade creditada aos textos romanos pode ser medida pelas palavras de FERRIÈRE, colhidas por CAENEGEM: “O direito romano (...) é um lampejo da divindade que Deus comunicou ao homem”. (op. cit., p.225).

¹³⁵“A escolástica se nutre de textos”, dirá Jacques LE GOFF (**Os intelectuais...**, p.76), e por isso dará os primeiros passos da sistematização do direito: “A Antiguidade é da mesma forma superada nos métodos – um tanto rudes, é verdade – da educação escolástica, que, contudo, pelo que sabemos hoje em dia, foi a condição necessária para o pensamento sistemático moderno e para diversos de seus métodos”. (WECHLER, Karl Ferdinand. Estruturas políticas e sociais do ocidente, 300-1.300. In: BAECHLER, Jean; HALL, John A.; MANN, Michael. **Europa e ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: Imago, 1989. p.191).

¹³⁶FERRAZ JR., **Introdução...**, p.64.

conhecimento matemático, essencialmente conceitual e dedutivo.¹³⁷ O racionalismo vai, por força do iluminismo, estender-se por todos os ramos do conhecimento humano, ingressando também no direito, em que o sistema¹³⁸ será modelo hierárquico e axiomático, do qual decorre a validade das normas.

A cultura jurídica assume, ao final do século XVII, que o direito é um dado, como todos os outros dados da realidade, e assim o conhecimento do direito é conhecimento idêntico a todos os demais conhecimentos. O método do conhecimento do direito é o método do conhecimento em geral: cada problema jurídico deve encontrar uma resposta certa, que irá decorrer de premissas certas, que, no caso, são as proposições que refletem as regras de direito.¹³⁹ Como o jusracionalismo busca a razão e a certeza como fonte das proposições jurídicas, tudo o que não estiver em concordância com esses princípios é tido como inválido.¹⁴⁰ Ao querer um direito certo, imutável, seguro e meta-empírico, o jusracionalismo vai fixar princípios gerais, deduzidos da razão, a partir dos quais se podem ordenar – também mediante dedução – as demais regras e institutos jurídicos.¹⁴¹ O sistema se fecha em si mesmo. Um direito que parte de certas premissas, e de premissas certas.

¹³⁷AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, ano 17, n.63, p.46, jan./mar. 1993. MARTINS-COSTA, op. cit., p.142.

¹³⁸“A expressão sistema admite várias significações, mas em regra utiliza-se a noção kantiana que vê o sistema como a ordenação de várias realidades em função de pontos de vista unitários”. (CORDEIRO, Antonio Menezes. Introdução. In: CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema em direito**. 2.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p.lxiv). O sistema é, assim, um conjunto, mas ordenado segundo alguns critério ordenadores: unidade, coerência e hierarquia. (AMARAL, Racionalidade..., p.48).

¹³⁹TARELLO, Giovanni. **Cultura jurídica y política del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1995. p.43.

¹⁴⁰“Daí o objetivo, político e ideológico, que o levou [o jusracionalismo] a situar o direito como um sistema que partisse de regras ou princípios gerais, as quais, contrapostas ao direito vigente – costumeiro e romanístico –, apenas o validariam se evidenciada a concordância entre esse e o direito natural, cujos postulados assume como internos, conaturais a uma “essência” do próprio direito”. (MARTINS-COSTA, op. cit., p.138-139).

¹⁴¹Idem, p.155.

Dogma e sistema marcam o direito da modernidade e nos transparecem na concepção de Código, que representa o direito unificado, coerente e hierárquico.

O sistema normativo do tipo fechado abre mão da colaboração da práxis social como fonte de regras:¹⁴² ela é apenas objeto de valoração normativa. Por isso se diz que, no sistema fechado, há separação entre o sistema normativo e a sociedade:

*In un sistema chiuso, in particolare, il rapporto fra legge e società si struttura come rapporto fra ordinante (legge) e ordinato (società). La prassi sociale, infatti, non è fonte di regole, ma oggetto di valutazione normativa; l'ordinamento si presenta come un insieme di regole autosufficienti, completo e potenzialmente idoneo a risolvere tutti i problemi della convivenza sociale.*¹⁴³

1.11 O CÓDIGO DOS CÓDIGOS

A corrente jurídica em prol da sistematização do direito, que começou a brotar nas universidades medievais, encontrou sua coroação em uma forma de legislação que pretendeu abarcar todo o direito em vigor.¹⁴⁴ O Código, além de representar um modo ideal de dispor os conceitos do direito, também é eco de uma opção política:¹⁴⁵ conciliou a noção emergente de Estado com as idéias de unificação do direito e monismo de fontes, e serviu, nesta centralização da produção

¹⁴²Assim, Paulo NALIN, com especial importância para o que será adiante analisado, escreve: "Ora, no sistema fechado mostra-se desnecessária qualquer aplicação funcional dos institutos jurídicos componentes, pois ele não se encontra comprometido com valores tais como a idéia de Direito e a justiça social, mas sim com o simples funcionamento do próprio sistema". (NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p.67).

¹⁴³BARCELLONA, **Formazione...**, p.8. Tradução livre: "Em um sistema fechado, em particular, a relação entre lei e sociedade se estrutura como relação entre ordenador (lei) e ordenado (sociedade). A práxis social, de fato, não é fonte de regras, mas objeto de valoração normativa; o ordenamento se apresenta como um conjunto de regras auto-suficientes, completo e potencialmente idôneo a resolver todos os problemas da convivência social".

¹⁴⁴SANTOS NETO, José A. de Paula. O Código de Napoleão e a institucionalização dos ideais jurídicos revolucionários. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, ano 14, n.51, p.78, jan./mar. 1990.

¹⁴⁵Sobre o conceito de código e codificação, consulte-se, entre outros, Fábio Siebeneicher de ANDRADE. **Da codificação - Crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

jurídica, para garantir a juridicização de uma determinada ideologia.¹⁴⁶ Por isso facilmente ocupou o espaço central do direito estatal.

O fenômeno da codificação deve ser também visto por outro ângulo: reservando para si a ordenação das liberdades no âmbito civil, deixa às Constituições a ordenação das liberdades no âmbito político.¹⁴⁷ No que concerne às relações interindividuais, o Código terá o papel de verdadeira constituição do ideário liberal, e nesta perspectiva será de uma autenticidade superior à do texto constitucional.

A codificação do direito é o resultado de um processo de pensamento cuja essência foi revelada pelo Iluminismo e pelo racionalismo, que se propôs a criar um direito neutro e universal.¹⁴⁸ Resulta também de uma série de condições materiais, como a política de unificação das monarquias e a Revolução Francesa com seus ideais de liberdade e igualdade.¹⁴⁹ A inserção destes ideais no direito positivo

¹⁴⁶“Finalmente, as codificações vivem de concepções axiológicas, no plano social e económico, de natureza coerente. Também os códigos, aparentemente tão abstractos, dessa época são filhos da união da sociedade burguesa com o Estados nacionais que, na Itália, na Alemanha, na Suíça e ainda em muitos jovens Estados da Europa meridional e da América do Sul, estão na origem da codificação”. (WIEACKER, op. cit., p.527).

¹⁴⁷“Fiel trasunto de la escisión que el dogma paleo-liberal trae consigo entre el Estado y la sociedad, la Codificación se desenvolverá en dos ámbitos: el concerniente a la sociedad, a las relaciones privadas intersubjetivas (Códigos civiles, mercantiles, procesales y penales) y el relativo al Estado, a su organización interna (vertebrada sobre el principio de la división de poderes) y a sus relaciones con los ciudadanos (declaración de derechos): la Constitución como Código político”. (MARTÍNEZ, op. cit., p.69).

¹⁴⁸“A codificação, prenunciada pelo iluminismo como razão escrita, pretendeu retomar a essência civilizatória da antiguidade romana, após a longa noite medieval, transportando para seu tempo o que já estava cristalizado no Corpus Juris Civilis. Por suposto, a história e a razão serviram à pretensão de transformar os valores da burguesia liberal em valores de todo o povo, sendo assim neutros e universais”. (LOBO, Paulo Luiz Neto. Direito Civil alternativo. In: CHAGAS, Sílvio Donizete (Org.) **Lições de Direito Civil Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p.13).

¹⁴⁹Sobre as ligações entre os ideais revolucionários e o Código Napoleônico, ver, entre nós, PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código Napoleão. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, ano 14, n. 51, p.7-15, jan./mar. 1990; SALDANHA, Nelson. A revolução francesa e o pensamento jurídico-político contemporâneo. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, ano 14, n.53, p.134-140, jul./set. 1990.; SANTOS NETO, op. cit.; FONSECA, Antônio César Lima da. O Código Civil Francês, origens e sistemas. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, ano 16, n.59, p.51-59, jan./mar. 1992. Franz WIEACKER deixa clara esta ligação: “A codificação francesa já não constitui um resultado do absolutismo esclarecido, mas, nos seus primórdios, a própria obra duma nação revolucionária e, mais tarde, do seu grande tribuno, o primeiro cônsul Bonaparte”. (op. cit., p.386).

tornaria jurídico o que era apenas político. Por isso se disse que o Código permitiu aos juristas sonhar.¹⁵⁰ Colocava-se, pela primeira vez de forma clara, a possibilidade de criar a ordem político-social sobre fundamentos inteiramente novos.¹⁵¹

Algumas modificações profundas na legislação civil foram então assumidas pelo Código Francês de 1804, todas em geral de índole individualista e liberal:¹⁵² o estabelecimento da igualdade entre todos os cidadãos (abolindo os privilégios feudais), a secularização do casamento, a supressão das instituições aristocráticas no campo das sucessões (como a primogenitura), a abolição das corporações (afastando todo poder possivelmente hostil ao Estado) e a autonomia dada à vontade individual, e, com especial interesse para este trabalho, as alterações no regime jurídico da propriedade, vista agora como afirmação da individualidade – portanto, da igualdade – e como direito absoluto.¹⁵³

¹⁵⁰CHÊNE, Christian. História da codificação no Direito Francês. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 1, v.2, p.141, abr./jun. 2000. A ligação do Código com o sonho – ou esperança – de um novo mundo também aparece em Domenico CORRADINI: “...a idéia de código aparece como o prestigioso compêndio no qual as esperanças se lançam e como meio insubstituível para tornar certos e partilháveis os princípios de direito natural”. (colacionado por MARTINS-COSTA, op. cit., p.174).

¹⁵¹O estado de espírito é descrito por Eduardo García de ENTERRÍA: “*Se pretendía, nada más y nada menos, rectificar la historia entera de la humanidad, fundar un orden político y social completamente nuevo, capaz de establecer una nueva etapa de la trágica evolución humana y de asegurar para el futuro una felicidad segura e inmachitable. El orden antiguo, uqe había saltado como una costra seca tan fácilmente, ofrecía la imagen de un sistema petrificado e inmóvil, de tiempo suspendido. Con su ruptura se habían liberado energías humanas intactas y frescas, con las cuales el futuro se presentó pronto como una posibilidad libremente moldeable por el hombre. Una embriaguez de omnipotencia, de la infinitud de posibilidades que la libertad abría, de esperanza sin límites, se extendió por doquier*”. (**La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa**. Madrid: Alianza, 1999. p.20).

¹⁵²Consulte-se, a respeito, BÜRGE, Alfons. Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral. **Revue trimestrielle de droit civil**, Paris, n.1, p.1-24, janv.-mars 2000.

¹⁵³Endossa Judith MARTINS-COSTA: “Do ponto de vista de sua função – e do conteúdo da matéria organizada –, o Código de Napoleão atendeu perfeitamente às necessidades do capitalismo comercial e, bem assim, da burguesia industrial que se expande no século XIX. Tanto assim que é perfeitamente possível traçar um paralelo entre o direito ali estabelecido – nomeadamente, a) os princípios do individualismo e do liberalismo, b) a organização das instituições jurídicas em que os bens estão colocados no centro do sistema, c) a noção de propriedade como domínio, inserida no coração da noção do regime de bens que prepara o lugar para a apropriação privada dos meios de produção, d) o sistema de sucessão mortis causa que assegura a transmissão dessa propriedade segundo regras de tipo igualitário e individualista, mantendo a liberdade de testar, e) o princípio do contrato como núcleo das relações intersubjetivas, e f) a concepção da família enquanto desenho das relações intrafamiliares identificadas às relações interindividuais, sob o princípio da autoridade marital – e as idéias dos fisiocratas no campo da economia”. (MARTINS-COSTA. op. cit., p.188).

“O Código Civil traduz o Estado social e político do seu tempo”, diz GILISSEN,¹⁵⁴ e por isso foi identificado como a *regra do jogo na paz burguesa*,¹⁵⁵ já que o espaço do Código é o mundo econômico da burguesia.¹⁵⁶ Com a entrada de novos atores no jogo político, o Código vai deixar de ser o Código da burguesia enquanto classe, e se transformará no Código da burguesia enquanto tipo humano,¹⁵⁷ o que leva Natalino IRTI a dizê-lo “Código da classe média”.¹⁵⁸ De

¹⁵⁴GILISSEN, op. cit., p.454. O autor completa: “...o Código reflecte a tendência para conciliar as conquistas civis e políticas da Revolução com o desejo da estabilidade econômica e social, baseada na família e na propriedade”. (idem, p.454).

¹⁵⁵ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização. Lições de filosofia do direito e do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.147.

¹⁵⁶MARTINS-COSTA, op. cit., p.189.

¹⁵⁷A diferença é apontada por Leandro KONDER: “Expliquemo-nos: uma coisa é o burguês, o proprietário dos grandes meios de produção, o industrial, o empresário, o banqueiro, o grande comerciante. Outra coisa é o “tipo humano” que a burguesia, no exercício de sua hegemonia, permite que se desenvolva na sociedade. Não se trata de uma “modelagem” do burguês feita pela burguesia (...): trata-se de um condicionamento promovido, não pela burguesia, diretamente, mas pelo conjunto da sociedade burguesa quer dizer, pelas características do “sistema” social estruturado sob a hegemonia burguesa. (...). A sociedade estruturada sob a a hegemonia burguesa comporta conflitos internos bastante agudos sem, necessariamente, destruir-se. E o “homem burguês” é o “tipo humano” que se move no interior dessa sociedade, aprovando-a ou discordando dela”. (op. cit., p.15-16).

¹⁵⁸“Questi rilievi lasciano cogliere appieno il significato storico e la funzione giuridica del codice civile. Esso nasce come carta della borghesia: dapprima, dei proprietari terrieri, che stabiliscono e svolgono rapporti civili, e dunque rimangono estranei ai rapporti mercantili, affidati ad altra disciplina; poi – confluiti i regimi delle due categoria di rapporti in un solo codice, e riconosciuto il primato dell’impresa – dell’uomo integrale, non più scisso in se medesimo, ma ritrovato nell’unita della vita. (...). Il codice civile, perduta l’impronta originaria e dimentico delle radici storiche, si offre a tutte le classi, le attira a sé, e si fa, da statuto della borghesia, statuto della società media”. (IRTI, **Codice...**, p.38). Tradução livre: “Estas colocações permitem colher o significado histórico e a função jurídica do código civil. Ele nasce como carta da burguesia: primeiro, dos proprietários da terra, que estabelecem e desenvolvem relações civis, e por conseqüência, permanecem estranhos às relações mercantis, protegidas por outra disciplina; depois – colocados os regimes das duas categorias de relações em um só código, e reconhecido o primado da empresa – do homem integral, não mais dividido em si mesmo, mas encontrado na unidade da vida (...). O código civil, perdido o impulso originário e esquecido das raízes históricas, se oferece a todas as classes, lhes toma a si, e se faz, de estatuto da burguesia, estatuto da classe média”.

qualquer modo, é um Código voltado para a proteção da esfera patrimonial dos sujeitos, cuja igualdade reside justamente nas possíveis titularidades.¹⁵⁹

O Código – e não inconscientemente – vai acarretar a tecnicização da ciência jurídica e a desresponsabilização política dos juristas.¹⁶⁰ E, à medida que o sistema se mostra completo e coerente, a codificação prescinde de preocupações sociais, bastando-se a si mesma. A sua cientificidade, a sua assepsia valorativa¹⁶¹ e a pretendida suficiência da lei vão permitir o excessivo formalismo da ciência jurídica, desembocando em várias escolas jusfilosóficas, como a da exegese, até o extremismo da crítica kelseniana aos elementos éticos e políticos do direito.

O Código Civil alemão, fortemente influenciado pela pandectística,¹⁶² aprofunda a idéia de sistema,¹⁶³ buscando elaborar conceitos jurídicos cada vez mais precisos.¹⁶⁴ Pode-se dizer: refina a idéia de sistema de direito. A necessidade

¹⁵⁹Não é, então, um Código dos pobres: “Para que servem, então, os Códigos Civis? Aplicam-se a uma minoria, aquela que possui patrimônio a administrar, a negociar, a transferir *postmortem*, quer por via legítima, quer por via testamentária. (...) Os deserdados da sociedade, os Enterbten a que se refere Anton Menger, continuam à margem da vida, essa “agitação feroz e sem finalidade” a que se refere o vate brasileiro Manuel Bandeira”. (MEIRA, Sílvio. Os Códigos Civis e a Felicidade dos Povos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.117, p.399, jan./mar. 1993).

¹⁶⁰Sobre as fórmulas tecnicização da ciência jurídica e desresponsabilização – em sentido político – da classe dos juristas, conferir Giovanni TARELLO. **Assolutismo e codificazione del diritto. Storia della cultura giuridica moderna**. Bologna: Il Mulino, 1976. p.15 e segs.

¹⁶¹CALERA, Nicolás M.L. Derecho y teoría del Derecho en el contexto de la sociedad contemporánea. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades de. **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.45.

¹⁶²Sobre a pandectística e sua influência da codificação alemã, ver, por todos, Franz WIEACKER, *op. cit.*, p.491 e segs.

¹⁶³“Nela [a ciência das pandectas] o sistema constitui um aspecto que não pode ser ignorado, consistindo no reconhecimento e exposição da íntima afinidade pela qual os institutos jurídicos e as normas se conectam numa grande unidade”. (ANDRADE, F.S. de, *op. cit.*, p.84).

¹⁶⁴“De fato, o BGB, nesse particular, supera todos os códigos anteriores ao pretender implantar uma sistemática precisa e uma vigorosa estrutura conceitual”. (ANDRADE, F.S. de, *op. cit.*, p.88). Mais: “O BGB revela preocupação obsessiva pelo tecnicismo, quer na ordenação sistemática, quer na terminologia. Por esse aspecto, tem feição singular, aplaudida pela doutrina, por facilitar a interpretação, como afastar controvérsias e eliminar ambiguidades”. (GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p.90). E ainda: “Através de uma estrutura conceitual rigorosa e de uma renúncia quase total à casuística, ele [o BGB] obtém, duma só vez, as suas famosas clareza e coerência”. (WIEACKER, *op. cit.*, p.544).

de distinguir as regras gerais das regras específicas (o que levou para o seu corpo a idéia da parte geral e de cláusulas gerais) demonstra claramente a excessiva preocupação com a cientificidade no BGB. O Código é um sistema de regras logicamente claro, livre de contradições; uma lei coerente, plena e autônoma.¹⁶⁵ No BGB o dogmatismo encontra fértil terreno: a teoria afasta-se da prática, o direito e a política ocupam espaços cada vez mais distintos.

Por outro lado, ainda que aparecessem já os conflitos sociais, com eles não se preocupou.¹⁶⁶ Ao contrário, sua excessiva preocupação com a liberdade de atuação, demonstrada pela importância atribuída à autonomia da vontade e ao direito subjetivo, classifica-o como um Código de ideologia liberal,¹⁶⁷ e se o BGB não pode ser considerado o pai do liberalismo econômico, merece ser reconhecido como seu filho.¹⁶⁸

¹⁶⁵Diz Almiro do Couto e SILVA: “Na verdade, o cientificismo jurídico, que foi o método de que se serviu a pandectística e que encontrou sua expressão maior na *Begriffsjuripurdenz*, se propunha a organizar e articular toda a matéria jurídica num sistema completo, limado e polido outra vez pela razão, e tão densamente fechado que impossibilitasse ao juiz, ele próprio formado nessa ciência jurídica, de rebelar-se contra a sua lógica interna”. (Romanismo e germanismo no código civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n.5, p.3, 1997). Assim, o sistema do Código Alemão não é profundamente afetado pela presença de cláusulas gerais. Interessante análise do BGB e sua situação atual é feita por Michael R. WILL. O Código Civil Alemão - Adolescente ou ancião? **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v.10, p.238 e segs., jul. 1994. Sobre a influência do BGB no direito civil brasileiro, conferir também Cláudia Lima MARQUES. Cem anos de Código Civil Alemão: O BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 86, v.741, p.11-37, jul. 1997.

¹⁶⁶“As preocupações imediatamente ideológicas – patentes no Código Napoleão e, em geral, nas codificações de inspiração liberal – desaparecem da Ciência do Direito, a favor de considerações de predomínio técnico”. (CORDEIRO, Teoria..., p.62).

¹⁶⁷ANDRADE, F.S. de, op. cit., p.89.

¹⁶⁸“Contudo, embora logo tenha sido considerado como uma obra do mesmo nível do Code Civil, influenciando diversos países, o B.G.B. não foi para a Alemanha o que o Código de Napoleão foi para a França. E isto, talvez, porque ele foi mais uma conseqüência, um fruto tardio do liberalismo, do que uma semente”. (ANDRADE, F.S. de, op. cit., p.90). É a mesma opinião de John GILISSEN: “Disse-se do BGB que ele é um “Spätwerk des Liberalismus” (produto tardio do liberalismo)”. (op. cit., p.458). Sobre o tema ver, também, Franz WIEACKER (op. cit., especialmente p.548 e segs.).

Foi, de qualquer sorte, um Código informado pelos valores liberais, e toda sua abstração e cientificização mostram uma tomada de posição política, que opta pela igualdade – formal – e liberdade do indivíduo, e a conseqüente proteção dos aspectos patrimoniais de sua existência.¹⁶⁹

O Código Civil Brasileiro,¹⁷⁰ que sofreu influência dos Códigos francês e alemão, também fez uma opção pela sistematização do direito, centrada no individualismo¹⁷¹ e voltada aos aspectos patrimoniais do ser humano. É um código

¹⁶⁹A comparação entre o Code e o BGB, apesar de exigir longa transcrição, vale ser feita, quando não apenas por vir de quem vem: “Ao invés do pensamento jurídico francês, o pensamento jurídico alemão não se pretendia ideológico: pretendia-se estritamente científico, rejeitando, por conseqüência, todo o sistema de idéias (como as fornecidas pelas escolas do Direito Natural) que se oferecesse como medida de valor das intenções do direito positivo. (...) Entre o Code Civil e a pandectística alemã não há, no fundo, uma diferença de projectos: servem os interesses da mesma e única classe. Mas há uma diferença sensível de estilos, socialmente explicável pelo atraso relativo da burguesia alemã do começo de oitocentos em relação à coeva burguesia francesa, já não preocupada com os problemas da unificação política e de consolidação do Poder que preocupavam a burguesia prussiana e, por conseguinte, menos dominada por compromissos com a aristocracia rural conservadora e com a autoridade do Príncipe prudente (...). De um modo ou de outro, no que interessa insistir é que ao estilo dinâmico, expansivo, europeu, e politicamente engagé, do sistema napoleônico – que não surgiu por acaso aos povos da época, apesar do esmagamento do espírito jacobino, como “a Revolução Francesa organizada” –, o sistema das Pandectas opõe um estilo teórico, retraído, “neutral”, um estilo manualístico e desprovido de paixão, como se o Direito não fosse de homens e para homens”. (CARVALHO, O. de, **Para uma...**, p.39 e 43, respectivamente).

¹⁷⁰O centralismo jurídico, confirmado pelo advento dos códigos francês e alemão, foi forte no Brasil também por influência do direito português: “Em suma, o centralismo jurídico teria de levar, indesejavelmente, à idéia do código, no seu sentido tradicional e positivista, com algo que incorpore em seu universo a totalidade normativa de um país”. (SILVA, Clóvis do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.19-20).

¹⁷¹“O Código Civil, bem se sabe, é fruto das doutrinas individualista e voluntarista que, consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações do século XIX, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso Código Civil de 1916. Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo”. (TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.2). Ainda: “Esse individualismo, porém, é uma característica da qual dificilmente poderia escapar o Código Civil Brasileiro na medida em que ele se enquadra nas grandes linhas doutrinárias das codificações oitocentistas”. (ANDRADE, F.S. de, op. cit., p.99).

voltado à manutenção do *status quo* das classes dominantes,¹⁷² obra de continuidade,¹⁷³ cheio de sugestões patriarcais e capitalistas.¹⁷⁴

1.12 O RESULTADO DE UMA LONGA CAMINHADA

Uma nova *ordem de coisas* instaura-se com o fim do feudalismo. A circulação de mercadorias (e depois a organização econômica de forma capitalista) ocupa o lugar de centro na nova ordenação social,¹⁷⁵ e as necessidades de segurança e garantia exigidas pela economia são dadas por um direito estatal e sistematizado. O primado da lei garante a estabilidade necessária para o desenvolvimento da nova organização social. O direito constitui-se em um *package* normativo:¹⁷⁶ normas genéricas e abstratas emprestam-lhe uma característica de autonomia, que implica sua neutralidade diante da práxis social e sua pretensa perfeição e atemporalidade.

¹⁷²“Enquanto a burguesia mercantil aspirava a um regime político e jurídico que lhe assegurasse a mais ampla liberdade de ação, tal como preconizava a ortodoxia liberal, a burguesia agrária temia as conseqüências de aplicação, ao pé da letra, dos princípios dessa filosofia política, consciente, como classe, de que a democratização de fundo liberal se faria ao preço do seu sacrifício. Essa contradição não provocou o antagonismo entre os dois setores, não só porque seus interesses econômicos imediatos coincidiam, mas também porque a superestrutura política era, em verdade, de fachada”. (GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. Salvador: Progresso, 1958. p.45-46). Sobre a formação e características do direito brasileiro, consulte-se WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

¹⁷³“Assim também o Código Civil brasileiro – não a resultante de uma ruptura como o Code Napoléon, não só o produto do espírito científico visto ao modo oitocentista, como o BGB, mas uma obra de continuidade, na qual se alternam o liberalismo e o conservadorismo de suas disposições materiais – ingressou na vida brasileira como um sistema fechado e omnicomprensivo”. (MARTINS-COSTA, op. cit., p.265).

¹⁷⁴MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.441.

¹⁷⁵A importância do novo modo de produção na conformação do modelo proprietário não pode ser menosprezada. Sobre a rejeição aos discursos históricos homogêneos e fatalistas e acerca da necessidade da análise do direito em seu próprio “fazer-se”, em seu próprio projeto de construção histórica, consultar Ricardo Marcelo FONSECA. Notas sobre a construção de um discurso historiográfico jurídico. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 28, 1994/95, p. 249-259.

¹⁷⁶HESPANHA, **Panorama...**, p.91.

A formulação e aplicação de tal tipo de norma exigem que o homem seja visto destituído de qualquer perspectiva concreta. A sua igualdade e liberdade decorrem, em última instância, desta máxima generalização do direito: abstração da norma e dos seus destinatários.¹⁷⁷ *“Il diritto che nasce dalla codificazione vuole essere un diritto uguale per tutti i cittadini, senza distinzione di classe; un diritto pensato in funzione di una ‘unità del soggetto giuridico’”*, diz GALGANO.¹⁷⁸ O sujeito unitário é o homem descartado de suas características concretas, de sua fisionomia e determinação no contexto das relações de que participa, e é percebido como uma máscara autônoma de qualquer relação social, potencial e abstratamente investido de poderes e faculdades,¹⁷⁹ submetido a um único ordenamento jurídico, que considera, a todos, iguais.¹⁸⁰ Miguel de UNAMUNO traduz bem esta abstração do homem:

¹⁷⁷*“Tutta la dottrina dell'Ottocento è impegnata nello sforzo di una massima generalizzazione del diritto creando categorie capaci di abbracciare tutti i rapporti umani”*. (BARCELLONA, **Formazione...**, p.50). Tradução livre: "Toda a doutrina do Oitocentos está empenhada no esforço de uma máxima generalização do direito, criando categorias capazes de abraçar todas as relações humanas".

¹⁷⁸GALGANO, Francesco. **Il diritto privato fra codice e Costituzione**. 2.ed. Bologna: Zanichelli, 1988. p.23. Tradução livre: "O direito que nasce da codificação quer ser um direito igual para todos os cidadãos, sem distinção de classe; um direito pensado em função de uma 'unidade do sujeito jurídico'".

¹⁷⁹BARCELLONA, **Formazione...**, p.14.

¹⁸⁰*“Ma l'assunzione di un'idea unitaria di soggetto nel senso appena detto; la considerazione, pertanto, degli uomini come soggetti eguali di fronte alla legge, ad una legge concepita a sua volta come legge eguale per tutti; altro non sono, con ogni evidenza, che la conseguenza di un'arbitraria negazione delle differenze realmente sussistenti tra gli uomini, ottenuta attraverso l'attribuzione di una rilevanza esclusiva all'unico connotato che effettivamente accomuna tutti gli uomini: l'essere sottoposti al medesimo ordinamento”*. (BARCELLONA, **Formazione...**, p.17). Tradução livre: "Mas a assunção de uma idéia unitária de sujeito no sentido assim dito; a consideração, portanto, dos homens como sujeitos iguais diante da lei, de uma lei concebida por sua vez como lei igual para todos; não é mais, com toda evidência, que a consequência de uma arbitrária negação das diferenças realmente existentes entre os homens, obtida através da atribuição de relevância exclusiva ao único dado que efetivamente iguala todos os homens: serem submetidos ao mesmo ordenamento".

Porque há outra coisa, a que também chamam homem e que é o sujeito de não poucas divagações mais ou menos científicas. É o bípede implume da lenda, o ζῷον πολιτικόν de Aristóteles, o contratante social de Rousseau, o *homo oeconomicus* dos manchesterianos, o *homo sapiens* de Lineu ou, se preferirem, o mamífero vertical. Um homem que não é daqui ou dali, desta ou de outra época, que não tem sexo nem pátria – uma idéia, enfim. Isto é, um não-homem.¹⁸¹

Além disso, a nova forma de organização social, baseada na racionalidade econômica, faz com que a propriedade privada passe a ocupar não somente o lugar de centro da ordem social, mas que a ordem social passe a girar em torno da propriedade privada. É o que Pietro BARCELLONA chama de *princípio proprietário* ou *lógica proprietária*.¹⁸² A propriedade privada vai assumir o “*carattere fondativo del sistema, tale da consertici fin d'ora di affermare che non c'è società moderna senza proprietà privata*”.¹⁸³

O círculo fecha-se com a concepção individualista da sociedade. As regras abstratas dirigem-se a um sujeito abstrato, cuja ação serve para movimentar todo o cipoal de garantias estabelecidas na ordem normativa. A ação é individual porque concebe-se o indivíduo como absolutamente livre de qualquer liame social, político ou econômico. À liberdade de iniciativa no campo econômico corresponde a autonomia da vontade no plano jurídico. Tutela-se a liberdade de ação, e se antes

¹⁸¹UNAMUNO, Miguel de. **Do sentimento trágico da vida**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.1.

¹⁸²Dois excertos de duas de suas obras podem servir de referência: “*La società borghese nasce come società dei proprietari, ma il principio proprietario assume sin da questo momento quei connotati che lo porteranno ad essere da principio sorto storicamente a garanzia di un ceto, a principio di organizzazione e funzionamento dell'intero sistema*”. (**Formazione...**, p.140). Tradução livre: “A sociedade burguesa nasce como sociedade de proprietários, mas o princípio proprietário assume neste momento a conotação que o levará a ser de princípio destinado a ser a garantia de uma classe em princípio de organização e funcionamento de todo o sistema”. E “*La propiedad se transforma, de derecho de la persona, de derecho del sujeto propietario, de cualidad de éste, en principio de organización, en el sentido precisamente de que la autonomía de lo económico pasa a ser ya el lugar exclusivo en el que se realiza la lógica de la propiedad y por tanto la disponibilidad ilimitada de los objetos producidos y su apropiabilidad privada mediante actos de intercambio. En estos términos – como afirma Laborit – se podría decir que el sistema se caracteriza por el carácter dominante de la propiedad, o de la lógica propietaria; ...*”. (**El individualismo...**, p.115).

¹⁸³BARCELLONA, **Formazione...**, p.140. Tradução livre: “caráter fundante do sistema, a ponte de se consentir afirmar que não há sociedade moderna sem propriedade privada”.

os indivíduos estavam ligados à terra ou a outrem pela força da coerção (econômica ou estamental), esta ligação agora surge da própria vontade individual. *“La radice del sistema è in fondo l'individualismo e l'iniziativa del singolo”*.¹⁸⁴

Assim, numa ordem jurídica individualista e patrimonialista,¹⁸⁵ o discurso proprietário iria se formar: um modelo proprietário transformado em princípio proprietário.

¹⁸⁴BARCELONA, **Formazione...**, p.10. Tradução livre: "A raiz do sistema é, no fundo, o individualismo e a iniciativa individual".

¹⁸⁵*“Como el derecho está concebido en función del individuo, y éste actúa en función de su natural egoísmo, existe una patrimonialización de las relaciones jurídicas”*. (ABADÍA, Jesús Lalinde. **El derecho en la historia de la humanidad**. 3.ed. Barcelona: PPU, 1991. p.78).

CAPÍTULO 2

A PROPRIEDADE E SEUS CÓDIGOS

2.1 O DISCURSO PROPRIETÁRIO

As circunstâncias de que se fala, iriam desembocar inevitavelmente em um tratamento jurídico da propriedade que, partindo de um determinado modelo, vai se transformar em princípio para toda a organização social, a partir do reconhecimento do caráter privado do processo de produção e de consumo. O modelo proprietário passa de instrumento de garantia da classe burguesa fundadora da sociedade liberal e se transforma em instrumento de organização e funcionamento de todo o sistema. Disso se trata o discurso proprietário da modernidade que, tomando a propriedade como relação jurídica, e ao mesmo tempo, situação subjetiva e instituto jurídico,¹⁸⁶ compõe nela uma série de materiais econômicos, políticos e sociais, dando-lhe uma roupagem jurídico-formal, de tal sorte que se insere em nossa vida de relações de forma permanente.¹⁸⁷

Por ter essa pretensão de atemporalidade, o discurso proprietário vai sofrer rupturas que serão recepcionadas e passarão a fazer parte do próprio discurso.

¹⁸⁶*“Non si può sostenere, a nostro avviso, che la proprietà è soltanto situazione giuridica soggettiva, o soltanto rapporto giuridico, o soltanto istituto giuridico: la proprietà va considerata da più prospettive, e quindi può essere considerata, nel contempo, situazione giuridica, rapporto giuridico, istituto giuridico”.* (PERLINGIERI, **Introduzione...**, p.103). Tradução livre: "Não se pode sustentar, a nosso ver, que a propriedade é somente situação jurídica subjetiva, ou somente relação jurídica, ou somente instituto jurídico: a propriedade deve ser considerada de mais perspectivas, e assim pode ser considerada, ao mesmo tempo, situação jurídica, relação jurídica, instituto jurídico".

¹⁸⁷Referindo-se à propriedade, diz GALGANO: *“Quanto questo diritto sia “terribile” lo hanno confermato i due secoli e oltre che ci separano da Beccaria. Sulla carta è stato tante volte sconfitto; nelle repliche della storia ha dimostrato una incredibile capacità di resistenza”.* (GALGANO, op. cit., p.147). Tradução livre: "O quanto este direito seja "terrível" o confirmam os dois séculos que nos separam de Beccaria. Em teoria foi tantas vezes derrotada; na resposta da história tem demonstrado uma incrível capacidade de resistência".

Os códigos liberais, ao darem extremado grau de abstração e generalidade à norma proprietária, garantem-lhe excepcional potencialidade¹⁸⁸ e lhe permitem transformar-se em princípio proprietário. A abstração e a generalidade do modelo proprietário vão proporcionar uma contínua adaptação do discurso proprietário às novas situações e, de um modo geral, as rupturas de maior impacto sobre tal discurso serão aquelas que tentam aproximá-lo da realidade concreta e específica, ou afastá-lo de sua abstração e generalidade.

Para compreender o papel dessas rupturas, cabe retomar a construção do discurso proprietário.

2.2 A PROPRIEDADE FEUDAL: DO FATO AO DIREITO

A ausência de precisos modelos culturais levou o direito do medievo a dimensionar-se através dos fatos, e as relações efetivas de dominação das coisas impõem-se na criação das regras aceitas pela comunidade.¹⁸⁹ Assim, as relações de assenhoramento das coisas não irão corresponder a um arquétipo predeterminado que lhes dê validade jurídica. Antes disso, o objetivo e o efetivo é que vão

¹⁸⁸*“Lo schema formale del diritto di proprietà trattegiato nel codice civile si pone – al di là dei riferimenti alla proprietà immobiliare – quale schema potenzialmente estensibile a qualunque forma di ricchezza. L'eccezionale grado di astrattezza e generalità della normativa, tale da consentire l'assunzione entro il medesimo schema di qualunque interesse la prassi manifesti verso l'utilizzazione piena dei beni e delle risorse naturali, umane e materiali, esprime l'eccezionale potenzialità del principio proprietario, e il progetto pertanto di sottoporre ad un'unica “legge” tutti i rapporti sociali, in particolari i rapporti tra soggetto e beni e tra soggetti relativamente all'uso dei beni”.* (BARCELONA, **Formazione...**, p.168-169). Tradução livre: "O esquema formal do direito de propriedade traçado no código civil se coloca – além das referências à propriedade imobiliária – como esquema potencialmente extensível a qualquer forma de riqueza. O excepcional grau de abstração e generalidade da normativa, a consentir a assunção pelo mesmo esquema de qualquer interesse normalmente manifestado através da utilização plena dos bens e dos recursos naturais, humanos e materiais, exprime a excepcional potencialidade do princípio proprietário, o o projeto de submeter a uma única 'lei' todas as relações sociais, em particular as relações entre sujeitos e bens e entre sujeitos relativamente ao uso dos bens".

¹⁸⁹*“Es una civilización del Derecho sin precisos modelos culturales, donde el territorio de lo jurídico – lejos de ser una arquitectura con líneas netas y rigurosas – se mezcla sin delimitaciones precisas con lo fáctico y está empapado de él”.* (GROSSI, **La propiedad...**, p.74).

determinar a regulação jurídica das situações de dominação de bens, que, no fundo e a rigor, são reflexos da organização social sob a forma de laços pessoais.

A Idade Média caracteriza-se por levar em consideração os efetivos apossamento e utilização dos bens como ponto de partida para sua juridicização.¹⁹⁰ O desmembramento da propriedade em domínio útil e domínio eminente é a comprovação dessa visão proprietária, que parte da coisa e não do sujeito, para definir-se como titularidade. Pode-se dizer, com Paolo GROSSI, que a regulação da propriedade medieval é um *estatuto da coisa* – e não do sujeito –, o que vai explicar com maior clareza a legitimidade de mais de um proprietário sobre uma coisa, ao contrário das civilizações individualísticas, que partem do sujeito para construir o jurídico.¹⁹¹

A propriedade – o *dominium* – fundamenta-se na existência de um poder, grande ou pequeno, sobre as coisas apropriáveis.¹⁹² Ela se constrói a partir da experiência do juiz e do notário,¹⁹³ que traduzem em termos e esquemas jurídicos a mentalidade de então.¹⁹⁴

¹⁹⁰“...a una mentalidad angulosamente propietaria como la romana sustituyen una civilización “posesoria” a la que es del todo indiferente la idea de una relación de validez (también porque falta el modelo respecto al cual operar contrastes o medidas), y es por el contrario dominada por un vigoroso principio de efectividad”. (GROSSI, **La propiedad**..., p.77).

¹⁹¹Idem, p.93. Mais adiante Paolo GROSSI alinhava a modificação de modelos que se daria: “Cuanto el ordenamiento medieval (...) había intentado construir un sistema objetivo de propiedad, construyéndola desde las cosas y sobre las cosas, reproductor fiel de la trama compleja de las cosas, tanto el orden naciente de la edad nueva se mueve en dirección opuesta, todo él tendente a sacar las figuras jurídicas del eje de lo real en una desesperada búsqueda de autonomía”. (Idem, p.103).

¹⁹²Idem, p.95.

¹⁹³“Sin arquetipos culturales en la cabeza, pobres en tradiciones anteriores, pero no pobres en sensibilidad, el juez y el notario del alto medievo modelan en vivo con una arcilla plasticísima figuras jurídicas, groseras y rudimentarias perol llenas de hechos como estaban y cargadas de efectividad, históricamente vivacísimas”. (Idem, p.81).

¹⁹⁴“Un dominium amasado de terrenidad, un goce que, por sus fuerzas internas (es decir, por autonomía y efectividad) se vuelve dominium y que, en cuanto tal, no es el ocasional, aunque afortunado, experimento acaecido en el banco del alquimista jurídico, sino que es estandarte, proyecto y programa de una scientia iuris perfectamente insertada en su tiempo, perfectamente identificada con la tarea de traducir en términos y esquemas jurídicos los valores de la mentalidad circulante”. (Idem, p.87-88).

Tais possibilidades e construções não irão corresponder às necessidades econômicas da nova ordem, cuja pedra de toque está na autonomia do sujeito e na utilização econômica dos bens a partir da circulação de riquezas. Desde a redescoberta do direito romano até o advento dos Códigos liberais, traça-se toda uma técnica jurídica de estruturação formal do direito de propriedade, à qual os fatos devem submeter-se para que se reconheça, juridicamente, a situação proprietária.

De fato, as noções romanas de legitimação, o papel dos glosadores e dos comentadores, o jusracionalismo e o pandectismo, tudo vai colaborar para que o modelo proprietário seja abstrato e genérico, elevado a dogma no sistema codificado. Este caminho serviu para construir uma ideologia proprietária atinente às necessidades impostas pelas novas formas de produção de riqueza,¹⁹⁵ no que se destacou o papel da iniciativa individual e da liberdade de ação.

O antagonismo entre as formas proprietárias – talvez seja melhor dizer: as efetividades proprietárias – do medievo e as relações que surgiram em face da nova forma de organização econômica revela-se pela pluralidade de regimes (que traz incerteza sobre as regras incidentes sobre determinado bem, e sobre a tutela do adquirente ou utente do bem), pela dificuldade em aplicar o excedente da produção no próprio processo de produção e pela limitação ao uso de mão-de-obra assalariada. Os laços pessoais e reais, que prendiam o homem à terra e ao seu senhor, somente seriam desatados pela idéia de liberdade de iniciativa, a qual passava pela afirmação da liberdade política, da liberdade de produção, da igualdade de todos e da generalidade da lei.

¹⁹⁵“...y así, los principios del Derecho codificado se elevaban a dogmas, se les añadía una carga de trascendencia que los colocaba fuera de su consideración como entidades históricas. De este modo se consumaba una operación en la que el enmascaramiento histórico era valiosísimo instrumento de un enmascaramiento ideológico”. (LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel M. Prologo para civilistas. In: GROSSI, Paolo. **La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico**. Madrid: Civitas, 1992. p.14).

2.3 PROPRIEDADE E LIBERDADE

O modelo proprietário da modernidade tem profunda ligação com a visão atomística da sociedade, na qual o homem, enquanto indivíduo senhor de si e de seus atos, ocupa especial lugar. O indivíduo é proprietário de sua própria pessoa e tem capacidade de agir independente dos outros. Essa autonomia significa liberdade de agir, e a liberdade confunde-se então com a propriedade. Ser proprietário significa ser livre. Tome-se como exemplo a propriedade da terra: a legitimação dessa propriedade é dada pela capacidade – ainda que abstrata – de o homem nela trabalhar,¹⁹⁶ nela expressar sua força criadora. Justifica-se a propriedade na liberdade, e a liberdade na propriedade.

Também por aqui vai a correlação que existe entre autonomia privada e direito de propriedade: ambas são expressões jurídicas da liberdade humana.¹⁹⁷ Através de sua autonomia de ação, reconhecida juridicamente, o homem tem acesso e pode fazer uso da propriedade. E com a propriedade o homem pode fazer valer sua autonomia privada, já que o sistema econômico estrutura-se nas relações de troca. *“Resulta de este modo que sin los Códigos del siglo XIX, la propiedad se sitúa como soporte del sistema, la libertad ilimitada de contratar es su necesario*

¹⁹⁶Várias perspectivas se colocam na relação entre trabalho e propriedade, mas sua análise refoge do tema desta pesquisa. De qualquer sorte, o trabalho pode servir de meio de acesso à propriedade e como legitimação da propriedade: “Tal princípio não chega a afirmar que o trabalho se constitui no único modo para ter a propriedade: afirma que somente o trabalho do homem sobre a terra é que **legitima** a sua propriedade. Como se vê, são duas posições não excludentes, contudo, basicamente distintas. A primeira consiste numa inversão entre domínio e trabalho; a segunda tão somente inclui no bojo do domínio o elemento trabalho, como fator de **legitimação**, mas não como condição **sine qua non** para adquirir o direito de propriedade”. (FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.18).

¹⁹⁷PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982. p.143.

complemento”.¹⁹⁸ Assim, liberdade, autonomia privada e propriedade encontram-se em estreita conexão numa sociedade fundada sob o signo do econômico.¹⁹⁹

2.4 A CONCEPÇÃO LIBERAL-INDIVIDUALISTA DA PROPRIEDADE

A Revolução Francesa decretou a destruição do feudalismo e a supressão da propriedade parcelada,²⁰⁰ criando um modelo proprietário de feição liberal-individualista que tem um significado histórico de destruição dos institutos feudais que a imobilizavam e de construção de um sentido de livre acesso e livre circulação da propriedade.^{201,202} Esse modelo encontra suas raízes teóricas no jusnaturalismo racionalista e na filosofia liberal. O jusracionalismo teve seu momento máximo na Ilustração, mas suas bases vinham se formando de há muito, e permitiu a visualização da propriedade como um direito natural e inato ao homem.²⁰³ O

¹⁹⁸LIPARI, Nicolò. Cambios sociales y reflexion juridica. In: _____. **Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza**. Bolonia: Real Colegio de España, 1980. p.697.

¹⁹⁹“O essencial a preservar para a sobrevivência da sociedade, organizada capitalisticamente, não são todos os direitos de liberdade, mas apenas aqueles que são directamente implicados pela organização econômica, isto é, a propriedade e a liberdade contratual”. (PRATA, op. cit., p.83). A equação propriedade-liberdade, a partir do momento que concebida a partir do reconhecimento da livre disposição privada do processo de produção, também se aplica à sistemática empresarial da atualidade, que se legitima no reconhecimento da propriedade privada e do primado do mercado. (BARCELONA, **Formazione...**, p.232-233).

²⁰⁰Sobre os contínuos ataques à propriedade feudal, principalmente nas Assembléias, consulte-se John GILISSEN. op. cit., p.645 e segs. e Michael E. TIGAR & Madeleine R. LEVY. op. cit., p.240 e segs.

²⁰¹MARTÍNEZ, op. cit., p.11.

²⁰²De fato, a afirmação do moderno direito de propriedade tem, inicialmente, um caráter de libertação dos antigos vínculos; depois, serve para conservar uma nova ordem: “*A comienzos del siglo, el reconocimiento abstracto del Derecho subjetivo de propiedad (en el período histórico del “espíritu hegeliano”) servía para expresar al mensaje revolucionario contra el absolutismo del Estado y la hegemonía de los intereses que encontraban garantía de realización y tutela (los de la nobleza y clero). Ya en 1885, sin embargo, concluido este período histórico, el Derecho de propiedad inviolable sirve para expresar un mensaje diverso en el que, de revolucionario se hace conservador del nuevo orden social, priman los intereses ya consolidados de los operadores económico-burgueses*”. (LIPARI, *Cambios...*, p.694).

²⁰³“*Todo el Derecho racionalista del siglo XVII y XVIII ha adoptado una perspectiva enteramente nueva, que veremos formalizarse claramente en la fundamental evolución del derecho de propiedad...*”. (ENTERRÍA, op. cit., p.57-58).

liberalismo permitiu que todos os interesses do indivíduo – inclusive sua liberdade pessoal – fossem articulados na linguagem da propriedade.²⁰⁴ Por isso é que se pode dizer que pensadores como HOBBS, LOCKE e KANT colaboraram, de uma forma ou de outra, e apesar de eventuais discordâncias de pensamento, para a conformação do moderno direito de propriedade.²⁰⁵

Sob forte influência de tais idéias, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 iria conceituar a propriedade como um direito inviolável e sagrado, do qual ninguém poderia ser privado, salvo se por necessidade pública comprovada e mediante a devida indenização. Esse núcleo ideológico (inviolabilidade e sacralidade) vai constituir o novo conceito de propriedade, convertido em peça essencial do credo jurídico burguês.²⁰⁶ Ademais, em decorrência de sua própria política de liberação das cargas que pesavam sobre a propriedade

²⁰⁴MARTÍNEZ, op. cit., p.25.

²⁰⁵A literatura sobre o assunto é, evidentemente, farta. Pode-se citar, entre outros a produção de Norberto BOBBIO que, em três livros distintos permite uma ampla visão do pensamento dos três intelectuais: **Direito...**, op. cit.; **Thomas...**, op. cit. e **Locke e o Direito Natural**. Brasília: UnB, 1997.. Também C.B. MACPHERSON. **A teoria política do individualismo possessivo. De Hobbes a Locke**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, merece análise, por lançar a teoria do individualismo possessivo (a sociedade humana é fundamentalmente uma série de relações mercantis, e o poder político surge da necessidade de proteção à propriedade). Sobre as variantes entre Locke e Kant dentro do jusnaturalismo, consulte-se José F. Fernández SANTILLÁN. **Locke y Kant. Ensayos de filosofía política**. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

²⁰⁶A Declaração proclama a propriedade nos arts. 2.º (“*El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescritibles del hombre. Estos Derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión*”) e 17 (“*Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando lo exija evidentemente la necesidad pública, legalmente comprobada y a condición de una indemnización justa y previa*”). (texto legal foi retirado de FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones**. 2.ed. Madrid: Trotta, 1998. p.139 e 140). O artigo 2.º, que vê na propriedade um direito natural e inviolável do homem, vai ofertar à burguesia um critério teórico para legitimar a propriedade obtida mediante o trabalho, permitindo o reconhecimento da capacidade jurídica e liberdade para determinar e alienar o resultado do próprio trabalho. (MARTÍNEZ, op. cit., p.37). É por isso que Michael E. TIGAR e Madeleine R. LEVY, ainda que se referindo a outro espaço – a Inglaterra – dizem que “*a posterior ideologia jurídica da propriedade como direito natural foi a ideologia daqueles que já possuíam terras ou se empenhavam em adquirí-las no curso normal do comércio*”. (op. cit., p.208). O artigo dezessete serviria para preservar a propriedade contra eventuais abusos do poder público. Hans HATTENHAUER, refere-se ao art. 17 da Declaração como “*patético, amado y odiado, y desde entonces siempre citado...*”. (**Conceptos fundamentales del derecho civil**. Barcelona: Ariel, 1987. p.114). Sobre a Revolução Francesa e a aparição de um novo direito, fundado sobre a noção de direitos subjetivos, consulte-se Eduardo García de ENTERRÍA, op. cit.

feudal – com vistas à libertação dos laços pessoais submetiam os indivíduos –, cuidou-se de construir um direito proprietário que garantisse a exclusividade dos poderes do proprietário, afastando interferências alheias.

A propriedade parcelada do feudalismo, “*cuya larga vida avala su bondad*”,²⁰⁷ foi abandonada, e a união do jusnaturalismo racionalista com o pensamento liberal clássico transforma a propriedade no mais importante dos direitos naturais, pressuposto de todos os outros.²⁰⁸ A transformação vai se completar com o trabalho da pandectística desenhando o modelo jurídico da propriedade. É dessa união que Paolo GROSSI fala quando se refere à pré-história e à proto-história da propriedade moderna.²⁰⁹ Aquela refere ao trabalho desenvolvido por não juristas, que definiram um novo modelo antropológico e político para a sociedade que se desenhava; esta refere ao novo modelo jurídico de propriedade criado pelos juristas, e que se tornaria a base organizativa da vida cotidiana.

2.5 O CÓDIGO CIVIL FRANCÊS E A PROPRIEDADE INDIVIDUAL

A propriedade ingressou na codificação francesa sob uma concepção unitária e liberal, descrita pelo arrolamento dos poderes do proprietário e enquadrada como direito subjetivo. Do *Code*, a “afirmação máxima do direito de propriedade”²¹⁰ partiu para as demais codificações liberais, mantendo, via de regra, a mesma estrutura.

²⁰⁷HATTENHAUER, op. cit., p.114.

²⁰⁸Pietro BARCELONA lembra o caráter civil do direito natural de propriedade. Se o fundamento natural do direito de propriedade serviu como base teórica para a superação do sistema feudal de propriedade, será sua concepção civilística que vai prevalecer, a partir da certeza que é da lei e do Estado que partem as garantias de seu reconhecimento e proteção. Conferir **Formazione...**, p.225 e segs.

²⁰⁹GROSSI, Paolo. Proprietà (diritto intermedio). In: **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè, [s.d.], p.246.

²¹⁰FACHIN, **A função...**, p.16.

Ao descrever a propriedade como “*le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue...*”, o Código Civil Francês não se vestiu de caráter revolucionário, mas pretendeu defender a nova ordem instituída,²¹¹ e por isso nele a propriedade vai ocupar um lugar de centralidade. O *Code* delimitou os contornos do direito privado, separando-o do direito público,²¹² de tal sorte que serviu para conceituar o direito civil.²¹³

Desde logo, então, trata-se de regular a apropriação individual de bens, afastando as possibilidades de apropriação comunitária ou coletiva. O discurso proprietário da modernidade constrói-se no horizonte europeu onde, além das idéias liberais da época, era forte ainda a influência do direito romano.²¹⁴ Com as

²¹¹“*El Código Civil de 1804 es el Código de la propiedad aunque no tiene ya el carácter revolucionario de la proclamación iusnaturalista de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, sino el sentido de instrumento de defensa del nuevo orden emergente*”. (MARTÍNEZ, op. cit., p.36).

²¹²“*Questa scomposizione della società, in società civile e Stato, aveva creato le premesse per una corrispondente scomposizione del diritto, cui si prestavano i concetti romanistici di ius privatum e di ius publicum: il diritto privato poteva essere riguardato come il diritto regolatore della società civile, il diritto pubblico come il diritto regolatore dello Stato*”. (GALGANO, op. cit., p.13). Tradução livre: “Esta decomposição da sociedade, em sociedade civil e Estado, criava as premissas para uma correspondente decomposição do direito, para o que se prestavam os conceitos romanos de *ius privatum* e de *ius publicum*: o direito privado podia ser definido como o direito regulador da sociedade civil, o direito público como o direito regulador do Estado”.

²¹³“Entende-se tradicionalmente por direito civil aquele que se formulou no Código Napoleão, em virtude da sistematização operada por Jean Domat – quem primeiro separou das leis civis as leis públicas – cuja obra serviu para a delimitação do conteúdo inserto no Code e que, em seguida, viria a ser adotado pelas codificações do Séc. XIX”. (TEPEDINO, Maria Celina B.M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, ano 17, n.65, p.21-22, jul./set. 1993). Sobre o conceito de direito civil consulte-se, com reservas, Juan Manuel Pascual QUINTANA. **En torno al concepto del derecho civil**. Universidad de Salamanca, 1959.

²¹⁴“*Oggi sia verso la proprietà collettiva, sia verso il lavoro, sia verso l'impresa c'è un particolare favor che dal punto di vista storico-giuridico era inconcepibile quando (Codice napoleonico, Codice del 65) tutte le ipotesi di proprietà collettiva o di proprietà cooperativa erano mal viste. Questo era dovuto forse non solo alla concezione liberista dell'epoca, ma anche alla tradizione romanistica che era prevalentemente tradizione di proprietà individuale*”. (PERLINGIERI, **Introduzione...**, p.56). Tradução livre: “Hoje, seja através da propriedade coletiva, seja através do trabalho, seja através da empresa, há um particular benefício que do ponto de vista histórico-jurídico era inconcebível quando (Código napoleônico, Código de 65) todas as hipóteses de propriedade coletiva ou de propriedade cooperativa eram mal vistas.. Isto se devia não só à concepção liberal da época, mas também à tradição romanística que era prevalentemente uma tradição de propriedade individual”.

revoluções burguesas, implantou-se no Ocidente – inclusive na Alemanha, onde a propriedade comum vinha de uma longa tradição social – o paradigma da propriedade individual privada. Na propriedade coletiva a dimensão potestativa é rarefeita ao máximo,²¹⁵ o que contraria as vertentes autônomas e individualistas da nova sociedade em construção, de tal sorte que aquela vai ser vista como anomalia e geradora de repulsa.²¹⁶

Também por conta da clara distinção entre direito público e privado, os caminhos da propriedade pública são outros: ela confunde-se com a propriedade do Estado, o que a retira da órbita do direito privado.²¹⁷

O discurso proprietário começa a falar da propriedade individual e privada:²¹⁸ é ela que está na base do artigo 544 do Código Civil Francês, em que uma bem lançada estratégia definiu aquele modelo como o único modelo – salvo as exceções que o próprio modelo permitia – passível de identificar a propriedade. Por este mascaramento, Paolo GROSSI refere-se ao artigo 544 do *Code* como "maldito": *“Nuestro temor es que el jurista quede deslumbrado por aquel maldito artículo 544, que, con su triunfalismo, ha satisfecho la retórica burguesa del siglo XIX, tanto como para permitir a los futuros juristas identificar en él el rostro de la nueva propiedad jurídica”*.²¹⁹

²¹⁵GROSSI, Proprietà, p.227.

²¹⁶GROSSI, Proprietà, p.227.

²¹⁷O Código Civil Brasileiro, por exemplo, especifica quais bens são considerados públicos – art. 65 – justamente para retirá-los da órbita de sua incidência.

²¹⁸*“La Revolución Francesa y la Codificación napoleónica consumaron y exaltaron la individualización del derecho de propiedad. Se concibe ahora a la propiedad y se la declara como un derecho asistido de la triple prerrogativa de ser inviolable, sagrado y absoluto, al servicio del individuo. La propiedad individualista adquiere así los caracteres de un dogma intengible y un amística. Esta mística del “carácter inviolable y sagrado de la propiedad marca el apogeo de la propiedad privada”*. (TOBEÑAS, José Castán. **La propiedad y sus problemas actuales**. Madrid: Reus, 1963. p.45).

²¹⁹GROSSI, **La propiedad...**, p.124.

É o Código de Napoleão que, além de fixar em termos legais o nascimento da propriedade moderna, vai colocá-la como um modelo extensível a toda a sociedade organizada nas fronteiras da atividade mercantil/capitalista.²²⁰

A definição legislativa da propriedade tem encontrado legitimação na tradição romanista.²²¹ Há alguns pontos de contato entre a propriedade romana e a propriedade moderna, como, por exemplo, sua característica individualista²²² e sua concepção analítica,²²³ mas, de um modo geral, esta ligação se faz apenas para dar certa legitimidade à introdução de um tratamento jurídico diferenciado – em relação ao período feudal anterior – para a apropriação de bens. A demonstração de que a propriedade unitária teve origem nas fontes romanas vai, evidentemente, auxiliar a sua aceitação, e não é o melhor entendimento o de que a propriedade moderna é a

²²⁰*“Dal punto di vista strettamente istituzionale, con riferimento cioè al fatto che in esso si trova la prima previsione compiuta della proprietà privata, il codice napoleonico occupa una posizione centrale nella storia dell'istituto, giacché la formulazione del diritto di proprietà contenuta nell'art. 544 ha consentito alla dottrina giuridica di fissare in esso non solo l'atto di nascita della proprietà moderna, ma anche la sanzione della sostanza giuridica immutabile della proprietà, considerata come espressione imprescindibile della libertà dell'uomo”.* (BARCELONA, **Formazione...**, p.220). Tradução livre: "Do ponto de vista estritamente institucional, com referência ao fato que nele se acha a primeira previsão completa da propriedade privada, o código napoleônico ocupa uma posição central na história do instituto, vez que a formulação do direito de propriedade contida no art. 544 permitiu à doutrina jurídica fixar nele não só o ato de nascimento da propriedade moderna, mas também o sancionamento da substância jurídica imutável da propriedade, considerada como expressão inafastável da liberdade do homem".

²²¹Sobre os fatores que levaram ao ressurgimento do direito romano na Idade Média consulte-se, além das obras antes mencionadas, Argemiro Cardoso Moreira MARTINS. O direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.97 e segs.

²²²GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p.94.

²²³Assim para PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Intuições de Direito Civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.72. v.4. Frédéric ZENATI liga a concepção analítica de propriedade à fórmula *dominium est jus utendi et abutendi re sua quatenus juris ratio patitur* que teria aparecido no século XVI, sendo, entretanto, herança romana a concepção de propriedade plena (plena in re potestas). (ZENATI, Frédéric. Pour une rénovation de la théorie de la propriété. **Revue trimestrielle du droit civil**. Paris, n. 2, avril-juin, 1993, p. 313).

reprodução da propriedade romana,²²⁴ mesmo porque a noção de direito subjetivo não era encontrada em Roma. Em verdade, “o Direito romano sequer possuía um conceito abstrato ou mesmo uma definição de propriedade”.²²⁵ Além disso, não se pode restringir o Direito Romano a apenas uma de suas épocas (no caso, o período clássico – séculos I a III d.C. tem servido de sustentáculo para a identificação entre a concepção romana de propriedade e a concepção do *Code*) ou a um de seus institutos (a propriedade quiritária).

As modernas investigações acerca do direito de propriedade romano demonstram – por exemplo, nas vozes de ARNAUD e VILLEY – que a analogia da propriedade romana com a propriedade moderna é inviável, apesar de esta receber

²²⁴“De estos cimientos especulativos nace aquella visión individualista y potestativa de propiedad que hemos acostumbrado llamar la “propiedad moderna”, un producto histórico que, por haber devenido estandarte y conquista de una clase inteligentísima, ha sido inteligentemente camuflado como una verdad redescubierta y uqe cuando los juristas, tardíamente, con los análisis revolucionarios y post revolucionarios en Francia, con los pandectísticos en Alemania, traducen, con el auxilio de instrumental técnico romano, las intuiciones filosófico-políticas en reglas de derecho y las sistematizan, de respetable consideración teórica se ha deformado en concepto y valor”. (GROSSI. **La propiedad...**, p.33-34). Maria Cristina Cereser PEZZELLA confirma esta posição, transcrevendo Joan MIQUEL: “...en realidad, cada época fue capaz de destilar de las fuentes romanas el concepto de propiedad que más le convenia, que resultaba más adecuado a sua concepciones económico-sociales. Partiendo de frases sueltas, auténticos retazos de fuentes romanas, cada época confeccionó sua definiciones de propiedad para cubrirlas con el manto de la autoridad del Derecho romano. De este modo, el concepto de propiedad se ve reflejado en el espejo de las fuentes romanas. Los textos romanos se limitaban a devolver la imagen de la propiedad que cada época situaba ante ellos”. (**Propriedade privada no direito romano**. Porto Alegre: Fabris, 1998. p.125). A busca de legitimação nas categorias romanas foi uma constante, inclusive no que toca à propriedade feudal (consultar GANSHOF, op. cit., p.176). Sobre a evolução da propriedade romana consulte-se Max KASER. **Derecho privado romano**. Madrid: Reus, 1968. p.101 e segs.; Juan IGLESIAS. **Derecho Romano Historia e instituciones**. 11.ed. Barcelona: Ariel, 1994. p.226 e segs.

²²⁵PEZZELLA, op. cit., p.124. Diz Fernando R. MARTÍNEZ: “*Tampoco el Código Civil francés de 1804 es una reminiscencia de una concepción romana de la propiedad, sino la expresión de una concepción totalmente nueva*”. (op. cit., p.5). E ZENATI diz que a definição de propriedade do Código Civil Francês “tranche avec celle du droit roman, qui repose en fait sur l'absence de définition” (ZENATI, op. cit., p.313). Tradução livre: “rompe com aquela do direito romano, que repousava de fato sobre a ausência de definição”.

algumas ressonâncias daquela.²²⁶ Em outras palavras: interpretou-se o direito romano de forma conveniente às exigências da época.²²⁷

2.6 A PROPRIEDADE NO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO E NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O Código Civil Alemão de 1900, quando estabelece que o proprietário de uma coisa pode proceder com ela segundo seu critério e excluir os outros de toda intromissão (§ 903 do BGB),²²⁸ parece afastar-se do modelo francês, mas não deixa de receber a idéia de que a propriedade é uma conjugação de poderes. Mais ainda, o BGB, com sua técnica exemplar, eleva a propriedade ao seu mais alto grau de abstração: o direito se desinteressa das formas pelas quais o proprietário exerce sua titularidade e seus poderes.

Na Alemanha, como na França, houve a prevalência de forças políticas que viam na propriedade privada um elemento vital para realização da liberdade humana, e por isso era necessário que esta esfera de ação estivesse imune aos poderes do Estado e, ao mesmo tempo, protegida por tais poderes. Assim, também na Alemanha, o direito de propriedade será considerado um direito subjetivo, cujo conteúdo seria regulado pelo próprio titular.²²⁹ O BGB, por esse caminho, constrói a

²²⁶Para José Castán TOBEÑAS, o que permitiu que as concepções romanas acerca do domínio se propagassem até a atualidade foi sua preocupação em “*perfilar las facultades del dueño, los modos de adquisición del dominio y sus instrumentos de defensa o tutela frente a los demás hombres*”. (op. cit., p.42).

²²⁷Por isso diz Orlando de CARVALHO que o *jus utendi et abutendi* do direito de Roma serviram como uma legitimação *avant la lettre* para o desejo de afirmação individual da época. (Para uma..., p.46).

²²⁸Diz o parágrafo 903 do BGB: “*Párr. 903. El propietario de una cosa puede, en cuanto no se oponga a la ley o a los derechos de un tercero, proceder com ella a sua libre arbitrio y sustraerla a la acción de los demás*”. (HATTENHAUER, op. cit., p.118).

²²⁹“*En este sector del Derecho subjetivo protegido contra toda intervención estatal, se insertaba la persona, el ciudadano, que debía actuar livremente y con plena confianza en que determinaría por sí mismo suas proyectos sin que ningún burócrata se los prefijase*”. (Idem, p.119).

propriedade como propriedade privada,²³⁰ estabelecendo os poderes de senhorio do titular, tanto no seu aspecto real (dominação e destinação da coisa) como no pessoal (exclusão da coisa apropriada às demais pessoas). Tratam-se, então, de poderes proprietários.

Já o Código Civil Brasileiro adota, francamente, o modelo de propriedade formatado pelo Código de Napoleão. Marcado pelo individualismo e pelo patrimonialismo, o Código de 1916 vai refletir, no seu art. 524, a filosofia e os sentimentos da classe senhorial, que fez elaborá-lo à sua imagem e semelhança, de acordo com a representação que, no seu idealismo, fazia da sociedade.²³¹

Não se define, no Código, a propriedade, mas se estipulam – o que quer dizer: asseguram-se – os poderes do proprietário. A lei brasileira reúne os elementos da definição da propriedade do Código Francês e da não-definição do Código Alemão – que, entretanto, especificou o conteúdo do direito de propriedade. De fato, o legislador brasileiro utilizou o rol dos poderes proprietários que baseou a conceituação da propriedade no *Code*, sem, entretanto conceituá-la. De outro lado, seguiu a orientação alemã de especificar o conteúdo da propriedade, mas arrolando os poderes do proprietário, como fez o legislador francês.^{232,233} O Código Civil Brasileiro fez sua opção: uma definição analítica e estrutural da propriedade.²³⁴

²³⁰“*El BGB. ha construído la propiedad, consciente y claramente, como propiedad privada*”. (HEDEMANN, J.W. **Tratado de derecho civil**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. p.139. v.2).

²³¹GOMES, O., **Raízes...**, p.34.

²³²Consulte-se, a respeito, Luiz Roldão de Freitas GOMES. O estatuto da propriedade perante o novo ordenamento constitucional brasileiro. **Revista Forense**, São Paulo, ano 86, v.309, p.25 e 27, jan./fev./mar. 1990.

²³³Nas legislações em geral, a definição da propriedade se faz a partir de seus elementos constitutivos: “À indagação de seu conceito [da propriedade] são geralmente contrapostos os elementos que compõem o seu conteúdo, a exemplo de como procedem as legislações. Busca-se, assim, conceituar tendo em vista a amplitude do direito real de propriedade”. (FACHIN, Luiz Edson. Da propriedade como conceito jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 76, v.621, p.27, jul. 1987).

²³⁴AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.137.

De qualquer sorte, o que se vê nas codificações citadas é a assunção de um determinado modelo proprietário, baseado na determinação dos poderes proprietários. As características sociais, econômicas e políticas do direito de propriedade deveriam vincular sua regulamentação legal a um determinado espaço e a um determinado tempo.²³⁵ Mas não é o que ocorre, uma vez que se pode enxergar um determinado modelo da propriedade moderna ocidental, com uma essência comum. O modelo proprietário é, assim, um tipo legal, em relação ao qual cabe investigar **quem** pode utilizar os poderes que lhe dão conteúdo, **como** podem ser utilizados estes poderes e **sobre que** coisas podem ser utilizados tais poderes.

2.7 A PROPRIEDADE: CRITÉRIOS QUANTITATIVOS DE CONCEITUAÇÃO

O modelo proprietário pode ser – e tem sido – analisado a partir de seu caráter unitário, ilimitado, exclusivista e absoluto. A propriedade seria, assim, um poder atribuído ao titular, excludente da participação das demais pessoas, e cujos únicos limites seriam aqueles impostos pela própria lei.

A propriedade vista sob essa perspectiva quantitativista, para usar a expressão de GROSSI,²³⁶ é unívoca, o que a contrapõe à propriedade feudal. Vai haver um único tipo jurídico de apropriação de bens, ligado a uma única categoria de pessoas. A expressão latina *unus dominus, unum dominium* é a mais idônea para abarcar os ideais de igualdade e liberdade, para afastar os privilégios e as cargas que incidiam sobre a propriedade feudal e para organizar economicamente a sociedade a partir de um dado único e universal.

Compreender a propriedade quantitativamente também tem seu ponto de partida nas limitações dos poderes proprietários pela própria lei, conforme

²³⁵A propriedade, neste sentido, somente poderia ser definida relativamente: em relação a um ordenamento jurídico e social historicamente dado. (FACHIN, Da propriedade...). Por isso que Fernando R. MARTÍNEZ diz que *“la propiedad es siempre un problema hic et nunc”*. (op. cit., p.xl).

²³⁶GROSSI, Proprietà, p.246.

estabelecem as definições codificadas. Assim, fixam-se os poderes que podem ser exercidos de forma absoluta, salvo as restrições legais. Tais restrições funcionam como limitações, e não como delimitações,²³⁷ dos poderes proprietários e residem, via de regra, no direito administrativo.²³⁸ Constituem limitações externas, ou negativas, ainda que não advenham de fatos externos à propriedade:²³⁹

*A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem.*²⁴⁰

As limitações decorrem do próprio direito de propriedade, mas o atingem sem desnaturar os poderes proprietários, que permanecem íntegros e absolutos. Por outras palavras, as limitações podem ser retiradas e os poderes proprietários restam íntegros.

²³⁷As expressões limitação e delimitação são utilizadas aqui no sentido empregado por Fernando R. MARTÍNEZ, que aponta como questão central da propriedade não mais a sua limitação, mas a sua delimitação: *“Es necesario distinguir entre las normas que imponen restricciones (limitan) al derecho fundamental y las normas que configuran, determinan el contenido o regulan el ámbito del derecho fundamental (delimitan). No todas las normas de Derecho ordinario que afectan a un derecho fundamental son restricciones de tal derecho, lo que conviene tener en cuenta, ya que una norma que no limita sino que delimita un derecho fundamental no tiene que ser justificada como restricción frente a tal derecho”*. (op. cit., p.xxxviii-xxxix, nota 34).

²³⁸“...sotto l'etichetta delle limitazioni della proprietà non c'è altro praticamente che un rinvio al diritto amministrativo, sede 'naturale' di studio de questo genere de limitazioni. Tutta la legislazione speciale che riguarda la proprietà agraria, la proprietà edilizia, ecc. viene considerata come una especificazione di questi limiti posti nell'interesse pubblico e quindi come estranea al diritto privato”. (BARCELONA, **Formazione...**, p.216). Tradução livre: “Sob a etiqueta das limitações da propriedade não há nada mais que uma remessa ao direito administrativo, sede 'natural' do estudo deste gênero de limitações. Toda a legislação especial que regula a propriedade agrária, a propriedade urbana etc. é considerada como uma especificação destes limites baseados no interesse público e assim estranhos ao direito privado”. A proibição de atos emulativos excederia o que vem de ser colocado, mas, de qualquer sorte, tratam-se de limitações que incidem externamente sobre o direito de propriedade.

²³⁹PERLINGIERI deixa clara a diferença: “Não se pode sustentar que os limites e obrigações não fazem parte do direito de propriedade; fatos externos são o ônus real, a servidão, o peso imposto pelo exterior e que, portanto, não fazem parte da estrutura da situação subjetiva-propriedade”. (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao direito civil constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.224).

²⁴⁰TEPEDINO, Gustavo. Contornos..., p.280.

A propriedade também é absoluta, na medida em que a lei veda aos outros sujeitos interferirem na relação do proprietário com o bem apropriado. Este dever negativo de todos os demais sujeitos, que impede a sua intromissão no exercício dos poderes proprietários, também se refere a uma análise quantitativa da propriedade. Aqui se encontra o caráter exclusivista do direito de propriedade, já que o proprietário pode opor-se a que qualquer um faça uso dos poderes de que ele é titular.

Esse conjunto de características forma o que a doutrina tem chamado de *dupla face da propriedade*,²⁴¹ uma vez que todas se interligam e formatam a propriedade: a garantia dos poderes proprietários e sua limitação pela própria lei. A análise desses aspectos não pode ser olvidada em qualquer estudo sobre a propriedade, mas a conformação do modelo proprietário pode ser ligada a um outro olhar sobre o fenômeno.

Paolo GROSSI sustenta a importância da análise da propriedade por sua simplicidade²⁴² e abstração²⁴³. Ao invés da complexidade da propriedade medieval e seus vários tipos, a simplicidade da propriedade com seu modelo único.²⁴⁴ Ao invés da efetividade da propriedade medieval, a abstração da propriedade moderna.

²⁴¹"Pero, sin embargo, es su duplicidad de caras lo que da a la propiedad del BGB. su verdadero aspecto. Ya que se añade a este reconocimiento de la posición de señorío del propietario: "en tanto no se opongan la Ley o los derechos de terceros". (HEDEMANN, op. cit., p.140).

²⁴²"A quien nos preguntase sobre su trazo diferenciador, no le invocaremos ni la idea de potestas plena ni la de ius excludendi; proclamaremos por el contrario alto y fuerte que, cuanto lo medieval de la propiedad había consistido ne la sistematización de su complejidad y en el avaloramiento de su naturaleza compuesta, tanto lo moderno de la propiedad está todo en el redescubrimiento de su simplicidad". (GROSSI, **La propiedad**..., p.109).

²⁴³"El secreto de lo nuevo está todo aquí. Cuanto el ordenamiento medieval (...) había intentado construir un sistema objetivo de propiedad, construyéndola desde las cosas y sobre las cosas, reproductor fiel de la trama compleja de las cosas, tanto el orden naciente de la edad nueva se mueve en dirección opuesta, todo él tendente a sacar las figuras jurídicas del eje de lo real en una desesperada búsqueda de autonomía". (Idem, p.103).

²⁴⁴"Semplice com'è il soggetto, realtà unilineare sulla quale si modella e della quale è come l'ombra a livello dei beni; astratta come l'individuo liberato della nuova cultura di cui vuole essere una manifestazione e un mezzo validissimo di difesa e di offesa". (GROSSI, *Proprietà*, p.252). Tradução livre: "Simples como é o sujeito, realidade unilinear sobre a qual se modela e da qual é como a sombra no nível dos bens; abstrata como o indivíduo livre da nova cultura da qual quer ser uma manifestação e um meio valioso de defesa e de ação".

2.8 A PROPRIEDADE MODERNA: UM MODELO ABSTRATO

As definições legislativas de propriedade, a partir do arquétipo napoleônico, concentram-se num modelo proprietário: poderes proprietários exercíveis sobre a coisa apropriada.²⁴⁵ Numa operação historicamente marcada, abstrai-se o conceito²⁴⁶ que melhor refletia os interesses colocados em jogo na transição da medievalidade para a modernidade. “Mas tudo isto é verdade porque é necessário”, diz Ana PRATA,²⁴⁷ justificando a constituição da ideologia liberal como produto de necessidades econômicas muito precisas.

E de fato, é a abstração plena do modelo proprietário que vai permitir a “excepcional capacidade de extensão e de resistência do princípio proprietário”.²⁴⁸ Por sua vez, a abstração somente será possível porque o direito se ordenava racionalmente em um sistema jurídico, em uma pirâmide conceitual.²⁴⁹ O princípio

²⁴⁵Código Civil Português: "Art. 1305.º O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas". Código Civil Espanhol: "Art. 348. La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla". Código Civil Argentino: "Art. 2506. El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona" e "Art. 2513. Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular" (este artigo com a redação dada pela Lei 17.711). Código Civil Italiano: "Art. 832. Contenuto del diritto. - Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico". Código Civil Suíço: "Art. 641 (A. Conteúdo da propriedade) Quem for proprietário de uma coisa pode dispor dela de acordo com a sua vontade, nos limites do ordem jurídica. Tem ele o direito de reavê-la de todo aquele que a retenha e de repelir toda a intromissão não justificada".

²⁴⁶“A elaboração de qualquer conceito jurídico implica uma operação de abstração, afirma-se o carácter essencial de uma dada qualidade relativamente a outras, consideradas secundárias, e assim se procede à unificação numa categoria única de um conjunto de relações de conteúdos muito diversos”. (PRATA, op. cit., p.11).

²⁴⁷Idem, p.82.

²⁴⁸BARCELLONA, **Formazione**..., p.204.

²⁴⁹BARCELLONA, **Diritto**..., p.38.

proprietário encontra nos Códigos, cuja expansividade é ilimitada,²⁵⁰ um aliado à sua permanência.

A análise do modelo proprietário a partir de sua abstração – e não da quantificação dos poderes proprietários, que por sua vez serão também puras abstrações – permite compreender como o discurso proprietário está sujeito a rupturas e, paradoxalmente, a não se romper.

A concepção da sociedade atomizada, informada pelo domínio do econômico, é ponto de partida para compreender o que se vem de falar. A visão do indivíduo como força motriz da vida em sociedade, isolado de seus pares, reduzido a sujeito de suas próprias necessidades e capaz de conseguir por si só sua sobrevivência, exige a proibição de interferências na esfera alheia, princípio fundamental da ordenação da sociedade.

Esse princípio, corolário da liberdade individual, vai se realizar efetivamente na disciplina da propriedade, do contrato e da responsabilidade civil, a que se referem os institutos – fundamentais para o direito privado – dos direitos reais, do negócio jurídico e do ato ilícito.²⁵¹ Como são consideradas irrelevantes as ligações sociais nas quais o sujeito está inserido – senão ele não seria livre – a juridificação desses institutos deve, também, abstrair as condições concretas, permitindo manter e reproduzir sempre a imagem do homem livre.

Há, na conceituação da propriedade moderna, uma fuga do real em direção ao abstrato,²⁵² mesmo porque para o Estado de Direito liberal, a lei deverá

²⁵⁰MARTÍNEZ, op. cit., p.72.

²⁵¹BARCELLONA, **Diritto**..., p.23-24.

²⁵²*"Quanto l'ordinamento medievale (...) aveva tentato di costruire un sistema oggettivo di proprietà, costruendolo dalle cose e sulle cose, riproduttore fedele della trama complessa delle cose, tanto l'ordine nascente dell'età nuova si volge in direzione opposta, tutto teso a scardinare le figure giuridiche dal reale in una disperata ricerca di autonomia". (GROSSI, Proprietà, p.45). Tradução livre: "Quanto o ordenamento medieval (...) havia tentado construir um sistema objetivo de propriedade, construindo-o das coisas e sobre as coisas, reproduzidor fiel da trama complexa das coisas, a ordem nascente da idade nova se desenvolve em direção oposta, tendente a retirar as figuras jurídicas do real, em uma desesperada busca de autonomia".*

ser abstrata e geral. A abstração justifica-se também porque, centrada no sujeito, a nova ordem deve deixar a ele o papel de efetivar e exercitar os poderes que lhe são garantidos pela lei.²⁵³ Ademais, sendo os sujeitos únicos e iguais, o modelo proprietário deverá ser único e universal. Assim, na ordem jurídica liberal-individualista, tudo é neutro: o sujeito, a propriedade e a própria ordem jurídica.²⁵⁴ Com o tratamento pandectístico dado aos institutos jurídicos, sua abstração se consolidará: tudo é neutro, formal e técnico.²⁵⁵

A abstração do conceito livra a propriedade das condições empíricas das coisas e das pessoas.²⁵⁶ Na palavra de Karl RENNEN, *“chiunque può essere proprietario di qualunque cosa e allo stesso modo”*.²⁵⁷ Vai se formar uma dogmática

²⁵³*“Y aquí se capta realmente el profundo significado revolucionario de la idea de sujeto abstracto, del hecho de conseguir pensar la subjetividad como abstracción. Sólo la abstracción puede fundar el orden. Sólo el sujeto abstracto puede mediar entre el individuo empírico y el orden general y convencional. Es precisamente mediante la categoría del hombre racional, de la racionalidad como cualidad formal, como se hace posible la abstracción constitutiva de la subjetividad abstracta”*. (BARCELONA, **El individualismo...**, p.45).

²⁵⁴“Um sistema pretensamente neutro, calcado em abstratas categorias jurídicas, destinado a um ser impessoal, com pretensões à perenidade, desenhou a formulação mais acabada do projeto de sustentação do direito civil nos últimos dois séculos”. (FACHIN, *O novo...*, p.73).

²⁵⁵A abstração da norma civil pode se dar tanto na sua formulação como na sua aplicação. No primeiro caso, manifesta-se pelo modo de apresentação textual da norma; no segundo, pressupõe que os critérios de aplicação serão norteados pela própria norma, ou por norma alheia. O direito de cunho individual-liberal requer a utilização de critérios e métodos formais de formulação, interpretação e aplicação da lei. (PERERA, Angel Carrasco. **El derecho civil**: señas, imágenes y paradojas. Madrid: Tecnos, 1988. p.60-61).

²⁵⁶MARTÍNEZ, op. cit., p.33. O autor encontra em KANT a fundamentação basilar da abstração da propriedade, que seria, para o filósofo de Königsberg, uma apropriação não física, mas um princípio da razão, o que a identifica com a liberdade e a origina no acordo de todos. (idem, p.33). O mesmo diz Régis de Castro ANDRADE: “O ponto de partida é a distinção entre a posse física e a posse inteligível. A posse jurídica corresponde a esta última: ter direito a um objeto significa que o uso do que é meu por outra pessoa, mesmo quando eu não o esteja utilizando, constitui uma ofensa. A posse empírica, por sua vez, é fortuita e baseada na vontade unilateral do possuidor. Como se observa, a posse jurídica “faz abstração de todas as condições da posse empírica no espaço e no tempo” (seu caráter fortuito e sua unilateralidade). Ela é puramente racional”. (op. cit., p.57).

²⁵⁷RENNER, Karl. **Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale**. Bologna: Il Mulino, 1981. p.66. Tradução livre: “Qualquer um pode ser proprietário de qualquer coisa, e a seu modo mesmo”.

proprietária, formalista e abstrata, que consiste em "a construção jurídica *se alienar de todos os elementos relativos à situação histórica e concreta das relações humanas, e trabalhar sobre situações abstractas, sem qualquer correspondência real*".²⁵⁸

2.9 PROPRIETÁRIO, PODERES PROPRIETÁRIOS E COISA APROPRIADA

As definições legislativas abstraem ao máximo o proprietário, seus poderes e o objeto de apropriação, de forma a permitir que o modelo proprietário, por sua capacidade de infinita extensão, transforme-se em princípio proprietário. Pietro BARCELLONA bem explica:

*Il diritto di proprietà appare pertanto configurato come modello astratto e generale, legittimo cioè a prescindere dalla qualità del bene e dalla sua natura, e suscettibile di estensioni potenzialmente illimitate. Ciò che il codice regola, in definitiva, è l'esercizio di un potere, legittimandolo per il solo fatto di essere stato validamente acquistato in base ad un titolo a ciò idoneo, e perciò in quanto tale. Dunque, una legittimazione meramente formale per un potere definito come potere astratto sulle cose e indeterminabile nel suo contenuto, perché infinita è tendenzialmente la serie de "cose" che possono costruirne l'oggetto, e perché tendenzialmente indeterminabile è anche la serie di interessi a godere e disporre delle cose "in modo pieno ed esclusivo" che può svilupparsi nella prassi dei rapporti social.*²⁵⁹

O proprietário é o sujeito de direito, o homem livre e igual da tradição iluminista e oitocentista.²⁶⁰ A lei não se refere ao homem concreto – apreensível dentro

²⁵⁸HESPANHA, Prática..., p.36.

²⁵⁹BARCELLONA, **Formazione**..., p.164. Tradução livre: "O direito de propriedade aparece portanto configurado como modelo abstrato e geral, apto para prescindir da qualidade do bem e de sua natureza, e suscetível de extensão potencialmente ilimitada. O que o Código regula, em definitivo, é o exercício de um poder, legitimando-o pelo só fato de ter sido validamente adquirido com base em um título para tanto idôneo, e enquanto tal. Enfim, uma legitimação meramente formal para um poder definido como poder abstrato sobre coisas e indeterminável no seu conteúdo, porque é tendencialmente infinita a série de 'coisas' que podem constituir seu objeto, e porque tendencialmente indeterminável é também a série de interesses em gozar e dispor das coisas 'de modo pleno e exclusivo' que podem desenvolver-se na práxis das relações sociais".

²⁶⁰"Il soggetto di diritti in astratto è l'uomo libero ed uguale della tradizione illuministica e ottocentesca. La libertà dei singoli suppone l'uguaglianza e viceversa; ma l'uguaglianza non "è" se l'uomo non è contestualmente "ridotto" e concepito come individuo senza qualità, cioè come soggetto astratto". (BARCELLONA, **Diritto**..., p.17). Tradução livre: "O sujeito de direito em abstrato é o homem livre e igual da tradição iluminista e oitocentista. A liberdade dos indivíduos pressupõe a igualdade, e vice-versa; mas a igualdade não "existe" se o homem não é contextualmente "reduzido" e concebido como indivíduo sem qualidades, isto é, como sujeito abstrato".

de suas relações sociais, com suas características concretas – sob pena de contradizer-se no seu intuito de universalidade e permanência. O preceito, abstrato e geral, aplica-se indistinta e uniformemente a todos os sujeitos, porque todos são sujeitos.²⁶¹

O sujeito de direito é livre e igual aos demais sujeitos, e nisso reside a sua abstração: um valor estratégico que, permitindo a superação da ordem feudal, possibilitou a construção do direito sobre bases totalmente novas.²⁶² A categoria sujeito de direito dissolve os atributos de particularidade que compõem a personalidade do indivíduo e as carências materiais que organizam suas identidades enquanto sujeitos,²⁶³ libertando e igualando tudo e todos.

Indivíduo e individualidade; pessoa e personalidade; sujeito e *status*: tudo se forma e reforma, num processo de abstração excessiva,²⁶⁴ que vai se agudizar

²⁶¹A necessidade da categorização da universalidade de pessoas como sujeitos de direito é, para Keila GRINBERG, um dos motivos que fizeram o Código Civil Brasileiro aparecer apenas quase que cem anos depois da primeira Constituição Brasileira: as dificuldades para a apreensão jurídica dos escravos e dos trabalhadores livres fundamentam sua tese. Ver Keila GRINBERG. **Código Civil e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

²⁶²“A noção de sujeito de direito é bem pois uma noção histórica, com todas as conseqüências que esta afirmação acarreta. Ouçam-nos bem: não se trata de “lamentar” ou de recusar que os indivíduos sejam sujeitos de direito. Em dado sentido, esta aquisição é portadora de uma libertação já que postula a destruição das relações tradicionais extremamente constrangentes. Ao abolir os privilégios em 4 de Agosto de 1789, e, em seguida, ao votar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, poucos dias depois, os burgueses do fim do século XVIII fazem estalar uma organização social opressiva para uma larga maioria”. (MIALLE, op. cit., p.120).

²⁶³NOLETO, op. cit., p.53.

²⁶⁴O processo de abstração do homem pode ser visto como o viés jurídico de um processo mais amplo, que os sociólogos, na esteira de Anthony GIDDENS, vêm chamando de *desencaixe* (*disembedding*) do sujeito: “Previamente à era moderna, as populações viviam em sua esmagadora maioria em uma vida ligada a contextos específicos, como era o caso dos servos medievais e dos artesãos, mas igualmente da nobreza e mesmo em grande medida da burguesia citadina; a exceção a isso eram andarilhos e vagabundos, aventureiros, bandoleiros e outras figuras semelhantes, minoritárias nessas sociedades e com freqüência em contradição com seus princípios fundamentais. Nascia-se e vivia-se em contextos concretos, com funções sociais específicas, em geral conectadas a locais também particulares. (...). A modernidade alterou isso fundamentalmente. Aqueles primeiros desencaixes lançaram as pessoas em uma situação cujas amarras concretas se enfraqueceram enormemente. O reencaixe imediato que as aguardava possuía características muito distintas daquelas que desfrutavam antes: eles agora são meramente trabalhadores livres e cidadãos, seres abstratos, livres e autônomos para circular pelo espaço nacional a seu bel-prazer e vender sua força de trabalho a quem desejar; não mais súditos, sua relação com o Estado muda também e agora faz-se sem a mediação da nobreza, direta e abstratamente concebidos seus direitos e deveres”. (DOMINGUES, José Maurício. *Desencaixes, abstrações e identidades*. **Revista USP**, n.42, p.27-28, jun./jul./ago., 1999). Ver Anthony GIDDENS. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991).

com as sociedades industriais e de consumo, até a sociedade de massas.²⁶⁵ “Pessoa como conceito e sujeito feito categoria: percepções desprovidas do real e do concreto”.²⁶⁶

Esse descolamento do sujeito real e do sujeito abstrato vai ser o fundamento último da implantação da nova sociedade.²⁶⁷ Mas o sujeito precisa aparecer, senão a norma será estéril, não terá aplicação. Somente é pessoa quem a lei define que o seja, e a codicística encontra no proprietário a pessoa, e a pessoa no proprietário.²⁶⁸ É nesse agir, agir como proprietário, que o sujeito aparece ao direito codificado.²⁶⁹ Segundo Orlando de CARVALHO, ele é “o burguês sedentário e proprietário, um homem que resume todos os seus direitos a possuir e a saber como possuir (para si

²⁶⁵“A massa é sem atributo, sem predicado, sem qualidade, sem referência”. (BAUDRILLARD, Jean. **À sombra das maiorias silenciosas. O fim do social e o surgimento das massas**. 4.ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. p.12).

²⁶⁶FACHIN, **Teoria...**, p.37.

²⁶⁷“*La sanzione della fine del vecchio ordine, e la progettazione del nuovo (sul piano istituzionale, sociale ed economico) trovava la sua migliore garanzia nella costruzione dell'uomo come individuo astratto, singolare, libero dalla trascendenza e dalle dipendenze personali: soggetto in quanto tale, padrone di se stesso e della natura*”. (BARCELLONA, **Diritto...**, p.18). Tradução livre: “O sancionamento do fim da velha ordem, e a projeção do novo (sob o plano institucional, social e econômico) encontrava sua melhor garantia na construção do homem como indivíduo abstrato, singular, livre da transcendência e das dependências pessoais: sujeito em quanto tal, padrão de si mesmo e da natureza”.

²⁶⁸A patrimonialidade do Código Civil Brasileiro é evidenciada: “Assim, congruente com essa conformação, a moldura jurídica da propriedade, veiculada pelo Código brasileiro, atendeu plenamente a essa quadra de valores ao centrar-se nas idéias de circulação e de pertença; com a primeira engendrou a disciplina dos contratos e das obrigações, e com a segunda edificou o regime dos direitos reais, subordinando ambos a um estatuto cujo acesso somente facultou aos que podem contratar e possuir”. (FACHIN, Luiz Edson. Terra, direito e justiça: do Código patrimonial à cidadania contemporânea. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**. Curitiba, n.24, 1994. p.210).

²⁶⁹No mesmo sentido, ainda que em outro contexto, diz Silvana CARBONERA: “Como consequência, o ingresso das pessoas na esfera jurídica era permitido àqueles que portassem convite para uma situação hospedada pelo Direito, de modo que, diante de uma situação era sujeito de direito e, perante outra, não”. (CARBONERA, Silvana. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Fabris, 2000. p.170).

e para os seus)".²⁷⁰ O desejo de afirmação do indivíduo iluminista ressoa na apropriação de bens, e o **ter** informa o **ser**. Nas palavras de Bruno CARBONI:

*È la categoria logica dell'habere, della potenziale o attuale titolarità e disponibilità di situazioni soggettive attive e passive che danno l'immagine del soggetto giuridico, il quale è, in quanto esiste ontologicamente soltanto come portatore di quegli interessi ed in quanto di essi possa disporre, validamente o non qui non interessa, prescindendosi del tutto dalla rilevanza di quell'esistenza, semplicemente in quanto tale e dall'acquisizione di essa da parte della collettività de appartenenza.*²⁷¹

Assim, quem pode ter é sujeito de direito, mas somente **será** sujeito na medida em que **tenha**. É a propriedade que qualifica o sujeito.²⁷² Os não-proprietários (apesar de poderem, aos olhos do direito, sê-lo) são como ausentes da ordem jurídica, verdadeiros fantasmas à luz do dia.²⁷³

²⁷⁰CARVALHO, O. de, **Para uma...**, p.33-34.

²⁷¹CARBONI, Bruno. **Status e soggettività giuridica**. Milano: Giuffrè, 1998. p.153-154. Tradução livre: "É a categoria lógica do ter, da potencial ou atual titularidade e disponibilidade de situações subjetivas ativas e passivas que dão a imagem do sujeito jurídico, o que é, enquanto existe ontologicamente somente como portador daqueles interesses e enquanto deles possa dispor, aqui não interessa se validamente ou não, prescindindo da relevância daquela existência, simplesmente enquanto tal e da aquisição dessa por parte do conjunto de propriedades". O autor vê, no retorno e renovação da idéia de *status* um caminho para a valorização do ser concreto. Na seqüência do texto acima transcrito, prossegue: "*Gli status, invece, costituiscono affermazione delle essere, sue estrinsecazioni, momenti di consapevolezza, rispettivamente, di appartenenza ad una collettività, ad un ordinamento, e di essere, egli in quanto tale, destinatario del suo apparato normativo, e di conoscenza, da parte della collettività, delle sue componenti e della loro modalità d'essere*". (idem, p.154). Tradução livre: "O status, ao contrário, constitui a afirmação do ser, sua manifestação, momento de consciência, respectivamente, de pertencimento a uma coletividade, a um ordenamento, e de ser, o homem enquanto tal, destinatário do seu aparato normativo, e de conhecimento, por parte da coletividade, dos seus componentes e da sua modalidade de ser". Sobre o *status* – objeto de tão pouco estudo no Brasil – na doutrina italiana, consulte-se, também, Pietro PERLINGIERI. **Perfis...**, p.132 e segs.

²⁷²"En el momento de su aparición, de su autoidentificación, todo sujeto se ha identificado siempre a través de una cualidad, la cualidad que hace ser sujeto: excelencia en la "virtud", o en el "arte regio", en la "caballería", en la "nobleza de sangre", en el "dominio de sí", etc. En la época moderna, el sujeto se presenta con la cualidad de propietario, el sujeto moderno es el sujeto de la propiedad moderna". (BARCELONA, **El individualismo...**, p.90).

²⁷³"Nesses quadrantes tudo ainda se reduz a ingressar nesse foro privilegiado do sujeito de direito: aquele que tem bens, patrimônio sob si, compra, vende, pode testar e até contrai núpcias. Para estes, o mundo do direito articulado sob as vestes da teoria do direito civil; para os demais, o limbo". (FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. **Jurisprudência Brasileira**, Curitiba, v.172, p.48, 1994).

Como a propriedade moderna é vista a partir do sujeito e de sua capacidade de fazer-se livre por sua própria atuação,²⁷⁴ os poderes garantidos ao proprietário também serão verdadeiras abstrações. Usar e dispor não traduzem qualquer concretude; não se referem a um específico utente ou disponente, pois não se ligam a utilidades e disponibilidades reais.

Os poderes proprietários – porque abstratos e indefiníveis *a priori* – dão ao conteúdo da propriedade moderna uma total indefinição e imprecisão,²⁷⁵ que lhe garante a possibilidade de contínua e ilimitada permanência.

A confirmação dessa plena abstração pode ser feita a partir de uma análise *contrariu sensu*: o poder de usar e gozar um bem não é unívoco, já que o uso e o gozo dependerão do papel desempenhado pelo proprietário e da espécie de bem apropriada. A pessoa física e a pessoa jurídica utilizam diversamente os bens; se o bem for de consumo ou de troca, serão diferentes os atos de uso e gozo do bem.²⁷⁶

²⁷⁴“Le vecchie proprietà erano “nel reale”, scritte in esso e in esso lette e trascritte con umiltà; il nuovo troverà nel reale soltanto una manifestazione esterna, un campo di azione efficace per ciò che potenzialmente già esiste all'interno del soggetto e che chiede soltanto di esprimersi e di concretarsi”. (GROSSI, Proprietà, p.245-6). Tradução livre: “As velhas propriedades estavam “no real”, escritas nele e neles lidas e transcritas com humildade; o novo encontrará no real somente uma manifestação externa, um campo de ações eficazes para aquilo que já existe internamente ao sujeito e que precisa somente exprimir-se e concretizar-se”. Mais adiante, o notável historiador do direito confirma: “La proprietà (...) che possiamo convenzionalmente qualificare moderna, è disegnata dall'osservatorio privilegiato di un soggetto presuntuoso e dominativo, è emanazione delle sue potenzialità, è strumento della sua sovranità sul creato; un marchio rigorosamente soggettivo la contrassegna, e il mondo dei fenomeni, nella sua oggettività, è soltanto il terreno su cui la sovranità si esercita; ...”. (idem, p.247). Tradução livre: “A propriedade (...) que podemos convencionalmente qualificar moderna, é desenhada pelo observatório privilegiado de um sujeito presunçoso e dominador, é emanção da sua potencialidade, é instrumento da sua soberania sobre o criado; uma marca rigorosamente subjetiva a distingue, e o mundo dos fenômenos, na sua objetividade, é somente o terreno sobre o qual se exercita a autoridade”.

²⁷⁵“Sintesi di poteri, non ha un contenuto precisabile e gli repugna ogni definizione contenutistica. La sua astrattezza è totale: astratto ne è il soggetto titolare e astratta è la sua linea portante con una capacità ilimitata di tollerare i contenuti più vari; da qui la ridicolezza di chi avesse cominciato ad elencar poteri”. (GROSSI, Proprietà, p.253). Tradução livre: “Síntese de poderes, não tem um conteúdo precisável e lhe repugna toda definição conteudística. A sua abstração é total: abstrato é o sujeito titular e abstrata é a sua linha fundamental com uma capacidade ilimitada de tolerar os conteúdos mais variados; aqui o inconcebível de quem começasse a elencar poderes”.

²⁷⁶Os exemplos se baseiam em Pietro PERLINGIERI, para quem não é mais possível estudar a propriedade em termos abstratos, já que o poder de gozo “si tratta di un concetto non univoco ed omogeneo, ma variabile, contenutisticamente fungibile...”. (*Introduzione...*, p.166). Tradução livre: “trata-se de um conceito não unívoco e homogêneo, mas variável, fungível conteudisticamente”.

O poder de dispor ou alienar pode referir-se à escolha da destinação econômica do bem, à disposição material do bem ou ao poder de escolha do tempo de utilização e gozo do bem.²⁷⁷ Ademais, o poder de disposição tem evidente ligação com as atividades negociais do proprietário, que decorrem de outra categoria abstrata: o negócio jurídico.

O desenho do modelo proprietário – mediante poderes proprietários – serve, então, para manter o princípio proprietário como fundamento da organização social. Os poderes proprietários são garantidos não somente para proteger o proprietário, mas também para proteger o próprio instituto, que se tem como fundamental para um tipo de sociedade baseada na apropriação de bens.

Na abstração do modelo proprietário, o objeto do direito de propriedade também não se concretiza. Ou, por outras palavras, o sistema conceitual não permite que a norma faça referência e especificação a determinado e concreto bem. O modelo proprietário deve ser universal e atemporal; deve permitir que a apropriação de todo e qualquer bem se subsuma ao preceito fundador do direito de propriedade moderno.

A abstração do objeto da propriedade é imprescindível em um sistema baseado na lógica do mercado, onde tudo tem de ser passível de entrar em circulação. Todas as coisas devem reduzir-se então a um mínimo comum, que é a mercadoria.²⁷⁸ Onde importa o valor de troca e não o valor de uso, tudo se equivale. Para fazer tudo se equivaler, a norma abre mão de conceituar a propriedade a partir da coisa apropriada.

²⁷⁷Sobre o tema, ver Pietro PERLINGIERI. *Introduzione...*, p.168 e segs.

²⁷⁸“Hay que hacer de la propiedad un objeto de derecho, mercancía para el mercado, res que pueda ser libremente puesta en circulación y alienada. Es necesario que la propiedad se vuelva abstracto dominio individual y solitario, confín espacial del dominio que el individuo tiene esencialmente sobre sí. El propium que antes definía la pertenencia y el conjunto de las relaciones personales que ésta lleva consigo, se convierte ahora en propiedad anónima, propium en sí y por sí, apropiabilidad abstracta, alienabilidad, disposición circular del mercado”. (BARCELONA. *El individualismo...*, p.47-48).

Há, então e a princípio, uma desconsideração do modelo proprietário para com as características da coisa apropriada, ou para com as circunstâncias em que ela esteja inserida. Não há diferenciação sobre a propriedade de bem de consumo ou de produção, mesmo porque essa distinção não é feita a partir da qualificação do bem em si mesmo, mas é assumida pelo bem em referência a certa circunstância, a uma determinada e concreta relação jurídica.²⁷⁹ Até a diferença entre bens móveis e imóveis, tida como fundamento básico do direito civil clássico,²⁸⁰ esvai-se diante da abstração do objeto a ser apropriado: tanto os bens móveis como os imóveis submetem-se aos poderes proprietários, e a distinção é articulada sobre as perspectivas da vontade de alienação e da forma de transmissão.²⁸¹ Por outro lado, o modelo proprietário retira alguns bens do tráfego jurídico, mas não se trata de uma exclusão natural, e sim artificial e legal.²⁸²

A abstração conceitual pode gerar uma certa ambigüidade na mente do operador jurídico; a tudo e a todos – pelo menos tendencialmente – se aproveita o preceito legal. Mas a ambigüidade dos poderes proprietários é, em verdade, uma *não ambigüidade*: a infinita possibilidade do princípio proprietário.

²⁷⁹PERLINGIERI, **Introduzione**..., p.139.

²⁸⁰Para Fábio Konder COMPARATO a diferença entre bens móveis e imóveis se justificaria na antigüidade, quando a propriedade imobiliária conferia poder político, sendo os bens móveis considerados *res vilis*. O sistema capitalista, vinculado ao comércio, inverteria estas posições, já que a riqueza mobiliária ganha maior importância. A distinção seria, assim, mais um reflexo do passado que um ordenação ao futuro. (COMPARATO, Fábio Konder. A função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.63, p.72, jul./set. 1986.

²⁸¹FACHIN, **Teoria**..., p.159.

²⁸²Conferir Luiz Edson FACHIN, **Teoria**..., p.160.

2.10 O MERCADO E A INFINITA POSSIBILIDADE DO PRINCÍPIO PROPRIETÁRIO

A abstração do modelo proprietário eleva-o a princípio proprietário porque a sociedade se estrutura em torno do mercado. Como o valor de troca das coisas sobrepõe-se ao seu valor de uso, o funcionamento da propriedade exige sua total abstração.²⁸³ Os poderes proprietários se exercem sobre mercadorias, que são abstrações dos bens jurídicos: *“el discurso del derecho civil no se refiere a cosas sino a mercancías, y no está interesado en su materialidad sino en su valor”*.²⁸⁴ O mercado faz-se através de um exercício de abstração.²⁸⁵

A par de outras considerações possíveis acerca das relações entre mercado e propriedade, interessa a este trabalho a que explica a transformação do modelo proprietário em princípio proprietário por conta da expansão do mercado. A análise

²⁸³Em interessante análise da questão valor de uso-valor de troca, Peter STALLYBRASS cita, com apoio em outros autores, situações da vida cotidiana esclarecedoras. Os pobres do século XVIII compravam certos bens, notadamente roupas, com base no que eles valeriam ser precisassem ser vendidos numa loja de penhores. E as mulheres palestinas mais ricas compravam jóias de ouro de valor relativamente baixo, mas ricamente trabalhadas; as mulheres mais pobres preferiam comprar jóias feitas com ouro de alto valor mas pouco trabalhadas, que lhes renderiam mais caso fosse necessário penhorá-las. (STALLYBRASS, Peter. **O casaco de Marx. Roupas, memória, dor**. Belo Horizonte: Autêntica, 1999. p.113-114). Nota-se que boa parte da análise que vem de ser feita da propriedade – é o exemplo da questão valor de uso/valor de troca – encontra base em alguns postulados marxistas, inclusive por conta do posicionamento de alguns autores aos quais se recorre. Mas, por razões evidentes, uma análise propriamente marxista da propriedade e do mercado não cabe aqui, e por isso não se coloca Karl Marx como um dos pontos de apoio do trabalho. Permite-se, entretanto, fazer referência a duas obras que estudam o direito civil sob as luzes das idéias de Karl Marx: Óscar CORREAS. **Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)**. México: Triana, [s.d.]; e Henrique da Silva Seixas MEIRELLES. *Marx e o direito civil (para a crítica histórica do “paradigma civilístico”)*. Separata de: **Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra, v.35, 1990.

²⁸⁴CORREAS, op. cit., p.30.

²⁸⁵“Não nos deve surpreender que o capitalismo esteja vinculado à abstração, pois não nasce da indústria, mas do comércio: não do artesão, que é um rotineiro, realista e estático, mas do mercador aventureiro, que é imaginário e dinâmico. A indústria produz coisas concretas, mas o comércio intercambia essas coisas, e o intercâmbio sempre tem em germe a abstração, já que é uma espécie de exercício metafórico que tende à identificação de entes distintos mediante o despojamento de seus atributos concretos. O homem que troca uma ovelha por um saco de farinha realiza um exercício sumamente abstrato. Não importa que as necessidades físicas que o levam a exercer esse intercâmbio sejam concretas, com a fome, a sede ou a necessidade de procriar. O decisivo é que esse intercâmbio só é possível graças a um ato de abstração, a uma espécie de comparação matemática entre uma ovelha e um saco de farinha: e ambos objetos se intercambiam, não apesar de suas diferenças, mas precisamente por causa delas”. (SÁBATO, op. cit., p.46).

formulada por Pietro BARCELLONA em seu livro sobre o individualismo proprietário, na medida em que explica como a propriedade vai se conformar em princípio constitutivo de todo o sistema social da modernidade,²⁸⁶ merece, então, referência.

Para BARCELLONA, a autonomização da esfera econômica do indivíduo acarreta a transmutação da propriedade que, de forma regulatória da apropriação de bens, passa a constituir-se em princípio sobre o qual se desenvolve a sociedade moderna. A autonomia do econômico permite a independência do indivíduo (em relação às antigas formas de dependência pessoal e política de outras épocas), traz uma nova forma de articulação das esferas econômica e política (respectivamente dependentes de cálculo econômico e político) e faz derivar vínculos e imperativos que abarcam o sistema e condicionam todo o seu funcionamento.

A autonomia dos indivíduos e a constituição de uma esfera econômica autônoma, ambas garantidas pela instância política estatal, instituem o mercado como o lugar único e geral das relações humanas. O mercado não é uma criação natural ou o resultado espontâneo de um processo evolutivo, mas uma opção política, a exigir sempre a intervenção do Estado, regulando os seus limites.²⁸⁷ Estado e mercado unem-se por um mesmo destino, fazem trocas dialéticas e se reproduzem reciprocamente. Se o poder político, na instância do Estado, colocar em discussão o mercado, vai estar

²⁸⁶BARCELLONA, **El individualismo...**, principalmente p.107 e segs.

²⁸⁷A regulação dos limites é bem posta por Natalino IRTI, em artigo no qual analisa o papel da lei como mediadora nas relações entre mercado e Estado. A lei vai, concretamente, agir como mediadora através da seleção analítica dos interesses merecedores de tutela e na construção artificial do mercado: *"L'una e l'altra esprimono la politicità del tempo, cioè concezione e ordini della convivenza: disegni la legge i confini esterni, entro i quali si svolgono gli affari dell'economia; o invece stabilisca regole interne di funzionamento; in ambedue i casi, il mercato è un organismo artificiale, costruito da una scelta consapevole, da una decisione politica dello Stato. Questa è la "mano visibile" della legge"*. (IRTI, Natalino. Persona e mercato. **Rivista di Diritto Civile**, anno XLI, n.3, maggio-giugno 1995. p.290). Tradução livre: "Uma e outra exprimem a politicidade da história, isto é, as concessões e ordens da convivência: a lei desenha os confins externos, dentro dos quais se desenvolvem os negócios da economia; ou ao contrário estabelece regras internas de funcionamento; em ambos os casos, o mercado é um organismo artificial, construído por uma escolha consciente, por uma decisão política do Estado. Esta é a "mão visível" da lei".

suprimindo a autonomia do econômico, e a sociedade voltará a se organizar hierarquicamente, retornando os laços de dependência pessoal.

A autonomia do econômico origina-se numa decisão política que se dá em quatro passos: a abolição da ordem tradicional, a construção da propriedade livre (desvinculada de qualquer ordem tradicional e, portanto acessível a todos), a imposição do mercado e da troca como o único mediador possível das relações entre os homens e a atribuição do monopólio da força ao Estado, para garantir a paz social.

Como o mercado tem na sua base a circulação privada de riquezas (diz BARCELONA: “um mercado de *mercancías*”²⁸⁸), é imprescindível o reconhecimento da propriedade privada – e livre – de riquezas. A propriedade é o pressuposto ineliminável da autonomia do econômico,²⁸⁹ e a circulação de riquezas passa a ser o título constitutivo da atribuição proprietária.²⁹⁰

A interconexão entre mercado e propriedade vai se agudizar com a era da mercancia absoluta: a propriedade se separa dos proprietários e se converte no princípio de funcionamento do sistema, enquanto sistema destinado à produção ilimitada de riquezas e à disponibilidade e apropriação destas riquezas mediante as trocas mercantis.²⁹¹ Passa-se do regime de propriedade para o regime do sistema proprietário:

²⁸⁸BARCELONA, **El individualismo...**, p.113.

²⁸⁹Idem, *ibidem*.

²⁹⁰Idem, *ibidem*.

²⁹¹Idem, p.115. É no mesmo sentido que Paolo GROSSI diz: “*Como la afirmación de una libertad y de una igualdad formales habían sido los instrumentos más idóneos para garantizar al homo economicus la desigualdad de hecho de las fortunas, así esta “propiedad espiritualizada” se había concretado, por gracia de sus ilimitadas posibilidades de transformación en la piedra filosofal de la civilización capitalista: la más pobre, la más descarnada de las construcciones jurídicas se habría demostrado un medio eficientísimo para cambiar todo en oro, diligente instrumento para todo tipo de mercificación*”. (**La propiedad...**, p.131).

La propiedad se transforma, de derecho de la persona, de derecho del sujeto propietario, de cualidad de éste, en principio de organización, en el sentido precisamente de que la autonomía de lo económico pasa a ser ya el lugar exclusivo en el que se realiza la lógica de la propiedad y por tanto la disponibilidad ilimitada de los objetos producidos y su apropiabilidad privada mediante actos de intercambio.²⁹²

A transformação do modelo proprietário em princípio proprietário não deve ser vista como um sinal de debilidade das classes detentoras do poder originado na acumulação de riquezas, mas como uma forma de permitir a duração infinita do sistema, já que permite devolver o sujeito à condição de abstração.²⁹³

Como o sujeito não precisa ser criativo ou intervir na formação do sistema, que se auto-reproduz, ele é objetivado: as pessoas valem pelo que possuem, o que significa dizer que não valem em si, ou por si. “Dessa forma, o mundo das árvores, dos animais e das flores, dos homens e suas paixões, foi-se convertendo em um gelado conjunto de sinusóides, logaritmos, letras gregas e ondas de probabilidade”.²⁹⁴ O homem está destinado a continuar sendo pura abstração, e é colocado distante de suas características concretas, seus laços históricos, suas ligações pessoais. Na expressão de Orlando de CARVALHO, não é o **homem em situação**, mas uma fórmula geométrica oca e impunemente alienante.²⁹⁵

Num sistema fundado no princípio proprietário, o homem concreto não existe, o que existe é aquele desprovido de fomes, sonhos, paixões. O sujeito-proprietário não é o homem do tempo presente e da vida presente.²⁹⁶ O sujeito de

²⁹²BARCELONA, **El individualismo**..., p.115.

²⁹³*“Es cierto, la burguesía renuncia en el plano formal a una garantía de clase, pero en el plano substancial sólo la construcción de una economía de mercado y de un sistema de relaciones económicas autónomamente fundamentado, está en condiciones de producir un sistema potencialmente capaz de durar hasta el infinito, precisamente porque es potencialmente capaz de generalizar al máximo la cualificación de sujeto del sistema”.* (Idem, p.117).

²⁹⁴SÁBATO, op. cit., p.49-50.

²⁹⁵CARVALHO, O. de, **Para uma**..., p.72.

²⁹⁶A expressão é de Carlos Drummond de ANDRADE, na poesia "Mãos dadas": "O tempo é a minha matéria, o tempo presente, os homens presentes, / a vida presente". (DRUMMOND DE ANDRADE, Carlos. **Antologia poética**. 38.ed. Rio de Janeiro: Record, 1998. p.118).

direito não é imagem de uma realidade, mas a realidade de uma imagem. E, por conseqüência, o outro também não existe: é também pura imagem.

À excessiva abstração do modelo proprietário e de seus componentes insurgem-se os homens concretos com suas concretas necessidades, e as incongruências entre realidade social, sistema econômico e dado normativo irão influenciar o tratamento jurídico da propriedade. As rupturas do discurso proprietário vão aparecer.

2.11 A PERMANÊNCIA DO PRINCÍPIO PROPRIETÁRIO: UMA HIPÓTESE INTERPRETATIVA

Pietro BARCELLONA entende que o princípio proprietário continua existindo porque a sociedade moderna é a sociedade de massas e de consumo: como a sociedade de massas de consumo ou de consumo em massa organiza-se – mais que qualquer outra – sobre o mercado, continua prevalente o individualismo proprietário, agora transmutado em individualismo de consumo.²⁹⁷ Na sociedade da mercancia absoluta prevalece ainda a organização econômica sobre bases quantitativas²⁹⁸ e não qualitativas.

“Consumo, logo existo”,²⁹⁹ poderia ser a divisa da sociedade de consumo; neste sentido todos seriam consumidores, igualando-se formalmente. Assim, a sociedade de consumo toma um indivíduo concreto e devolve um indivíduo abstrato

²⁹⁷E o consumo gera mais consumo, e menos humanidade: “De modo que, na sociedade da mercadoria, o consumismo seria proposto como a terapia por excelência para aliviar o mal-estar gerado pela própria essência desse sistema, centrado no mercado e não nos valores humanos” (SEVCENKO, Nicolau. **A corrida para o século XXI. No loop da montanha russa**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p.88).

²⁹⁸“La logica de la cantidad, la prevalencia de los números, la carrera desenfrenada hacia la cantidad: ése es el mundo del consumo de masas”. (BARCELLONA, **El individualismo...**, p.134).

²⁹⁹“Un gran imperativo parece dominar sin discusión: “soy porque consumo”; “consumo porque todo está al alcance de mi mano, de mi deseo ilimitado de poseer”. (Idem, p.146).

– e débil, diz BARCELLONA³⁰⁰ – já que só pode existir enquanto e porque consome. A personalidade volta a se desestruturar, e o homem volta a ser o sujeito abstrato em torno do qual se moldou o modelo proprietário da modernidade.³⁰¹ Assim o princípio proprietário, agora radicado no consumismo, permanece.

Sob esse olhar, as rupturas havidas não afastam o princípio proprietário porque não *negam o mercado*. Claro que a função social³⁰² e o respeito à dignidade da pessoa servem para corrigir eventuais distorções do mercado e garantir, concretamente, o atendimento aos princípios solidarísticos de convivência, mas não têm o condão de afastar o primado do econômico, permitindo a sobrevivência do princípio proprietário: *“il centro del sistema continua ad essere l'autonomia dell'economico e il principio dominante quello proprietario”*.³⁰³

³⁰⁰Diz mais: *“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-mercancía 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 cantidad”*. (BARCELLONA, **El individualismo...**, p.95).

³⁰¹*“Se podría decir que, justo cuando en la sociedad moderna la individualidad está prácticamente sobre determinada mediante una articulación de roles y de estatutos diferenciados que institucionalizan las distintas funciones y organizan las distintas necesidades, precisamente en la época en la que la unicidad del sujeto parece fragmentarse en una pluralidad de estatutos, simultáneamente se consigue la máxima indeterminación del individuo”*. (Idem, p.132).

³⁰²Em outra obra o jurista italiano já colocava: *“Ed infatti accettando i presupposti della ipotesi interpretativa qui formulata, la pluralità degli statuti non si pone in contraddizione con il principio proprietario. In relazione alle forme via via assunte dal rapporto tra sfera economica e sfera politica anzi, una differenziazione del regime di godimento di alcune categorie di beni può essere – come si è visto – necessaria alla riproduzione del sistema, senza che ciò comprometta il primato dell'economico”*. (BARCELLONA, **Diritto...**, p.298). Tradução livre: "E de fato, aceitando os pressupostos da hipótese interpretativa aqui formulada, a pluralidade de estatutos não se coloca em contradição com o princípio proprietário. Quanto às formas assumidas, de vez em quando, pela relação entre esfera econômica e esfera política, uma diferenciação do regime de uso de algumas categorias de bens pode ser – como se viu – necessária à reprodução do sistema, sem que isto comprometa o primado do econômico".

³⁰³BARCELLONA, **Diritto...**, p.299. Tradução livre: "o centro do sistema continua a ser a autonomia do econômico e o princípio dominante o princípio proprietário".

A hipótese interpretativa de BARCELONA³⁰⁴ interessa a este trabalho na medida em que permite indagar acerca da permanência do modelo proprietário nas formas de ensinar o direito. Cabe investigar se o ensino jurídico já conseguiu captar as rupturas no modelo proprietário, e se está apto a empreender a tarefa de compreender o princípio proprietário, mesmo – e principalmente – para criticá-lo. Em outras palavras: compreender o discurso proprietário passa pela investigação do seu ensino, já que os limites no ensino acabam por auxiliar na conformação – presença e ausência – do próprio discurso. É isto que se fará, após análise das rupturas em que incorre o discurso proprietário da modernidade.

³⁰⁴Para o autor, a permanência do princípio proprietário só pode ser superada pela criação de uma nova ordem, distinta da do mercado: *“¿Qué hacer? ¿Cómo responder? Creo que en este punto es necesario producir una cultura capaz de hacer una fuerte crítica a la emergencia, es decir, a esta noción que ha hecho caer en la trampa incluso a los partidos de izquierda y que los ha obligado a perseguir lo cotidiano en un terreno en el que no era posible expresar realmente una alternativa; y creo que es necesario recuperar la concepción de un nuevo orden. ¿Pero cómo, por qué camino? Estoy convencido de que ese camino debe ser, en términos culturales, la invención de un juego distinto al del mercado, es decir, la producción de un conflicto cualitativo que no pueda ser contenido dentro del conflicto cuantitativo y que lleve a una nueva forma de subjetividad y de objetividad”*. (BARCELONA, **El individualismo...**, p.144).

CAPÍTULO 3

O DISCURSO PROPRIETÁRIO E SUAS RUPTURAS

3.1 O ESTADO SOCIAL E A RENOVAÇÃO DO DIREITO

A construção do modelo proprietário liga-se à total abstração do sujeito de direito, o que se reflete na conseqüente abstração das formas de exercício dos poderes proprietários e na infinita possibilidade de bens apropriáveis. Ao pretender permanecer intocado, o modelo está sujeito a rupturas, e uma delas pode ser visualizada no reconhecimento de que a propriedade deve ser exercida funcionalmente em razão dos interesses da coletividade.

Essa ruptura liga-se ao ocaso do Estado liberal e ao surgir do Estado social. Os postulados do Estado liberal não iriam resistir às reivindicações de novos atores, ingressantes no jogo social. A noção de igualdade formal logo refletiria o fantasma da desigualdade material, e a separação entre Estado e sociedade daria lugar a um novo modelo de Estado.

Os mecanismos de desenvolvimento da economia capitalista geram condições estruturais e conjunturais de desagregação de um quadro³⁰⁵ no qual se confinava o Estado a ser mero garantidor da segurança política, social e jurídica das relações de troca regidas pelo direito privado.³⁰⁶ Esses mecanismos – por exemplo, a acumulação de capital, o controle monopolístico dos mercados, a dificuldade de acesso à riqueza – geram um *déficit* que opera sobre os planos econômico e social, de tal forma que o Estado se vê compelido a atuar em dois sentidos: em direção ao econômico, por meio de mecanismos de correção do mercado, e em direção ao social, pela recuperação dos excluídos ao sentido social do instituído:³⁰⁷

³⁰⁵Por evidente, para a passagem houve também a colaboração da crítica ideológica lançada ao Estado Liberal. Conferir, para uma apreciação sumária, Paulo BONAVIDES. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

³⁰⁶NOVAES, op. cit., p.191.

³⁰⁷BARCELLONA, **Diritto...**, p.103-104.

...o que a nova época exigia não era apenas um acréscimo das intervenções do Estado, mas uma alteração radical na forma de conceber as suas relações com a sociedade. Constatado o perecimento da crença na auto-suficiência da esfera social, tratava-se agora de proclamar um novo “ethos político”: a concepção da sociedade não já como um dado, mas como um objeto susceptível e carente de uma estruturação a prosseguir pelo Estado com vista à realização da justiça social. É na plena assunção deste novo princípio de socialidade e na forma como ele vai impregnar todas as dimensões da sua actividade – e não na mera consagração constitucional de medidas de assistência ou no acentuar da sua intervenção económica – que o Estado se revela como “Estado social”.³⁰⁸

A atuação do Estado não se restringe apenas a dirigir o processo económico, mas – e talvez principalmente – a conformar e estruturar a sociedade a partir de decisões políticas. Nesse sentido, a esfera económica vai ser “moldada em função das exigências sociais e dos objectivos políticos por ele definidos”.³⁰⁹ A definição de tais objetivos, por sua vez, vem da pressão exercida pela sociedade sobre o Estado.³¹⁰

Por evidente, desde bem antes já havia algum direito tutelador dos excluídos da sociedade,³¹¹ mas a melhor articulação do Estado social iria se dar nas Constituições do México (1917) e Weimar (1919), articulação que seria intensamente retomada nas constituições posteriores aos conflitos mundiais do século XX.³¹²

³⁰⁸NOVAES, op. cit., p.193.

³⁰⁹Idem, ibidem.

³¹⁰“No fundo, o novo *ethos político* que resultava da superação da concepção liberal da separação da sociedade e Estado traduzia-se, a partir da constatação da mútua perda de capacidade de auto-regulação, num projecto global de estruturação da sociedade, ou seja, de um regulação da vida social a partir do impulso e da conformação provenientes do Estado; por sua vez, esta direcção tinha como contrapartida a pressão, exercida individual e colectivamente, da sociedade sobre o Estado,...”. Idem, p.197.

³¹¹Idem, p.190; BARCELLONA, **Formazione...**, p.69.

³¹²Jorge Reis NOVAES lembra que a 1.^a Guerra “estimularia uma alteração radical na forma de conceber as relações entre o Estado e a Sociedade”, sendo, paradoxalmente, “o produto natural de um sistema dilacerado pelas próprias contradições”. (op. cit., p.190 e 191, respectivamente). Também o diz a autorizada lição de Gustavo TEPEDINO: “A primeira guerra, na Europa, marcaria, então, definitivamente, a modificação do papel do legislador, antes mero árbitro das relações contratuais. O Estado, primeiro excepcionalmente e, depois, sistematicamente, intervém na economia, objetivando evitar a expansão das desigualdades e o atendimento de interesses básicos da população carente. Os “sem terra”, os “sem teto”, o exército dos subempregados, os desassistidos dos serviços básicos, formam um robusto contingente reivindicante, fomentador de notáveis movimentos sociais, no âmbito dos quais a revolução bolchevique e a experiência constitucional de Weimar serve de pontos de referência”. (TEPEDINO, G. A nova..., p.74).

Para BARCELLONA, são três os postulados do Estado social: a) a igualdade material em contrapartida à igualdade formal; b) o reconhecimento recíproco da subjetividade social em face da subjetividade abstrata e c) o princípio de solidariedade e de intervenção do Estado na economia.³¹³ Esses postulados, redesenhando as relações entre Estado e Sociedade a partir do prisma das exigências da sociedade, permitem que seja expressa uma nova realidade econômica, principalmente no que toca à distribuição de renda, à assistência às classes desfavorecidas e ao uso não egoístico dos bens, renovando, assim, os institutos jurídicos da propriedade e da autonomia contratual.³¹⁴

3.2 A PROPRIEDADE FUNCIONALIZADA

O Direito volta-se para recuperar aos excluídos o sentido do viver social, e tem relevância a função que desempenha no mundo jurídico e econômico aquele instituto – a propriedade – que era a cidadela do direito privado liberal. Se antes a função social da propriedade era exercida à medida que refletia a autonomia e liberdade humanas,³¹⁵ impõe-se agora compreender sua função em face dos desprivilegiados, dos não proprietários; daqueles cuja autonomia e liberdade inexistiam por não serem proprietários.

A propriedade não funcional socialmente – isto é, aquela na qual é assegurado ao proprietário o exercício de seus poderes da forma que lhe convier, inclusive egoisticamente – é uma das faces que ela apresentou no seu percurso

³¹³BARCELLONA, **Diritto...**, p.109.

³¹⁴BARCELLONA, **Diritto...**, p.112-113. BARCELLONA lembra que foi a mediação destas exigências com os postulados do Estado liberal que fizeram elaborar a fórmula do Estado Social de Direito. (idem, p.113).

³¹⁵“A propriedade cumpriria necessariamente sua função social pela apropriação em si, como forma máxima de expressão e de desenvolvimento da liberdade humana. Esta dogmática inspiraria, com efeito, a codificação da Europa no último século e, em sua esteira, o nosso Código de 1916”. (TEPEDINO, G., *A nova...*, p.74).

evolutivo, e que acabou servindo para formar o discurso proprietário da modernidade. Sua configuração foi, no entanto, diversas vezes contestada. Cite-se, por exemplo, a doutrina cristã da Idade Média, reacendida pela doutrina social da Igreja,³¹⁶ as lições de DUGUIT,³¹⁷ e a concepção marxista acerca dos institutos econômicos e sociais.³¹⁸ Depreende-se, daí, que tanto o individualismo proprietário como o funcionalismo proprietário são noções históricas.

De qualquer sorte, “da erupção do sistema individualista chegou-se à função social”.³¹⁹ A visão da função social da propriedade passa pelo redimensionamento mesmo do direito de propriedade, e não como mais um limite imposto aos poderes proprietários. A concepção de que a propriedade deve ser utilizada de forma solidarística “*incide sulla struttura tradizionale della proprietà*

³¹⁶“A propriedade é, assim, ao mesmo tempo, um direito pessoal e uma responsabilidade social. Quem se apropria, por exemplo, de uma terra, assume a responsabilidade de utilizá-la para o seu próprio bem e para o bem dos outros. (...) A propriedade apresenta duas funções: 1.ª) pessoal, de promoção do homem (contribuindo para que ele atinja a plenitude de seu desenvolvimento como homem); 2.ª) social, de serviço à comunidade”. (ÁVILA, Fernando Bastos. Propriedade. In: **Pequena Enciclopédia da Doutrina Social da Igreja**. São Paulo: Loyola, 1991. p.371).

³¹⁷“Segundo Leon Duguit, todo o indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade uma certa função social que decorre do lugar que ocupa. O proprietário, pelo fato de possuir a propriedade, tem de cumprir a finalidade social que lhe é implícita e comente assim estará socialmente protegido, porque a propriedade não é direito subjetivo do proprietário, mas função social de quem a possui”. (PEREIRA, Rosalinda P. C. Rodrigues. A teoria da função social da propriedade rural e seus reflexos na acepção clássica de propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.97-98). Consulte-se também Moacir Lobo da COSTA. A propriedade na doutrina de Duguit. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.153, p.31-39, maio/jun./jul. 1954.

³¹⁸Pode-se fazer remissão aqui à explanação do tema contida na obra de Karl RENNEN (op. cit.), de 1904, que é considerada por Fábio Konder COMPARATO como ponto de partida para a análise funcional do direito. (COMPARATO, A função..., p.73).

³¹⁹FACHIN, Luiz Edson. Novas limitações ao direito de propriedade. **Anais da XVI Conferência Nacional da OAB**. p.525.

dall'interno,³²⁰ a tal ponto que se pode sustentar que a função social é a razão mesma pela qual o direito de propriedade é atribuído a um certo sujeito.³²¹

Com a função social, a idéia de condicionamento de um direito a uma finalidade,³²² geralmente adstrita ao direito público, ingressa no direito privado e conforma o direito de propriedade:

O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de *exercê-lo* em benefício de outrem e não, apenas, de *não o exercer* em prejuízo de outrem. Isto significa que a *função social da propriedade* atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de *fazer*, portanto, e não, meramente, de *não fazer* – ao detentor do poder que deflui da propriedade. Vinculação inteiramente distinta, pois, daquela que lhe é imposta mercê de concreção do *poder de polícia*.³²³

No dizer do Professor Orlando GOMES, a função social não se confunde com as limitações do direito de propriedade. Estas atingem o exercício do direito de propriedade, ao passo que a função social afeta a própria substância do

³²⁰PERLINGIERI, *Introduzione...*, p.73.

³²¹PERLINGIERI, *Introduzione...*, p.71.

³²²A funcionalização dos institutos jurídicos vai muito além do direito de propriedade: funcionaliza-se todo o direito, que se torna promocional. Esta funcionalização exige novos métodos de abordagem do fenômeno jurídico: “Importa assim promover, na abordagem, a transposição do acento estrutural para o problema da função social do direito na sociedade, em termos “promocionais”, entendendo-se, na esteira de Bobbio, por função promocional, “a ação que o direito dá lugar através do instrumento da ‘sanção positiva’, pela qual se busca ‘promover’ e ‘incentivar’ o cumprimento de determinada conduta socialmente desejável”. Est função não é nova. Mas é nova a extensão que ela tem tido e continua a ter no Estado contemporâneo: uma extensão em contínuo aumento que, por assim dizer, faz parecer inadequada e de alguma forma insuficiente qualquer abordagem do ponto de vista de uma teoria geral do direito que continue a considerar o ordenamento jurídico tão-somente do ponto de vista da sua função tradicional puramente protetora e repressiva. Neste sentido é que cremos poder afirmar a insuficiência conceitual e a aplicação anacrônica de um purismo metodológico, de caráter formal, na ciência jurídica, que tem privilegiado nos estudos de teoria geral do direito, ao longo do tempo, muito mais a análise estrutural dos ordenamentos jurídicos do que sua função social”. (RIBEIRO, Paulo de Tarso. *Direito e mudança social*. In: FARIA, José Eduardo (Org.) **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília: UnB, 1988. p.81-82).

³²³GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.255.

direito proprietário,^{324,325} constituindo-se “no seu fundamento, na sua justificação, na sua *ratio*”:³²⁶

As limitações, os vínculos, os ônus e a própria relativização do direito de propriedade constituem dados autônomos que atestam suas transformações no direito contemporâneo, mas que não consubstanciam um princípio geral que domine a nova função do direito com reflexos na sua estrutura e no seu significado e que seja a razão pela qual se assegura ao proprietário a titularidade do domínio.³²⁷

A função social da propriedade é tema dos mais complexos, cabendo discussões sobre várias de suas *performances*: se a propriedade *tem* função social ou é uma função social; se, com sua funcionalização, a propriedade deixa de ser um direito subjetivo; se o direito de propriedade é compatível com o vínculo da responsabilidade social; se, diante da funcionalização, resta ainda um conteúdo mínimo à propriedade, e outras, das quais a doutrina tem se ocupado proficientemente.³²⁸ Trata-se de um debate acérrimo, no qual variam os parâmetros de compreensão conforme as diversas orientações interpretativas.³²⁹ Para este trabalho importa, sobremaneira, a idéia que a funcionalização do direito de

³²⁴GOMES, Orlando. A função social da propriedade. **Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Ferrer Correia**. Coimbra, número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v.2, p.432, 1989.

³²⁵Em análise do direito italiano, com base em MESSINEO, o Prof. Orlando GOMES nota que o fundamento dos limites aos poderes proprietários deixam de ser mera accidentalidade do direito de propriedade e são postos no elemento social. (GOMES, O., **Direitos...**, p.395).

³²⁶GOMES, O., A função..., p.432.

³²⁷GOMES, O., A função..., p.425. O notável civilista baiano marca a diferença entre limites e função social da propriedade: “Limitações, vínculos, ônus comprimem a propriedade, porque outros interesses mais altos se alevantam, jamais porque o proprietário tenha deveres em situação passiva característica”. (A função..., p.434).

³²⁸Qualquer tentativa de indicar a produção doutrinária sobre o tema conteria falhas e faltas. Pelas mãos, principalmente, do professor Gustavo TEPEDINO o melhor da doutrina italiana sobre o tema tem sido absorvido pela contemporânea civilística brasileira, e dela pode-se citar, exemplificativamente: Stefano RODOTÀ. op. cit.; Pietro PERLINGIERI. **Introduzione...**; Salvatore PUGLIATTI. **La proprietà nel nuovo diritto**; Pietro RESCIGNO. Intervento. In: **Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà**. Ata da Convenção realizada em Camerino em 1982. Napoli: ESI, 1983.

³²⁹FACHIN, **Teoria...**, p.289-290.

propriedade causa uma ruptura no discurso proprietário da modernidade: *“Per il diritto di proprietà, “alla vera linea di frattura si arriva quando, abbandonata l’idea di godimento pro se, si entra nel concetto di funzione di carattere sociale”*.³³⁰

3.3 EM BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DO ABSTRATO

Na apreciação da função social da propriedade, o operador do direito tem de atentar para a concretude da situação proprietária, levando em conta a posição ocupada pelo sujeito proprietário – na sua vida de relações e na sua relação com o bem apropriado³³¹ –, as características do bem sobre o qual incide a propriedade e a forma do exercício dos poderes proprietários. A função social da propriedade remete, sempre, a uma visão concreta das relações em que incide o fenômeno proprietário, cujo balizamento será feito a partir da normativa, mas cujo objetivo é garantir a melhor utilização social da propriedade. Aqui se dá a ruptura do modelo proprietário.

Pode-se argumentar que a função social da propriedade é uma fórmula vaga – e o conteúdo da função social é também uma das grandes discussões contemporâneas³³² –, por traduzir um princípio geral, e não arrolar uma série de comportamentos proprietários obrigatórios, o que manteria o problema trazido pelo modelo proprietário individualístico-liberal. E de fato a função social não pode ser entendida de modo unívoco, já que a utilidade social de certos comportamentos e

³³⁰A expressão é de Stefano RODOTÀ, com base em A.C. Jemolo. (op. cit., p.190-191). Tradução livre: "Para o direito de propriedade, à verdadeira linha de fratura se chega quando, abandonada a idéia de gozo para si, se entre no conceito de função de caráter social".

³³¹"Sendo o homem não o indivíduo isolado, mas relação, isto é, o indivíduo enquanto membro da comunidade, resulta do contexto constitucional que a atribuição de poderes ao proprietário não pode ser entendida como efectuada a favor do indivíduo abstractamente considerado, mas como um sujeito de relação integrado na comunidade, por isso esses poderes são funcionalizados e condicionados por motivo desta inserção". (FIGUEIRA, op. cit., p.133).

³³²Ver, por todos, Stefano RODOTÀ, op. cit., p.190 e segs.

situações não pode ser medida ou colocada *a priori*, exigindo uma constante reconstrução por parte do aplicador.³³³

Inerendo alla struttura della proprietà, la funzione sociale vede diminuito il margine d'indeterminatezza, che abbiamo visto proprio della sua natura de principio elastico, ed acquista più precisi contorni da una ricostruzione che può con piena legittimità tener conto di tutti gli elementi presenti nel sistema, per determinarne l'operatività anche nelle situazioni più particolare.³³⁴

A superação da indeterminação do conteúdo da função social, que envolve a atividade legislativa e interpretativa,³³⁵ tem como ponto de partida que o direito de propriedade não é mais auto-referente³³⁶ e, portanto, não é individualístico.³³⁷ Ademais, a operacionalização da função social terá sempre como medida, impulso e

³³³Neste sentido, a doutrina tem assemelhado o procedimento operativo da função social a outras cláusulas gerais, como, por exemplo, a da boa-fé objetiva, ou boa-fé conduta. Assim, Orlando GOMES, *A função...*, p.432.

³³⁴Stefano RODOTÀ, *op. cit.*, p. 267. Tradução livre: "Inerente à estrutura da propriedade, a função social vê diminuída a margem de indeterminação, que vimos própria de sua natureza de princípio elástico, e adquire contornos mais precisos através de uma reconstrução que pode, com total legitimidade, levar em conta todos os elementos presentes no sistema, para determinar sua operatividade também nas situações mais particulares".

³³⁵"Evidentemente, l'esistenza di tale concetto elastico al livello costituzionale può importare delle differenze dalla operatività consueta di questi concetti nell'ambito privatistico, non esaurendosi nel profilo interpretativo, mas comprendendo anche l'eventuale svolgimento di attività legislativa". (RODOTÀ, *op. cit.*, p.213). Tradução livre: "Evidentemente, a existência desta conceito elástico no plano constitucional pode importar em diferenças no operatividade usual destes conceitos em âmbito privatístico, não exaurindo-se no perfil interpretativo, mas compreendendo também o eventual desenvolvimento da atividade legislativa". Referindo-se à função social como princípio, Orlando GOMES lembra que "o comportamento profissional do magistrado passa a ser, no particular "uma acção de invenção e de adaptação", como se exprime LANVERSIN definindo a acção pretoriana como um meio de realizar a modernização do direito". (*A função...*, p.432).

³³⁶"Queste notazioni dovrebbero essere sufficienti a mostrare l'impossibilita di costruire la proprietà como sistema completamente autoreferenziale". (RODOTÀ, *op. cit.*, p.21). Tradução livre: "Estas anotações deveriam ser suficientes para mostrar a impossibilidade de construir a propriedade como sistema completamente auto-referencial". Também tratando da propriedade em relação ao sistema de imunidade proprietária, BARCELONA fala da irrenunciável tendência da propriedade privada em reproduzir-se segundo uma lógica auto-referencial, que é apresentada pela classe dos juristas com seus instrumentos técnicos (*Diritto...*, p.281).

³³⁷"Quel che comunque può considerarsi certo, in base al modo in cui la qualificazione sociale è impiegata nei testi legislativi ed alle conclusioni economiche accennate, è la legittimità di intendere quella qualificazione come equivalente a non individualistico". (RODOTÀ, *op. cit.*, p.197). Tradução livre: "O que se pode considerar certo, todavia, com base no modo pelo qual a qualificação social é empregada nos textos legislativos e nas conclusões econômicas indicadas, é a legitimidade de entender aquela qualificação como equivalente a não-individualístico".

orientação os valores eleitos como mais relevantes pela comunidade em seu pacto político.³³⁸ Por isso, referindo-se principalmente aos artigos 1.º e 5.º da Constituição Brasileira, Gustavo TEPEDINO diz que “tais dispositivos fazem com que a função social da propriedade tenha conteúdo constitucionalmente determinado, a guiar o intérprete nos conflitos de interesse”.³³⁹

A função social significa ruptura do discurso proprietário na medida em que, enfrentando a abstração de seu modelo, remete o operador do direito para análise da situação concreta em que se insere cada situação proprietária.³⁴⁰ A

³³⁸Tratando da “fungibilidade ideológica” da noção de função social, diz PERLINGIERI: *“Indubbiamente questo pericolo c'è; ma chi volesse nascondere l'esistenza di questa esigenza avrebbe una concezione miope del fenomeno giuridico: certo queste nozioni sono generiche e possono trovare un loro contenuto secondo il bagaglio culturale dell'interprete, ma il giurista non è completamente libero di attribuire un contenuto a queste norme perchè il contenuto di queste norme non sarà soltanto un contenuto politico soggettivo ma sarà un contenuto risultante dall'intero sistema dell'ordinamento giuridico; e queste norme interpretate unitamente a quelle che costituiscono le discipline particolari dei singoli istituti, interpretate assieme a tutte le altre che riguardano i rapporti economici e i rapporti sociali previsti dalla Costituzione, assumono, non un contenuto politico astratto, ma quel contenuto politico-giuridico che si deve e si può desumere dall'intero sistema giuridico, dall'intero ordinamento giuridico”*. (PERLINGIERI, **Introduzione...**, p.76-77). Tradução livre: “Sem dúvida, este perigo existe, mas quem pretendesse esconder a existência desta exigência teria uma concepção míope do fenômeno jurídico: por certo estas noções são genéricas e podem encontrar o seu conteúdo segundo a bagagem cultural do intérprete, mas o jurista não é completamente livre para atribuir um conteúdo a estas normas porque o conteúdo delas não será somente um conteúdo político subjetivo mas será um conteúdo resultante de todo o sistema do ordenamento jurídico; e estas normas interpretadas harmonicamente com aquelas que constituem as disciplinas particulares dos singulares institutos, interpretadas juntamente com todas as outras que cuidam das relações econômicas e sociais previstas pela Constituição, assumem não um conteúdo político abstrato, mas o conteúdo político-jurídico que deve e que pode decorrer do inteiro sistema jurídico, do inteiro ordenamento jurídico”.

³³⁹TEPEDINO, G., *Premissas...*, p.15.

³⁴⁰*“Per un verso, si attenua la tensione tra momento astratto e concreto, poichè si lega la previsione normativa al divenire del fatto, per definirne il valore con riguardo alla specificità della situazione, e non solo all'ampiezza logica della fattispecie descritta; d'altra parte si compie un'operazione valutativa più aderente alla realtà, associando alla soluzione tecnica una scelta ideologica”*. (MAZZÙ, Carlo. **Proprietà e società pluralista**. Milano: Giuffrè, 1983. p.163). Tradução livre: “Por um lado, se atenua a tensão entre momento abstrato e concreto, já que se liga a previsão normativa ao devir do fato, para definir o valor com relação à especificidade da situação, a não só a amplitude lógica da *fattispecie* descrita; por outro lado se completa uma operação valorativa mais aderente à realidade, associando à solução técnica uma escolha ideológica”. O operador do direito vai, então, transitar entre a realidade normativa e a realidade fática: “Se é verdade que a certeza do direito não se obtém desconsiderando o dado normativo, este por sua vez não há de ser tomado pelo intérprete como elemento estático, devendo ser reconstituído continuamente, na dinâmica própria da tensão dialética fato-norma. Ambos os elementos são indispensáveis ao processo interpretativo e o predomínio de um em detrimento do outro representaria a perda de contacto com a chamada norma viva”. (TEPEDINO, G., *Contornos...*, p.326-327).

indeterminação do conceito permite, ainda, oportuna adequação às modificações sociais por que passa determinada comunidade:

Indubbiamente si tratta di concetti generici che possono, nell'evoluzione del tempo, assumere contenuti diversi, ma oggi, nell'attuale momento storico, nell'attuale contesto dell'ordinamento giuridico, questi concetti assumono significati precisi. Nell'ambito di una disciplina regolamentare, specifica, sulle singoli ipotesi di proprietà, la nozione di "funzione sociale" svolge un suo ruolo giuridico oltre che politico: l'attività della proprietà va valutata in concreto non in astratto, in relazioni allo stabilirsi di più equi rapporti sociali.³⁴¹

3.4 SUJEITOS PROPRIETÁRIOS E NÃO PROPRIETÁRIOS

O sujeito de direito deixa de ser abstração e se transforma no artífice do sistema, porque real portador dos interesses em jogo.³⁴² Assim, importa saber, para a verificação da função social da propriedade, a concreta posição do sujeito nas suas relações, no que toca ao seu direito de propriedade. Se é empreendedor, consumidor ou fornecedor, trabalhador ou patrão; se, naquele caso concreto, é alguém com moradia ou sem moradia; se é sua única propriedade ou se tem outras; se está em condomínio ou se é proprietário isolado.³⁴³

³⁴¹PERLINGIERI, **Introduzione...**, p.77. Tradução livre: "Sem dúvida, trata-se de conceitos genéricos que podem, na evolução do tempo, assumir conteúdos diversos, mas hoje, no atual momento histórico, no atual contexto do ordenamento jurídico, estes conceitos assumem significados precisos. No âmbito de uma disciplina reguladora, específica, sobre singulares hipóteses de propriedade, a noção de 'função social' desenvolve um seu lugar jurídico e ainda político: a atividade da propriedade é valorada em concreto e não em abstrato, em relação ao estabelecimento de iguais relações sociais".

³⁴²MAZZÙ, op. cit., p.164.

³⁴³LORENZETTI trata da questão dos "agrupamientos de propietarios" (consórcios, multipropriedade, clubes de campo etc.), destacando que, em algumas situações, ocorre fenômeno de contratualização da propriedade derivada da separação entre exploração e titularidade do bem, e que o proprietário pode se tornar refém do grupo, cativo das decisões que outros tomam e que terá que aceitar. LORENZETTI, Ricardo Luis. Nuevas fronteras del abuso de derecho (Situaciones jurídicas lesivas de libertades. Tutela del mercado y amparo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.723, p.53-65, jan.1986).

Importante o proprietário, mais importante o não proprietário: na situação jurídica proprietária funcionalizada o direito dos outros está presente,³⁴⁴ principalmente no que se refere ao estatuto de acesso aos bens.³⁴⁵ “A propriedade passa a ter uma função central de redistribuição de rendas. A titularidade da situação proprietária passa a implicar, para o seu titular, no concomitante respeito a crescentes situações não proprietárias”.³⁴⁶ A proteção à dignidade humana e o propósito da redução das desigualdades exigem a proteção do excluído, e esta proteção leva à discussão da acessibilidade aos bens:³⁴⁷ “Nessa esteira, passa-se a entender que esse direito subjetivo tem destinatários no conjunto da sociedade, de modo que o direito de propriedade também começa a ser um direito à propriedade. Gera, por conseguinte, um duplo estatuto: um de garantia, vinculado aos ditames sociais, e outro, de acesso”.³⁴⁸ É por isso – e para ficar num só exemplo – que “o direito à habitação entrou na cogitação dos juristas, competindo com o direito de propriedade”.³⁴⁹

Isso vale dizer que o não proprietário não é mais apenas o sujeito passivo universal, titular de um dever genérico de abstenção, mas se insere numa situação jurídica subjetiva complexa.³⁵⁰ Tem direito a exigir de quem proprietário é o cumprimento da função social da propriedade, e tem direito a que lhe sejam dadas

³⁴⁴FACHIN, **Estatuto...**, p.50.

³⁴⁵No princípio de acesso aos bens garante-se mecanismo jurídico e social para ingresso nas titularidades. (FACHIN, **Estatuto...**).

³⁴⁶TEPEDINO, G., *A nova...*, p.74.

³⁴⁷*“Il discorso sull'esclusione viene tramutato così in quella sull'accessibilità”.* (RODOTÀ, op. cit., p.39) Tradução livre: “O discurso sobre a exclusão muda-se, assim, naquela sobre a acessibilidade”.

³⁴⁸FACHIN, **Teoria...**, p.289.

³⁴⁹LOBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.141, p.106, jan./mar. 1999.

³⁵⁰PERLINGIERI, **Introduzione...**, p.7.

condições materiais de aceder à propriedade.³⁵¹ O discurso proprietário deve abranger o acesso aos bens, já que *“las reglas de propiedad son la vía para dar solución a este problema”*.³⁵²

C.B. MACPHERSON tem uma interessante análise sobre o problema do acesso aos bens. Ele parte da idéia que a concepção exclusivista do direito de propriedade o afasta da idéia de direito humano, que deve prevalecer. A conformação do direito de propriedade passaria por quatro mudanças reducionistas desse direito, ocasionadas pelo advento do mercado, em direção à propriedade exclusiva dos bens materiais: a) de propriedade ampla para propriedade de rendas ou coisas materiais; b) do direito de excluir outrem e de não ser excluído do uso das coisas para o direito apenas a excluir outrem; c) do direito de usar e gozar alguma coisa para o direito de usar e alienar; d) da propriedade de uma renda para a propriedade das coisas. Como a presença do direito de propriedade sempre gera desigualdades, e a superação dessas desigualdades deve ser perseguida, uma das reduções anteriores deve ser afastada. Transcreve-se:

É facilmente demonstrável que, admitindo-se a igualdade do direito à vida, todos necessitam de um mínimo de propriedade individual – quer se trate dos meios de vida ou do acesso aos meios de trabalho – para garantir a sua subsistência. E segundo qualquer noção aceitável de direitos humanos, isso requer mais do que o direito à mera subsistência física: requer igualdade do direito aos meios de vida e aos meios de trabalho que toda sociedade é capaz de propiciar conforme seu grau de domínio sobre a natureza. Portanto a própria natureza dos seres humanos requer dois tipos de propriedade individual. O primeiro, a propriedade dos meios de vida, é a posse de coisas materiais. Trata-se necessariamente de uma propriedade exclusiva: eu preciso ter o direito de excluir você de minhas roupas, de minha refeição, de minha escova de dentes e de meu leito. O segundo, a propriedade dos meios de trabalho – isto é, dos recursos materiais, da terra e do capital, dos quais necessito para exercer meu potencial e minhas faculdades – não

³⁵¹Um dos caminhos possíveis, que não exclui outros, é o da desapropriação de bens: *“Da ciò si evince che istituti di diritto amministrativo come l'espropriazione, alla luce della Costituzione, non sono più utilizzabili per il solo scopo di assicurare la funzione sociale produttivistica della proprietà, ma anche allo scopo di rendere accessibile a tutti la proprietà privata”*. (PERLINGIERI, **Introduzione...**, p.26). Tradução livre: "Disso se deduz que institutos de direito administrativo, como a desapropriação, à luz da Constituição, não são mais utilizáveis somente com o fim de assegurar a função social de produção da propriedade, mas também com o fim de tornar acessível a todos a propriedade privada".

³⁵²MARTÍNEZ, op. cit., p.2.

precisa ser uma propriedade exclusiva. **Pode muito bem ser o outro tipo de propriedade individual – o direito de não ser excluído do uso ou gozo de alguma coisa.**³⁵³

O problema do acesso aos bens é questão muito mais ampla, já que se produzem riquezas e bens, porém uma grande parte da população não pode delas usufruir.³⁵⁴ O problema distributivo coloca-se diante da existência de dois mundos distintos: o da exclusão e o do acesso.³⁵⁵ Ricardo LORENZETTI observa que a maioria dos institutos jurídicos foi delineada sem levar em consideração este problema, e cita exemplos: o direito do trabalho preocupa-se com o empregado, o direito processual com o litigante. Como as normas têm finalidades econômico-sociais precisas e respondem a um esquema distributivo,³⁵⁶ o sistema clássico sofre uma fissura. No direito do trabalho aparece o desempregado como novo sujeito (com direito, por exemplo, ao seguro-desemprego e à oferta de trabalho); o direito processual começa a preocupar-se com o problema do acesso a justiça, mediante a superação de obstáculos econômicos, organizativos e processuais.

O acesso à propriedade é dificultado pelos mecanismos do mercado, cuja lógica “provoca uma exclusão que redundaria intolerável para os valores jurídicos”,³⁵⁷ cabendo ao legislador incrementar o real acesso aos bens e evitar tudo o que impeça

³⁵³MACPHERSON, C.B. Os direitos humanos como direitos 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. p.106-107. Os grifos não constam do original.

³⁵⁴LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos...**, p.86.

³⁵⁵"O excesso de consumo convive com a pobreza mais ignominiosa, as tecnologias mais assombrosas não logram obscurecer expressões de um primitivismo que se acreditava abandonado. Tanto na escala mundial como nas sociedades nacionais, bem como nas cidades, o problema da ruptura da existência de dois mundos distintos, o da exclusão e o do acesso, faz-se". (Idem, p.86).

³⁵⁶Idem, p.87.

³⁵⁷Idem, **Fundamentos...**, p.99. Como o mercado é regido pela lei da oferta e da procura, boa parte da sociedade, por não ter o que ofertar, fica sem acesso aos bens. Como o livre mercado é um “princípio sem princípios” (a expressão é de Marshall BERMAN, citado por Eros Roberto GRAU, op. cit., p.16), existe intervenção do Estado para garantir o acesso a bens elementares, ao mínimo necessário. Por exemplo, o acesso à moradia.

este acesso.³⁵⁸ Assim, “há alguns tipos de propriedade cujo acesso não é deixado inteiramente ao mercado, sendo reforçado por mecanismos jurídicos”.³⁵⁹ É necessário reconstruir teoricamente o direito privado com a criação de instrumentos jurídicos aptos a darem conta dessa função promotiva. A temática da acessibilidade aos bens exige verdadeira renovação paradigmática do direito privado clássico: “A temática do acesso tem uma relação direta com a organização institucional do mercado, e com os paradigmas ampliados do Direito Privado...”.³⁶⁰

3.5 A PROPRIEDADE E AS PROPRIEDADES

Para a funcionalização da propriedade importam também a qualidade e quantidade dos bens, e sua destinação, que será determinada conforme a situação e função do bem:³⁶¹ “A destinação do bem apropriado ora é determinada por lei, ora é controlada e restringida, ora é proibida, caracterizando-se o direito de propriedade menos pelo seu conteúdo estrutural acima descrito e mais pela destinação do bem sobre o qual incide, ou, ainda, por sua potencialidade econômica”.³⁶² Por isso, o exercício dos poderes proprietários é variável e não cabe mais no abstrato modelo

³⁵⁸LORENZETTI, **Fundamentos...**, p.100-101.

³⁵⁹Idem, p.100.

³⁶⁰Idem, p.116. Grifo inexistente no original. Sobre o problema da garantia dos bens fundamentais, consulte-se a mesma obra, p.326 e segs., em que o professor argentino trata do *mínimo social* – bens fundamentais que correspondem ao bom funcionamento da organização humana e que permitem a ela continuar sendo chamada desta maneira –, da atribuição de bens fundamentais através do mercado e sua tendência à exclusão, e dos princípios jurídicos aplicáveis para o estabelecimento de uma garantia substantiva do mínimo social, inclusive em nível internacional.

³⁶¹“*In altre parole, le diverse forme di proprietà sono differentemente disciplinate o per il fatto che titolare di quella proprietà occasionalmente o istituzionalmente è un particolare soggetto, o per il fatto che oggetto di quella proprietà sono beni che hanno una particolare funzione sociale e giuridica riconosciuta dal nostro ordinamento*”. (PERLINGIERI, **Introduzione...**, p.138-139). Tradução livre: “Em outras palavras, as diversas formas de propriedade são diferentemente disciplinadas ou pelo fato que o titular daquela propriedade ocasionalmente ou institucionalmente é um especial sujeito, ou pelo fato que o objeto daquela propriedade são bens que têm uma particular função social e jurídica reconhecida pelo nosso ordenamento”.

³⁶²TEPEDINO, G., *A nova...*, p.74.

de usar, fruir e gozar.³⁶³ Bens de produção ou de consumo,³⁶⁴ móveis e imóveis, imóveis rurais e urbanos, riqueza material ou imaterial, propriedade empresarial, atividade financeira, bens culturais, todos têm diversos regimes proprietários. A diversidade dos bens, seja por sua natureza, seja pela destinação que se lhes dê, envolve uma análise circunstancial e concreta – implementada pelo trabalho do legislador e do jurista – para a realização de sua função social. A equivalência das mercadorias deve ceder diante do princípio da função social, que será definida caso a caso, fixando os modos de agir do proprietário.³⁶⁵

Guido ALPA afirma que a função social da propriedade é a relação que existe entre os poderes de destinação do proprietário, a conformação do bem e o plano de utilização da propriedade.³⁶⁶ Para cada bem um regime particular, conforme suas qualidades naturais e econômicas (conformação do bem); o regime definirá a forma de exercício dos poderes proprietários (poderes de destinação do proprietário); o proprietário deverá obedecer também aos usos indicados pela legislação (plano de utilização da propriedade, determinada mediante intervenção estatal na atividade privada). Como coloca Filippo VASSALI, *“I poteri attribuiti al proprietario, e in generale la disciplina giuridica della proprietà, sono diversi a seconda dei beni che formano oggetto del diritto”*.³⁶⁷

³⁶³“A fórmula *jus utendi et abutendi* é insuficiente para descrever a relação jurídica proprietária”. TEPEDINO, G., *A nova...*, p.74.

³⁶⁴Sobre a função social dos bens de produção inseridos em organização empresarial, consulte-se Fábio Konder COMPARATO. *A função...*

³⁶⁵“A concepção da propriedade, que se desprende da Constituição, é mais ampla que o tradicional domínio sobre coisas corpóreas, principalmente imóveis, que os códigos civis ainda alimentam. Coenvolve a própria atividade econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio sobre ativos mobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais. Os direitos autorais de software transformaram seus titulares em megamilionários. As riquezas são transferidas em rápidas transações de bolsas de valores, transitando de país a país, em investimentos voláteis. Todas essas dimensões de propriedade estão sujeitas ao mandamento constitucional da função social”. (LOBO, *Constitucionalização...*, p.107).

³⁶⁶ALPA, Guido. Intervento. In: **Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà**. Ata da Convenção realizada em Camerino em 1982. Napoli: ESI, 1983. p.11.

³⁶⁷VASSALI, Filippo. Per una definizione legislativa del diritto di proprietà. In:_____. **Studi Giuridici**. Milano: Giuffrè, 1960. p.330. v.2. Tradução livre: “Os poderes atribuídos ao proprietário, e em geral a disciplina jurídica da propriedade, são diversos de acordo com os bens que formam o objeto do direito”.

É dessa variabilidade de regimes proprietários que decorre o entendimento que não cabe falar em propriedade, mas em propriedades. A crise da noção unitária de propriedade se coloca:³⁶⁸ *“de abstracta y uniforme se convierte en causal y plural”*.³⁶⁹ Por outras palavras, a concretude buscada na operacionalização da função social da propriedade acarreta diversos tratamentos jurídicos ao direito de propriedade, arrancando-o da tirania de sua definição oficial e unitária, pluralizando-a.

O fim do conceito unitário de propriedade, tão bem visualizado por Filippo VASSALI e Salvatore PUGLIATTI,³⁷⁰ verdadeiramente rompe com o modelo proprietário tradicional. Abandona-se a idéia de que a propriedade é uma relação imediata do

³⁶⁸“Non esiste cioè un'unica proprietà, non esiste una nozione rigida, definita de proprietà. Questo significa che non è piú possibile discorrere di unità del dominio; non è possibile sostenere cioè che la proprietà è concetto unitario, sintesi di taluni poteri di godimento e di disposizione; che non c'è proprietà se non ci sono quei poteri; che se ci sono quei poteri c'è proprietà, sí che se manca uno solo di quei poteri è da dubitare dell'esistenza del diritto di proprietà. La verità è che oggi non c'è piú l'unità del dominio piuttosto vi è la consapevolezza precisa – non solo degli inerpreti ma anche dello stesso legislatore – che esiste una pluralità di domini”. (PERLINGIERI, **Introduzione...**, p.59). Tradução livre: "Não existe, assim, uma única propriedade, não existe uma noção rígida, definida de propriedade. Isto significa que não é mais possível discorrer acerca da unidade do domínio; não é possível sustentar que a propriedade é conceito unitário, síntese de quaisquer poderes de gozo e disposição; que não há propriedade se não existem aqueles poderes; que se existem aqueles poderes, existe propriedade, que se falta um só daqueles poderes é de duvidar da existência do direito de propriedade. A verdade é que hoje não existe mais a unidade do domínio, em boa parte é conhecimento preciso – não só dos intérpretes mas também do legislador – que existe uma pluralidade de domínios". Ver, também, na mesma obra, p.135 e segs.

³⁶⁹A frase é de HERNÁNDEZ-GIL, citada por José Castán TOBEÑAS, op. cit., p.75.

³⁷⁰RESCIGNO, Intervento, p.x. É de Pietro RESCIGNO uma das mais claras exposições sobre o tema: *“Quando si prenda a studiare la proprietà, la prima rilevazione riguarda la distrutta unità del concetto. Già nel primo dopoguerra, soprattutto in presenza della legislazione speciale (si pensi ai blocchi ed ai vincoli delle locazioni) e guardando alle nuove forme di dominio dei beni che affioravano nell'esperienza, fu scritto che non vi è piú “la” proprietà, ma vi sono “le” proprietà. (...) Posti di fronte al fenomeno, i giuristi furono dapprima portati a sottolineare la plasticità del dominio, destinato ad accogliere nella tradizionale categoria nuovi contenuti. Più tardi prevalse l'atteggiamento critico, e la dottrina si interrogò sulla possibilità e l'utilità pratica di mantenere un concetto unitario di proprietà. Il lavoro dei giuristi negli ultimi cinquant'anni si è svolto dunque nel senso di scoprire ed analizzare le diverse “forme” di proprietà in relazione ai particolari “statuti” legali”*. (RESCIGNO, Pietro. **Manuale del diritto privato italiano**. 11. ed. Napoli: Jovene, 1997. p.492). Tradução livre: "Quando se vai estudar a propriedade, o primeiro destaque refere-se à destruída unidade do conceito. Já no primeiro pós-Guerra, sobretudo na presença da legislação especial (pense-se nas limitações e deveres dos contratos de locação) e mirando as novas formas de apropriação de bens que afloravam na experiência, foi escrito que não há mais "a" propriedade, mas que existem "as" propriedades. (...). Colocado de frente ao fenômeno, os juristas levados, primeiro, a destacar a plasticidade da propriedade, destinada a acolher na tradicional categoria novos conteúdos. Mais tarde se assume o tratamento crítico, e a doutrina se perguntou sobre a possibilidade e a utilidade prática de manter um conceito unitário de propriedade. O trabalho dos juristas nos últimos cinquenta anos se desenvolveu no sentido de descobrir e analisar as diversas "formas" de propriedade em relação aos particulares "estatutos" legais".

proprietário com o bem – relação que identificaria a liberdade do sujeito – e vincula-se-a à noção do Estado como distribuidor de riquezas com vistas a definir a representação mais íntima do estatuto jurídico da pessoa.³⁷¹ A propriedade deixa de apresentar-se como bloco monolítico,³⁷² e sua categoria tradicional é reconstruída sobre uma base pluralista: **mais** propriedades e **novas** propriedades.³⁷³ “Chega-se, por este caminho, à configuração da noção pluralista do instituto, de acordo com a disciplina jurídica que regula, no ordenamento positivo, cada estatuto proprietário”.³⁷⁴

3.6 A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO, UMA OUTRA RUPTURA

Para além da funcionalização da propriedade, uma outra ruptura surge no cenário do modelo proprietário, mas cujas raízes são comuns àquela. Trata-se de uma profunda alteração nos paradigmas que informam o direito civil, enxergando nele um antropocentrismo do qual se distanciara na formação do direito moderno. Vê-se, de pronto, uma renovação que abala toda a construção do direito da modernidade, e tem no modelo e princípio proprietários seus principais alvos.

A concepção do direito de propriedade como expansividade do sujeito de direito é digna de crítica, e a renovação desse modelo, que principia na idéia de função social, prossegue na repersonalização do direito. A abstração conceitual pretendeu dominar a realidade;³⁷⁵ vem a hora de a realidade informar a abstração legal. Como não é possível mais “equacionar problemas com formulação de

³⁷¹ZOPPINI, Andrea. Le “nuove proprietà” nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni). **Rivista di Diritto Civile**, Padova, ano XLVI, n.2, p.186-187, marzo-aprile 2000.

³⁷²RODOTÀ, op. cit., p.56.

³⁷³Idem, p.67.

³⁷⁴TEPEDINO, G., Contornos..., p.320.

³⁷⁵FACHIN, **Teoria...**, p.96.

soluções abstratamente consideradas a partir das generalidades”,³⁷⁶ impõe-se a busca da concretude, busca que só pode findar no encontro da pessoa humana ocupando aquele lugar que até agora foi destinado ao abstrato.

Orlando de CARVALHO, à procura de um direito civil a favor da vida, lança as bases dessa busca: “Nesse 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 seus direitos. Sem essa raiz um tal direito é ininteligível...”.³⁷⁷

Essa busca e esse chamado ultrapassam o tempo e o espaço. Na atualidade vêm, por exemplo, da Itália, na voz de Pietro PERLINGIERI:

Não é suficiente, portanto, insistir na afirmação da importância dos “interesses da personalidade no direito privado”; é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não como uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa. Desse modo, evitar-se-ia comprimir o livre e digno desenvolvimento da pessoa mediante esquemas inadequados e superados; permitir-se-ia o funcionamento de um sistema econômico misto, privado e público, inclinado a produzir modernamente e a distribuir com mais justiça.³⁷⁸

Vêm também da Espanha, por intermédio de AGUIRRE Y ALDAZ: “*En esta misma línea, el Derecho civil no sólo aparece como centrado funcionalmente en torno al concepto de persona, sino también teleológicamente: su sentido y su finalidad son la protección y el servicio a la persona, entendida como ser humano*”.³⁷⁹

Na Argentina, Ricardo LORENZETTI vê igualmente a centralidade da pessoa como princípio da ordem jurídica: “*El grupo de derechos fundamentales actúa como un núcleo alrededor del cual se pretende que gire el Derecho Privado; un nuevo*

³⁷⁶FACHIN, **Teoria...**, p. 22.

³⁷⁷CARVALHO, O. de, **Para uma...**, p.90.

³⁷⁸PERLINGIERI, **Perfis...**, p.34.

³⁷⁹AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos Martínez de. **El derecho civil a finales del siglo XX**. Madrid: Tecnos, 1991. p.111.

sistema solar en que el sol sea la persona. No se trata de una mera comprobación fáctica o de una instalación legal pasiva, sino de un verdadero principio activo".³⁸⁰

E no Brasil, a melhor doutrina impulsiona este novo direito civil, radicado na pessoa concreta, e não no sujeito abstrato das legislações oitocentistas: "A pessoa humana, portanto – e não mais o sujeito de direito neutro, anônimo e titular de patrimônio – qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de acordo com o valor social de sua atividade, e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que apresenta, torna-se a categoria central do direito privado".³⁸¹

E ainda: "Nessa expressão, o direito civil deve, com efeito, ser concebido como "serviço da vida" a partir de sua raiz antropocêntrica, não para repor em cena o individualismo do século XVIII, nem para retomar a biografia do sujeito jurídico da Revolução Francesa, mas sim para se afastar do tecnicismo e do neutralismo".³⁸²

3.7 DIREITO: INTERDISCIPLINARIDADE COM A VIDA

O móvel da repersonalização é restaurar a primazia da pessoa,³⁸³ e neste sentido importa redefinir conceitos e alavancar valores. Não é possível equacionar problemas com a formulação de soluções abstratamente consideradas,³⁸⁴ desconsiderando os valores que informam a convivência humana. Para chegar à

³⁸⁰LORENZETTI, Ricardo Luiz. El derecho privado como protección del individuo particular. In: ALEGRÍA, Héctor et al. **Derecho privado en la reforma constitucional**. Santa Fé: Rubinzal-Coloni, 1994. p.60. No texto, o professor argentino lembra os riscos que tal centralidade traz: individualismo exacerbado e exclusão de outros bens protegidos. Mas uma concepção centrada na pessoa humana, e não no indivíduo – ou seja, uma percepção de verdadeiro personalismo –, é capaz de afastar este risco.

³⁸¹TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.2., Editorial, p.v, abr./jun. 2000.

³⁸²FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades do ensino e da pesquisa jurídica: repensando paradigmas. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n.15, p.61-71, ago./dez. 1999. p.50.

³⁸³CARVALHO, O. de, **Para uma...**, p.92.

³⁸⁴FACHIN, **Teoria...**, p.21-22.

concretude, o conceito precisa se saber abstrato, e buscar valores como conteúdo. Num caminho dialético e dialógico entre o abstrato e o concreto, entre a norma e a vida, o conceito vai se abstraindo cada vez mais, e cada vez mais se aproximando do concreto e do real. Se o direito é lógico – ou, ao menos, pretendeu sê-lo – ele é, sempre, axiológico.³⁸⁵ O direito – todo o direito – é valorativo.³⁸⁶ A idéia de uma “realidade” jurídica que possa viver separadamente da realidade social levou à criação de uma cultura jurídica formalista, cuja maior exponência encontra-se na visão kelseniana do direito. A influência, entretanto, da realidade social na conformação da ordem normativa não pode ser desestimada: “Estabelecida, ao contrário, a recíproca influência entre os aspectos sociais, econômicos, políticos e aqueles normativo – jurídicos, a transformação de um aspecto econômico, político, ético, incide – às vezes profundamente – sobre a ordem normativa e vice-versa”.³⁸⁷

A concretude dos abstratos conceitos é recuperada através de uma constante dialética entre norma e realidade, por um caminho crítico e interdisciplinar, de forma a arejar o direito mofado pela neutralidade e pelo desligamento da vida:

Na sociedade jurídica da modernidade, expressão utilizada para ressaltar a peculiaridade de ser toda a vida social regulada pelo direito, o abandono da abstração e neutralidade na avaliação do fenômeno jurídico, a partir de uma perspectiva crítica e interdisciplinar, levou à recepção de fatores externos, que passaram a ser considerados imprescindíveis para que a norma de direito seja operacionalizada: são regras de economia, finanças, política, sociologia, medicina, psicologia e de tantos outros saberes, que, assumidamente ou não, são relevantes, e mesmo imprescindíveis de serem consideradas, no exercício da atividade jurídica.³⁸⁸

³⁸⁵CARVALHO, O. de, **Para uma...**, p.90.

³⁸⁶CORTIANO JR., Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.32.

³⁸⁷PERLINGIERI, **Perfis...**, p.2.

³⁸⁸RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. Eficácia x eficiência: a análise econômica do direito. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v.2, p.27, abr./jun. 2000.

Assim, conteúdos concretos, buscados em materiais não jurídicos,³⁸⁹ são dados aos conceitos. É a aeração do normativo pelo real.³⁹⁰

A repersonalização passa por dar conteúdo próprio à noção de sujeito. Importa saber a quem então se dirige a tutela prometida pelo ordenamento jurídico. Não há como distinguir os significados das expressões que têm sido utilizadas – na lei, na doutrina e na jurisprudência – para se referir a este privilegiado da ordem jurídica. Pessoa, sujeito, indivíduo e cidadão podem ser vistos como sinônimos de uma realidade: a “realidade abstrata” do direito civil clássico, ou o sujeito da “realidade existencial concreta”.

Algumas características se reconhecem na pessoa codificada:³⁹¹ insularidade, abstração, atemporalidade e ausência de historicidade.³⁹² O sujeito é insular porque isolado do mundo, desnecessita do outro para sua atuação no campo da vida. Aqui se destaca sua plena individualidade, e dela decorre o esfacelamento de qualquer comunidade que intermediasse as relações do sujeito com os outros.³⁹³ Nesse sentido o direito civil assume o papel de ser o direito dos *particuliers*, atribuindo-lhes um arsenal jurídico (direitos subjetivos, autonomia da vontade, propriedade individual, plena e absoluta) para que desenvolvam sua solitária atividade.

³⁸⁹“Não é possível imaginar-se que esse viés não reducionista, essa perspectiva não monolítica, que suscita a colheita de materiais que não são jurídicos, não interessaria ao Direito”. (FACHIN, **Teoria...**, p.232).

³⁹⁰MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. **Contribuição ao personalismo jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.88.

³⁹¹MEIRELLES, J., op. cit., p.91.

³⁹²“Ademais, compreende a apreensão jurídica do sujeito insular, abstrato, atemporal e despido de historicidade, vincado por um antropomorfismo virtual, sem conexão direta e imediata com a realidade histórica”. (FACHIN, **Teoria...**, p.81-82).

³⁹³“Falou-se, sobre essa concepção, de desconsolada solidão do homem, e foi evidenciado o significado que ela assume pela palavra de um jusnaturalista, que assim se exprimia: “o direito de ser homem contém o direito que ninguém me impeça de ser homem, mas não o direito a que alguém me ajude a conservar a minha humanidade””. (GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v.747, p.41-42, jan. 1998).

O sujeito é abstrato porque é categoria,³⁹⁴ e em sendo categoria, não é realidade: é mais um pressuposto ideológico do sistema que um protagonista da história.³⁹⁵ Por conta dessa abstração fala-se em sujeito único e universal. Foi a abstração do sujeito que permitiu a implantação de um regime de igualdades formais, e, portanto, a ocultação das desigualdades materiais.

O sujeito codificado é também atemporal, porque não guarda vinculação histórica com o que quer que seja. O homem histórico é nó de relações: ele existe por elas e elas existem por ele.³⁹⁶ O sujeito atemporal não é protagonista; é protagonizado. A atemporalidade do sujeito jurídico acarreta uma invariabilidade subjetiva que não prevalece diante do retrocesso das ideologias liberais e em face da composição de novas forças sociais.

Os rótulos devem ser abandonados e a essência apreendida. A noção de repersonalização faz com que o direito se reaproprie, por alguns aspectos e em renovadas formas, da sua vocação originária de *jus civile*: exercer a tutela dos direitos civis agora em uma nova síntese entre as relações civis, econômicas e políticas.³⁹⁷ À parte a denominação que se utilize, o sujeito do mundo jurídico deve ser construído com base no sujeito histórico, com suas relações e características existenciais concretas.

³⁹⁴Sobre as categorias jurídicas, incidiu a pena ácida e crítica de T. Miguel PRESSBURGUER: “Não obstante, existem muitos analistas liberais que desistindo de encontrar conceituação para o inconceituável, acabam por recorrer ao mundo das categorias jurídicas, esse sim – tal como bolso de palhaço – capaz de engolir qualquer coisa e possibilitar dele serem sacadas justificativas revestidas de uma certa honorabilidade”. (Terra, propriedade, reforma agrária e outras velharias. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.) **Revoluções no campo jurídico**. Joinville: Oficina, 1998. p. 300).

³⁹⁵MAZZÙ, op. cit., p.160.

³⁹⁶Na escrita de Luiz Edson FACHIN: “O homem é histórico, tem de construir-se a si mesmo, colocado entre outros homens e os objetos, condicionado pelo passado e projetando-se para o futuro. O ser humano só pode ser apreendido em sua dimensão coexistencial, uma vez que a vida sem os outros nada mais é que uma abstração, afastada a realidade. Existir é, pois, estar no mundo juntamente com os outros e com as coisas. O ser humano, portanto, somente pode ser apreendido pelo Direito em sua dimensão coexistencial, ressaltando o valor da solidariedade”. (**Estatuto...**, p.49).

³⁹⁷PERLINGIERI, **Perfis...**, p.34.

3.8 DESPATRIMONIALIZAÇÃO, PLURALISMO E SOLIDARIEDADE: A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

À repersonalização do direito – que dá outro sentido à noção de sujeito jurídico³⁹⁸ – importam as noções de despatrimonialização, pluralismo e solidariedade. Somente sob este conjunto de valores pode-se falar em verdadeira repersonalização do direito.

A despatrimonialização refere-se a uma escolha, operada pelo ordenamento, que reflete a tendência normativo-cultural de dar maior prevalência aos valores existenciais em face dos valores patrimoniais.³⁹⁹ A despatrimonialização do direito constitui a subordinação teleológica das instituições e valores patrimoniais aos valores pessoais, e não a sua expulsão para fora do Direito Civil;⁴⁰⁰ aqueles são instrumentos para o desenvolvimento integral da pessoa.⁴⁰¹ Entre o *ser* e o *ter*, prevalece o *ser*. “*La prevalenza del momento economico ha determinato la*

³⁹⁸“Nessa medida, a “repersonalização” tanto diz respeito ao modo de pensar o Direito quanto à inserção de um outro sentido do sujeito de direito, diverso do sistema clássico, que foi calcado em uma abstração, em um corte da realidade” (FACHIN, **Teoria...**, p.232).

³⁹⁹“*Con il termine, non certo elegante, di ‘despatrimonializzazione’ s’individua una tendenza normativo-culturale; si sottolinea che nell’ordinamento si è operata una scelta, che lentamente si va attuando, tra personalismo (superamento dell’individualismo) e patrimonialismo (superamento della patrimonialità fine a se stessa, del produttivismo prima e del consumismo poi come valori)*”. (PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. 2.ed. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1991. p.55). Tradução livre: “Com o termo, não certamente elegante, de ‘despatrimonialização’ indica-se uma tendência normativo-cultural; destaca-se que no ordenamento se operou uma escolha, que lentamente vai atuando entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade em si mesma, do produtivismo antes e do consumismo depois, como valor)”.

⁴⁰⁰“O desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e, por meio dela, seu patrimônio. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais”. (LOBO, **Constitucionalização...**, p.103).

⁴⁰¹AGUIRRE Y ALDAZ, op. cit., p.151-152.

supremazia della categoria dell'avere; la prospettiva giuridica moderna si lega, invece, essenzialmente alla categoria dell'essere".⁴⁰²

Além disso, a repersonalização do direito toma sentido quando toda a comunidade se envolve numa existência plural – pluralidade humana, política, social – e convive solidaristicamente. A relação com o outro e com os outros é essencial para a realização pessoal do homem,⁴⁰³ que não só *vive*, mas *convive*.⁴⁰⁴ O respeito pela diferença e o reconhecimento dela permitem a realização do próprio homem.⁴⁰⁵ E, numa sociedade plural, o valor da solidariedade assume um relevo muito especial. Ela, a solidariedade, refere-se à participação de todos na gestão das formações sociais, com o objetivo de permitir o pleno desenvolvimento da pessoa.⁴⁰⁶

A solidariedade é uma disposição ética do ser humano, mas considerada como atitude social tendente a permitir o maior desenvolvimento de todos os homens e de cada um deles, e merece ser apreendida pelo direito: “Surge, com ela, a imagem do homem coletivo, pertencente a uma comunidade viva e integrada, conforme a uma ordem socialmente orientada, na qual se tende a nivelar os

⁴⁰²MAZZÙ, op. cit., p.180. Tradução livre: "A prevalência do momento econômico determinou a supremacia da categoria do ter, a prospectiva jurídica moderna se liga, ao contrário, essencialmente à categoria do ser"

⁴⁰³"E ao atingir esse mundo, em que a pessoa fala a si própria, num **abismo de totalidade e solidão**, há uma impaciência de comunicar-se, donde, ser essencial à personalidade exigir o diálogo, o encontro com o **outro** e com os **outros**". (MATA-MACHADO, op. cit., p.194).

⁴⁰⁴SILVA, Justino Adriano F. da. Para uma nova teoria dos direitos reais. **Revista Estudos Jurídicos**, São Leopoldo-RS, v.29, n.76, p.46, maio/ago. 1996.

⁴⁰⁵O que marca a personalidade humana é que cada homem é, ao mesmo tempo, igual e diferente de seu semelhante. Por isso, para Hanna Arendt, a natalidade – da qual decorrem a pluralidade, a diversidade e a esperança – é a categoria central da política: “O fato de que o homem é capaz de agir significa que se pode esperar dele o inesperado, que ele é capaz de realizar o infinitamente improvável. E isto, por sua vez, só é possível porque cada homem é singular, de sorte que, a cada nascimento, vem ao mundo algo singularmente novo”. (citado por LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p.181).

⁴⁰⁶PERLINGIERI, **Perfis...**, p.37.

indivíduos em um plano que permita, nas melhores condições possíveis, o maior desenvolvimento de todos eles”.⁴⁰⁷

A personalização envolve diretamente o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor supremo a ser protegido, e a guiar a aplicação e interpretação de toda ordem jurídica.⁴⁰⁸ Este o material pré e metajurídico, e agora jurídico, que vai informar a renovação do direito privado. Nessa direção vai o direito brasileiro, a partir da assunção, pela ordem constitucional, de que a dignidade da pessoa humana⁴⁰⁹ – feita agora em cláusula geral do ordenamento⁴¹⁰ – constitui um dos fundamentos da República (Constituição Federal, art. 1.º, inciso III).

Há, então, um conteúdo marcadamente axiológico na constitucionalização do direito civil.⁴¹¹ A Constituição é o lugar onde se traduz em regra jurídica o projeto

⁴⁰⁷MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.155. O autor fala do dever jurídico de solidariedade existente na Constituição venezuelana de 1961; “O art. 57 da Constituição da Venezuela, de 1961, estabelece “obrigações de solidariedade social”, que incumbem aos particulares, sem prejuízo das “obrigações de assistência, educação e bem-estar do povo”, que competem ao Estado, e permite que, mediante as leis, possa ser imposto o cumprimento de todas essas obrigações, em caso necessário. Também, tratando-se de certas profissões, poder-se-á impor, legalmente, o dever de prestar serviços temporários”. (Idem, ibidem).

⁴⁰⁸É neste ambiente que se torna necessário reconhecer, cada vez mais, a dimensão atribuída pelo ordenamento jurídico vigente ao princípio da dignidade da pessoa humana. É, com efeito, este o princípio ético-jurídico capaz de atribuir unidade valorativa e sistemática ao direito civil, ao contemplar espaços de liberdade no respeito à solidariedade social”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Constituição e direito civil: tendências. Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v.15, p.109, 1999). Em outro escrito, a autora já se manifestara: “Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do direito”. (TEPEDINO, M.C.B.M., op. cit., p.26).

⁴⁰⁹Sobre a estrutura da dignidade da pessoa humana, já se falou em “as faculdades que são inerentes ao homem e sem as quais ele seria menos do que é, menos do que seu autor pretendeu que ele fosse, em todo caso menos do que pode chegar a ser”. (MATA-MACHADO, op. cit., p.125).

⁴¹⁰“A dignidade da pessoa humana constitui cláusula geral, remodeladora das estruturas e da dogmática do direito civil brasileiro. Opera a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, realizando assim um processo de verdadeira inclusão social, com a ascensão à realidade normativa de interesses coletivos, direitos da personalidade e renovadas situações jurídicas existenciais, desprovidas de titularidades patrimoniais, independentemente destas ou mesmo em detrimento destas. Se o direito é uma realidade cultural, o que parece hoje fora de dúvida, é a pessoa humana, na experiência brasileira, quem se encontra no ápice do ordenamento, devendo a ela se submeter o legislador ordinário, o intérprete e o magistrado”. (TEPEDINO, G., *Do sujeito...*, p.vi).

⁴¹¹MORAES, op. cit., p.105.

político global de uma sociedade,⁴¹² e nela se encontram os valores individuais e sociais a serem realizados. A supremacia constitucional gera então uma hierarquia de fontes e de valores,⁴¹³ e nestes dois sentidos deve ser entendido o fenômeno da constitucionalização do direito civil.⁴¹⁴

⁴¹²FALZEA, Angelo. La costituzione e l'ordinamento. **Rivista de Diritto Civile**, Padova, anno XLIV, n.3, p.261, maggio-giugno, 1998.

⁴¹³Idem, p.262 e segs.

⁴¹⁴Sobre o fenômeno da constitucionalização do direito civil a doutrina tem sido profícua. Exemplarmente, podem-se citar: Maria Celina Bodin de Moraes TEPEDINO, op. cit.; Maria Celina Bodin de MORAES, op. cit.; Gustavo TEPEDINO. *Premissas...*; Gustavo TEPEDINO. *O código civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa.* _____. (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, que traz ainda outras contribuições ao tema; Paulo Luiz Neto LOBO. *Constitucionalização...*; Sérgio SELEME. **Averiguação oficiosa da paternidade: a caminho da implementação do direito de família constitucional no Brasil**. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curso de Pós-Graduação em Direito. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2000.; Carmen Lúcia Silveira RAMOS. *Algumas reflexões acerca da Constituição como lei fundamental do direito civil*. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n.29, 1996, p.147-172; Júlio César FINGER. *Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada. Construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: LAEL, 2000. p.85-106. Na doutrina estrangeira o problema também é colocado: Carlos Martínez AGUIRRE Y ALDAZ, op. cit.; Konrad HESSE. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas, 1995; Joaquín Arce y FLÓREZ VALDÉS. **El derecho civil constitucional**. Madrid: Civitas, 1991; Júlio César RIVERA. *El derecho privado constitucional*. In: ALEGRÍA, Héctor et al. **Derecho privado en la reforma constitucional**. Santa Fé: Rubinzal-Coloni, 1994; Pietro PERLINGIERI. **Il diritto...**; Francesco GALGANO, op. cit.. Não especificamente sobre a constitucionalização do direito civil, mas importantes para a compreensão da origem do fenômeno e de seu significado, podem-se citar: Angelo FALZEA, op. cit.; Antonio Gordillo CAÑAS. *Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del derecho*. In: **Anuario de derecho civil**, Madrid, tomo XLI, fasc. II, p.469-515, abril/junio 1988; Michele GIORGIANNI. op. cit.; Ludwig RAIZER. *O futuro do direito privado*. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v.9, n.25, p.11-30, 1979; Nicolò LIPARI. *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*. **Rivista de Diritto Civile**, Milano, anno XLII, n.4, p.413-426, luglio-agosto 1996; Luís Afonso HECK. *Direitos fundamentais e sua influência no direito civil*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.29, p.40-54, jan./mar. 1999. Tema próximo ao da constitucionalização é o da chamada descodificação do direito civil. A este respeito, pode-se consultar: Clóvis do Couto e SILVA, op. cit.; Francisco AMARAL. *A descodificação do direito civil brasileiro*. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região**. Brasília, v.8, n.4, p.635-651, out./dez. 1996; Francisco AMARAL. *Racionalidade...*; Orlando GOMES. *A caminho dos micro-sistemas*. In: BARROS, Hamilton de Moraes e et al. **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984; João de Matos Antunes VARELA. *O movimento de descodificação do direito civil*. In: BARROS, Hamilton de Moraes e et al. **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984; Ricardo Luis LORENZETTI. **Fundamentos...**; Fabrizio MARTINELLI. **Gli itinerari del codice civile**. Milano: Giuffrè, 1995. 1995; Piero SCHLESINGER. *Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico ed i suoi satelliti*. **Rivista de Diritto Civile**, ano XXXIX, n.4, p.403-413, luglio/agosto 1993; Natalino IRTI. **Codice...**

3.9 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A Constituição Federal de 1988 recolhe as rupturas havidas no direito de propriedade, e trata a propriedade de forma diametralmente diferenciada em relação ao Código Civil. O direito proprietário renova-se sob as luzes da função social da propriedade e da repersonalização do direito.

Pode-se fazer uma exposição sumária do tratamento constitucional da propriedade no direito constitucional brasileiro. As Constituições de 1824⁴¹⁵ e de 1891,⁴¹⁶ na esteira das cartas de direito clássicas, preocuparam-se em garantir o direito de propriedade visto como direito individual de cada cidadão. A Constituição de 1934⁴¹⁷ absorveu os ventos de modificação do capitalismo, cujas primeiras brisas foram sentidas no México e em Weimar,⁴¹⁸ e tratou, sem eficácia entretanto, do interesse social e coletivo. A Constituição de 1937, ainda que fizesse referência à lei que viesse a regular o exercício do direito de propriedade, nada falou sobre sua função social.⁴¹⁹ Em 1946 o constituinte preocupa-se em condicionar o uso da propriedade ao bem-estar social, não sem antes garantir o direito de propriedade, à semelhança da Constituição

⁴¹⁵Constituição de 1824, art. 179, inciso 22: “É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos, em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização”. (com redação atualizada, conforme SENADO FEDERAL. **Constituições do Brasil**. Brasília, 1986).

⁴¹⁶Constituição de 1891, art. 72, §18: “O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia”. (com redação atualizada, conforme SENADO FEDERAL. **Constituições do Brasil**. Brasília, 1986).

⁴¹⁷Constituição de 1934, art. 113, inciso 17: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. ...”. (com redação atualizada, conforme SENADO FEDERAL. **Constituições do Brasil**. Brasília, 1986).

⁴¹⁸GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.409.

⁴¹⁹Constituição de 1937, art. 122, inciso 14: [A Constituição assegura aos brasileiros...] “O direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício”. (com redação atualizada, conforme SENADO FEDERAL. **Constituições do Brasil**. Brasília, 1986).

anterior.⁴²⁰ Houve um avanço na concepção solidarista do instituto, já que o regramento do uso da propriedade ingressava no campo da ordem econômica e social da Constituição, ficando também prevista a distribuição da propriedade.

A Constituição de 1967 limitou-se a garantir o direito de propriedade no *caput* do artigo que tratava dos direitos e garantias individuais (sem especificar seus termos, como faziam as Cartas anteriores), mas assumiu francamente, no seu artigo 157, que “a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade”. Essa normativa repetiu-se na Emenda Constitucional de 1969 (art. 160, III).⁴²¹ No bojo da ordem constitucional de 1964 foi editada a Lei n.º 4.504/67, conhecida como Estatuto da Terra, instrumento jurídico eventualmente apto para a reforma agrária no Brasil, mas cuja operacionalização foi obstaculizada por fatores a ela externos.⁴²²

⁴²⁰Constituição de 1946, art. 141, § 16: “É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. ...”. Constituição de 1946, art. 147: “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”. (com redação atualizada, conforme SENADO FEDERAL. **Constituições do Brasil**. Brasília, 1986).

⁴²¹Para uma abordagem sumária da proteção constitucional da propriedade, consulte-se Gustavo TEPEDINO. *Contornos...*; André Osório GONDINHO. *op. cit.*

⁴²²Após discorrer sobre as dificuldades da reforma agrária no Brasil e sobre o problema da desnacionalização do território, Alberto Passos GUIMARÃES manifesta-se: “Tudo isso é muito mais estranho por acontecer após a promulgação da Lei do Estatuto da Terra, que se propôs a desprivilegiar o latifúndio improdutivo, que condicionou a propriedade da terra a sua função social (art. 2.º) e que restabeleceu o princípio sesmeiro da “cultura efetiva e da moradia habitual” como exigência assecuratória dos “direitos dos legítimos possuidores de terras devolutas” (art. 102)”. (GUIMARÃES, Alberto Passos. **Quatro séculos de latifúndio**. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. p.240). Sobre a formação territorial do Brasil a literatura é ampla. Cite-se, como exemplo, Alberto Passos GUIMARÃES, *op. cit.*; Lígia Osório SILVA. **Terras devolutas e latifúndio - Efeitos da Lei de 1850**. Campinas: Unicamp, 1996.; Francisco José Ferreira MUNIZ. *A função social da propriedade e a Lei de Terras do Paraná*. In:_____. **Textos de Direito Civil**. Curitiba: Juruá, 1998.; Carlos Frederico MARÉS DE SOUZA FILHO. **As sesmarias no Brasil**. Texto base para aulas de história da ocupação territorial brasileira, na PUC-PR, 1995. Mimeo; T. Miguel PRESSBURGUER. **Terras devolutas: o que fazer com elas?** Rio de Janeiro: Instituto Apoio Jurídico Popular, 1990; Ruy Cirne LIMA. **Pequena história territorial do Brasil - Sesmarias e terras devolutas**. 4.ed. Brasília: ESAF, 1988; Vailton Loula de CARVALHO. **Formação do direito fundiário brasileiro**. São Paulo: Iglu, 1999; e Avelino César de ASSUNÇÃO. Lei de Terras de 1850. Principais aspectos. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Mercantil**, São Paulo, ano 7, n.26, p.105-114, out./dez. 1983. A análise da formação e ocupação territorial do Brasil leva, inelutavelmente, à investigação da questão agrária em nosso país, sendo certo que a reforma agrária é instrumento de concretização dos direitos humanos. (ALFONSÍN, Jacques Távora. A reforma agrária como modalidade de concretização dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n.136, p.191-202, out./dez. 1997).

É na Constituição de 1988 que a questão da função social ganha novos entornos. Nela, o problema da função social da propriedade é enfrentado no art. 5.º, incisos XXII (“É garantido o direito de propriedade”) e XXIII (“A propriedade atenderá a sua função social), e também no art. 170, que coloca como princípios da ordem econômica a propriedade privada (inciso II) e a função social da propriedade (inciso III).

A Carta de 1988 trata, separadamente, da função social da propriedade urbana⁴²³ e da propriedade rural. Em relação àquela determina que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo "ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes" (art. 182, *caput*). A função social da propriedade urbana está vinculada ao atendimento das "exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor" municipal (art. 182, § 2.º). No plano diretor de cada município haverá a necessária compatibilização entre a propriedade urbana e sua função social, de acordo com as peculiaridades de cada cidade, apuradas concretamente.⁴²⁴

⁴²³Sobre a função social da propriedade urbana, consulte-se Marcos Alcino de A. TORRES. Instrumentos urbanísticos e a propriedade urbana imóvel. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.467.

⁴²⁴“Significa dizer que a cidade possui funções sociais a desenvolver, o que apenas serve para reafirmar que qualquer propriedade assentada nessa cidade há de possuir, por consequência, uma função social que venha a compatibilizar com as próprias funções da cidade, tais como, um meio ambiente ecologicamente equilibrado, vias de acesso e trânsito razoáveis, edificações ventiladas e com distâncias mínimas, garantias de habitação, recreação e trabalho, entre outras que assegurem uma boa convivência entre os cidadãos”. (ARRUDA, Kátia Magalhães. A função social da propriedade e sua repercussão na propriedade urbana. **Revista de Informação Legislativa**, n.132, p.316, out./dez. 1996). A preocupação com o ordenamento da cidade em bases que privilegiem o interesse social já estava em Carlos Alberto de SALLES e Elaine Taborda de ÁVILA, quando, em 1986, escreviam: “A título de conclusão, podemos afirmar que o caráter publicizante, que o parcelamento do solo adquiriu, é dotado de um forte caráter retórico e que atua no sentido de garantir as relações de apropriação e formação da renda do solo urbano, conservando a funcionalidade do sistema vigente. Acreditamos que a apropriação do espaço urbano deveria verdadeiramente sair da esfera privada, garantindo que sua formação e distribuição não se submetesse aos interesses da especulação imobiliária. Necessário se faz que o direito apresente mecanismos capazes de equacionar este problema”. (O parcelamento do solo urbano: direito público e direito privado. In: LYRA, Doreodó Araújo (Org.). **Desordem e processo. Estudos em homenagem a Roberto Lyra Filho**. Porto Alegre: Fabris, 1986. p.262).

Quanto à propriedade rural, o art. 186 fixa os requisitos de cumprimento da função social,⁴²⁵ cujos critérios e graus de exigência serão estabelecidos em lei.⁴²⁶ Também a Constituição prevê a desapropriação do imóvel que não esteja cumprindo sua função social (art. 184) e arrola os imóveis insuscetíveis de desapropriação (art. 185). Ainda, ao tratar da política agrícola, a Constituição evidentemente impulsiona o respeito à função social da propriedade (art. 187).

Mais importante, talvez, que os artigos com referência expressa à função social, seja outra ordem de normas, na qual se pode ver evidente intuito de – na linha que vem sendo desenvolvida neste trabalho – ressaltar o uso solidarístico da propriedade e a reverberação do direito proprietário sobre os sujeitos e situações concretas da cotidianidade. A nova tábua axiológica da Constituição privilegia os valores existenciais da pessoa humana. É o caso do art. 1.º, que põe como fundamentos da República a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e do art. 3.º, que arrola como objetivos fundamentais da República construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem quaisquer discriminações.

Adicione-se, ainda, além dos direitos individuais (art. 5.º) e sociais (arts. 6.º e 7.º), a conformação da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho

⁴²⁵Os requisitos, que devem ser cumpridos simultaneamente, são (a) aproveitamento racional e adequado; (b) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; (c) observância das disposições que regulam as relações de trabalho e (d) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

⁴²⁶A eventual ausência de lei não dispensa os proprietários de dar cumprimento à função social da propriedade, já que se está a referir a um dever fundamental do proprietário, para o que pode ser dispensada a intervenção legislativa (COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres em matéria de propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.143). De qualquer sorte, a legislação ordinária já enfrentou o tema (Lei n.º 8.629/93), e servirá de mediadora dos critérios constitucionais definidores da função social, concretizados na dinâmica da vida social através do papel do operador jurídico (RIOS, Roger Raupp. A função social da propriedade e desapropriação para fins de reforma agrária. In: PAULSEN, Leandro (Org.). **Desapropriação e reforma agrária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.43).

humano e na livre iniciativa, com o fim de assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social (art. 170) e da ordem social, cuja base é o primado do trabalho e cujo objetivo é o bem-estar e a justiça social (art. 193).

Nota-se que essas normas enfrentam o problema da função social de forma direta e não de forma indireta, como pode parecer ao intérprete menos atento, já que a proteção da pessoa humana enquanto ser dotado de dignidade forma o núcleo essencial da Carta constitucional. Nesse sentido, todas as normas que tratam especificamente da função social da propriedade devem ser lidas como complementares à proteção que a Constituição oferta à pessoa humana, e instrumentalizadoras dessa mesma proteção.

Como a função social é um elemento essencial definidor do próprio direito de propriedade, e não uma técnica jurídica limitativa do exercício dos poderes proprietários,⁴²⁷ pode-se afirmar que não há propriedade sem função social. Equivale dizer: o proprietário que não faz cumprir a função social da propriedade não merece a tutela que é atribuída ao proprietário que utiliza sua propriedade de forma adequada ao interesse social.

Duas situações – aqui utilizadas apenas para demonstrar a problemática da funcionalização do direito proprietário – servem para ilustrar essa colocação e permitem uma arguta análise do papel dado à função social da propriedade: a da proteção possessória e a da proibição da desapropriação da propriedade rural produtiva.

O direito brasileiro prevê várias formas de tutela da posse,⁴²⁸ por conta da importância socioeconômica dela mesma.⁴²⁹ Quando o possuidor (ou proprietário) não exerce a posse (ou os poderes proprietários) de acordo com sua função social surge a questão de saber se ele tem legitimidade para valer-se das defesas

⁴²⁷RIOS, op. cit., p.19.

⁴²⁸São os interditos possessórios (ações de manutenção da posse, de reintegração da posse e interdito proibitório), mas também são o desforço incontinenti (cuja permanência no direito brasileiro pode ser criticada) e também outras ações que indiretamente protegem a posse (por exemplo, os embargo de terceiro e a ação de nunciação de obra nova).

⁴²⁹Não cabe aqui discorrer sobre os fundamentos da proteção possessória, tão discutidos na doutrina específica, mas avulta cada vez mais a autonomia da posse, ou seja, a proteção da posse pela posse mesma. Consulte-se, a respeito, Luiz Edson FACHIN. **A função...**; e Manuel RODRIGUES. **A posse. Estudo de direito civil português**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1996.

possessórias. Considerando que a função social insere-se organicamente no direito de propriedade, alterando-o, a melhor resposta é que ele não pode fazer jus à tutela, que se reserva às situações em que a função social esteja sendo respeitada. Nas palavras de FACHIN, “é defensável concluir que é incongruente com a norma constitucional e a *mens legis* deferir proteção possessória ao titular de domínio cuja propriedade não cumpre integralmente sua função social”.⁴³⁰

O outro exemplo diz respeito aos imóveis insuscetíveis de desapropriação para reforma agrária. A Constituição Federal isentou de desapropriação a propriedade produtiva (art. 185, inciso II). Como produtividade e função social são conceitos díspares – a produtividade pode ser vista como um dos aspectos de um dos requisitos da função social: o do aproveitamento racional e adequado da terra –, a interpretação da regra constitucional deve ser conforme a *mens legis*, e não com base na *mens legislatoris*.⁴³¹

⁴³⁰FACHIN, Luiz Edson. A justiça dos conflitos no Brasil. In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.285. O professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná aponta, ainda, caminho para o juiz resolver o impasse surgido da negação de reintegração (ou manutenção) da posse em face da ausência da comprovação do exercício da função social: o poder expropriatório do juiz. É idêntica a opinião expressada por Régis Fernandes de OLIVEIRA: “O juiz, quando da concessão da liminar, não deverá dá-la, porque não está presente o requisito do perigo da mora, isto é, se inúmeras famílias encontram-se assentadas na área e se ela era improdutiva, não há risco de qualquer prejuízo. Irrelevante, aí o período de ano e dia, uma vez que tal requisito perde em grandeza para a função social da propriedade. Isto é, a propriedade em relação à disponibilidade do bem imóvel somente pode merecer a garantia da liminar, em caso de esbulho, se estiver exercendo sua função social. Como não está, não pode o magistrado conceder a medida liminar. Demais disso, deve o juiz, ao final, analisar o requisito do interesse social e deverá declará-lo, para efeito de desapropriação, nos exatos termos do inciso 24 do art. 5.º da Constituição federal. É óbvio que a declaração do interesse social é peculiar do Poder Executivo. Todavia, nada impede que o Judiciário reconheça a situação fática que qualifica o interesse social, para efeito de provocar o decreto de desapropriação”. (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. A propriedade e os sem-terra. **Folha de S. Paulo**, 28 de abril de 1991). Também enfrenta a questão Jacques Távora ALFONSÍN, lembrando que o fundamento jurídico de proteção à propriedade reside no cumprimento de sua função social: “Em outras palavras, não basta afirmar a petição inicial como 'fundamento jurídico' apenas a propriedade. Pois 'jurídico' é o 'fundamento' que – de acordo com a Constituição Federal – se assenta também na 'função social da propriedade'”. (A terra como objeto de colisão entre o direito patrimonial e os direitos humanos fundamentais. Estudo crítico de um acórdão paradigmático. In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.207). Consulte-se, também e dentre tantos outros, Sérgio Sérulo da CUNHA. A nova proteção possessória. In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁴³¹TEPEDINO, G., Contornos..., p.317.

Dado que a função social justifica e legitima a propriedade,⁴³² o requisito da produtividade como impediante da desapropriação só pode ser alegado quando a propriedade produtiva esteja cumprindo sua função social, o que abrange não só o respeito a requisitos de ordem econômica, mas também de ordem social, ambiental e existencial. Tal interpretação é a única possível diante do espírito da Constituição. Gustavo TEPEDINO aprofunda este entendimento:

A produtividade, para impedir a desapropriação, deve ser associada à realização de sua função social. O conceito de produtividade vem definido pela Constituição de maneira essencialmente solidarista, vinculado aos pressupostos para a tutela da propriedade. Dito inversamente, a propriedade, para ser imune à desapropriação, não basta ser produtiva no sentido econômico do termo, mas deve também realizar sua função social. Utilizada para fins especulativos, mesmo se produtora de alguma riqueza, não atenderá sua função social se não respeitar as situações jurídicas e existenciais e sociais nas quais se insere. Em consequência, não será merecedora de tutela jurídica, devendo ser desapropriada, pelo Estado, por se apresentar como um obstáculo ao alcance dos fundamentos e objetivos –constitucionalmente estabelecidos – da República.⁴³³

⁴³²GRAU, op. cit., p.256.

⁴³³TEPEDINO, G., Contornos..., p.316. Em outro escrito, o professor de Direito Civil da Universidade Estadual do Rio de Janeiro é ainda mais incisivo: “Ou seja, a propriedade produtiva, a que se refere o art. 185, torna insuscetível de desapropriação não a propriedade apenas economicamente produtiva, meramente especulativa – não a propriedade com a qual talvez tenham sonhado os autores desse dispositivo; mas a propriedade que, sendo produtiva, esteja efetivamente cumprindo a sua função social, cujo exercício possa ser associado à redistribuição de riqueza; que promova com a sua utilização os princípios fundamentais da República” (Premissas..., p.15). Esta posição é a mesma percorrida por Luiz Edson FACHIN: “Logo, o modelo adotado pelo legislador constitucional de propriedade imobiliária rural protegida contra a perda indenizada, na modalidade do art. 184, é aquela que atende a todos os requisitos da função social, ficando de fora dessa moldura a propriedade que desatende um, alguns ou todos aqueles pressupostos”. (A justiça..., p.285). Também Eros Roberto GRAU entende que, na falta de descumprimento da função social por propriedade que deveria cumpri-la, não haverá mais proteção jurídica à propriedade, e em prol da coerência, entende que o caso seria – não o é porque a idéia não é acatada pela ordem constitucional – de perdimento de bem, e não de desapropriação (op. cit., p.340-341). Sobre este ponto, consulte-se Lênio Luiz STRECK, para quem caberia ao Estado arrecadar o imóvel que não cumpre função social, e a indenização deve ter outro sentido: não indenização pela desapropriação, mas tão-somente pagar os custos acaso investidos pelo ex-dono, que teria perdido sua propriedade antes da desapropriação (E que o texto constitucional não se transforme num latifúndio improdutivo. Uma crítica à ineficácia do Direito. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.) **Revoluções no campo jurídico**. Joinville: Oficina, 1998. p.196.) T. Miguel PRESSBURGUER (Terra...) também enfrenta a questão.

Não se pode, pois, atenuar o princípio da função social em face da produtividade do imóvel: a norma proibitiva da desapropriação é que cede diante da constatação fática de descumprimento da função social, por conta do evidente prejuízo ao interesse social que tal situação traz.

Os dois exemplos mostram a pujança do princípio da função social, que, ancorada na Constituição Federal, torna-se “em formulação contemporânea de legitimação do título que encerra a dominialidade”.⁴³⁴

O modelo proprietário, já funcionalizado, fissurou-se mais ainda com a repersonalização do direito. “O pressuposto para a tutela de uma situação proprietária é o cumprimento de sua função social, que por sua vez, tem conteúdo predeterminado, voltado para a dignidade da pessoa humana e para a igualdade com terceiros não “proprietários”.⁴³⁵ A primeira ruptura apontada completa-se com a segunda. Função

⁴³⁴FACHIN, Luiz Edson. A cidade nuclear e o direito periférico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.723, p.108, jan. 1996. E mais: “Depreende-se da Constituição que a utilidade e a ocupação efetivas são determinantes, prevalecendo sobre o título de domínio...”. (LOBO, Constitucionalização..., p.106). Por isso a crítica à titularidade da propriedade imóvel que não reflita a concreta utilização da terra: “Em primeiro lugar, a indagação jurídica se faz sobre o caráter atual do título de domínio, que não pode ser tomado de uma maneira absoluta. O título é meramente um formalismo que, ao contrário de ocultar a essência, deve revelá-la, ou segundo o professor J. David Stanfield da Universidade de Wisconsin, USA (citado pelo juiz federal Dr. Manoel Lauro W. de Castilho, no mencionado Encontro de Curitiba), *um título de terra é uma declaração socialmente aceita sobre quem tem; que direitos; a que terra*, ou seja, a propriedade imóvel deixou de ser meramente aquela relação entre o proprietário e o bem, vigente nos primórdios do liberalismo, para se tornar a relação entre o proprietário e outras pessoas não proprietárias do bem em questão”. (PRESSBURGUER, **Terras...**, p.19-20).

⁴³⁵TEPEDINO, G., A nova..., p.76.

social e repersonalização parecem impossibilitar a recuperação do modelo dominativo de propriedade.⁴³⁶

Entre rupturas, coloca-se o discurso do ensino jurídico. A Constituição, ao alavancar o modelo proprietário na função social e na repersonalização do direito, abre possibilidades. Trata-se de um modelo aberto e plural, já que a norma constitucional define apenas sua moldura. As possibilidades de construção de um novo discurso proprietário, agora discurso da propriedade solidarística e vinculada à supremacia dos valores existenciais, precisam ser descobertas, imaginadas e criadas. É necessário ao operador trabalhar com materiais pré e extrajurídicos para conformar as novas situações proprietárias; enfim, é necessário emancipar o direito de propriedade daquilo que o liga com o discurso que se rompeu. E o discurso do ensino do direito de propriedade, à medida que mantém certas características e não percebe aquelas rupturas, pode desarticular o direito de propriedade constitucionalizado.

⁴³⁶A par da discussão acerca da oportunidade da legislação através de Códigos, cabe examinar, ainda que de forma superficial, o tratamento do direito de propriedade no Projeto do novo Código Civil Brasileiro, em discussão no Poder Legislativo (Projeto de Lei n.º 634-D, de 1975, da Câmara dos Deputados). A propriedade é conceituada nos mesmos moldes do Código em vigor (Art. 1.227, projetado: "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reivindicá-la do poder de quem quer que injustamente a possua, ou detenha"). Seu caráter individualista é, entretanto, amenizado pelos parágrafos ao artigo projetado que vedam o exercício dos poderes proprietários de forma abusiva (§ 2.º) e de forma anti-social (§ 1.º). O parágrafo primeiro determina: "O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas". A função social, no sistema projetado, parece configurar-se em cláusula geral, permitindo ao juiz buscar elementos pré-jurídicos para dar conteúdo à moldura funcional-social da propriedade. Esta socialidade já foi, entretanto, alcançada – e superada qualitativamente – pela ordem constitucional. O conteúdo da função social está melhor delineado na Constituição, através de seus elementos econômicos, sociais e ambientais. E, de qualquer maneira, a normativa constitucional, como visto, funda-se no valor existencial da pessoa humana, o que influencia sobremaneira o modelo proprietário. Esta nova tábua de valores parece não estar presente no Projeto, apesar de sua proclamação "socialidade". Em parecer solicitado pelo Deputado Federal Gustavo Fruet, Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo Pianovski RUZYK analisaram o Projeto em debate legislativo diante da Constituição e entenderem por sua *inconstitucionalidade superveniente*, em face da "supremacia do valor da pessoa humana sobre o patrimônio" (que não teria sido recepcionada no Projeto), do "retrocesso de direitos sociais, previstos em leis esparsas" e de "dispositivos que ferem, diretamente normas da Constituição". (FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 1, v.4, p.243, out./dez. 2000). Dentro da perspectiva antes traçada – de aplicação direta e incondicional da normativa constitucional às relações privadas –, caso o Projeto venha a se tornar em lei, pouco terá ele acrescentado à problemática da propriedade, vez que a Constituição já recepcionou as rupturas do modelo proprietário que o Projeto pretendeu assumir.

CAPÍTULO 4

O DISCURSO PROPRIETÁRIO E O ENSINO JURÍDICO

4.1 ENSINO JURÍDICO. NOTÍCIAS DA CRISE

As rupturas do modelo proprietário nos remetem à questão do ensino jurídico e de sua crise. Dizer que a propriedade está em crise – por conta das rupturas que sofreu, por alterações na realidade jurídica e na social – encontra um equivalente na crise do ensino jurídico. Essa tem sido reconhecida dentro da crise mais geral do ensino.

Veja-se, para ficar num único exemplo, a aula inaugural dos cursos da Faculdade Nacional de Direito em 1955, em que San Tiago DANTAS já clamava pela vivificação da educação jurídica propondo uma série de modificações nas estruturas do ensino. No discurso, intitulado "A educação jurídica e a crise brasileira", San Tiago DANTAS⁴³⁷ criticava a didática tradicional privilegiadora do estudo sistemático dos institutos e normas ao invés do preparo para o raciocínio jurídico; chamava a necessidade de uma educação jurídica baseada no estudo de textos e de casos e pedia modificações curriculares, tudo para contribuir a que o direito renascesse dentro de uma sociedade marcada pela crise social e pela decadência cultural.⁴³⁸

Pode-se dizer que a crise do ensino jurídico é permanente, e que há reconhecimento unânime dessa crise,⁴³⁹ bastante complexa na atualidade. E, justamente por ser complexa, pode-se apanhá-la para exame por variados métodos e

⁴³⁷O discurso de San Tiago DANTAS é tido como "ponto indispensável de referência, pela profundidade de análise, pela extrema lucidez de algumas previsões feitas, pela originalidade e criatividade das propostas". (OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. A liberdade e o ensino jurídico. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n.39, p.44, jan./mar. 1987.

⁴³⁸DANTAS, San Tiago. A educação jurídica e a crise brasileira. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.159, p.29 e segs., maio/jun. 1955. De San Tiago DANTAS consulte-se também Em defesa do direito. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, p.9.

⁴³⁹"Uma experiência possui tantas significações quantos forem os sujeitos que se dispuserem a interpretá-la. Mas essas múltiplas interpretações podem estruturar-se ao redor de temas, que permitem a definição de tarefas comuns. No caso da reforma, um desses temas configura-se na constatação de que o ensino jurídico está imerso numa crise, e que esforços devem ser reunidos para a transformação desse quadro". (PÔRTO, op. cit., p.17).

parâmetros. Vejam-se alguns exemplos, tomados ao acaso: para Horácio Wanderley RODRIGUES, a crise do ensino jurídico se desdobra em nível estrutural, englobando as crises dos paradigmas político-ideológico e epistemológico; em nível operacional, abrangendo as crises acadêmica (que abarca as crises curricular e didático-pedagógica) e administrativa; e em nível funcional, abrangendo as crise do mercado de trabalho e de identidade do jurista, e a crise de legitimidade.⁴⁴⁰ Edmundo Lima ARRUDA JR. fala da crise na formação dos estudantes de direito (que diz respeito à anacronia entre a reprodução de um determinado saber jurídico e a sua utilização social pelos futuros bacharéis), na crise na distribuição ocupacional dos bacharéis (relacionada à segmentação do mercado de trabalho) e na crise dos estudantes de direito (que abrange as lutas políticas no e além do espaço universitário).⁴⁴¹

Também Horácio Wanderley RODRIGUES, em outro escrito, possibilita uma leitura da crise através da sistematização das questões centrais do ensino jurídico: a questão histórica (sua desvinculação da realidade social e as sucessivas crises e reformas); a questão curricular (que envolve a questão das disciplinas e conteúdos programáticos); a questão didático-pedagógica (referente à metodologia de ensino); a questão epistemológica (a discussão do objeto e do método do ensino jurídico) e a questão política (a vinculação do ensino à sociedade com que ele se relaciona).⁴⁴²

Álvaro MELO FILHO, em seu "Por uma revolução no ensino jurídico", lembra que a crise do ensino tem pelo menos cinco facetas: crise de um ensino que não forma, mas "deforma"; crise de um ensino que não produz saber jurídico, mas "reproduz"; crise de um ensino jurídico "inadequado", "insatisfatório" e "questionado", que despeja bacharéis em um mercado "saturado"; crise do Poder Judiciário "congestionado",

⁴⁴⁰RODRIGUES, H.W., **Novo...**, p.17.

⁴⁴¹ARRUDA JR., Edmundo Lima. **Ensino jurídico e sociedade. Formação, trabalho e ação social**. São Paulo: Acadêmica, 1989. Trata-se de um conjunto de ensaios nos quais toda a crise do ensino jurídico é enfrentada e debatida, já que o ponto de partida – as crises mencionadas no texto – reverberam por toda a organização escolar, referindo outras crises.

⁴⁴²RODRIGUES, Horácio Wanderley. O ensino do direito, os sonhos e as utopias. In: _____. (Org.). **Ensino jurídico para que(m)?** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p.26 e segs.

“lento”, “inacessível” e “inconfiável”; e crise da própria noção de justiça, “onerosa”, “formal”, “desprestigiada” e “desacreditada”.⁴⁴³

Tércio Sampaio FERRAZ JR. fala de quatro pontos críticos no ensino do direito: a concepção mesma do ensino, o despreparo do corpo docente, a marginalidade da carreira do professor e a relação faculdade-mercado de trabalho.⁴⁴⁴

Vicente BARRETO entende ser necessário discutir os pressupostos que informam o debate sobre o ensino jurídico, principalmente a crise na concepção do direito, a qual informa a crise do ensino do direito.⁴⁴⁵

Essas referências, às quais se poderiam juntar várias outras, servem para demonstrar que, independente da época, sempre se reconheceu a insatisfatoriedade do ensino jurídico praticado no Brasil, ao que se atribuiu invariavelmente a situação de crise. Nota-se, nas referências, que há uma essência comum ligando o ensino do direito a um estado de crise.

Essa essência pode ser melhor explicitada a partir da **cartografia dos problemas**⁴⁴⁶ do ensino jurídico, oportunizada pelo Conselho Federal da Ordem dos

⁴⁴³MELO FILHO, Álvaro. Por uma revolução no ensino jurídico. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.322, p.9, abr./maio/jun. 1993. O autor levanta 18 dualismos e antinomias no ensino jurídico, cuja harmonização e superação somente será possível com a implementação de novos paradigmas curriculares (o que ensinar) e metodológicos (como ensinar). Consulte-se, do mesmo autor, o aprofundado estudo sobre o raciocínio jurídico intitulado Ensino e raciocínio jurídicos. **Revista de Processo**, São Paulo, n.42 p.244, abr./jun. 1986. Álvaro MELO FILHO também tem analisado a legislação educacional brasileira e suas relações com as escolas de direito: Correlações entre a nova LDB e o ensino jurídico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.135, p.49, jul./set. 1997; Direito educacional e um novo perfil jurídico para as universidades federais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n.296, p.395, out./nov./dez. 1986.

⁴⁴⁴FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O ensino jurídico. In: UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. **Encontros da UnB. Ensino jurídico**. Brasília: UnB, 1978-1979. p.69 e segs.

⁴⁴⁵BARRETO, Vicente. Sete notas sobre o ensino jurídico. In: UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. **Encontros da UnB. Ensino jurídico**. Brasília: UnB, 1978-1979. p.75 e segs.

⁴⁴⁶LOBO, Paulo Luiz Neto et al. Uma cartografia dos problemas. In: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB. Ensino jurídico. Diagnóstico, perspectivas e propostas**. 2.ed. Brasília: OAB, 1996. A cartografia toma forma no texto Uma cartografia dos problemas, escrito a pela Comissão de Ciência e Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB (Paulo Luiz Neto LOBO, Roberto Armando Ramos de Aguiar, Álvaro Villaça Azevedo, Edmundo Lima de Arruda Junior, José Geral de SOUZA JR. e Sérgio FERRAZ), que está em fls. 11 a 40 da obra citada. Além desta obra, os trabalhos da Ordem dos Advogados em prol da melhoria do ensino geraram outras duas: **OAB. Ensino jurídico. Parâmetros para elevação de qualidade e avaliação**; e **OAB. Ensino jurídico. Novas diretrizes curriculares**. Posteriormente, a OAB colaborou também com a obra **Ensino jurídico OAB. 170 anos de cursos jurídicos no Brasil**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1997.

Advogados do Brasil como este momento. A escolha parte da premissa que o trabalho serviu para identificar a crise mediante um trabalho teórico e prático dos envolvidos na questão, e também para iniciar um amplo processo de reforma do ensino jurídico que, partindo de discussões teóricas, alcançou efeitos práticos, com a edição da Resolução n.º 1886/94-MEC.

4.2 A CARTOGRAFIA DOS PROBLEMAS PELA ORDEM DOS ADVOGADOS

A cartografia dos problemas desenhada pela Ordem dos Advogados significou a interferência do órgão nos problemas do ensino jurídico, o que trouxe um aliado de peso a todos os que se preocupavam com o rumo e estado do ensino do direito no Brasil,⁴⁴⁷ garantiu um debate aberto e plural sobre o problema do ensino,⁴⁴⁸ e permitiu a renovação da opinião de estudiosos sobre a crise.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷O Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei n.º 8.906/94) determina que compete ao Conselho Federal da Ordem “colaborar com o aperfeiçoamento dos cursos jurídicos e opinar, previamente, nos pedidos apresentados aos órgãos competentes para criação, reconhecimento ou credenciamento desses cursos” (art. 54, inciso XV). A preocupação da Ordem com o ensino jurídico é, evidentemente, anterior ao Estatuto e à cartografia dos problemas, que se finalizou em 1992 e já se podia enxergar na pressões sobre o Governo Federal na década de 1980 para deter a abertura de novos cursos, e o espaço para discussão do ensino nas Conferências Nacionais da Ordem. Consulte-se Inês da Fonseca PÓRTO, op. cit., p.25-26; Comissão de Ensino jurídico da OAB. **Ensino jurídico. Diagnóstico, perspectivas e propostas**, p.16-17; Horácio W. RODRIGUES, **Novo...**, p.51 e segs.; Aurélio Wander BASTOS. **O ensino jurídico no Brasil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p.369 e segs. Adriano PINTO. OAB e normatização do ensino jurídico. In: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB. Ensino jurídico. Diagnóstico, perspectivas e propostas**. 2.ed. Brasília: OAB, 1996. p.47-74.

⁴⁴⁸“A história da reforma começou numa conversa que a OAB manteve com alguns professores, também preocupados com a questão do ensino jurídico. Esse era o início de uma das práticas mais salutares do processo, o “diálogo aberto e plural”. Dessa conversa também surgiu um outro produto: a cartografia de problemas que indicava a dimensão social e política da crise do ensino jurídico”. (PÓRTO, op. cit., p.25). O processo de diálogo envolveu, pela OAB, o envio, para estudiosos do problema, de questionário sobre o ensino jurídico. Não se pode deixar de relevar também o debate aberto e plural realizado pela Comissão de Especialistas em Ensino de Direito (da qual havia membros que faziam parte da Comissão de Ensino Jurídico da OAB) do Ministério da Educação, que a partir de 1993 realizou reuniões regionais e seminário nacional antes de apresentar proposta de solução aos problemas do ensino jurídico. (ver Horácio W. RODRIGUES, **Novo...** p.55 e segs.). Isto significa que houve interação da Ordem, Governo, professores, estudiosos e instituições de ensino, tudo com vistas a enfrentar a crise do ensino de direito no Brasil.

⁴⁴⁹Foram consultados, para a cartografia, mais de 30 estudiosos do tema – ensino jurídico e sua crise – além da atuação direta dos membros da Comissão de Ensino Jurídico da OAB.

A Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB, criada em 1991, retomou o debate sobre o ensino jurídico, que sempre havia sido encetado pela Ordem. Eram seus objetivos

...organizar os elementos de uma reflexão científica revificadora de produção de conhecimentos jurídicos e de seu ensino, em condições de perceber os novos processos de criação do Direito e de uma mentalidade apta a captar as múltiplas e não redutoras expressões da justiça, da legitimidade, da equidade, da ética, da igualdade e da liberdade.⁴⁵⁰

A partir de um questionário, iniciou-se um diálogo provocativo com estudiosos do tema, já que as questões “traziam à discussão os limites de um modelo que mal se conhecia, mas que a poucos satisfazia”,⁴⁵¹ e do qual se pode concluir pela existência da crise e pela necessidade de superá-la.⁴⁵²

A Comissão, dado que os questionários revelaram que a crise no ensino jurídico estava situada e era conseqüência de uma crise muito mais ampla,⁴⁵³ trabalhou menos em estabelecer uma síntese de compromisso entre os vários aspectos das contribuições, e mais em indicar a direção geral para a qual apontavam tais contribuições.⁴⁵⁴ Assim, puderam ser identificados alguns elementos que serviriam para a definição de critérios de avaliação e proposição de medidas funcionais e legislativas que, sob a forma de exigências da contemporaneidade, foram qualificadas como **demandas**.⁴⁵⁵ Essas demandas serviram para diagnosticar

⁴⁵⁰LOBO et al., op. cit., p.18.

⁴⁵¹PÔRTO, op. cit., p.27.

⁴⁵²“O material obtido, necessariamente heterogêneo, não só quanto à extensão, mas quanto ao conteúdo e interesses, revela a diversidade de interpretações sobre o tema, consagrando, entretanto, uma homogeneidade incisiva no que concerne à constatação da existência da própria crise e da necessidade de prefigurar-se alternativas de futuro acerca do problema”. (LOBO et al., op. cit., p.22).

⁴⁵³PÔRTO, op. cit., p.28.

⁴⁵⁴LOBO et al., op. cit., p.22.

⁴⁵⁵LOBO et al., op. cit., p.23. São as demandas sociais, de novos sujeitos, tecnológicas, éticas, técnicas, de especialização, de novas formas organizativas do exercício profissional, de efetivação do acesso à justiça, de refundamentação científica e de atualização de paradigmas.

a crise do ensino e para apontar alternativas ao seu futuro. Identificavam, assim, as limitações do ensino e suas possibilidades.

Por isso as demandas eram também denominadas figuras de futuro porque não somente davam o diagnóstico da crise do ensino, mas também indicavam possibilidades de direções para sua superação. Construíam assim pontes entre o presente e o passado, o que não queria significar a antecipação dos fatos, nem a indicação de modelos utópicos e idealistas de ensino jurídico; sinalizavam sim a necessidade do diálogo entre os diferentes anseios pela transformação do ensino jurídico, a partir das próprias condições do presente.⁴⁵⁶

4.3 DESCONTEXTUALIZAÇÃO, DOGMATISMO E UNIDISCIPLINARIDADE DO ENSINO JURÍDICO

Essas demandas suscitam várias reflexões, e permitem várias leituras. Inês Fonseca PÔRTO utiliza-se delas para caracterizar o modelo central do ensino jurídico, que se mostra descontextualizado, dogmático e unidisciplinar.

A descontextualização do ensino jurídico explica-se pela idéia de que o poder só existe numa forma específica, negando-se o pluralismo jurídico. Ao desqualificar contextos jurídicos que não sejam o do Estado (por exemplo, os contextos da família, da mundialidade, das relações de produção), o ensino do direito acaba por ocultar outras manifestações do fenômeno jurídico. Vale dizer: ensina-se **um** direito, mas não **o** direito. Tal ocultação é necessária para manter a relevância do contexto que se ensina, e acaba por acarretar uma dupla descontextualização: em razão do conhecimento que produz e em razão da forma como produz esse conhecimento.⁴⁵⁷

O dogmatismo é a outra característica do modelo central de ensino jurídico. Ao estruturar o conhecimento através de pontos inquestionáveis, criam-se limites não só à aplicação do direito, mas ao aprendizado mesmo. Limita-se o conhecimento do direito porque o ensino dogmático ignora as contradições da

⁴⁵⁶PÔRTO, op. cit., p.30.

⁴⁵⁷Idem, p.37.

realidade e impede a construção de novas e possíveis soluções para os conflitos. O que se evidencia no ensino do direito é o excesso de dogmatismo sem maiores preocupações críticas. Restringir o estudo do direito ao mais puro exame da dogmática pode acarretar uma perda da visão periférica do acadêmico, impedindo-o de vislumbrar a fundo o fenômeno jurídico, de trabalhar com outras possibilidades jurídicas e, mesmo, de estabelecer – na mentalidade do aluno – a necessária interlocução entre dogma e realidade social. Diz Plauto Faraco de AZEVEDO:

O estudo dogmático do direito – tendo por objeto o conhecimento das regras positivas, de sua organização e hierarquia, de seus conceitos fundamentais e princípios orientadores, buscando a determinação de seu significado atual, tendo em vista sua aplicação a determinado contexto social – é imprescindível a toda e qualquer ordem jurídica, seja qual for o meio de produção à sua base. Pouco importa seja ela, por hipótese, capitalista ou socialista, tal investigação é sempre indispensável.

Sendo ingênuo pôr em questão sua necessidade, o que precisa ser aferido é o modo e os limites segundo os quais se realiza. Contrariamente ao pensamento dominante, o estudo dogmático do direito precisa ser criativo e sensível ao quadro histórico a que se destina.⁴⁵⁸

A terceira característica do ensino, apreendida da cartografia da OAB, é a de sua unidisciplinaridade. Fragmenta-se o conhecimento a ser transmitido, de forma a facilitar sua transmissão metódica, hierarquizando-o e encapsulando-o sob a forma de disciplinas.⁴⁵⁹ Assim, afasta-se o direito de eventuais diálogos com outros saberes e, mesmo, com a vida cotidiana: “À medida que o conhecimento se especializa pela fragmentação disciplinar, distancia-se também da vida e prática quotidianas. O lapso entre o falado e o vivido torna-se tão grande, como lembra Alves, que o conhecimento passa a ser um jogo de conceitos impessoal”.⁴⁶⁰

⁴⁵⁸AZEVEDO, Plauto Faraco de. OAB-Ensino jurídico. In: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB. Ensino jurídico. Diagnóstico, perspectivas e propostas**. 2.ed. Brasília: OAB, 1996. p.236.

⁴⁵⁹PÔRTO, op. cit., p.57.

⁴⁶⁰Idem, p.59.

4.4 DIREITO E MUDANÇA SOCIAL

Há, ainda, outra possível visão da crise do ensino do direito que se refere à “necessidade de se repensar as funções do direito e as categorias jurídicas numa perspectiva diferente daquela enfatizada pelo projeto da modernidade liberal-burguesa”,⁴⁶¹ reformulando-o a partir das necessidades contemporâneas.⁴⁶²

É que, como o ensino jurídico brasileiro remonta a um projeto de sociedade baseada no individualismo econômico e no liberalismo político,⁴⁶³ as escolas de direito, na sua origem, tinham como função primordial formar os quadros necessários para a burocracia do Estado,⁴⁶⁴ de forma a propiciar ao país a liberdade almejada. Assim, os juristas nascem ligado diretamente às funções do Estado,⁴⁶⁵ com a responsabilidade, portanto, de perpetuar e sustentar a ideologia estatal. Esta característica recebe diversos matizes, mas continua sempre presente.⁴⁶⁶

⁴⁶¹FARIA, José Eduardo. **A reforma da grade curricular num curso de direito**. Versão condensada de exposição feita no Centro Acadêmico XI de Agosto, em setembro de 1990. p.5-6. Mimeo.

⁴⁶²FARIA José Eduardo; MENGE, Cláudia de Lima. A função social da dogmática e a crise do ensino e da cultura jurídica brasileira. **Revista Dados**, Rio de Janeiro, n.21, p.87, 1979.

⁴⁶³Sobre a história do ensino jurídico no Brasil, as suas ligações com a mentalidade dominante no início do século XIX, e seu substrato ideológico, podem ser consultados Sérgio ADORNO. **Os aprendizes do poder. O bacharelismo liberal na política brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988; Alberto VENÂNCIO FILHO. **Das arcadas ao bacharelismo**. 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 1982; Aurélio Wander BASTOS, **O ensino...**; Raimundo FAORO. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 7.ed. Rio de Janeiro: Globo, 1987; José Reinaldo de LIMA LOPES, **O direito...** (este, especialmente p.226 e segs.); Horácio Wanderley RODRIGUES. **Ensino jurídico: saber e poder**. São Paulo: Acadêmica, 1988; Luis Carlos Cancellier de OLIVO. **Origens históricas do ensino jurídico brasileiro**. In: RODRIGUES, Horácio Wanderley (Org.). **Ensino jurídico para que(m)?** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p.47-64.

⁴⁶⁴“No Brasil do século XIX não é difícil perceber qual será o papel do jurista ou bacharel. As escolas de direito, ou melhor, os cursos jurídicos, são explicitamente criados para prover o Império de quadros capazes de compor as carreiras burocráticas ou fazer aplicar as leis nacionais”. (LIMA LOPES, **O direito...**, p.226).

⁴⁶⁵Idem, ibidem.

⁴⁶⁶“Tem apresentado, ele [o ensino jurídico], também, de forma contínua, algumas funções históricas marcadamente políticas: a) de sistematização e divulgação da ideologia de sustentação do estado nacional; b) de formação dos quadros para a burocracia e tecnologia estatais. Os matizes dessas funções mudaram com o decorrer do tempo, mas sempre se fizeram presentes”. (RODRIGUES, H.W., **O ensino...**, p.26).

A organização social baseada na efetiva separação entre Estado e sociedade iria ser profundamente alterada no início deste século, pelo ingresso, no jogo de relações, de novos atores sociais com novas pretensões e demandas a serem satisfeitas. O direito individual-liberal opera-se a partir de normas genéricas, abstratas e impessoais, servindo assim de técnica de controle social.⁴⁶⁷ Os conflitos são solucionados tecnicamente, num sistema que é auto-suficiente *ad infinitum*. A tecnicização do direito dá a ele uma roupagem lógica-formal, reduzindo-o ao direito positivo, baseado antes na validade e legalidade que na eficácia e legitimidade das normas.⁴⁶⁸

Mudanças socioeconômicas⁴⁶⁹ alteram profundamente a função e estrutura desse direito. O surgimento de novos sujeitos e novas demandas, as mudanças de valores, a redefinição do papel do Estado, dentre outros fenômenos, modificam as relações entre o privado e o público, entre o individual e o coletivo, entre o Estado e a sociedade civil.

O ensino, baseado em realidades de outrora, entra em crise, que está envolvida em outra crise muito mais ampla: a da própria cultura jurídica. Por isso, o questionamento a ser feito é plural, como fazem FARIA e MENGE: “Crise do Direito?

⁴⁶⁷“O direito é concebido por esse projeto como uma técnica de controle social operada a partir de normas que se destacam por sua generalização, abstração e impessoalização – características essas que permitiriam um tratamento engenhosos das relações entre o individual e o coletivo, entre a segurança do cidadão e o bem-estar da comunidade, entre o privado e o público. Ao conciliar controle social com liberdade formal, esse modelo de direito tem por objetivo assegurar o desenvolvimento harmonioso de valores em si contraditórios, como justiça e autonomia, solidariedade e competição, emancipação e subjetividade – o que seria possível pelo fato de o enquadramento jurídico desses valores com base num conjunto de regras abstratas, genéricas e impessoais não dar primazia a nenhum deles e de as tensões entre eles serem reguladas por princípios complementares”. (FARIA, **A reforma da grade...**, p.2).

⁴⁶⁸FARIA; MENGE, op. cit., p.99.

⁴⁶⁹No Brasil as mudanças tomam especial força nas últimas décadas: “Em face da crescente complexidade da sociedade contemporânea, responsável pela fragmentação de uma ordem social e política atravessada diacronicamente pela inter-penetração das diferentes esferas decisórias e pela explosão de demandas contraditórias encaminhadas ao Estado de modo igualmente contraditório por grupos e classes com interesses distintos, conflitantes e excludentes, esse tipo de autonomia acabou emergindo de maneira irreversível ao final dos anos oitenta, provocando uma substancial mudança nas funções do direito e exigindo modelos teóricos novos para se refletir sobre eles”. (FARIA, **A reforma da grade...**, p.4-5).

Do ensino jurídico? Da cultura jurídica? Das estruturas políticas? Ou crise da sociedade?”.⁴⁷⁰

Há um grande descompasso entre o ensino do direito, o direito existente e a própria sociedade onde se produz este direito ensinado, ou não ensinado.⁴⁷¹ Esse descompasso põe em dúvida os vários métodos de ensino, os conteúdos programáticos dos cursos de direito, as grades curriculares, a função das faculdades de direito e dos bacharéis que delas sairão. Põe em dúvida, enfim, todo o ensino jurídico no Brasil. Por isso as críticas à formação dos juristas que, baseada na velha aula-douta coimbrã,⁴⁷² na pregação catedrática⁴⁷³ e no caráter livresco do ensino,⁴⁷⁴

⁴⁷⁰FARIA; MENGE, op. cit., p.87. Em outro escrito, José Eduardo FARIA expõe a crise do direito em face das mudanças sociais: “O denominador comum de todos esses tópicos é a consciência de que as dificuldades hoje enfrentadas pelos cursos jurídicos nacionais não devem ser vistas exclusivamente como simples desajustes institucionais nem, muito menos, como problemas meramente corporativos. Subjacente a essas dificuldades encontra-se uma controvérsia mais ampla sobre uma concepção de direito e de justiça, sobre um modelo de ordem econômica e política e sobre um paradigma de relações sociais e de cultura”. (FARIA, José Eduardo. **A reforma do ensino jurídico**. Porto Alegre: Fabris, 1987. p.12-13).

⁴⁷¹No texto “Saldo trágico” (Jornal **O Estado de S. Paulo**, 02 de maio de 1997) José Eduardo FARIA dá exemplo deste descompasso: 90% dos pedidos de bolsa de estudos para doutorado em Direito no exterior foram rejeitados pela CAPES por falta de rigor metodológico: “A maioria dos projetos tratou da ordem jurídica contemporânea como se ela não tivesse sofrido nenhuma alteração estrutural nos últimos 50 anos. Muitos candidatos confundiram a elaboração de uma tese com a redação de projetos de lei pretensamente capazes de resolver problemas sócioeconômicos cujos alcance e implicações ainda nem sequer são conhecidos”.

⁴⁷²DANTAS, A educação..., p.452.

⁴⁷³VÊNANCIO FILHO, op. cit., p.249.

⁴⁷⁴Idem, p.342.

acabou por revelar uma personalidade especial do bacharel,⁴⁷⁵ que foi comparado aos mandarins, pelo poder e pelos rituais que os cercavam.⁴⁷⁶

A formação jurídica, ademais – e talvez justamente por seu caráter meramente informativo, que afastava o bacharel da realidade social –, era uma *educação à abstrata*.⁴⁷⁷ Produção, pesquisa e extensão estavam fora das preocupações acadêmicas, cujo objetivo era, acima de tudo, compreender o direito positivo, sem interferir na sociedade.⁴⁷⁸

Nesse sentido, José Eduardo FARIA e Cláudia de Lima MENGE pronunciam-se:

No caso brasileiro, de forma geral, o sistema educacional se prende a uma mentalidade domesticadora do ensino, da qual as faculdades de Direito são exemplos típicos: o bacharel é moldado intelectual e ideologicamente por uma prática educativa que o conduz a uma percepção ingênua da realidade social, a qual, para ele, é um fato dado, algo que é e não que está sendo. Sua tendência é fugir da realidade concreta, perdendo-se em visões abstratas do mundo, no saber por saber, e encarar o presente como algo que deve ser normalizado e o futuro, a repetição do presente, numa contínua manutenção das estruturas vigentes.⁴⁷⁹

⁴⁷⁵“A imprensa, enquanto instrumento eficaz de educação cívica e moral, deu vazão e conferiu formas determinadas aos traços que caracterizaram a “personalidade” do bacharel jurista: atração pelo saber ornamental, culto à erudição linguística, cultivo de intelectualismo”. (ADORNO, op. cit., p.158). Esta personalidade seria referida por Afonso Arinos de Melo FRANCO como bacharelismo, que foi traço marcante na política brasileira de outrora. Sobre os bacharéis, diria também Afonso Arinos: “Já no bacharel, o traço do espírito marcante é a agudeza dedutiva. Ele tem de aplicar e não formular o Direito; ou antes, é o homem mais da lei que do Direito. Porém a lei, de certo modo, é apenas a cristalização de uma experiência social já vivida, quero dizer, já passada. Daí o bacharel ser levado, por hábito e por gosto, à defesa das fórmulas consagradas, à imutabilidade das estruturas, à solidariedade com os sistemas criados, numa palavra – e sem o menor sentido pejorativo – ao conservadorismo que é, em geral, bem distinto do reacionarismo”. (citado por VENÂNCIO FILHO, op. cit., p.292).

⁴⁷⁶Na palavra de Gilberto FREIRE: “Nos jornais, notícias e avisos sobre “Bacharéis formados”, “Doutores” e até “Senhores Estudantes”, principiaram desde os primeiros anos do século XIX a anunciar o novo poder aristocrático que se levantava, envolvido nas suas sobrecasacas e nas suas becas de seda preta, que nos bacharéis – ministros, ou nos doutores – desembargadores, tornavam-se becas “ricamente bordadas e importadas do Oriente”. Vestes quase de mandarins. Trajos quase de casta”. (citado por VENÂNCIO FILHO, op. cit., p.274).

⁴⁷⁷Idem, p.278.

⁴⁷⁸“Por isso mesmo, o projeto da formação jurídica nasce impregnado do caráter instrumental da alienação”. (FACHIN, Limites e possibilidades do ensino..., p.65).

⁴⁷⁹FARIA; MENGE, op. cit., p.91-92.

4.5 A CRISE DO ENSINO DO DIREITO E SEU ENFRENTAMENTO

Assim, descontextualização, dogmatismo e unidisciplinaridade do ensino do direito podem ser vistos como sintomas e também causas de sua crise, principalmente por permitirem o gradual distanciamento da realidade social que deve informar o aprendizado jurídico. A função social do ensino do direito,⁴⁸⁰ que permeia a própria função social do direito, oculta-se, e esta ocultação deve ser afastada: “Recusar essa direção e contribuir para a sua superação significa reconhecer que consciência social e mudança integram a formação jurídica. Representa, ainda, um compromisso com o chamamento à verdadeira finalidade de ensino jurídico, um desafio que questiona”.⁴⁸¹

Esse desafio foi enfrentado pela Ordem dos Advogados – com a **cartografia dos problemas** –, pelos órgãos governamentais e diversos estudiosos que com ele se preocupam – individualmente ou em grupos – de tal sorte que a crise do ensino jurídico foi trazida ao centro das discussões, gerando efeitos concretos no âmbito da reformulação do ensino jurídico no Brasil, com a edição da Portaria n.º 1.886/94-MEC. A Portaria ministerial mais a Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da OAB), na opinião de Aurélio Wander BASTOS, “encerraram a fase das desilusões críticas com o passado do ensino jurídico no Brasil e iniciam a nova fase de esperanças na consolidação de um ensino jurídico comprometido com o aperfeiçoamento

⁴⁸⁰Sobre a função social do ensino do direito, consulte-se José Eduardo FARIA, **A reforma do ensino...**; José Eduardo FARIA e Cláudia de Lima MENGE, op. cit.; Clémerson Merlin CLÈVE, Ensino jurídico e mudança social. **Revista Jurisprudência Brasileira**, Curitiba, n.160, p.43-49, 1991; José Reinaldo de LIMA LOPES. Função social do ensino e da ciência do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.72, p.365-380, out./dez. 1981; José Geraldo de SOUZA JR. O ensino jurídico no âmbito da Introdução ao Estudo do Direito. In: LYRA, Doreodó Araújo (Org.). **Desordem e processo. Estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho**. Porto Alegre: Fabris, 1986. p.93-110; José Lamartine Correa de OLIVEIRA. op. cit., p.40-67.

⁴⁸¹FACHIN, Limites e possibilidades do ensino..., p.63.

democrático do Estado brasileiro e a modernização da nossa sociedade”.⁴⁸² De qualquer sorte, a crise e a reforma do ensino são permanentes, já que decorrem de demandas várias, cuja atualidade deve sempre ser revisitada.⁴⁸³

4.6 O ENSINO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Há crise no ensino, e há discussão sobre a crise. Este trabalho pode servir de colaboração aos desenhos dos cenários da crise, seja identificando pontos do ensino que servem de apoio para a crise do ensino, seja visualizando possibilidades de superação. O objetivo é analisar o ensino do direito de propriedade na graduação.

O direito de propriedade que se ensina no Brasil é descontextualizado, dogmático e unidisciplinar, como demonstra a cartografia traçada pela Ordem dos Advogados. Por evidente, existem exceções, em professores ou instituições, mas exceções que só fazem confirmar a regra. Este trabalho parte, então, de uma constatação: o ensino do direito de propriedade está, também, descontextualizado, dogmatizado e pecando por ausência de interdisciplinaridade. Por isso, ele é objeto de investigação que permite compreender melhor o problema maior da crise do ensino jurídico.

Cabe, preliminarmente, localizar o ensino do direito proprietário nos currículos⁴⁸⁴ dos cursos de direito. Na generalidade dos casos, estuda-se o direito de

⁴⁸²BASTOS, Aurélio Wander. O novo currículo e as tendências do ensino jurídico no Brasil. In: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB. Ensino jurídico. Novas diretrizes curriculares**. Brasília: OAB, 1996. p.116.

⁴⁸³PÔRTO, op. cit., p.31. A revisita se dá cotidianamente, e fica evidenciada no envio de proposta de novas diretrizes curriculares ao Conselho Nacional de Educação no segundo semestre de 2000. Ainda que a proposta decorra de exigências da Lei de Diretrizes e Bases da Educação e mantenha – quase na íntegra – os dispositivos da Resolução n.º 1886/94-MEC, sua discussão serve de exemplo à necessidade de constante revisão da crise.

⁴⁸⁴Bem sabido que, na atualidade, perde sentido falar-se em currículos, sendo preferível falar em diretrizes curriculares, que dão uma maior possibilidade de flexibilização ao ensino. À parte esta questão, que não cabe ser discutida aqui, utiliza-se a expressão currículo na sua percepção mais comum: o elenco de disciplinas ou matérias que compõem um curso de direito.

propriedade dentro da disciplina Direito Civil, no capítulo dos Direitos Reais. A tradicional configuração do estudo do direito civil coloca-se, com algumas variações, na seguinte ordem: teoria geral (ou parte geral), direito das obrigações e dos contratos, direitos reais, direito de família e direito das sucessões. Assim, o ensino do direito de propriedade vai ocorrer no 3.º ou 4.º ano da graduação.

Em poucas situações o aluno recebe noções sobre o direito de propriedade antes deste ponto, e em pouquíssimas situações fora deste ponto. Assim, na teoria geral do direito civil, preocupa-se com os elementos da relação jurídica (sujeito, objeto, fato e garantia) sem um maior cuidado em colocar ao acadêmico a ordenação que o direito dá à sociedade no que tange à propriedade. Por outras palavras: apesar de a apropriação de bens apresentar-se cotidianamente ao acadêmico, ele só vai estudá-la depois de alguns anos. Surge então uma questão sobre a temporalidade do ensino do direito de propriedade: quando ensinar.

De outra parte, emerge a indagação sobre a espacialidade do ensino do direito de propriedade. Dentro do currículo privilegia-se o estudo do direito de propriedade no direito civil, apesar de este direito estar constitucionalizado. Apesar, também, de o tema propriedade ser importante para outras matérias ou disciplinas (ao direito administrativo, ao direito penal, ao direito processual, e assim por diante). Há, então, um enquadramento da propriedade no direito civil. A questão, aqui, é outra: onde estudar o direito de propriedade.

Mais outra questão se apresenta: o que estudar. Considerando as variadas formas de se compreender a estruturação socioeconômica da sociedade moderna, todas elas envolvendo, de uma forma ou de outra, o direito de propriedade, a questão diz respeito às formas de compreender o fenômeno proprietário: como estudar o direito de propriedade. Não se quer ver no problema seu viés epistemológico ou metodológico, o que demandaria outra espécie de investigação. O que interessa aqui é posicionar-se diante do estudo do direito de propriedade a partir da análise de quando, onde e como se o estuda. Entre a realidade social e a realidade normativa, o objeto do estudo do direito de propriedade está agrilhado a

um ensino descontextualizado, dogmático e pluridisciplinar. É diante dessa constatação, e para ela, que se direciona o trabalho a partir de agora.

O ensino descontextualizado, dogmático e unidisciplinar esconde, oculta. O que se ensina, é, nesta ordem de coisas, o que não se ensina. O ensino do direito de propriedade, por conseguinte, oculta e não revela o que poderia ou deveria ser revelado, e assim, o ensino anula-se nessa sua ausência: “O discurso manifesto não passaria, afinal de contas, da presença repressiva do que ele não diz, e esse não-dito seria um vazio minando, do interior, tudo que se diz”.⁴⁸⁵ Ocultar as rupturas é ensinar sem revelar, não só pela ausência de um conhecimento, mas pela falta de conhecer as possibilidades da ruptura.⁴⁸⁶ Dito de outra forma, um ensino do direito de propriedade que não leva em consideração as rupturas que o instituto sofreu, é falho não só porque deixa de mostrar parte do instituto, mas porque – e principalmente – deixa de mostrar que aquele instituto está sujeito a rupturas: não é universal, imutável ou único. Assim, e por exemplo, não basta informar ao acadêmico da função social da propriedade, mas investigá-la em seu próprio potencial transformador.

O que se passa a sustentar é que o discurso do ensino do direito de propriedade tem limitações que impedem ou dificultam o seu pleno conhecimento. Limitações as mais variadas, e servem tanto para confirmar o diagnóstico dos problemas do ensino, cartografados pela Ordem dos Advogados, como também para colaborar com a manutenção deste ensino.

4.7 A ORDEM DO DISCURSO, DE MICHEL FOUCAULT

Para conhecer tais limitações utilizam-se as categorias mencionadas por Michel FOUCAULT em sua aula inaugural no Collège de France, intitulada *A ordem do discurso*. Na *Aula*, FOUCAULT lançou algumas categorias que iriam servir para o

⁴⁸⁵FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p.28.

⁴⁸⁶ "Esses sentidos têm a ver com o que é dito ali mas também em outros lugares, assim como com o que não é dito, e com o que poderia ser dito e não foi" (ORLANDI, **Análise...**, p.30).

desenvolvimento de seus cursos no Collège⁴⁸⁷ durante os anos seguintes. Não se trata de fazer uma análise do ensino jurídico a partir do pensamento, das idéias ou mesmo do saber de FOUCAULT, mas tão-somente de utilizar as categorias da *Aula* como caminho para descobrir o que o discurso do ensino do direito de propriedade traz e oculta.

Esse procedimento de trabalho justifica-se e encontra respaldo na opinião de Marcos César ALVAREZ, para quem talvez FOUCAULT preferisse “que seus textos fossem tomados como um conjunto de instrumentos de trabalho, a ser utilizado em novos domínios de pesquisa”.⁴⁸⁸ É assim, como instrumento de trabalho, que se utilizam as categorias de que FOUCAULT falou no seu *A ordem do discurso*.

Para FOUCAULT, o discurso abrange uma série de procedimentos de controle, seleção, organização e redistribuição dos enunciados e dos sujeitos, que são voltados para afastar os poderes e os perigos do discurso. Isso acontece porque o discurso, em si, é um espaço não só de palavras, mas de lutas,⁴⁸⁹ e sua produção – em sendo luta – serve para impor uma determinada verdade ou vontade de saber. Assim, o discurso se anula, já que as suas limitações e exclusões perpassam a própria prática discursiva. Descobrir tais limitações e exclusões faz parte do jogo da descoberta do próprio discurso.

⁴⁸⁷Sobre os cursos de FOUCAULT, consulte-se Michel FOUCAULT. **Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

⁴⁸⁸ALVAREZ, op. cit., p.87.

⁴⁸⁹“Assim concebido, o discurso deixa de ser o que é para a atitude exegética: tesouro inesgotável de onde se pode sempre tirar novas riquezas, e a cada vez imprevisíveis; providência que sempre falou antecipadamente e que faz com que se ouça, quando se sabe escutar, oráculos retrospectivos; ele aparece como um bem – finito, limitado, desejável, útil – que em suas regras de aparecimento e também suas condições de apropriação e de utilização; um bem que coloca, por conseguinte, desde sua existência (e não simplesmente em suas “aplicações práticas”), a questão do poder; um bem que é, por natureza, o objeto de uma luta, e de uma luta política”. (FOUCAULT, **A arqueologia...**, p.139).

Um discurso é, acima de tudo, uma elaboração que se compõe de enunciados vários e por isso mesmo é variável e flutuante:

Finalmente, em lugar de estreitar, pouco a pouco, a significação tão flutuante da palavra “discurso”, creio ter-lhe multiplicado os sentidos: ora domínio geral de todos os enunciados, ora grupo individualizável de enunciados, ora prática regulamentada dando conta de um certo número de enunciados; e a própria palavra “discurso”, que deveria servir de limite e de invólucro ao termo “enunciado”, não a fiz variar à medida que deslocava minha análise ou seu ponto de aplicação, à medida que perdia de vista o próprio enunciado? ⁴⁹⁰

O que importa, no discurso, é que se trata de uma composição, uma pluralidade de conteúdos ou enunciados, que são elaborados continuamente, o que lhe dá plenitude e riqueza indefinidas:⁴⁹¹

Pode-se, então, agora, dar um sentido pleno à definição do “discurso” que havia sido sugerida anteriormente. Chamaremos de discurso um conjunto de enunciados, na medida em que se apoiem na mesma formação discursiva; ele não forma uma unidade retórica ou formal, indefinidamente repetível e cujo aparecimento ou utilização poderíamos assinalar (e explicar, se for o caso) na história; é constituído de um número limitado de enunciados para os quais podemos definir um conjunto de condições de existência. O discurso, assim entendido, não é uma forma ideal e intemporal que teria, além do mais, uma história; o problema não consiste em saber como e por que ele pode emergir e tomar corpo num determinado ponto do tempo; é, de parte a parte, histórico – fragmento de história, unidade e descontinuidade na própria história, que coloca o problema de seus próprios limites, de seus cortes, de suas transformações, dos modos específicos de sua temporalidade, e não de seu surgimento abrupto em meio às cumplicidades do tempo.⁴⁹²

⁴⁹⁰FOUCAULT, **A arqueologia...**, p.90.

⁴⁹¹Idem, p.137.

⁴⁹²Idem, p.135-136.

O discurso proprietário refere-se a uma série de enunciados que se ordenam de acordo com a própria formação discursiva⁴⁹³ e que se transformam em prática discursiva:⁴⁹⁴

Ocorre com mais frequência de uma prática discursiva reunir diversas disciplinas ou ciências, ou ainda de ela atravessar um determinado número dentre elas e de reagrupar numa unidade, por vezes não aparente, várias de suas regiões.

As práticas discursivas não são pura e simplesmente modos de fabricação de discursos. Ganham corpo em conjuntos técnicos, em instituições, em esquemas de comportamento, em tipos de transmissão e de difusão, em formas pedagógicas, que ao mesmo tempo as impõem e as mantêm.⁴⁹⁵

Assim, pode-se falar num discurso proprietário: conjunto de enunciados de diversas ordens (econômicas, políticas, jurídicas), cuidadosamente elaborados, transparentes na prática discursiva do modelo proprietário. O discurso proprietário é composição, elaboração e limitação. Os limites, cortes e rupturas paradoxalmente constroem e desconstroem o discurso. Esse mecanismo aparece através de um jogo

⁴⁹³“Ora, o que se descreveu sob o nome de formação discursiva constitui, em sentido estrito, grupos de enunciados, isto é, conjuntos de performances verbais que não estão ligadas entre si, no nível das **frases**, por laços gramaticais (sintáticos ou semânticos), que não estão ligados entre si, no nível das **proposições**, por laços lógicos (de coerência formal ou encadeamentos conceituais); que tampouco estão ligados, no nível das **formulações**, por laços psicológicos (seja a identidade das formas de consciência, a constância das mentalidades, ou a repetição de um projeto); mas que estão ligados no nível dos **enunciados**. Isso supõe que se possa definir o regime geral a que obedecem seus objetos, a forma de dispersão que reparte regularmente aquilo de que falam, o sistema de seus referenciais; que se defina o regime geral ao qual obedecem os diferentes modos de enunciação, a distribuição possível das posições subjetivas e o sistema que os define e os prescreve; que se defina o regime comum a todos os seus domínios associados, as formas de sucessão, de simultaneidade, de repetição de que todos são suscetíveis, e o sistema que liga, entre si, todos esses campos de coexistência; que se possa, enfim, definir o regime geral a que está submetido o status desses enunciados, a maneira pela qual são institucionalizados, recebidos, empregados, reutilizados, combinados entre si, o modo segundo o qual tornam-se objetos de apropriação, instrumentos para o desejo ou interesse, elementos para uma estratégia”. (FOUCAULT, **A arqueologia...**, p.133-134).

⁴⁹⁴“Finalmente, o que se chama “prática discursiva” pode ser agora precisado. Não podemos confundir-la com a operação expressiva pela qual um indivíduo formula uma idéia, um desejo, uma imagem; nem com a atividade racional que pode ser acionada em um sistema de inferência; nem com a “competência” de um sujeito falante, quando constrói frases gramaticais; é um conjunto de regras anônimas, históricas, sempre determinadas no tempo e no espaço, que definiram, em uma dada época e para uma determinada área social, econômica, geográfica ou lingüística, as condições de exercício da função enunciativa”. (Idem, p.136).

⁴⁹⁵FOUCAULT, **Resumo...**, p.12.

de exclusões e escolhas que serve para a manutenção do próprio discurso: “As práticas discursivas caracterizam-se pelo recorte de um campo de projetos, pela definição de uma perspectiva legítima para o sujeito de conhecimento, pela fixação de normas para a elaboração de conceitos e teorias. Cada uma delas supõe, então, um jogo de prescrições que determinam exclusões e escolhas”.⁴⁹⁶

As exclusões e escolhas presentes no discurso do ensino jurídico produzem e mantêm o discurso proprietário, e para conhecê-lo, precisa-se conhecê-las. Por outras palavras, há um discurso no ensino jurídico que limita as possibilidades do discurso proprietário.

Dentre os enunciados que conformam o discurso proprietário está o discurso do ensino jurídico. Tomando o ensino como uma relação existente, sobremaneira, entre professor e aluno com referência a um objeto, estar-se-á diante de uma situação de inculcação.⁴⁹⁷ Nessa situação os papéis e funções são definidos, o professor informa aquilo que o aluno desconhece, e por isso as informações transmitidas têm caráter de cientificidade e chegam ao destinatário através de uma linguagem especializada. Como o local onde se dá o discurso pedagógico é o da escola, há uma legitimação do discurso que ali se produz.

Ao construir a teia de informações que vai passar, o professor apropria-se de um discurso já existente. Como ocupa um determinado espaço numa dada condição (o de professor numa instituição de ensino) e possui informações que o

⁴⁹⁶FOUCAULT, **Resumo...**, p.11.

⁴⁹⁷ "Mais do que informar, explicar, influenciar ou mesmo persuadir, ensinar aparece como inculcar" (ORLANDI, Eni P. **A linguagem e seu funcionamento. As formas do discurso**. São Paulo: Brasiliense, 1983. p.11) A análise da comunicação pedagógica se faz através dos elementos *quem ensina o quê para quem e onde*. Na análise, *quem* é o professor; *ensinar* é inculcar; *o quê* são as ciências e os fatos, o referente; *para quem* é o aluno, e *onde* é a escola. (idem, p. 10).

aluno não detém, o discurso do professor (e todo seu instrumental) impõe-se ao aluno.⁴⁹⁸ O discurso pedagógico é, por natureza, um discurso autoritário.⁴⁹⁹

Por evidente, o autoritarismo do discurso pedagógico pode ser afastado por meio da ação do professor e do aluno. O professor pode, questionando os implícitos e os explícitos do discurso de que se apropria e articulando-o discurso com seu contexto mais amplo, *re-construir* o discurso. Indagar novos e outros sentidos do discurso significa, assim, polemizar com ele.

Do ponto de vista do autor (professor) uma maneira de se colocar de forma polêmica é construir seu texto, seu discurso, de maneira a expor-se a efeitos de sentidos possíveis, é deixar um espaço para a existência do ouvinte como "sujeito". Isto é, é deixar vago um espaço para o outro (o ouvinte) dentro do discurso e construir a própria possibilidade de ele mesmo (locutor) se colocar como ouvinte. É saber ser ouvinte do próprio texto e do outro.⁵⁰⁰

A autonomia e capacidade crítica do aluno também podem evitar o autoritarismo do discurso pedagógico, desde que lhe seja possível instaurar a polêmica:

Da parte do aluno, uma maneira de instaurar o polêmico é exercer sua capacidade de discordância, isto é, não aceitar aquilo que o texto propõe e o garante em seu valor social: é a capacidade do aluno de se constituir ouvinte e se construir como autor na dinâmica da interlocução, recusando tanto a fixidez do dito como a fixação do seu lugar como ouvinte. Ou seja, é próprio do discurso autoritário fixar o ouvinte na posição de ouvinte e o locutor na posição de locutor. Negar isso não é negar a possibilidade de ser ouvinte, é não aceitar a estagnação nessa papel, nessa posição.⁵⁰¹

⁴⁹⁸É o processo de *escolarização*: "O sistema de ensino atribui a posse dessa metalinguagem ao professor, autorizando-o. O professor, por sua vez, se apropria do cientista e se confunde com ele sem se mostrar como voz mediadora. Apaga-se o modo pelo qual se faz essa apropriação do conhecimento do cientista tornando-se, o professor, detentor daquele conhecimento. Como o professor, na instituição, é autoridade convenientemente titulada, e como ele se apropria do cientista, dizer e saber se equivalem. O professor é institucional e idealmente aquele que possui o saber e está na escola para ensinar, o aluno é aquele que não sabe e está na escola para aprender. O que o professor diz se converte em conhecimento, o que autoriza o aluno, a partir de seu contato com o professor, no espaço escolar, na aquisição da metalinguagem, a dizer o que sabe: a isso se chama escolarização" (ORLANDI, **A linguagem...**, p.24).

⁴⁹⁹Idem, p.9.

⁵⁰⁰Idem, p.25-26.

⁵⁰¹Idem, p.26.

Como ouvinte e discursante estão numa situação de bipolaridade, a dinâmica de seus papéis pode polemizar o discurso, o que permite redescobrir o sentido das coisas e possibilita novos discursos. Assim evitar-se-ia o autoritarismo do discurso pedagógico.

Mas, de uma forma geral, os discursos, lugares de interseção entre ideologia e linguagem (a materialidade específica da ideologia é o discurso e a materialidade específica do discurso é a língua, diz ORLANDI⁵⁰²), são instituídos historicamente e se consolidam. Marilena CHAÚÍ fala no *discurso competente*: "O discurso competente é aquele que pode ser proferido, ouvido e aceito como verdadeiro ou autorizado (estes termos agora se equivalem) porque perdeu os laços com o lugar e o tempo de sua origem".⁵⁰³

Assim é o discurso do ensino do direito de propriedade: ao discorrer sobre um discurso já consolidado (o discurso proprietário), só se permite que fale uma voz, em um lugar e em certo tempo. A eventual fluidez do discurso pedagógico limita-se pelo discurso proprietário. Para que o referente (o discurso proprietário) não sofra os influxos da limitação do discurso do ensino, ou para que receba as suas possíveis ilimitações, é necessário compreendê-lo. Aqui cabem os instrumentos de trabalho fornecidos por FOUCAULT na sua *Aula*.

⁵⁰²ORLANDI, *Análise...*, p.17.

⁵⁰³CHAÚÍ, Marilena. O discurso competente. In: _____. **Cultura e democracia. O discurso competente e outras falas**. 7.ed. São Paulo: Cortez, 1997. p.7). E complementa: "O discurso competente é o discurso instituído. É aquele no qual a linguagem sofre uma restrição que poderia ser assim resumida: não é qualquer um que pode dizer a qualquer outro qualquer coisa em qualquer lugar e em qualquer circunstância. O discurso competente confunde-se, pois, com a linguagem institucionalmente permitida ou autorizada, isto é, com um discurso no qual os interlocutores já foram previamente reconhecidos como tendo o direito de falar e ouvir, no qual os lugares e as circunstâncias já foram predeterminados para que seja permitido falar e ouvir e, enfim, no qual o conteúdo e a forma já foram autorizados segundo os cânones da esfera de sua própria competência". (idem, *ibidem*).

4.8 O DISCURSO E O ENSINO: SUAS EXCLUSÕES E LIMITAÇÕES

Para FOUCAULT, a produção do discurso⁵⁰⁴ sofre limitações e exclusões que vêm do exterior e do próprio interior do discurso. A primeira exclusão exercida do exterior é a **interdição**: “Sabe-se bem que não se tem o direito de dizer tudo, que não se pode falar de tudo em qualquer circunstância, que qualquer um, enfim, não pode falar de qualquer coisa”.⁵⁰⁵ As regiões onde a interdição se mostra mais presente são as da sexualidade e da política, daí sendo permitido vincular a interdição com o desejo e com o poder.

A segunda exclusão externa é a **separação/rejeição**, cujo exemplo é o da oposição entre razão e loucura: “o louco é aquele cujo discurso não pode circular como o dos outros”.⁵⁰⁶ Mediante mecanismos de separação e de rejeição, silencia-se o que não deve ou não pode ser ouvido.

A terceira exclusão externa, que FOUCAULT entende de consideração arriscada,⁵⁰⁷ é a da **oposição do verdadeiro e do falso**. Esta exclusão prende-se a separações arbitrárias ou organizadas em torno de contingências históricas, sustentadas por um sistema de instituições que as impõem e reconduzem em perpétuo deslocamento.⁵⁰⁸ Trata-se da vontade da verdade, que acaba sendo um sistema de exclusão à medida que, por meio de práticas e sistemas (como a pedagogia, as bibliotecas e os laboratórios) e pela forma como o saber é aplicado (valorizado, distribuído, repartido e atribuído) na sociedade, transforma-se em

⁵⁰⁴“...suponho que em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade”. (FOUCAULT, **A ordem...**, p.9).

⁵⁰⁵Idem, ibidem.

⁵⁰⁶Idem, p.10.

⁵⁰⁷Idem, p.13.

⁵⁰⁸Idem, p.13-14.

“prodigiosa maquinaria destinada a excluir todos aqueles que, ponto por ponto, em nossa história, procuraram contornar essa vontade da verdade e recolocá-la em questão contra a verdade”.⁵⁰⁹

Como o discurso exerce, ele mesmo, o seu próprio poder de controle, há uma série de procedimentos que funcionam internamente ao discurso. O primeiro deles é o **comentário**. O comentário surge do desnível hierárquico entre o discurso fundamental ou criador e a massa de discursos que repetem e comentam a narrativa anterior e superior. Assim, são construídos indefinidamente novos discursos, mas que, em verdade, são apenas repetições do já-dito. Esta repetição coloca o comentário como limitador da construção de novos discursos, já que luta contra o acaso:

Mas, por outro lado, o comentário não tem outro papel, sejam quais forem as técnicas empregadas, senão o de dizer **enfim** o que estava articulado silenciosamente no **texto primeiro**. Deve, conforme um paradoxo que ele desloca sempre, mas ao qual não escapa nunca, dizer pela primeira vez aquilo que, entretanto, já havia sido dito e repetir incansavelmente aquilo que, no entanto, não havia jamais sido dito.⁵¹⁰

O segundo procedimento interno refere-se ao **autor**, visto não como o indivíduo falante que pronunciou ou escreveu um texto, mas o autor como “princípio de agrupamento do discurso, como unidade e origem de suas significações, como foco de sua coerência”.⁵¹¹ Se no comentário a limitação ao discurso decorre da constante repetição, no autor ela decorre da identidade que dá unidade a uma obra.⁵¹²

⁵⁰⁹FOUCAULT, **A ordem...**, p.20.

⁵¹⁰Idem, p.25. E, em outra passagem: “O comentário conjura o acaso do discurso fazendo-lhe sua parte: permite-lhe dizer algo além do texto mesmo, mas com a condição de que o texto mesmo seja dito e de certo modo realizado”. (idem, p. 25-26).

⁵¹¹Idem, p.26.

⁵¹²“O comentário limitava o acaso do discurso pelo jogo de uma **identidade** que teria a forma da **repetição** e do **mesmo**. O princípio do autor limita esse mesmo acaso pelo jogo de uma **identidade** que tem a forma da **individualidade** e do **eu**”. (Idem, p.29).

Como terceiro procedimento interno de exclusão, FOUCAULT cita a **disciplina**, que fixa os limites do discurso “pelo jogo de uma identidade que tem a forma de uma reatualização permanente das regras”.⁵¹³ É que a disciplina parte de proposições que estarão ordenadas em vista de um objeto determinado. A construção destas proposições limita-as a um determinado horizonte teórico ou as circunscreve à utilização de determinados instrumentos conceituais, e isto serve como limitação excludente, já que as proposições novas somente são aceitas com base no objeto predefinido ou no método pré-firmado.

Comentário, autor e disciplina emancipam o discurso, mas também podem limitá-lo. Não se pode mascarar uma função pela outra. Nas palavras de FOUCAULT,

Tem-se o hábito de ver na fecundidade de um autor, na multiplicidade dos comentários, no desenvolvimento de uma disciplina, como que recursos infinitos para a criação dos discursos. Pode ser, mas não deixam de ser princípios de coerção; e é provável que não se possa explicar seu papel positivo e multiplicador, se não se levar em consideração sua função restritiva e coercitiva.⁵¹⁴

FOUCAULT ainda menciona outros limitadores do discurso, que se referem à seleção das condições de funcionamento do discurso. E como seleção é exclusão, a verdade do discurso acaba sendo ocultada pelos **rituais**, pelas **sociedades de discurso**, pela **doutrina** e pela **apropriação social dos discursos**. Estes procedimentos não procuram dominar os poderes do discurso (como as limitações externas) nem conjurar os acasos de sua aparição (como as limitações internas), mas determinar as condições do funcionamento do discurso, impondo aos indivíduos discursantes um certo número de regras.⁵¹⁵ Os rituais definem a qualificação que devem possuir os indivíduos que falam, atribuindo-lhes propriedades singulares e papéis preestabelecidos. As sociedades de discurso têm como função conservar e produzir discursos, mas para fazê-los circular dentro de estabelecidos limites. A

⁵¹³FOUCAULT, *A ordem...*, p.36.

⁵¹⁴Idem, *ibidem*.

⁵¹⁵Idem, *ibidem*.

doutrina, ligando os indivíduos a certos tipos de enunciação e lhes proibindo outros, sujeita o discursante ao discurso. A apropriação social dos discursos age como sistema de exclusão a partir da distribuição da educação: “todo sistema de educação é uma maneira política de manter ou modificar a apropriação dos discursos, com os saberes e os poderes que eles trazem consigo”.⁵¹⁶

4.9 OS PROCEDIMENTOS EXTERNOS DE LIMITAÇÃO AO DISCURSO

A separação dos procedimentos de exclusão (externos, internos e de seleção) é abstrata, como também é abstrata a individuação de cada grupo de práticas excludentes dentro daqueles procedimentos: uns ligam-se aos outros de forma a compor um grande processo pelo qual o discurso se forma e, ao se formar, impõem-se limites. Limitar, no discurso, é construir. O que se propõe aqui é identificar as categorias da *Aula* de FOUCAULT no discurso do ensino do direito de propriedade, para tentar compreender o discurso proprietário na sua essência, sabendo o que nele é limite e o que não é. Trata-se, assim, de, descobrindo os limites do discurso proprietário, compreender o que ele oculta. Esse desvelamento pode revelar muito, pois o que não é dito pode ser tão ou mais importante do que aquilo que foi dito:

E, assim, o grande problema que se vai colocar – que se coloca – a tais análises históricas não é mais saber por que caminhos as continuidades se puderam estabelecer; de que maneira um único e mesmo projeto pôde-se manter e constituir, para tantos espíritos diferentes e sucessivos, um horizonte único; que modo de ação e que suporte implica o jogo das transmissões, das retomadas, dos esquecimentos e das repetições; como a origem pode estender seu reinado bem além de si própria e atingir aquele desfecho que jamais se deu – **o problema não é mais a tradição e o rastro, mas o recorte e o limite; não é mais o fundamento que se perpetua, e sim as transformações que valem como fundação e renovação dos fundamentos.** [grifo do autor].⁵¹⁷

⁵¹⁶FOUCAULT, *A ordem...*, p.44.

⁵¹⁷FOUCAULT, *A arqueologia...*, p.6.

De aqui em diante se utilizam, para investigar o discurso do ensino do direito de propriedade, como instrumentos de trabalho, os procedimentos de limitação dos discursos: procedimentos internos (**interdição, separação/rejeição, separação verdadeiro/falso**), externos (**comentário, autor e disciplina**) e de seleção (**rituais, sociedades de discurso, doutrina e apropriação social dos discursos**).

O procedimento de exclusão através da **interdição** prende-se à exclusividade do sujeito que fala. O professor – e sua palavra – ocupa um espaço no ensino de tal sorte que a palavra é proibida ao aluno, já que o lugar de ensinador é reservado ao professor, e o diálogo é rejeitado. Assim interdita-se não só a presença do aluno no ensino, mas também se exclui o diálogo entre professor e aluno:

A relação entre professores e alunos é, quase sempre, uma relação hierarquizada, na qual aquele tudo sabe e este não sabe nada. E esta hierarquia pode existir independente do método que se venha a utilizar. O fato é que, em ambos, nem sempre professores e alunos estão integrados, mas contrapostos. Já numa metodologia que tenha por base o diálogo, alunos e professores estão integrados na busca do conhecimento.⁵¹⁸

Não há docência sem discência,⁵¹⁹ e a interdição acaba servindo como um limite ao aprendizado do aluno e do próprio professor. Como as experiências vividas pelo aluno – no plano material e ideal – são interditadas no discurso, o professor deixa de apreender eventuais possibilidades de rupturas no discurso.

No discurso do ensino do direito de propriedade essa interdição mostra-se de várias maneiras, sendo a mais evidente a da metodologia da aula expositiva, não dialogada, fechada ao convívio com o outro; na expressão que melhor reflete tal realidade, através da velha *aula-douta coimbrã*. Interditam-se o aluno e outros métodos didáticos (por exemplo, seminários, debates etc.). Por evidente, não se pode abandonar a aula sob forma de preleção, mas há que se injetar nelas o sopro

⁵¹⁸PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Ensino jurídico na graduação: ainda como nossos pais? Modelo, conformismo e repetição na metodologia do ensino jurídico. In. FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.242.

⁵¹⁹FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia. Saberes necessários à prática educativa**. 7.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p.23.

do diferente e do criativo.⁵²⁰ Permitir que a aula magistral sirva como interdição acarreta um conhecimento puramente formal e repetitivo do saber – já que o conteúdo das notas do professor vai direto ao caderno do aluno, sem a intermediação das informações pelo acadêmico.⁵²¹ É a aula que reproduz do que pode ser encontrado em outras fontes, como livros e leis, e se presta às matérias mais dogmáticas. A interdição acarreta ainda o uso e exercício da fluência verbal que serve para distrair o conhecimento, transformando o direito em erudição e não colaborando para o aprendizado, por sua falta de sistematização. É a aula geralmente utilizada nas disciplinas introdutórias, que se caracteriza pelo encanto retórico, mas não contribui para a sistematização das informações transmitidas. José Eduardo FARIA, notícia exposição feita pelo professor Roberto VERNENGO, na qual evidenciam-se os dois tipos de aulas. A transcrição é longa, mas vale pelo que tem de revelador.

A aula reprodutiva é de natureza kelseniana:

Hans Kelsen tem sido não só um inovador teórico genial mas, também, o modelo de catedrático autêntico. Realizou, com enorme dignidade e indiscutível competência o paradigma do professor universitário centro-europeu. A relação entre o professor e o aluno em classe constituía sempre uma relação social secundária frente à comunicação efetiva que o mestre mantinha com seus discípulos por outros meios. É através de livros, ensaios e revistas especializadas que a efetiva comunicação científica se concretiza (...) Com o público comum, o auditório indiscernível, no qual o mestre distingue apenas os rostos dos discípulos prediletos, a comunicação, reduzida ao mínimo indispensável, efetua-se por remissão implícita ao manual. Na cultura universitária, basicamente escrita uma cultura de livros, teses, ensaios, revistas, bibliotecas, etc... –, a comunicação oral, com o que se produz a partir da cátedra expositiva, é um mero acessório da verdadeira relação escrita: o professor recita fragmentos selecionados de seu texto ante o auditório que veio ouvir da boca do mestre o que poderia ter, na prosa do mestre em casa. (...) Decorre daí que a aula magistral, como no caso de Kelsen, converte-se num rito minuciosamente regrado: o mestre vestido de escuro e montado numa espécie de púlpito laico, declama, com dicção cuidada, a leitura que efetua de seu livro ou manuscrito. (...) Tudo respira serenidade: o mestre não só é o depositário da sabedoria, que generosamente aceita derramar entre seus ouvintes; é

⁵²⁰“Por todos esses motivos – alguns fundamentais, outros conjunturais não cremos na deseabilidade nem na viabilidade da abolição das preleções, embora creiamos na possibilidade de sua complementação com a utilização de outros métodos de ensino”. (OLIVEIRA, J.L.C. de, op. cit., p.55).

⁵²¹FARIA, José Eduardo. Ensino jurídico: mudar cenários e substituir paradigmas teóricos. In: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB. Ensino jurídico. Parâmetros para elevação de qualidade e avaliação**. 2.ed. Brasília: OAB, 1996. p.49.

também a figura que simula *ex cathedra* a do sábio tradicional do iluminismo. (...) Com certeza, não se discute o valor intrínseco do conteúdo das aulas do mestre. O que importa assinalar é que esse rito semanal, por mais interessante que seja, constitui uma situação-limite pedagogicamente desnecessária: ao fim a ao cabo, o curso completo que se ouve aparece publicado depois. Para que a audição do que estava já escrito?

A segunda aula é do tipo orteguiano:

Frente a esse ritual formal, com conteúdos muito elaborados em estruturas expositivas próprias da literatura acadêmica escrita, temos, como antípoda, a exposição oral de natureza improvisatória. As aulas de Ortega, por exemplo, eram características: o catedrático guarda um certo tom informal que dá à sua aula um aspecto pouco estruturado; a linguagem não é a relativamente rigorosa da literatura acadêmica, mas sim a linguagem sugestiva da literatura narrativa. O orador não se atém ao fio de uma estrutura expositiva estabelecida de antemão, porém ao que parece obedecer a associações momentâneas; o discurso se vê interrompido por anedotas, ilustrações e ironias; o auditório, certamente conduzido pela habilidade retórica do professor e do brilho de sua palavra, esqueceu-se inteiramente de que se trata de lhe transmitir alguma informação e extrair racionalmente algumas conclusões. O público assiste a uma exibição de virtuosismo verbal. (...) Ao final, a aula se converte no arremedo de uma amena reunião social: assim era Ortega. O rigor expositivo do mestre e o encanto atrativo do virtuosista se confundem.⁵²²

A exclusão que se dá através da interdição não é apenas aquela decorrente do espaço ocupado pelo professor em relação aos alunos. As interdições são também realizadas em relação a outros saberes, já que o professor de direito civil – do 4.º ou 3.º ano, em geral, na disciplina direitos reais – é quem vai ocupar o espaço da exclusividade do discurso. A interdição não é imposta somente aos alunos, mas também aos outros professores. Em sendo imposta aos outros professores, interdita-se o diálogo com outros saberes e disciplinas. Assim, para usar um só exemplo, o professor de direito constitucional não fala sobre a propriedade privada, e o professor de direito civil não ensina a propriedade constitucionalizada.⁵²³

⁵²²FARIA, Ensino..., p.50-51.

⁵²³Geralmente esse problema é enfrentado mediante procedimentos de articulação dos currículos e dos conteúdos programáticos. Assim, se distribuem tarefas e funções, evitando duplicidade de matérias em disciplinas distintas. Tal procedimento de seleção é, em verdade, um procedimento de exclusão. Estudar um mesmo tema em várias disciplinas não se mostra necessariamente improdutivo, já que serão vários os sujeitos falantes, vários os saberes dialogantes e vários os níveis de absorção do discurso. Os parâmetros dessa não-seleção (que não deixa de ser, ela também, uma seleção) devem ser amplamente discutidos entre os professores e com os alunos. A articulação entre disciplinas e matérias deve ser então uma articulação de inclusão e não uma articulação excludente.

A interdição também se coloca em outros planos: o lugar privilegiado da fala proprietária é do professor de direito. Interditadas estão, via de regra, as dialogações com outros saberes, ciências e conhecimentos. Pela proibição de outras palavras, constrói-se um discurso proprietário baseado na ocultação: dados econômicos, levantamentos sociais, percepções políticas fogem ao discurso.

E interditar outros falares – dos alunos, das outras matérias, de outros conhecimentos – significa interditar a si mesmo. O professor interdita a sua própria eventual participação na construção do discurso.

A crítica não é somente à aula expositiva, mas sobretudo à interdição de outras participações. Não é a utilização de outras práticas de ensino que afastará a interdição,⁵²⁴ mas a consciência da necessidade da aula dialógica, que leve em conta o outro – professores, alunos ou disciplinas.

Da mesma forma, o discurso do ensino do direito de propriedade sofre a **separação/rejeição** quanto à pesquisa e extensão⁵²⁵ como formas de aprendizado. Pode-se dizer que o ensino em sala de *aula* exclui o ensino na *rua*, como o faz João Paulo de SOUZA:

Qualquer pretensão de eficácia dos cursos jurídicos deve conter a opção de levar o ensino jurídico para “além dos muros universitários e acadêmicos envolvendo o maior número possível de atores sociais (jurídicos, cidadãos em geral) interagindo com as pautas mais

⁵²⁴Assim, e por exemplo, Horácio Wanderley RODRIGUES lembra que não basta transformar aulas expositivas em seminários, sem que o diálogo se ocupe deste novo espaço: “Com relação à substituição da aula-conferência por outras formas didático-pedagógicas mais participativas, reside também aí uma falsa questão. O seminário, técnica normalmente citada e indicada, além de inadequado para turmas com muitos alunos, pode ser sempre tão autoritário e dogmático quanto a preleção. (...) O controle do conteúdo continua com o mestre – ele preserva o lugar da fala e conseqüentemente o da verdade. Já em uma preleção, mesmo que os alunos não participem ativamente da aula, um professor crítico e consciente do seu papel pode fazer uma abordagem realmente interdisciplinar do objeto, mostrando suas várias visões e contradições e dando um visão de totalidade do tema em estudo. Entende-se aqui, que a pluralidade de metodologias é nesse aspecto a melhor opção”. (RODRIGUES, H.W., O ensino..., p.19).

⁵²⁵Os temas pesquisa e extensão no ensino envolvem uma série de fatores (a dificuldade em precisar os seus exatos termos; as dificuldades conjunturais e estruturais de um ensino sem tradição de pesquisa etc.), que fogem ao tema deste trabalho. Parte-se, aqui, de uma constatação: a presença de uma ausência de extensão e pesquisa. Este não existir é o que chama a atenção.

reivindicatórias dos movimentos sociais”. Em outras palavras, *ensino, pesquisa e extensão* só poderão se realizar pela interação da **escola** (sala de aula, laboratórios) com a **rua** (instituições).⁵²⁶

No que diz respeito ao direito de propriedade as possibilidades de extensão e de pesquisa são ilimitadas, mas são pouco utilizadas. Novas formas de apropriação de bens, novos sujeitos proprietários e novos poderes proprietários, a ausência dos não proprietários transformando-se em presença, a desmaterialização das riquezas, vários são os chamados para a pesquisa e extensão, mas para a escola é como se não existissem. Um exemplo concreto: a reforma agrária não seria um tema a ser estudado,⁵²⁷ uma parte da matéria civilística?

Pesquisa e extensão são ausências injustificáveis⁵²⁸ no processo do ensinar, ausências que fecham portas à realidade.⁵²⁹ A volta da *escola à rua* – a consolidação da união entre ensino, pesquisa e extensão – permite o *confronto entre as teorias e o mundo*,⁵³⁰ e permite arejar o discurso do ensino. A separação e a

⁵²⁶SOUZA, João Paulo de. O ensino jurídico, a sala de aula e a rua. In: RODRIGUES, Horácio Wanderley (Org.). **Ensino jurídico para que(m)?** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p.10.

⁵²⁷Sobre a missão da universidade e sua relação com as reformas agrária e urbana, consulte-se Ricardo Pereira LIRA. Missões da Universidade: reforma agrária e a reforma urbana. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. n. 30 p. 257-270. Curitiba, 1998.

⁵²⁸SOUZA, op. cit., p.109.

⁵²⁹“Trata-se, de um lado, da pesquisa científica, cuja falta correspondente à ausência de exploração e de investigação sistematizada, uma porta fechada ao “descobrir e interpretar os fatos que estão inseridos em uma determinada realidade”. (FACHIN, Limites e possibilidades do ensino..., p.66).

⁵³⁰BUARQUE, Cristóvam. O saber achado na rua. In: SOUZA JR., José Geraldo de (Org.). **O direito achado na rua**. Brasília: UnB, 1987. p.8. O ex-reitor daquela instituição complementa: “Buscamos um novo compromisso que nos tire das paredes e leve nossas novas formulações a um público externo que aprenda conosco e que nos conteste”. (idem, p.8). O curso O direito achado na rua, com discussões evidentes sobre a questão proprietária, notabilizou-se por assumir uma nova concepção de ensino, pesquisa e extensão, comprometidos com a realidade, ou, o que vale dizer, sem as separação e rejeição como limites ao discurso. Outra iniciativa, digna de nota, é o Projeto de Extensão Espaços de Mediações dos Conflitos Fundiários da Região de Curitiba, realizado na Universidade Federal do Paraná sob a coordenação do Prof. José Antônio Peres GEDIEL, da Faculdade de Direito. Desse projeto, disse Maria José Justino, Pró-Reitora de Extensão e Cultura da UFPR: “Trabalhos como esse reafirmam a extensão na sua função chave – interação entre universidade e sociedade – desvinculando-a da visão empobrecedora de prestadora de serviços e assistencialismo. Partícipes da esfera de advogados populares, professores e estudantes que conduzem esse projeto vêm contribuindo de forma admirável para o fomento do desenvolvimento sustentável e para o resgate da dignidade de faixa da população carente e desamparada. Permitam-me a apropriação de uma reflexão de Bachelard, transferindo-a para a relação pesquisa-extensão: “O conhecimento do solitário é qualitativo; a ciência socializada é quantitativa”. Acreditamos que a extensão exerce esse papel de propagar o conhecimento e que o grupo Mediações Fundiárias cumpre de forma exemplar essa incumbência, socializando a qualidade e assim permitindo que excluídos exercitem a cidadania”. (**Mediações fundiárias**. Cadernos de Extensão. Curitiba: UFPR, ano IV, outubro 1998. p.9).

rejeição da pesquisa e da extensão⁵³¹ permitem que o modelo proprietário permaneça, e que o discurso se alongue.

Por fim, o terceiro limite externo do discurso do ensino. A oposição entre **verdadeiro e falso** prende-se, em FOUCAULT, ao desejo e à vontade da verdade. O discurso, que se reproduz com o auxílio de um suporte institucional muito amplo, vai atrás de uma verdade que ele mesmo cria, mensura e impõe. O direito moderno pretende ser neutro – apesar de a sua neutralidade ocultar uma opção política – e essa neutralidade se transforma na verdade do discurso. Assim, criando um aparato dogmático, impõem-se limites à crítica do direito, que somente pode ser acessado através dos dogmas mesmos – o dogma é o ponto de partida para a ação e o ponto final da discussão.⁵³² O que não está no sistema é falso. Afastam-se outras realidades que não aquelas recepcionadas pela dogmática:

Esse pressuposto é capaz de obscurecer o trato das questões jurídicas, notadamente a aplicação e interpretação do direito. Nessa trilha, o pensar dogmático, desenvolvido em circuito fechado, tratando das normas e dos conceitos jurídicos, de seu arranjo e funcionalidade internos, de suas inter-relações e de sua sistematização na ordem jurídica positiva, termina por esvair-se em considerações intra-sistêmicas, esquecendo ou deixando de lado a circunstância por certo não negligenciável de que o direito existe para satisfazer necessidades e interesses individuais e sociais. Desemboca-se, por essa forma, no reducionismo logicista e formalista pelo qual se quer construir uma ciência jurídica tão perfeita que termina por não dever satisfação à vida e aos dramas humanos.⁵³³

⁵³¹Imprescindível é, pois, criar espaços à pesquisa e extensão interligados com as atividades de ensino. Esta é uma das preocupações da reforma do ensino: “Estes novos espaços, entretanto, não são pensados de forma a confinar, separadamente, as atividades de pesquisa e extensão, como o foram as atividades de ensino às salas de aula. A idéia é que os novos espaços alternativos do ensino jurídico reúnam e condensem o espírito dessas atividades – ensino, pesquisa e extensão. Integrando-as numa só experiência, elas deixam de ser atividades (fragmentadas umas das outras) e transformam-se em nuances de um aprendizado complexo, reintegrando as várias dimensões da formação multifacetada”. (PÔRTO, op. cit., p.77).

⁵³²LIMA LOPES, Função..., p.374.

⁵³³AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989. p.29.

Há uma forte relação entre a dogmática jurídica e a crise no ensino do direito.⁵³⁴⁻⁵³⁵ A dogmática não está, entretanto, imune a interferências ideológicas – já não as sofre quando se faz em dogma? – e assim pode sofrer valoração, recebendo influxos axiológicos quando de sua interpretação e aplicação:

No caso da dogmática jurídica, entendida como a ciência positiva da norma, a ideologia atua como elemento estabilizador. Valorando os próprios valores, ela os fixa, tanto **justificando** sua função modificadora, quanto motivando sua função **justificadora**. Como a ideologia exerce a importante função de organizar valores, possibilitando sua sistematização, mediante a construção de hierarquias, isto significa que ela permite a possibilidade de integração de interesses num discurso dogmático sistematizado. Nesse sentido, a ideologia atravessaria a dogmática jurídica em vários planos e, em decorrência, criaria condições para o cumprimento de suas funções sociais.⁵³⁶

Assim, ainda que o direito esteja necessariamente pleno de dogmas, pode-se afastar os problemas daí decorrentes por intermédio de uma constante recorrência aos valores que informam a vida em sociedade e pela solução tópica dos

⁵³⁴Foram consultados, para as colocações do texto, entre outros: Plauto Faraco de AZEVEDO, **Crítica...**; José Eduardo FARIA, **A reforma no ensino...**; José Eduardo FARIA. A noção de paradigma na ciência do direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, v.36, fasc. 146, p.103-124, abr./maio/jun. 1987; Paulo Carneiro MAIA. Da dogmática jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 223, p.3-15, maio de 1954; Luis Alberto WARAT. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Teoria do direito e do estado**. Porto Alegre: Fabris, 1994. p.81-95; Toshio MUKAI. A dogmática contemporânea e o problema da sistematização da ciência jurídica. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n.35, p.72-81, jan./mar. 1986; Nicolò LIPARI. Il diritto civile tra sociologia e dogmatica. **Rivista de Diritto Civile**, Padova, anno XIV, parte I, p.297-338, 1968; Rosalice Fidalgo PINHEIRO, op. cit.; Inês da Fonseca PÔRTO, op. cit.; Irineu STRENGER. **Da dogmática jurídica. Contribuição do Conselheiro Ribas à dogmática do direito civil brasileiro**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2000.

⁵³⁵Para boa parte da doutrina, é errado ver a dogmática como ciência: "Ora, a dogmática não tem caráter científico, pois seu objeto é um sistema de normas não-suscetível de verificação" (FARIA; MENGE, op. cit., p. 95). Também Roberto LYRA FILHO: "Esta [a ciência dogmática do Direito] não é ciência (porque ciência não tem dogmas e, mesmo quando versa sobre "dogmas", não pode recusar-se a problematizá-los); não é, tampouco, do Direito (porque nos apresenta um Direito capado); nem é sequer uma dogmática moderna (porque até os que lidam com dogmas religiosos estão tratando de interpretá-los evolutivamente, ...)". (LYRA FILHO, Roberto. **Por que estudar direito, hoje?** Brasília: Nair, 1984. p.9.). Colocando-se como ciência dogmática, o direito impõe-se limitações, elegendo verdades e afastando não-verdades.

⁵³⁶FARIA; MENGE, op. cit., p.103-104.

problemas. A impermeabilidade da dogmática pode ser redimensionada.⁵³⁷ Não se trata de abandonar, mas de limitar, quantitativa e qualitativamente, o dogmatismo no ensino jurídico.⁵³⁸ Haveria, então, um contínuo deslocamento da verdade, e a oposição verdadeiro/falso deixaria de ter um caráter permanente.

O discurso do ensino do direito de propriedade, no contexto maior do ensino jurídico, continua profundamente atrelado ao pensamento sistemático e dogmático. A propriedade continua sendo conceituada como forma (título) ao invés de efetividade (utilização). O sistema, fulcrado em categorias abstratas, é repassado e perenizado no discurso do ensino do direito de propriedade, que se refere a um instituto basilar da organização social. Transmitida a premissa básica (o que é a propriedade) todo o direito passa a ser transmitido a partir dela,⁵³⁹ o que dificulta ao aluno, por exemplo, compreender o significado das novas propriedades, o regime jurídico da apropriação de determinados bens, os diferenciais da propriedade pública, estatal e privada, e assim por diante. Quando o acadêmico se depara com uma nova realidade social, trabalha para subsumir esta realidade à realidade normativa, e muitas vezes não o consegue, ou o consegue desvirtuando a realidade.⁵⁴⁰

⁵³⁷“A questão não está, pois, em negar a Dogmática Jurídica, mas em redimensioná-la”. (AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p.51).

⁵³⁸ Nesse sentido, deve-se buscar um *dogmatismo crítico*. Chamando por uma teoria crítica do direito civil, mas em expressão que bem pode ser utilizada aqui, lembrando da utilidade do que está presente para construir o novo, diz FACHIN: “Crítica e ruptura não abjuram *tout court*, o legado, e nele reconhecem raízes indispensáveis que cooperam para explicitar o presente e que, na quebra, abrem portas para o futuro” (Luiz Edson FACHIN, **Teoria...**, p. 5).

⁵³⁹“Entre as conseqüências fundamentais dessa visão, para o ensino, está a de que o direito pode ser todo transmitido se forem transmitidas as premissas básicas do sistema. Trata-se, portanto, de transmitir uma informação instrumental – o conjunto dos dogmas do direito – que abrirá as portas de todas as câmaras do castelo legal”. (LIMA LOPES. **Função...**, p.368).

⁵⁴⁰É o que San Tiago DANTAS chamava de o mal-do-século: “O jurista começa a sonhar com a época adequada à sua dogmática, já que a sua dogmática não serve para sua época”. (Idem, p.373).

4.10 PROCEDIMENTOS INTERNOS DE LIMITAÇÃO DO DISCURSO

Os procedimentos internos que controlam e delimitam o discurso se fazem por uma série de classificações e ordenações, que excluem o seu acaso. São o **comentário**, o **autor** e a **disciplina** que, por revelarem uma mesma face do discurso, podem ser tratados em conjunto. O comentário reatualiza o discurso sem o modificar: é verdadeira recitação, e “em seu horizonte não há talvez nada além daquilo que já havia em seu ponto de partida”.⁵⁴¹ O autor é a unidade que dá coerência ao discurso: pela individualidade, o discurso passa a ser único, e isto o limita. A disciplina, por ter a pretensão de completude, abandona as proposições que considera não-verdades, apesar de estas proposições se colherem dentro da própria disciplina.

Em todos esses princípios há exclusão: o comentário mantém o *mesmo*, repetindo-o; o autor mantém o *mesmo*, unificando-o; a disciplina mantém o *mesmo* excluindo o que precisa ser excluído para que o *mesmo* continue.

O comentário e o autor podem servir de referência ao ensino manualizado⁵⁴² do direito de propriedade. De uma forma geral o manual acantona-se no ensino do direito civil até mesmo pela longa duração de seu estudo (geralmente ocupando todos os anos do curso de graduação), e acaba servindo de livro-texto ao acadêmico, que encontra nele geralmente a única fonte de estudo. A indicação de

⁵⁴¹FOUCAULT, **A ordem...**, p.25.

⁵⁴²O manual é conceituado como "livro ou folheto que contém instruções e noções essenciais acerca de uma determinada matéria, profissão, ou qualquer atividade prática. Seu formato em geral é pequeno e bem portátil, de modo a ser carregado e manuseado com facilidade. Também chamado de guia, pelo fato de prestar informações de forma prática e concisa". (RABACA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo. Manual. In: **Dicionário de Comunicação**. Rio de Janeiro: Codecri, 1978. p.93). Os manuais não têm pretensão nem compromisso com a criação e a construção do saber, mas com a sua reprodução e memorização.

manuais como complementares à aula mostra-se cômoda não só ao aluno,⁵⁴³ mas também ao professor, já que lá se encontra, via de regra, o conteúdo de toda a matéria ou disciplina. Por isso já se falou na "ditadura dos manuais".⁵⁴⁴

Se os manuais têm o seu mérito,⁵⁴⁵ não se pode ocultar que as limitações⁵⁴⁶ que trazem ao ensino superam em muito eventuais benefícios.⁵⁴⁷

⁵⁴³Os manuais – com freqüência repetidos (quando não lidos) pelo professor – servem de apoio ao aluno faltoso e desinteressado. Como o docente e os alunos não vão além dos manuais – sempre ressalvando as exceções –, estes balizam o limite da mediocridade consentido pelas práticas acadêmicas. Nossos manuais mais divulgados, em praticamente todas as áreas, foram escritos há mais de 15 anos. Muitas vezes são parcos, quando não omissos ou totalmente desatualizados, quanto às referências bibliográficas. A menção a correntes diversas ou interpretações divergentes quase não existe. Por fim, desencorajam busca de outras fontes. São, de fato, o porto seguro dos acomodados". (CAMPILONGO, Celso. OAB-Ensino jurídico. In: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB. Ensino jurídico. Diagnóstico, perspectivas e propostas**. 2.ed. Brasília: OAB, 1996. p.86).

⁵⁴⁴SILVA, Jonathas. OAB-Ensino jurídico. In: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB. Ensino jurídico. Diagnóstico, perspectivas e propostas**. 2.ed. Brasília: OAB, 1996. p.158.

⁵⁴⁵Não se pode esquecer a realidade do preço dos livros, dificultando o acesso do acadêmico a monografias: neste aspecto, o preço do manual serve como atrativo. O problema se desdobra em outros: de um lado, a necessidade de reequipamento das bibliotecas dos cursos jurídicos; de outro, o surgimento da indústria de apostilas.

⁵⁴⁶Jurjo Torres SANTOMÉ, tratando dos livros-texto, no que se permite analogia com os manuais universitários, lembra que aqueles "são o instrumento através do qual ocorre a reprodução do conhecimento acadêmico, necessário apenas para aprovar e sobreviver nas instituições acadêmicas". (SANTOMÉ, Jurjo Torres. **Globalização e interdisciplinaridade**. Porto Alegre: Artmed, 1998. p.155). E completa: "Pela seleção dos temas e a maneira com que os apresentam, destacando-se em quadros o que realmente deve ser estudado, os livros-texto esquecem que as instituições de ensino não servem apenas para a reprodução "gravada" da cultura, mas que seu objetivo prioritário é tratar de contribuir para uma *reconstrução crítica* da realidade". (Idem, p.171). A plena utilização de livros-texto pode gerar conseqüências para a instituição como um todo: "A instituição escolar na qual os livros-texto são o recurso dominante terá muitas dificuldades para fomentar o espírito crítico, entre outras razões porque os alunos não encontram fontes de informação suficientemente diversificadas para desenvolver suas capacidades de análise e crítica". (Idem, p.177).

⁵⁴⁷Vito RIZZO mostra que a produção manualística na Itália sofreu uma profunda alteração a partir da perspectiva de um direito civil constitucionalizado. "Também os 'manuais', que depois da enérgica incitação do início dos anos 70 são 'repensados' e se multiplicam, realizam, eles próprios, sem abandonar a própria organização sistemática (voltada para abraçar todo o sistema do direito privado), uma obra de modernização e de atualização, deixando penetrar abundantemente o perfil constitucional com um inevitável repensamento da distinção público-privado. Este é, por exemplo, o estandarte da escola civilística camerte, à qual eu também pertença, que sobre estes princípios plasma, com especial vigor, toda a sua produção e que, recentemente, deu vida a um próprio *Manuale di diritto civile* que assim se caracteriza. Também outros manuais recentes são impregnados pela perspectiva constitucional, com uma acentuação, segundo as predileções de cada autor, ora do perfil histórico-filosófico (P. Rescigno), ora daquele político-ideológico (F. Galgano), ora daquele econômico (P. Trimarchi), ora daquele técnico-jurídico (F. Gazzoni). Mas todos, dos 'clássicos' já citados (Torrente, Trabucchi) ora outros que apareceram em época mais recente (Natoli-Breccia-Bigliuzzi, Geri-Busnelli, Bessone, Alpa, Roppo, De Cupis, Zatti-Colussi) são impregnados, de vários modos, por este novo 'clima'. (RIZZO, Vito. *Cultura jurídica, produção científica e ensino do Direito na Itália do século XX*. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 1, v.4, p.107, out./dez. 2000).

Limitam o acesso do aluno ao conhecimento (vinculam o aluno a um só autor – o que significa dizer, no mais das vezes, a uma só visão do fenômeno jurídico; impedem o acesso a outras fontes, acomodam o acadêmico a um determinado estilo, sem variantes de idéias) e limitam também o desempenho do professor (que tende a preparar suas aulas com base no manual, a repetir o que está no manual e a elaborar o conteúdo programático da disciplina com base nos manuais):

Manuais de direito no Brasil são, em regra, dogmáticos e de baixa densidade em matéria de problematização científica. Na maioria são meramente classificatórios, repetem e resumem (mal) velhas teorias, nunca ensinam o estudante a pensar juridicamente, sugerindo, ao contrário, que o pensamento jurídico se resume em citar autores, repetir textos normativos e chegar a conclusões baseadas em autoridade da jurisprudência. Os programas espelham os manuais. E os métodos raramente vão além de uma aula expositiva que mal repete o manual.⁵⁴⁸

Tome-se, aqui, novamente o tema da ruptura. A Constituição Federal de 1988 significou ao direito de propriedade uma sua total renovação, à medida que fez ingressar definitivamente a função social na definição do instituto e por conta da assunção de uma nova tábua de valores, na qual prevalece o *ser* sobre o *ter*. A maior parte dos manuais de direito civil – no que aqui interessa, de direitos reais – foi escrita antes do advento da Constituição, e suas atualizações acabam sendo meras referências às alterações havidas (muitas vezes uma mera transcrição dos artigos

⁵⁴⁸FERRAZ JR., Tércio Sampaio. OAB-Ensino jurídico. In: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB. Ensino jurídico. Diagnóstico, perspectivas e propostas**. 2.ed. Brasília: OAB, 1996. p.284.

constitucionais),⁵⁴⁹ sem maior aprofundamento nas causas e conseqüências das alterações na ordem jurídica nacional.⁵⁵⁰

O uso dos manuais enclausura o saber, já que afasta a combatividade das idéias: a formação do acadêmico é a formação feita à base de comentários.⁵⁵¹ Ademais, o ensino manualístico só faz agravar a unidisciplinaridade, já que os manuais, por sua própria forma de ser, afastam qualquer maior diálogo com outras áreas do saber.

O terceiro dos elementos que, internamente, constroem e desconstroem o discurso é a **disciplina**, que, para FOUCAULT, fixa os limites do discurso a partir daquilo que é requerido para a construção de novos enunciados. As proposições somente são formuladas a partir de uma proposição anterior, e nesse trabalho de formulação, volta-se sempre à proposição anterior e, de uma forma ou de outra, tudo se repete. A disciplina, neste sentido, garante a autopoiese do direito.

No ensino do direito de propriedade ocorre geralmente de existirem duas proposições primeiras: de um lado, a idéia de relação jurídica real; de outro, o

⁵⁴⁹Num exemplo, aleatório, Caio Mário da Silva PEREIRA, na 12.^a edição (1995) de seu "Instituições de direito civil" diz acerca da função social da propriedade: "A Constituição de 1988 insere entre os princípios gerais da atividade econômica, ao lado da propriedade privada, a sua "função social" (art. 170) que se considera cumprida quando a propriedade rural atende aos diversos critérios mencionados no art. 186: aproveitamento racional, utilização adequada, observância da legislação sobre relações de trabalho, bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores" (p.68). Mais adiante reproduz os artigos constitucionais sobre usucupião (p.115-116) e escreve meia página sobre a política agrícola e fundiária na Constituição, em reprodução quase literal dos respectivos artigos (p.116). A própria contracapa do livro ressalta a limitação, não falando em edição atualizada, mas "com referência às disposições da Constituição de 1988 aos Direitos Reais". (PEREIRA, C.M. da S., Instituições...).

⁵⁵⁰O tema mereceria, por si só, uma análise específica, como a que fez, na Itália, Pietro RESCIGNO (I manuali di diritto privato dopo la Costituzione. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, ano XLIV, n.4, luglio-agosto 1998).

⁵⁵¹Cabem aqui as palavras de Sérgio ADORNO, ainda que proferidas para outra situação e outro tempo: "A prática de conciliar tendências filosóficas antagônicas e de harmonizar idéias jurídicas de distintas filiações ontológicas e gnosiológicas, minimizou os pressupostos críticos da atividade didático-pedagógica, e, em contrapartida, fez sobressair seu lado reverso: uma formação puramente ornamental, nutrida, em parte, da exposição quase literal de doutrinadores do Direito e de comentários dos códigos, sem qualquer efeito construtivo e modificador do comportamento". (ADORNO, op. cit., p.102-103).

conceito codificado de propriedade, que se encontra no artigo 524 do Código Civil Brasileiro.

A noção de relação jurídica – e de relação jurídica real – remete para a Teoria Geral do Direito Civil, cujas bases residem na conciliação da liberdade formal com a segurança,⁵⁵² e que, a partir daí, se mostra artificial, desvinculada da realidade, o que é visível principalmente pela impessoalidade do sujeito. É contra essa teoria geral, baseada na abstração da relação jurídica, que se dirige boa parte da crítica, a qual busca um direito fundado no homem concreto, uma ordem jurídica antropocêntrica.⁵⁵³

A relação jurídica de direito real, ao ter como referência a relação jurídica, segue no mesmo caminho da desconsideração do concreto e, portanto, reflete um direito civil distanciado da vida. Tradicionalmente, as primeiras aulas da matéria Direitos Reais enfrentam a diferença entre direitos obrigacionais (ou relação jurídica obrigacional) e reais (ou relação jurídica real), a par de serem situações intimamente ligadas por sua patrimonialidade (o que significa que sua diferenciação perde importância), e desconsiderando a primazia dos valores existenciais diante da esfera patrimonial da pessoa.

Nessa direção cria-se toda uma construção didática que passa pela análise da relação jurídica real, com conceitos e categorias totalmente desvinculados da concretude dos fatos. Tome-se como exemplo a figura da sujeição passiva universal e do dever geral de abstenção: como compreender que, no real dos fatos, possa-se imaginar que uma pessoa tenha um dever em relação ao titular de uma propriedade sem sequer conhecer este proprietário ou a coisa apropriada? E sequer a teoria realista resolve a questão, já que parte da idéia que o não proprietário tem o dever

⁵⁵²“Conciliando liberdade formal e segurança, a base da teoria geral das relações privadas foi o que sustentou, no domínio econômico, o *laissez faire* da Escola Liberal. Esse mecanismo se refletiu no distanciamento propositado entre o direito e as relações de fato excluídas do sistema”. (FACHIN, Limites e possibilidades da nova..., p.46).

⁵⁵³Ver Luiz Edson FACHIN, **Teoria...**, e Orlando de CARVALHO, **Para uma...**

de não interferir na propriedade alheia, quando, na verdade, ele tem direito a exigir certos comportamentos do proprietário.

Ademais, a matéria Direitos Reais acaba sendo lecionada dentro de uma ampla noção de patrimonialidade, e os valores existenciais – e sua prevalência diante dos valores patrimoniais – são relevados. Não há, via de regra, o ensino de um direito de propriedade dentro do espaço que lhe é pertinente: meio de realização da dignidade do não proprietário e do proprietário.

A outra proposição primeira é a normativa codificada do direito de propriedade, ou, por outras palavras, o clássico conceito de direito de propriedade que, no ensino, não se deixa permear pelas rupturas e transformações que sofreu. Assim, “as propriedades” são ensinadas a partir do modelo proprietário – *jus utendi, fruendi et abutendi* – não importando que aquelas se tornem a regra, quando esta é a exceção. Cabem aqui as palavras de José Reinaldo de LIMA LOPES: “O que ocorre, porém, é que essas inovações são normalmente vistas e ensinadas como exceções, como casos paralelos, não integrantes do sistema conceitual. Ora, não é muito plausível que o sistema ainda se mantenha unitário quando as exceções e desvios o superam”.⁵⁵⁴

Como a proposição primeira é pretensamente universal e atemporal, as realidades estudadas devem se adaptar a ela. Isto justifica a dificuldade de se ensinar, por exemplo, a superação da súmula 621 do Supremo Tribunal Federal pela Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça,⁵⁵⁵ ou a admissão, entre nós, da multipropriedade imobiliária.⁵⁵⁶ No primeiro caso, a fuga da necessidade do registro imobiliário e, no

⁵⁵⁴LIMA LOPES, *Função...*, p.373.

⁵⁵⁵As súmulas referem-se, respectivamente, à necessidade e à não necessidade do registro do compromisso de compra e venda para que o promitente comprador tenha direito a tutela judicial. Conferir, por todos, Marcelo DOMANSKI. **Posse. Da segurança jurídica à questão social (na perspectiva dos limites e possibilidades de tutela do promitente comprador através dos embargos de terceiro)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

⁵⁵⁶Sobre multipropriedade imobiliária ver, por todos, Gustavo TEPEDINO. **Multipropriedade imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993.

segundo, a quebra da possibilidade de exercício dos poderes proprietários no tempo, chocam-se ou colocam em dúvida o modelo proprietário, dificultando, por dois caminhos, o ensino da propriedade.⁵⁵⁷ os exemplos citados desmontam a universalidade do modelo, e o modelo afasta as possibilidades dos exemplos.

A necessidade de tudo partir de uma proposição anterior, para dela não se desligar, caracteriza o ensino do direito de propriedade, como demonstram os breves exemplos mencionados. O eterno retorno se transforma em mito e disciplina o discurso, evitando os seus acasos.

4.11 OS PROCEDIMENTOS DE LIMITAÇÃO DO DISCURSO PELA DETERMINAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE SEU FUNCIONAMENTO

O terceiro conjunto de limitações do discurso refere-se à imposição, aos sujeitos que pronunciam o discurso, de um certo número de regras: ninguém entrará na ordem do discurso se não satisfizer a certas exigências. Tais exigências não são formais,⁵⁵⁸ antes referem-se a exigências em relação ao próprio discurso que será pronunciado.

Assim, os **rituais** definem os signos que devem acompanhar o discurso: o sujeito que fala tem propriedades singulares e um papel preestabelecido.⁵⁵⁹ Nesse sentido o professor sabe e lhe cabe ensinar; o aluno não sabe e lhe cabe

⁵⁵⁷Talvez os exemplos citados não bastem para comprovar a assertiva, ou talvez bastem em excesso. Talvez não bastem porque geralmente novas figuras ou situações – como as exemplificadas – sequer são investigadas na graduação, tamanha é a dificuldade de o modelo as assumir. Mas talvez bastem em excesso porque justamente sua ausência do ensino demonstre que o discurso está disciplinado.

⁵⁵⁸Não se trata aqui de examinar, por exemplo, a necessidade de concurso público para professores, ou de titulação e experiência para a docência. As limitações a que se refere, dizem respeito a exigências na produção do discurso, exigências que existem para dar ao discurso uma certa permanência.

⁵⁵⁹FOUCAULT, **A ordem...**, p.39.

aprender.⁵⁶⁰ As **sociedades de discurso** têm como função conservar e produzir discursos, distribuindo-os, entretanto, segundo regras estritas, de tal maneira que os seus detentores não sejam despossuídos por essa distribuição.⁵⁶¹ Limita-se a circulação do discurso a um espaço relativamente restrito. Os dois procedimentos, aqui, aliam-se na manutenção do discurso. Para manter o seu *locus* privilegiado, o professor não pode deixar que os outros se apossessem de seu saber. Dessa maneira, nem todas as informações são passadas aos alunos, autores são ocultados, avanços jurisprudenciais são sonegados, pesquisas são dispensadas, críticas são menosprezadas. Não que isto seja feito deliberadamente: a necessidade de manutenção do local e do saber (o domínio do signo discursivo) faz com que não seja refinado o discurso. O domínio de outros saberes põe em risco o discurso.

A reserva de papéis e a limitação à circulação dos discursos aparecem cotidianamente no discurso do ensino do direito de propriedade. A ausência de discussão sobre os conteúdos a serem abordados, sobre as metodologias de ensino e sobre as formas de avaliação; a linguagem utilizada pelo professor, a não indicação de obras e autores para os alunos, a não sugestão de obras para aquisição pela biblioteca, e, mesmo, a conformação da sala de aula colaboram para que o discurso se mantenha, e para que o discursante não seja ameaçado no seu predomínio.

A **doutrina** é, em boa medida, contrária às sociedades de ensino; essas limitam o número de indivíduos que falam, aquela tende a difundir-se entre numerosos indivíduos.⁵⁶² Tal paradoxo é, entretanto, limitado por uma verdade: a doutrina liga os indivíduos a certas enunciações e lhes proíbe, conseqüentemente, todas as outras, e

⁵⁶⁰Diz José TAMARIT: “O senso comum do docente, impregnado de uma visão positivista do conhecimento, facilita a aceitação acrítica do mesmo, de tal forma que é recebido como algo dado, indiscutível. Essa atitude que, por sua vez, é transmitida ao aluno o conduz a não discernir entre *dóxa* e *epistême*, uma vez que está fora de toda a discussão e legitimidade das “fontes”, o texto e a palavra do professor”. (TAMARIT, José. **Educar o soberano**. São Paulo: Cortez: Instituto Paulo Freire, 1996. p.55-56).

⁵⁶¹FOUCAULT, **A ordem...**, p.39.

⁵⁶²Idem, p.41-42.

assim, liga indivíduos entre si e os diferencia de todos os outros.⁵⁶³ “A disciplina vale como o sinal, a manifestação e o instrumento de uma pertença prévia – pertença de classe, de *status* social ou de raça, de nacionalidade ou de interesse, de luta, de revolta, de resistência ou de aceitação”.⁵⁶⁴

No ensino de direito a doutrina serve aos fins de manutenção do discurso proprietário à medida que, reconhecendo-se a propriedade como problema jurídico, abandonam-se diálogos com outras disciplinas e saberes. Mais: a juridicização da sociedade moderna leva à idéia que todos os problemas – sociais, políticos e econômicos – podem ser solucionados pelo direito, mais especialmente pelo direito positivo. O absoluto legalismo é a solução para todas as panacéias. Assim, diante da questão fundiária nacional, basta ao acadêmico compreender o que o direito positivo diz, e estará presente a solução. Para enfrentar o problema das titularidades relativas à chamada propriedade imaterial e dos avanços científicos sobre a biodiversidade, impõe-se o direito positivo, deixando em compasso de espera outras possíveis soluções.

Esse distanciamento entre os vários saberes necessários à compreensão da vida e do mundo é enxergado no interior mesmo dos cursos de graduação em direito. A distância que separa as disciplinas dogmáticas das disciplinas básicas transforma-se em fosso intransponível. A dogmática jurídica isola-se de disciplinas como sociologia, economia, filosofia, e a relação entre essas matérias e as dogmáticas é “de convivência, mas não necessariamente de cooperação”.⁵⁶⁵

É muito comum os acadêmicos esperarem a chegada das disciplinas propriamente jurídicas (de cunho dogmático) como quem aguarda as disciplinas “concretas”, o estudo de coisas “concretas”. É evidente aí o desvio de perspectiva: “concretas” são as disciplinas básicas, sendo mais “artificiais” as soluções do direito positivo.

⁵⁶³FOUCAULT, *A ordem...*, p.43.

⁵⁶⁴Idem, *ibidem*.

⁵⁶⁵LIMA LOPES, *Função...*, p.377.

A **apropriação social dos discursos** é tida por FOUCAULT como um plano muito mais amplo de limitação dos discursos, evidenciado nos sistemas de educação: ao mesmo tempo em que permitem o acesso a qualquer tipo de discurso, servem para limitar esse mesmo acesso. “Todo sistema de educação é uma maneira política de manter ou modificar a apropriação dos discursos, com os saberes e os poderes que eles trazem consigo”.⁵⁶⁶

Trata-se de um plano muito superior ao ensino do direito de propriedade, que envolve, entre outros, a função ideológica da escola (Althusser) e a visão da educação como violência simbólica (Bourdieu). No que interessa aqui, não há como não ver nesse princípio uma limitação ao discurso, já que a própria sociedade demonstra interesse na manutenção do saber como está,⁵⁶⁷ abandonando suas infinitas possibilidades.

O discurso proprietário mantém-se, pela via de um ensino jurídico descontextualizado, dogmático e unidisciplinar. As rupturas que esse discurso sofre são restringidas no âmbito do ensino jurídico. O discurso do ensino, mediante procedimentos de interdição (aos outros sujeitos e aos outros saberes), de separação/rejeição (da pesquisa e da extensão), da oposição verdadeiro/falso (dogmatismo acrítico), do comentário e do autor (ensino manualizado), da disciplina (o diálogo do direito consigo mesmo), os rituais e sociedades de discurso (limites à circulação do saber), da doutrina (juridicização plena do mundo e do saber) e de apropriação social (o sistema educacional como um todo) reduz as possibilidades das rupturas.

Acatar e dar sentido às rupturas do discurso proprietário passa pela desconstrução do discurso do ensino: um novo ensino para uma nova propriedade.

⁵⁶⁶FOUCAULT, **A ordem...**, p.44.

⁵⁶⁷Mas um exemplo pode ser dado: o grande interesse dos alunos em obter apenas conhecimento dogmático e acrítico, único necessário para permitir a sua inserção no mercado de trabalho. O saber teórico e crítico é tido como inútil e pouco rentável, e por isso desconsiderado no aprendizado. Também o professor entende, muitas vezes, que tais saberes sejam “luxos inúteis”.

CONCLUSÃO

A reflexão propositiva que aqui se faz parte do modelo proprietário da modernidade, que se efetiva em princípio, por conta de suas pretensões de perenidade e universalidade: tudo pode ser objeto de propriedade, todos podem ser proprietários.

Formatado sobre exacerbada abstração do sujeito proprietário, dos poderes proprietários e da coisa apropriada, esse modelo não resistiu às alterações socioeconômicas que marcaram o século XX. O distanciamento que se deu entre norma proprietária e fato social acarretou rupturas no modelo. A função social da propriedade e a repersonalização do direito dão-lhe agora novo molde: em lugar da abstração, preocupação com o concreto; em lugar do único, o plural; em lugar da certeza, a incerteza; em lugar do egoísmo, o solidarismo.

A Constituição de 1988 assumiu francamente um posicionamento possibilitador da construção de um novo discurso proprietário, agora baseado na função social da propriedade e na supremacia dos valores existenciais diante dos valores patrimoniais. A implantação da nova sistemática proprietária, entretanto, não se faz de modo pronto com o advento da Constituição: somente a atividade constante do operador do direito permitirá que o novo modelo de propriedade, plural e solidário, prevaleça diante do ultrapassado discurso, que teima em manter-se no discurso do ensino do direito de propriedade.

Em um ensino jurídico descontextualizado, dogmático e unidisciplinar – como é o ensino do direito no Brasil – o princípio proprietário e o modelo proprietário ganham longa vida, e superam suas próprias rupturas. O ensino jurídico, feito em discurso, assimila e oculta as rupturas do discurso proprietário. As possibilidades abertas pela Constituição Federal são desconstruídas por um ensino que impede a renovação do discurso proprietário.

A manutenção do discurso proprietário pelo ensino jurídico faz-se através de vários procedimentos, visualizáveis: trata-se de um ensino interdito a outros saberes e outros falares, afastado da pesquisa e da extensão, exposto de forma

dogmática, avalorativa e manualizada, cuja circulação é limitada e que pretende tudo juridicizar. É um ensino insular, que recusa diálogos.

Nessa ordem de idéias, o direito de propriedade é acessado – pelo professor e pelo aluno – por meio de um ensino especializado, que não deixa de ser uma forma de abstração,⁵⁶⁸ já que afasta aquilo que vem *tecido junto*. O ensino faz-se distante do real, longe da vida, despreocupado do concreto.

As limitações do discurso, que transparecem no ensino, merecem outra leitura, a *contrariu sensu*: a dominação de seus poderes pelas limitações externas, a conjuração de seus acasos pelas limitações internas e a restrição de suas condições de funcionamento demonstram que há algo além do discurso. As limitações, neste trabalho enfrentadas, demonstram assim que há algo sendo limitado, excluído, obscurecido. Superadas tais limitações, o discurso abrirá possibilidades e gerará o novo.⁵⁶⁹ Ao contrário, mantido o discurso porque mantidas as limitações, o novo e os futuros possíveis não serão gerados, nem sequer delineados:

O futuro é algo que jamais existiu antes. E quando o número de possibilidades concretas aumenta, os futuros possíveis são mais numerosos e ficam mais perto de nós porque o presente conflitivo é um terreno fértil. É por isso que o discurso ideológico atual é tão violento buscando eliminar todo diálogo. É preciso fazer ver que nada de diferente é possível e que o amanhã será como hoje.⁵⁷⁰

É nesse sentido que Luiz Edson FACHIN pretende um redimensionamento dos afazeres didáticos, para “arguir questionando-se, numa esperança interrogativa,

⁵⁶⁸“O conhecimento especializado é uma forma particular de abstração. A especialização “abs-trai”, em outras palavras, extrai um objeto de seu contexto e de seu conjunto, rejeita os laços e as intercomunicações com seu meio, introduz o objeto no setor conceptual abstrato que é o da disciplina compartimentada, cujas fronteiras fragmentam arbitrariamente a sistemicidade (relação da parte com o todo) e a multidimensionalidade dos fenômenos; conduz à abstração matemática que opera de si própria uma cisão com o concreto, privilegiando tudo que é calculável e passível de ser formalizado”. (MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. São Paulo: Cortez; Brasília: Unesco, 2000. p.41).

⁵⁶⁹“O surgimento do novo não pode ser previsto, senão não seria novo”. (Idem, p.81).

⁵⁷⁰SANTOS, Milton. **Território e sociedade**. Entrevista com Milton Santos. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000. p.71.

aberta, não cadastrada pelo dogmatismo jurídico, endereçando-se para todos os níveis que se proponham novos no porvir contínuo de um projeto em permanente edificação”.⁵⁷¹

À medida que o ensino do direito de propriedade deixa-se envolver pelo discurso proprietário, toma mais importância o que está oculto do que aquilo que transparece. O não-dito é tão importante quando o dito. E aquilo que é excluído, aquilo do qual não se tolera a presença pelo risco que traz consigo, é transformado em silêncio.⁵⁷²

Assim, a compreensão do direito de propriedade passa por saber o que está sendo oculto, e que não pode ser exposto por conta das próprias limitações do discurso. Essa a perspectiva que deve ser usada pelo professor e pelo aluno: tentar desvendar o que não se mostra. Onde se fala em proprietário, encontrar o não-proprietário; quando se cuida da propriedade, visualizar as propriedades; no momento em que se alude à tutela da propriedade, pensar as tutelas de acesso à propriedade.

Pode-se argumentar que essa proposição significa também outro discurso – ou o mesmo discurso –, e que, como aquele, este está fadado a sofrer de suas próprias limitações. Então, ao menos, esta reflexão servirá para lembrar da necessidade de uma dialética cotidiana entre os saberes, entre os discursos e suas limitações, entre os discursos e suas análises. Propõe-se um diálogo que possa permitir a ruptura do que ainda está por irromper.

Começou-se este trabalho com referência à aula proferida por Michel FOUCAULT no *Collège de France*. Roland BARTHES também lá se pronunciou, para demonstrar a constante necessidade de enfrentar os discursos, e deles despojar

⁵⁷¹FACHIN, *Teoria...*, p.5.

⁵⁷²“O conhecimento, que se pretende racional, abre-se a outros para compreender a natureza de suas próprias intolerâncias, aquilo que excluiu e ocultou para não questionar os seus próprios pressupostos e, portanto, seu *status* privilegiado. O excluído ode assumir a forma do silêncio, e o saber silenciado não pode falar deste silêncio”. (PÓRTO, op. cit., p.118).

tudo o que têm de limitação. Em outras palavras, pregou a urgência de uma profunda reflexão sobre os discursos, os saberes e o ensino:

...o poder (*a libido dominandi*) aí está, emboscado em todo e qualquer discurso, mesmo quando este parte de um lugar fora do poder. Assim, quanto mais livre for esse ensino, tanto mais será necessário indagar-se sob que condições e segundo que operações o discurso pode despojar-se de todo desejo de agarrar. Esta interrogação constitui, a meu ver, o projeto profundo do ensino que hoje se inaugura.⁵⁷³

A reflexão propositiva aqui esboçada sobre discursos, saberes e ensino pretende ampliar as oportunidades de implantação de um novo discurso proprietário e de uma ordem jurídica solidarista. Se a Constituição de 1988 chama para a possibilidade da construção de um discurso proprietário renovado e informado por outros valores, cabe ao ensino jurídico participar dessa convocação. Compreender as limitações do discurso do ensino do direito de propriedade pode construir o que está sendo desconstruído, ou, então, evitar a desconstrução do que ainda está para ser construído.

⁵⁷³BARTHES, Roland. **Aula**. 7.ed. São Paulo: Cultrix, 1996.

REFERÊNCIAS

- ABADÍA, Jesús Lalinde. **El derecho en la historia de la humanidad**. 3.ed. Barcelona: PPU, 1991.
- ABBAGNANO, Nicola. **Diccionario de Filosofia**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder. O bacharelismo liberal na política brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos Martínez de. **El derecho civil a finales del siglo XX**. Madrid: Tecnos, 1991.
- ALFONSÍN, Jacques Távora. A reforma agrária como modalidade de concretização dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n.136, p.191-202, out./dez. 1997.
- ALFONSÍN, Jacques Távora. A terra como objeto de colisão entre o direito patrimonial e os direitos humanos fundamentais. Estudo crítico de um acórdão paradigmático. In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.202-222.
- ALPA, Guido. Intervento. In: **Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietá**. Ata da Convenção realizada em Camerino em 1982. Napoli: ESI, 1983.
- ALVAREZ, Marcos César. Michel Foucault e a ordem do discurso. In: CATANI, Afrânio Mendes; MARTINEZ, Paulo H. (Orgs.). **Sete ensaios sobre o Collège de France**. São Paulo: Cortez, 1999. p.71-88.
- AMARAL, Francisco. A descodificação do direito civil brasileiro. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região**. Brasília, v.8, n.4, p.635-651, out./dez. 1996.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, ano 17, n.63, p.45-63, jan./mar. 1993.
- ANDRADE, Fábio Siebeneicher de. **Da codificação - Crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ANDRADE, Régis de Castro. Kant: a liberdade, o indivíduo e a república. In: WEFFORT, Francisco (Org.). **Os clássicos da política**. 8.ed. São Paulo: Ática, 1999. p.47-71. v.2.
- ANGOULVENT, Anne-Laure. **Hobbes e a moral política**. Campinas: Papyrus, 1996.
- ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização. Lições de filosofia do direito e do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio. Reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARRUDA JR., Edmundo Lima. **Ensino jurídico e sociedade. Formação, trabalho e ação social.** São Paulo: Acadêmica, 1989.

ARRUDA, Kátia Magalhães. A função social da propriedade e sua repercussão na propriedade urbana. **Revista de Informação Legislativa**, n.132, p.313-319, out./dez. 1996.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil - Reais.** 5.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

ASSUNÇÃO, Avelino César de. Lei de Terras de 1850. Principais aspectos. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Mercantil**, São Paulo, ano 7, n.26, p.105-114, out./dez. 1983.

ÁVILA, Fernando Bastos. Propriedade. In: **Pequena Enciclopédia da Doutrina Social da Igreja.** São Paulo: Loyola, 1991. p.371-374.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica.** Porto Alegre: Fabris, 1989.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. OAB-Ensino jurídico. In: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB. Ensino jurídico. Diagnóstico, perspectivas e propostas.** 2.ed. Brasília: OAB, 1996. p.235-243.

BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna.** Napoli: Jovene, 1996.

BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario.** Madrid: Trotta, 1996.

BARCELLONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno.** Napoli: Jovene, [s.d.].

BARRETO, Vicente. Ética, liberalismo e capitalismo. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, v.42, fasc. 180, p.406-418, out./nov./dez. 1995.

BARRETO, Vicente. Sete notas sobre o ensino jurídico. In: UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. **Encontros da UnB. Ensino jurídico.** Brasília: UnB, 1978-1979. p.73-86.

BARTHES, Roland. **Aula.** 7.ed. São Paulo: Cultrix, 1996.

BASTOS, Aurélio Wander. **O ensino jurídico no Brasil.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BASTOS, Aurélio Wander. O novo currículo e as tendências do ensino jurídico no Brasil. In: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB. Ensino jurídico. Novas diretrizes curriculares.** Brasília: OAB, 1996. p.115-128.

BAUDRILLARD, Jean. **À sombra das maiorias silenciosas. O fim do social e o surgimento das massas.** 4.ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BERMAN, Harold J. **La formación de la tradición jurídica de Occidente.** México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

- BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 4.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. Brasília: UnB, 1997.
- BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BORNHEIM, Gerd. Crise da idéia de crise. In: NOVAIS, Adauto (Org.) **A crise da razão**. São Paulo: Companhia das Letras; Brasília: Ministério da Cultura; Rio de Janeiro: Fundação Nacional de Arte, 1996. p.47-66.
- BUARQUE, Cristóvam. O saber achado na rua. In: SOUZA JR., José Geraldo de (Org.). **O direito achado na rua**. Brasília: UnB, 1987. p.7-8.
- BÜRGE, Alfons. Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral. **Revue trimestrielle de droit civil**, Paris, n.1, p.1-24, janviers-mars 2000.
- BURKE, Peter. Repúblicas de mercadores no início da Europa moderna. In: BAECHLER, Jean; HALL, John A.; MANN, Michael. **Europa e ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: Imago, 1989. p.232-245.
- CAENEGEM, R.C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- CALERA, Nicolás M.L. Derecho y teoría del Derecho en el contexto de la sociedad contemporánea. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades de. **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.39-48.
- CAMPILONGO, Celso. OAB-Ensino jurídico. In: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB. Ensino jurídico. Diagnóstico, perspectivas e propostas**. 2.ed. Brasília: OAB, 1996. p.85-90.
- CAÑAS, Antonio Gordillo. Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del derecho. In: **Anuario de derecho civil**, Madrid, tomo XLI, fasc. II, p.469-515, abril/junio 1988.
- CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta prohibida: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado**. Madrid: Trotta, 1997.
- CARBONERA, Silvana. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Fabris, 2000.
- CARBONI, Bruno. **Status e soggettività giuridica**. Milano: Giuffrè, 1998.
- CARVALHO, Orlando de. **Direito das coisas. Do direito das coisas em geral**. Coimbra, 1977.
- CARVALHO, Orlando de. **Para uma teoria da relação jurídica civil. I. A teoria geral da relação jurídica -seu sentido e limites**. 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981.

CARVALHO, Vailton Loula de. **Formação do direito fundiário brasileiro**. São Paulo: Iglu, 1999.

CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1997.

CATANI, Afrânio Mendes; MARTINEZ, Paulo H. (Orgs.). **Sete ensaios sobre o Collège de France**. São Paulo: Cortez, 1999.

CHAGAS, Sílvio Donizete (Org.) **Lições de Direito Civil Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

CHARLE, Christophe; VERGER, Jacques. **História das universidades**. São Paulo: Unesp, 1996.

CHAUÍ, Marilena. O discurso competente. In:_____. **Cultura e democracia. O discurso competente e outras falas**. 7.ed. São Paulo: Cortez, 1997. p.3-13.

CHÊNE, Christian. História da codificação no Direito Francês. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 1, v.2, p.139-152, abr./jun. 2000.

CLÈVE, Clémerson Merlin. Ensino jurídico e mudança social. **Revista Jurisprudência Brasileira**, Curitiba, n.160, p.43-49, 1991.

CÓDIGO Civil Suíço e das Obrigações. Traduzido por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1961.

COMPARATO, Fábio Konder. A função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.63, p.71-79, jul./set. 1986.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres em matéria de propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.130-147.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Ensino jurídico. OAB. 170 anos de cursos jurídicos no Brasil**. Brasília: OAB, 1997.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB. Ensino jurídico. Diagnóstico, perspectivas e propostas**. 2.ed. Brasília: OAB, 1996.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB. Ensino jurídico. Parâmetros para elevação de qualidade e avaliação**. 2.ed. Brasília: OAB, 1996.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB. Ensino jurídico. Novas diretrizes curriculares**. Brasília: OAB, 1996.

CORDEIRO, António Menezes. Introdução. In: CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema em direito**. 2.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p.ix-cxiv.

CORDEIRO, António Menezes. Teoria geral do direito civil - Relatório. Separata da: **Revista da Faculdade de Direito**, Lisboa, 1998.

- CORREAS, Óscar. **Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)**. México: Triana, [s.d.].
- CORTIANO JR., Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.31-56.
- COSTA, Moacir Lobo da. A propriedade na doutrina de Duguit. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.153, p.31-39, maio/jun./jul. 1954.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. A nova proteção possessória. In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.249-276.
- DANTAS, San Tiago. A educação jurídica e a crise brasileira. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.159, p.29-38, maio/jun. 1955.
- DANTAS, San Tiago. Em defesa do direito. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, p.9.
- DÉLOYE, Yves. **Sociologia histórica do político**. Bauru: Edusc, 1999.
- DOMANSKI, Marcelo. **Posse. Da segurança jurídica à questão social (na perspectiva dos limites e possibilidades de tutela do promitente comprador através dos embargos de terceiro)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- DOMINGUES, José Maurício. Desencaixes, abstrações e identidades. **Revista USP**, n.42, p.20-33, jun./jul./ago., 1999.
- DRUMMOND DE ANDRADE, Carlos. **Antologia poética**. 38 ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.
- DUBY, George. **O tempo das catedrais - a arte e a sociedade - 980-1420**. Lisboa: Estampa, 1993.
- DUBY, George. **Sociedades medievais**. Lisboa: Terramar, 1999.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa**. Madrid: Alianza, 1999.
- ESPAÑA. **Código Civil**. Madrid: Colex, 1996.
- FACHIN, Luiz Edson. A cidade nuclear e o direito periférico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.723, p.107-110, jan. 1996.
- FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- FACHIN, Luiz Edson. A justiça dos conflitos no Brasil. In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.277-291.
- FACHIN, Luiz Edson. Da propriedade como conceito jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 76, v.621, p.16-39, jul. 1987.
- FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos de direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. **Jurisprudência Brasileira**, Curitiba, v.172, p.45-50, 1994.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades do ensino e da pesquisa jurídica: repensando paradigmas. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n.15, p.61-71, ago./dez. 1999.

FACHIN, Luiz Edson. Novas limitações ao direito de propriedade. **Anais da XVI Conferência Nacional da OAB**.

FACHIN, Luiz Edson. O novo direito civil: naufrágio ou porto? In: CHAGAS, Sílvio Donizete (Org.) **Lições de Direito Civil Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p.72-75.

FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. Terra, direito e justiça: do Código patrimonial à cidadania contemporânea. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, Curitiba, n.24, p. 201-208, 1994.

FACHIN, Luiz Edson. Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo: In: _____ (Coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.317-324.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 1, v.4, p.243-263, out./dez. 2000.

FALZEA, Angelo. La costituzione e l'ordinamento. **Rivista de Diritto Civile**, Padova, anno XLIV, n.3, p.261-300, maggio-giugno, 1998.

FAORO, Raimundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 7.ed. Rio de Janeiro: Globo, 1987.

FARIA José Eduardo; MENGE, Cláudia de Lima. A função social da dogmática e a crise do ensino e da cultura jurídica brasileira. **Revista Dados**, Rio de Janeiro, n.21, p.87-113, 1979.

FARIA, José Eduardo. A noção de paradigma na ciência do direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, v.36, fasc. 146, p.103-124, abr./maio/jun. 1987.

FARIA, José Eduardo. **A reforma da grade curricular num curso de direito**. Versão condensada de exposição feita no Centro Acadêmico XI de Agosto, em setembro de 1990. Mimeo.

FARIA, José Eduardo. **A reforma do ensino jurídico**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

FARIA, José Eduardo. Ensino jurídico: mudar cenários e substituir paradigmas teóricos. In: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB. Ensino jurídico. Parâmetros para elevação de qualidade e avaliação.** 2.ed. Brasília: OAB, 1996. p.47-54.

FARIA, José Eduardo. Saldo trágico. **O Estado de S. Paulo**, 02 de maio de 1997.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. As origens do Estado contemporâneo ou o Leviathan gestor da economia. **Revista Brasileira de Filosofia.** São Paulo, v.36, fasc. 148, p.298-313, out./dez. 1987.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. OAB-Ensino jurídico. In: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB. Ensino jurídico. Diagnóstico, perspectivas e propostas.** 2.ed. Brasília: OAB, 1996. p.283-287.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O ensino jurídico. In: UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. **Encontros da UnB. Ensino jurídico.** Brasília: UnB, 1978-1979. p.67-71.

FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de direito privado.** Lisboa: Caminho, 1989.

FINGER, Júlio César Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada. Construindo pontes com o público e o privado.** Porto Alegre: LAEL, 2000. p.85-106.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones.** 2.ed. Madrid: Trotta, 1998.

FLÓREZ VALDÉS, Joaquín Arce y. **El derecho civil constitucional.** Madrid: Civitas, 1991.

FONSECA, Antônio César Lima da. O Código Civil Francês, origens e sistemas. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial,** São Paulo, ano 16, n.59, p.51-59, jan./mar. 1992.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Notas sobre a construção de um discurso historiográfico jurídico. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR,** Curitiba, n.28, p. 249-259, 1994/95.

FORTES, Luiz R. Salinas. **O iluminismo e os reis filósofos.** 8.ed. São Paulo: Brasiliense, 1999.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber.** 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso.** 6.ed. São Paulo: Loyola, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982).** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

FRANCO JR., Hilário. **O feudalismo.** São Paulo: Brasiliense, 1997.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia. Saberes necessários à prática educativa.** 7.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

- GALGANO, Francesco. **Il diritto privato fra codice e Costituzione**. 2.ed. Bologna: Zanichelli, 1988.
- GANSHOF, F.L. **Que é o feudalismo?** 4.ed. Mem Martins: Publicações Europa-américa, [s.d.].
- GEDIEL, José Antônio Peres (Org.). **Mediações fundiárias**. Cadernos de Extensão. Curitiba: UFPR, ano IV, outubro 1998.
- GEDIEL, José Antônio Peres. A Declaração Universal sobre o Genoma e Direitos Humanos: um novo modelo jurídico para a natureza? **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Porto Alegre, v.34, p.51-58, 2000.
- GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.
- GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.
- GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v.747, p.35-55, jan. 1998.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. O estatuto da propriedade perante o novo ordenamento constitucional brasileiro. **Revista Forense**, São Paulo, ano 86, v.309, p.25-32, jan./fev./mar. 1990.
- GOMES, Orlando. A caminho dos micro-sistemas. In: BARROS, Hamilton de Moraes e et al. **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.160-170.
- GOMES, Orlando. A função social da propriedade. **Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Ferrer Correia**. Coimbra, número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v.2, p.423-437, 1989.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. Salvador: Progresso, 1958.
- GOMES, Orlando. Significado da evolução contemporânea do direito de propriedade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, v.757, p.717-727, 1988.
- GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.397-433.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GRINBERG, Keila. **Código Civil e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

- GROSSI, Paolo. **La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico**. Madrid: Civitas, 1992.
- GROSSI, Paolo. Proprietà (diritto intermedio). In: **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè, [s.d.]. p.226-254.
- GUIMARÃES, Alberto Passos. **Quatro séculos de latifúndio**. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.
- HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 3.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 1999.
- HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del derecho civil**. Barcelona: Ariel, 1987.
- HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.29, p.40-54, jan./mar. 1999.
- HEDEMANN, J. W. **Tratado de derecho civil**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. v.2.
- HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Mem Martins: Publicações Europa-América, 1997.
- HESPANHA, António Manuel. Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX. Separata de: **Vértice**, Coimbra, n.340 e 341-342, 1972.
- HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas, 1995.
- IGLESIAS, Juan. **Derecho Romano Historia e instituciones**. 11.ed. Barcelona: Ariel, 1994.
- IRTI, Natalino. **Codice Civile e società politica**. Roma: Laterza, 1995.
- IRTI, Natalino. Persona e mercato. **Rivista di Diritto Civile**, anno XLI, n.3, p.289-298, maggio-giugno 1995.
- ITÁLIA. **Código Civil**. Milano: Edizioni Giuridiche Simone, 1998.
- KASER, Max. **Derecho privado romano**. Madrid: Reus, 1968.
- KAUFMANN, Arthur. **La filosofía del derecho en la posmodernidad**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998.
- KONDER, Leandro. **Os sofrimentos do “homem burguês”**. São Paulo: Senac, 2000.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LAFER, Celso. O moderno e o antigo conceito de liberdade. In: _____. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo: Perspectiva, 1980. p.11-48.
- LE GOFF, Jacques. **Mercadores e banqueiros na Idade Média**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

- LE GOFF, Jacques. **Os intelectuais na Idade Média**. 4.ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998. p.113-143.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. Função social do ensino e da ciência do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.72, p.365-380, out./dez. 1981.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. **O direito na história - Lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- LIMA, Ruy Cirne. **Pequena história territorial do Brasil - Sesmarias e terras devolutas**. 4.ed. Brasília: ESAF, 1988.
- LIPARI, Nicolò. Cambios sociales y reflexion juridica. In: _____. **Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza**. Bolonia: Real Colegio de España, 1980. p.681-716.
- LIPARI, Nicolò. **Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza**. Bolonia: Real Colegio de España, 1980.
- LIPARI, Nicolò. Diritti fondamentali e categorie civilistiche. **Rivista de Diritto Civile**, Milano, anno XLII, n.4, p.413-426, luglio-agosto 1996.
- LIPARI, Nicolò. Il diritto civile tra sociologia e dogmatica. **Rivista de Diritto Civile**, Padova, anno XIV, parte I, p.297-338, 1968.
- LIRA, Ricardo Pereira. Missões da Universidade: reforma agrária e a reforma urbana. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n.30, p.257-270. 1998.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.141, p.99-109, jan./mar. 1999.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. Direito Civil alternativo. In: CHAGAS, Sílvio Donizete (Org.) **Lições de Direito Civil Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p.11-20.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. **Educação e advocacia no terceiro milênio**. Disponível em: <<http://jus.com.br/doutrina/index.html>> Acesso em 2000.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. Prefácio. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de propriedade e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 1999. p.9-10.
- LOBO, Paulo Luiz Neto et al. Uma cartografia dos problemas. In: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB. Ensino jurídico. Diagnóstico, perspectivas e propostas**. 2.ed. Brasília: OAB, 1996. p.11-40.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel M. Prologo para civilistas. In: GROSSI, Paolo. **La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico**. Madrid: Civitas, 1992.
- LORENZETTI, Ricardo Luiz. El derecho privado como proteccion del individuo particular. In: ALEGRÍA, Héctor et al. **Derecho privado en la reforma constitucional**. Santa Fé: Rubinzal-Coloni, 1994. p.53-86.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Nuevas fronteras del abuso de derecho (Situaciones jurídicas lesivas de libertades. Tutela del mercado y amparo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.723, p.53-65, jan. 1986.

LOS MOZOS, José Luis de. **El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica**. Madrid: Edersa, 1993.

LYRA FILHO, Roberto. **Por que estudar direito, hoje?** Brasília: Nair, 1984.

LYRA, Doreodó Araújo (Org.). **Desordem e processo. Estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

MACPHERSON, C.B. **A teoria política do individualismo possessivo. De Hobbes a Locke**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MACPHERSON, C.B. Os direitos humanos como direitos 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. p.103-113.

MAIA, Paulo Carneiro. Da dogmática jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 223, p.3-15, maio de 1954.

MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. **As sesmarias no Brasil**. Texto base para aulas de história da ocupação territorial brasileira, na PUC-PR, 1995. Mimeo.

MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos de Código Civil Alemão: O BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 86, v.741, p.11-37, jul. 1997.

MARTINELLI, Fabrizio. **Gli itinerari del codice civile**. Milano: Giuffrè, 1995.

MARTÍNEZ, Fernando Rey. **La propiedad privada en la Constitución Española**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.97-127.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. **Contribuição ao personalismo jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MAZZÙ, Carlo. **Proprietà e società pluralista**. Milano: Giuffrè, 1983.

MEIRA, Sílvio. Os Códigos Civis e a Felicidade dos Povos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.117, p.397-418, jan./mar. 1993.

MEIRELLES, Henrique da Silva Seixas. Marx e o direito civil (para a crítica histórica do “paradigma civilístico”). Separata de: **Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra, v.35, 1990.

MEIRELLES, 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.87-114.

MELO FILHO, Álvaro. Correlações entre a nova LDB e o ensino jurídico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.135, p.49-59, jul./set. 1997.

MELO FILHO, Álvaro. Direito educacional e um novo perfil jurídico para as universidades federais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n.296, p.395-402, out./nov./dez. 1986.

MELO FILHO, Álvaro. Ensino e raciocínio jurídicos. **Revista de Processo**, São Paulo, n.42 p.244-258, abr./jun. 1986.

MELO FILHO, Álvaro. Por uma revolução no ensino jurídico. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.322, p.9-15, abr./maio/jun. 1993.

MERRYMAN, John H. **La tradición jurídica romano-canónica**. 2.ed. México: Fondo de Culutra Económica, 1989.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Estampa, 1994.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo 1. Preliminares. A experiência constitucional**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v.15, p.95-113, 1999.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. São Paulo: Cortez; Brasília: Unesco, 2000.

MUKAI, Toshio. A dogmática contemporânea e o problema da sistematização da ciência jurídica. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n.35, p.72-81, jan./mar. 1986.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. A função social da propriedade e a Lei de Terras do Paraná. In: _____. **Textos de Direito Civil**. Curitiba: Juruá, 1998. p.53-64.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

NOLETO, Mauro Almeida. **Subjetividade jurídica. A titularidade de direitos em perspectiva emancipatória**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

NOVAES, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Separata de: **Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra, v.24, 1987.

OLIVEIRA JR., José Alcebíades de. **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. A liberdade e o ensino jurídico. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n.39, p.40-67, jan./mar. 1987.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. A propriedade e os sem-terra. **Folha de S. Paulo**, 28 de abril de 1991.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Origens históricas do ensino jurídico brasileiro. In: RODRIGUES, Horácio Wanderley (Org.). **Ensino jurídico para que(m)?** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p.47-64.

ORLANDI, Eni P. **A linguagem e seu funcionamento. As formas do discurso**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

ORLANDI, Eni P. **Análise de discurso**. 3.ed. Campinas: Pontes, 1999.

PALANGANA, Isilda Campaner. **Individualidade**: afirmação e negação na sociedade capitalista. São Paulo: Plexus, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código Napoleão. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, ano 14, n.51, p.7-15, jan./mar. 1990.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Intuições de Direito Civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v.4.

PEREIRA, Rosalinda P.C. Rodrigues. A teoria da função social da propriedade rural e seus reflexos na acepção clássica de propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.88-129.

PERERA, Angel Carrasco. **El derecho civil**: señas, imágenes y paradojas. Madrid: Tecnos, 1988.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. 2.ed. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1991.

PERLINGIERI, Pietro. **Introduzione alla problematica della "proprietà"**. Camerino: Jovene, 1971.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao direito civil constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERNOUD, Régine. **A burguesia**. Mem Martins: Publicações Europa-América, [s.d.].

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **Propriedade privada no direito romano**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Ensino jurídico na graduação: ainda como nossos pais? Modelo, conformismo e repetição na metodologia do ensino jurídico. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.211-254.

PINTO, Adriano. OAB e normatização do ensino jurídico. In: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB. Ensino jurídico. Diagnóstico, perspectivas e propostas**. 2.ed. Brasília: OAB, 1996. p.47-74.

PÔRTO, Inês da Fonseca. **Ensino jurídico, diálogos com a imaginação. Construção do projeto didático no ensino jurídico**. Porto Alegre: Fabris, 2000.

PORTUGAL. **Código Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

PRESSBURGUER, T. Miguel. Terra, propriedade, reforma agrária e outras velharias. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.) **Revoluções no campo jurídico**. Joinville: Oficina, 1998. p.297-310.

PRESSBURGUER, T. Miguel. **Terras devolutas: o que fazer com elas?** Rio de Janeiro: Instituto Apoio Jurídico Popular, 1990.

PUGLIATTI, Salvatore. **La proprietà nel nuovo diritto**. Ristampa. Milano: Giuffrè, 1964.

QUINTANA, Juan Manuel Pascual. **En torno al concepto del derecho civil**. Universidad de Salamanca, 1959.

RABACA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo. Manual. In: **Dicionário de Comunicação**. Rio de Janeiro: Codecri, 1978. p.93.

RAIZER, Ludwig. O futuro do direito privado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v.9, n.25, p.11-30, 1979.

RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. Algumas reflexões acerca da Constituição como lei fundamental do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n.29, p.147-172, 1996.

RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. Eficácia x eficiência: a análise econômica do direito. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v.2, p.27-33, abr./jun. 2000.

RENAUT, Alain. **O indivíduo. Reflexão acerca da filosofia do sujeito**. Rio de Janeiro: DIFEL, 1998.

RENNER, Karl. **Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale**. Bologna: Il Mulino, 1981.

REPÚBLICA ARGENTINA. **Código Civil**. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

RESCIGNO, Pietro. I manuali di diritto privato dopo la Costituzione. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, ano XLIV, n.4, luglio-agosto 1998.

- RESCIGNO, Pietro. Intervento. In: **Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà**. Ata da Convenção realizada em Camerino em 1982. Napoli: ESI, 1983.
- RESCIGNO, Pietro. **Manuale del diritto privato italiano**. 11.ed. Napoli: Jovene, 1997.
- RESCIGNO, Pietro. Per una studio sulla proprietà. **Rivista de Diritto Civile**, Padova, anno XVIII, n.1, p.1-67, gennaio/febbraio 1972.
- RIBEIRO, Paulo de Tarso. Direito e mudança social. In: FARIA, José Eduardo (Org.) **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília: UnB, 1988. p.81-89.
- RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. 10.ed. São Paulo: Ática, 1998. p.51-77. v.1.
- RIOS, Roger Raupp. A função social da propriedade e desapropriação para fins de reforma agrária. In: PAULSEN, Leandro (Org.). **Desapropriação e reforma agrária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- RIVERA, Júlio César. El derecho privado constitucional. In: ALEGRÍA, Héctor et al. **Derecho privado en la reforma constitucional**. Santa Fé: Rubinzal-Coloni, 1994. p.27-52.
- RIZZO, Vito. Cultura jurídica, produção científica e ensino do Direito na Itália do século XX. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.4, p.99-109, out./dez. 2000.
- RODOTÁ, Stefano. **Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata**. 2.ed. Bologna: Il Mulino, 1990.
- RODRIGUES, Horácio Wanderley (Org.). **Ensino jurídico para que(m)?** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.
- RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Ensino jurídico: saber e poder**. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Novo currículo mínimo dos cursos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- RODRIGUES, Horácio Wanderley. O ensino do direito, os sonhos e as utopias. In: _____. (Org.). **Ensino jurídico para que(m)?** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p.15-33.
- RODRIGUES, Manuel. **A posse. Estudo de direito civil português**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1996.
- ROUANET, Sérgio Paulo. Iluminismo ou barbárie. In: _____. **Mal-estar na modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p.9-45.
- ROUANET, Sérgio Paulo. Tomismo e iluminismo. In: _____. **Mal-estar na modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p.407-420.
- SÁBATO, Ernesto. **Homens e engrenagens: reflexões sobre o dinheiro, a razão e a derrocada de nosso tempo**. Campinas: Papyrus, 1993.

SALDANHA, Nelson. A revolução francesa e o pensamento jurídico-político contemporâneo. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, ano 14, n.53, p.134-140, jul./set. 1990.

SALDANHA, Nelson. **Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia política**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

SALLES, Carlos Alberto de; ÁVILA, Elaine Taborda de. O parcelamento do solo urbano: direito público e direito privado. In: LYRA, Doreodó Araújo (Org.). **Desordem e processo. Estudos em homenagem a Roberto Lyra Filho**. Porto Alegre: Fabris, 1986. p.253-262.

SANTILLÁN, José F. Fernández. **Locke y Kant. Ensayos de filosofía política**. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

SANTOMÉ, Jurjo Torres. **Globalização e interdisciplinaridade**. Porto Alegre: Artmed, 1998.

SANTOS NETO, José A. de Paula. O Código de Napoleão e a institucionalização dos ideais jurídicos revolucionários. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n.51, p.73-88, jan./mar. 1990.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 12.ed. Porto: Afrontamento, 2001.

SANTOS, Milton. **Território e sociedade**. Entrevista com Milton Santos. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

SCHLESINGER, Piero. Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico ed i suoi satelliti. **Rivista de Diritto Civile**, ano XXXIX, n.4, p.403-413, luglio/agosto 1993.

SELEME, Sérgio. **Averiguação oficiosa da paternidade**: a caminho da implementação do direito de família constitucional no Brasil. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curso de Pós-Graduação em Direito. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2000.

SENADO FEDERAL. **Constituições do Brasil**. Brasília, 1986.

SEVCENKO, Nicolau. **A corrida para o século XXI. No loop da montanha russa**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Educação, ideologia e contra-ideologia**. São Paulo: EPU, 1986.

SILVA, Almiro do Couto e. Romanismo e germanismo no código civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n.5, p.1-22, 1997.

SILVA, Clóvis do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.11-31.

SILVA, Jonathas. OAB-Ensno jurídico. In: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB. Ensino jurídico. Diagnóstico, perspectivas e propostas**. 2.ed. Brasília: OAB, 1996. p.157-159.

SILVA, Justino Adriano F. da. Para uma nova teoria dos direitos reais. **Revista Estudos Jurídicos**, São Leopoldo-RS, v.29, n.76, p.45-63, maio/ago. 1996.

SILVA, Lúcia Osório. **Terras devolutas e latifúndio - Efeitos da Lei de 1850**. Campinas: Unicamp, 1996.

SOUZA JR., José Geraldo de (Org.). **O direito achado na rua**. Brasília: UnB, 1987.

SOUZA JR., José Geraldo de. O ensino jurídico no âmbito da Introdução ao Estudo do Direito. In: LYRA, Doreodó Araújo (Org.). **Desordem e processo. Estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho**. Porto Alegre: Fabris, 1986. p.93-110.

SOUZA, João Paulo de. O ensino jurídico, a sala de aula e a rua. In: RODRIGUES, Horácio Wanderley (Org.). **Ensino jurídico para que(m)?** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p.103-115.

STALLYBRASS, Peter. **O casaco de Marx. Roupas, memória, dor**. Belo Horizonte: Autêntica, 1999.

STRECK, Lênio L.; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. E que o texto constitucional não se transforme num latifúndio improdutivo. Uma crítica à ineficácia do Direito. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.) **Revoluções no campo jurídico**. Joinville: Oficina, 1998. p.183-197.

STRENGER, Irineu. **Da dogmática jurídica. Contribuição do Conselheiro Ribas à dogmática do direito civil brasileiro**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2000.

STROZAKE, Juvelino José (Org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TABORDA, Wilmar. A questão da *translatio imperii* na época medieval. **Revista Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v.33, n.87, p.85-96, jan./abr. 2000.

TAMARIT, José. **Educar o soberano**. São Paulo: Cortez: Instituto Paulo Freire, 1996.

TARELLO, Giovanni. **Assolutismo e codificazione del diritto. Storia della cultura giuridica moderna**. Bologna: Il Mulino, 1976.

TARELLO, Giovanni. **Cultura jurídica y política del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 85, v.306, p.73-78, abr./maio/jun. 1989.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: _____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.267-291.

TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.2., Editorial, p.v-vi, abr./jun. 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Multipropriedade imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. _____. (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.1-16.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.1-22.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Maria Celina B.M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, ano 17, n.65, p.21-32, jul./set. 1993.

TIGAR, Michael E.; LEVI, Madeleine R. **O direito e a ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

TOBEÑAS, José Castán. **La propiedad y sus problemas actuales**. Madrid: Reus, 1963.

TORRES, Marcos Alcino de A. Instrumentos urbanísticos e a propriedade urbana imóvel. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.467-513.

UNAMUNO, Miguel de. **Do sentimento trágico da vida**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

VARELA, João de Matos Antunes. O movimento de descodificação do direito civil. In: BARROS, Hamilton de Moraes e et al. **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.499-531.

VASSALI, Filippo. Per una definizione legislativa del diritto di proprietà. In: _____. **Studi Giuridici**. Milano: Giuffrè, 1960. p.329-334. v.2.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**. 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.

VERGER, Jacques. **As universidades na Idade Média**. São Paulo: Unesp, 1990.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito - definições e fins do direito**. São Paulo: Atlas, 1977.

WARAT, Luis Alberto. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Teoria do direito e do estado**. Porto Alegre: Fabris, 1994. p.81-95.

WECHLER, Karl Ferdinand. Estruturas políticas e sociais do ocidente, 300-1.300. In: BAECHLER, Jean; HALL, John A.; MANN, Michael. **Europa e ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: Imago, 1989. p.181-196.

WEFFORT, Francisco (Org.) **Os clássicos da política**. 8.ed. São Paulo: Ática, 1999. v.2.

WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. 10.ed. São Paulo: Ática, 1998. v.1.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.

WILL, Michael R. O Código Civil Alemão - Adolescente ou ancião? **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v.10, p.238-247, jul. 1994.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Fabris, 1990.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ZENATI, Frédéric. Pour une rénovation de la théorie de la propriété. **Revue trimestrielle du droit civil**, Paris, n.2, p.305-323, avril-juin, 1993.

ZITSCHER, Harriet Christiane. **Introdução ao direito civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ZOPPINI, Andrea. Le “nuove proprietà” nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni). **Rivista di Diritto Civile**, Padova, ano XLVI, n.2, p.185-248, marzo-aprile 2000.