

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RICARDO CAVEDON

AS NOVAS PERSPECTIVAS MULTITUDINÁRIAS PARA AS RELAÇÕES DE  
PERTENCIMENTO: A RELATIVIZAÇÃO DA RACIONALIDADE PROPRIETÁRIA NA  
ERA DO ACESSO

CURITIBA PR

2023

RICARDO CAVEDON

AS NOVAS PERSPECTIVAS MULTITUDINÁRIAS PARA AS RELAÇÕES DE  
PERTENCIMENTO: A RELATIVIZAÇÃO DA RACIONALIDADE PROPRIETÁRIA NA  
ERA DO ACESSO

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior

CURITIBA PR

2023

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Cavedon, Ricardo

As novas perspectivas multitudinárias para as relações de pertencimento: a relativização da racionalidade proprietária na era do acesso / Ricardo Cavedon. – Curitiba, 2023.

1 recurso on-line : PDF.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientador: Eroulths Cortiano Junior.

1. Bens comuns. 2. Direito civil. 3. Direito econômico. 4. Direitos fundamentais. 5. Racionalidade. I. Cortiano Junior, Eroulths. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

## ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTOR EM DIREITO

No dia nove de março de dois mil e vinte e três às 15:00 horas, na sala 317 - Ruy Corrêa Lopes - Sala de Defesas - 3º Andar, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese do doutorando **RICARDO CAVEDON**, intitulada: **AS NOVAS PERSPECTIVAS MULTITUDINÁRIAS PARA AS RELAÇÕES DE PERTENCIMENTO: A RELATIVIZAÇÃO DA RACIONALIDADE PROPRIETÁRIA NA ERA DO ACESSO**, sob orientação do Prof. Dr. EROULTHS CORTIANO JUNIOR. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: EROULTHS CORTIANO JUNIOR (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), RODRIGO LUÍS KANAYAMA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), EVERILDA BRANDÃO GUILHERMINO (UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO), ROSALICE FIDALGO PINHEIRO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ALEXANDRE BARBOSA DA SILVA (UNIVEL CENTRO UNIVERSITÁRIO). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutor está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, EROULTHS CORTIANO JUNIOR, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 09 de Março de 2023.

Assinatura Eletrônica

21/03/2023 09:18:33.0

EROULTHS CORTIANO JUNIOR

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

20/03/2023 10:44:21.0

RODRIGO LUÍS KANAYAMA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

22/03/2023 14:10:10.0

EVERILDA BRANDÃO GUILHERMINO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO)

Assinatura Eletrônica

20/03/2023 16:14:43.0

ROBALICE FIDALGO PINHEIRO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

22/03/2023 08:39:15.0

ALEXANDRE BARBOSA DA SILVA

Avaliador Externo (UNIVEL CENTRO UNIVERSITÁRIO)

## TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **RICARDO CAVEDON** intitulada: **AS NOVAS PERSPECTIVAS MULTITUDINÁRIAS PARA AS RELAÇÕES DE PERTENCIMENTO: A RELATIVIZAÇÃO DA RACIONALIDADE PROPRIETÁRIA NA ERA DO ACESSO**, sob orientação do Prof. Dr. EROULTHS CORTIANO JUNIOR, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 09 de Março de 2023.

Assinatura Eletrônica

21/03/2023 09:18:33.0

EROULTHS CORTIANO JUNIOR  
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

20/03/2023 10:44:21.0

RODRIGO LUÍS KANAYAMA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

22/03/2023 14:10:10.0

EVERILDA BRANDÃO GUILHERMINO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO)

Assinatura Eletrônica

20/03/2023 16:14:43.0

ROSALICE FIDALGO PINHEIRO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ )

Assinatura Eletrônica

22/03/2023 08:39:15.0

ALEXANDRE BARBOSA DA SILVA

Avaliador Externo (UNIVEL CENTRO UNIVERSITÁRIO)

Dedico este trabalho à Patricia, Isabela e Paula,  
inspirações para meus estudos e conquistas.

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar agradeço à minha família, minha esposa e filhas, e meus pais, porque em todos os momentos, felizes ou tristes, demonstram inequívoco apoio e compreensão, se não fosse por vocês certamente eu não estaria aqui hoje.

Ao Professor Doutor Eroulths Cortiano Junior, meu orientador, agradeço pelos ensinamentos, pela compreensão nos momentos mais difíceis e pelo exemplo de pessoa que é, pois com sabedoria e elevada generosidade me oportunizou alcançar o resultado que ora se apresenta.

Agradeço aos Professores integrantes das bancas de qualificação e de defesa deste trabalho, Professores Doutores Rodrigo Kanayama, Rosalice Fidalgo Pinheiro, Everilda Brandão Guilhermino, e Alexandre Barbosa da Silva, pelas valiosíssimas ponderações e minuciosas observações que seguramente enriqueceram consistentemente este trabalho.

Meus sinceros votos de agradecimento aos Professores Doutores Egon Bockmann Moreira, José Antônio Peres Gediel, Celso Luiz Ludwig, Ricardo Marcelo Fonseca, Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Angela Cassia Costaldello, Luis Fernando Lopes Pereira, Fabricio Ricardo de Limas Tomio, Sérgio Said Staut Júnior, e Adriana Espíndola Corrêa, pelos grandiosos ensinamentos. Foi cada qual ao seu modo, cada uma destas mentes privilegiadas, que influenciaram e possibilitaram a construção paulatina deste trabalho. Foi materializando essas inspirações, advindas de grandes mestres, que se alcançou o resultado agora apresentado.

Aos amigos do doutorado, especialmente Camila Bottaro Sales Coelho, Karen Fabricia Venazzi, Cristina Leitão Teixeira de Freitas, André Luiz Arnt Ramos, Roberson Henrique Pozzobon, Renata Carvalho Kobus, agradeço pelo companheirismo durante todo este percurso em busca de uma melhor compreensão do direito e do mundo em que vivemos.

“Os juristas insurgem-se, com maior ou menor veemência, contra o individualismo jurídico, mas, no fundo, conservam o respeito, a admiração e o fervor por essa harmoniosa racionalização de interesses privados. Não externam confessadamente esses sentimentos. Procuram, antes, dissimulá-lo. Sente-se, porém, que os conservam, porque, nas suas dissecações mais arrojadas, suspendem o bisturi sempre que percebem que vão atingir o ponto vital. O individualismo, com efeito, permanece com uma força de atração, que, simultânea e paradoxalmente, desencadeia impulsos de ódio e amor.”  
(GOMES, Orlando. A evolução do Direito Privado e o atraso da técnica jurídica. Revista Direito GV, v. 1, n. 1, 2005, p. 121-134).

## RESUMO

Este trabalho analisa os elementos histórico-filosóficos justificadores da formação da cultura jurídica ocidental, que aproximou no curso da história as relações de pertencimento do individualismo proprietário e do raciocínio exclusivista, enxergou o sujeito de direito individual e abstrato como entidade única capaz de legítima e isoladamente se apropriar de tudo o que não fosse visto como sujeito. Por intermédio do método dedutivo, parte-se das reminiscências do sistema jurídico romano e dos contornos do conceito de *dominium*, elencando as circunstâncias que o fizeram no *medievo* agregar elementos diferenciados, ligados à diversificados modos de organização social fulcrados no pertencimento compartilhado. A subordinação ao raciocínio proprietário exclusivista, legitimador do empreendimento das colonizações, desconheceu desde sua origem as realidades heterogêneas e multifacetárias presentes nas sociedades periféricas e suas formas de fazer o mundo e entender o direito. Serviu para incrementar a exclusividade proprietária como elemento unificador, e omitir deliberadamente as anteriores concepções holísticas na relação entre homem e natureza, transformando artificialmente tudo o que fosse de origem “comum” em coisa própria e passível de se incorporar à disponibilidade exclusiva de um único titular. Uma racionalidade que ignorou desde sua origem as distinções essenciais existentes entre a *res communes omnium*, impassíveis de apropriação, e as coisas abandonadas e dotadas de atitularidade temporária, incorporando o “comum” na lógica da apropriação individual e do mercado. Com a massificação social e as fissuras no formalismo exacerbado, as situações jurídicas complexas passam a operacionalizar conceitos jurídicos vagos e construir a normatividade na ciência do direito por intermédio da interpretação evolucionista, alcançando a realidade social e os elementos existenciais capazes de relativizar anteriores dogmas modernos estabilizadores das relações econômicas de mercado. A identificação de falhas nas estruturas de mercado passa a cada vez mais exigir da estatalidade constituída a proteção de interesses não individualizáveis, a ineficiência da centralização burocrática redundante na falência do modelo de bem estar social europeu, e aliado ao excesso de mercantilização, forma, como efeito não desejado, realidades periféricas, distantes das relações mercantis, que emolduram inéditas modalidades de interações comunitárias capazes de atender com maior grau de satisfatividade interesses e necessidades transindividuais. Novas perspectivas ligadas ao pertencimento e ao acesso compartilhado passam a deter maior relevância nas situações jurídicas contemporâneas. A solidariedade e a cooperatividade em contextos comunitários proporcionam novas fundamentabilidades e qualificam mais adequadamente inéditas modalidades de integração social e econômica, passam a relativizar ou a tornar secundário o paradigma das titularidades fulcrado nas dicotomias modernas. Novas perspectivas ligadas ao pertencimento inclusivo, com utilidades advindas de contextos multitudinários, proporcionam a democratização do acesso compartilhado e o melhor atendimento de necessidades coletivas distantes do oficialismo estatal. Não é mais preciso ser titular para se ter acesso as utilidades essenciais da vida. O regime jurídico atribuído a essas utilidades destacadas, distantes das limitações do raciocínio proprietário exclusivista, fazem reunificar no sistema jurídico práticas colaborativas e protocolos comunitários integrados. Essas novas intangibilidades de natureza transindividual são capazes de agregar um intrínseco *munus* comunitário e reunificar as relações de pertencimento na tomada de decisão participativa e no compartilhamento de benefícios e responsabilidades, concretizando mais consistentemente direitos fundamentais. A satisfação de necessidades coletivas hoje advém de realidades comunitárias e de formas inovadoras de interação econômica surgidas em meios distantes da regulação pública da economia e do oficialismo burocrático, alteram-se antigos dogmas fundantes da cultura jurídica ocidental e impõe-se paulatinamente a revalorização normativa a alguns conceitos estruturais que circunscrevem a atual noção de sistema jurídico no século XXI.

**Palavras-chave:** Bens Comuns. Direito civil; Direito econômico; Direitos transindividuais; Racionalidade proprietária; Relações de pertencimento; Compartilhamento.

## ABSTRACT

This work analyzes the historical-philosophical elements that justify the formation of Western legal culture, which in the course of history brought together the relations of belonging to proprietary individualism and exclusivist reasoning, saw the individual and abstract subject of law as a single entity capable of legitimately and in isolation. to appropriate everything that was not seen as a subject. Through the deductive method, it starts from the reminiscences of the Roman legal system and the contours of the concept of dominium, listing the circumstances that made it in the Middle Ages to add differentiated elements, linked to diverse modes of social organization based on shared belonging. The subordination to exclusive proprietary reasoning, legitimizing the colonization enterprise, ignored from its origin the heterogeneous and multifaceted realities present in peripheral societies and their ways of making the world and understanding the law. It served to increase proprietary exclusivity as a unifying element, and to deliberately omit previous holistic conceptions in the relationship between man and nature, artificially transforming everything that was of "common" origin into something of its own and capable of being incorporated into the exclusive availability of a single owner. A rationality that ignored from its origins the essential distinctions between the *res communes omnium*, which cannot be appropriated, and things abandoned and endowed with temporary ownership, incorporating the "common" into the logic of individual appropriation and the market. With social massification and fissures in exacerbated formalism, complex legal situations begin to operationalize vague legal concepts and build normativity in the science of law through evolutionary interpretation, reaching social reality and existential elements capable of relativizing previous stabilizing modern dogmas of market economic relations. The identification of flaws in market structures increasingly requires the protection of non-individualizable interests from constituted statehood, the inefficiency of bureaucratic centralization results in the failure of the European social welfare model, and allied to the excess of commodification, form, as unwanted effect, peripheral realities, far from mercantile relations, which frame new modalities of community interactions capable of meeting trans-individual interests and needs with a greater degree of satisfaction. With the mass world, new perspectives linked to belonging and shared access are becoming more relevant in contemporary legal situations. Solidarity and cooperativeness in community contexts provide new foundations and more adequately qualify new modalities of social and economic integration. New perspectives linked to inclusive belonging, with utilities arising from multitudinous contexts, provide the democratization of shared access and better service to collective needs distant from state officialdom. It is no longer necessary to be a holder to have access to the essential utilities of life. The legal regime attributed to these highlighted utilities, far from the limitations of exclusive proprietary reasoning, brings together collaborative practices and integrated community protocols capable of relativizing old previously stagnant individualist dogmas in the legal system. These new intangibilities of a trans-individual nature are capable of adding an intrinsic community *munus* and reuniting the relationships of belonging in participatory decision-making and in the sharing of benefits and responsibilities, more consistently realizing fundamental rights. The satisfaction of collective needs today comes from community realities and innovative forms of economic interaction that emerged in environments far from public regulation of the economy and bureaucratic officialdom, changing old founding dogmas of Western legal culture and gradually imposing normative reconstructivism on some structural concepts that circumscribe the current notion of legal system in the 21st century.

**Keywords:** Commons; Civil right; Economic law; Transindividual rights; Proprietary rationality; Belonging relationships; Sharing.

## RIASSUNTO

Il presente lavoro analizza gli elementi storico-filosofici che giustificano la formazione della cultura giuridica occidentale, che nel corso della storia ha fatto confluire i rapporti di appartenenza all'individualismo proprietario e al ragionamento esclusivista, ha visto il soggetto individuale e astratto di diritto come un'entità unica capace di appropriandosi legittimamente e isolatamente di tutto ciò che non era visto come soggetto. Attraverso il metodo deduttivo, si parte dalle reminiscenze dell'ordinamento giuridico romano e dai contorni del concetto di dominium, elencando le circostanze che hanno fatto sì che in epoca medievale si aggiungessero elementi diversi, legati a diverse modalità di organizzazione sociale basate sull'appartenenza condivisa. La subordinazione all'esclusiva ragione proprietaria, che legittimava l'impresa di colonizzazione, ignorava fin dall'origine le realtà eterogenee e sfaccettate presenti nelle società periferiche e i loro modi di fare il mondo e di intendere il diritto. Serviva ad aumentare l'esclusività proprietaria come elemento unificante, e ad omettere deliberatamente le precedenti concezioni olistiche nel rapporto tra uomo e natura, trasformando artificialmente tutto ciò che era di origine "comune" in qualcosa di proprio e suscettibile di essere incorporato nella disponibilità esclusiva di un unico proprietario... Una razionalità che ha ignorato, fin dalla sua origine, le distinzioni essenziali esistenti tra *res communes omnium*, impermeabile all'appropriazione, e cose abbandonate dotate di proprietà temporanea, incorporando il "comune" nella logica dell'appropriazione individuale e del mercato. Con la massificazione sociale e le crepe nel formalismo esacerbato, situazioni giuridiche complesse iniziano a rendere operativi vaghi concetti giuridici e costruiscono la normatività nella scienza del diritto attraverso l'interpretazione evolutiva, raggiungendo la realtà sociale e gli elementi esistenziali in grado di relativizzare i precedenti dogmi stabilizzatori moderni delle relazioni economiche di mercato. L'identificazione di fallimenti nelle strutture di mercato richiede sempre più che lo stato costituito tuteli interessi non individuali, l'inefficienza della centralizzazione burocratica si traduce nel fallimento del modello di welfare sociale europeo, e alleato all'eccesso di mercificazione, come, come effetto indesiderato, periferico realtà, lontane dalle relazioni commerciali, che inquadrano inedite modalità di interazione comunitaria in grado di soddisfare con maggior grado di soddisfazione interessi e bisogni transindividuali. Con il mondo di massa, le nuove prospettive legate all'appartenenza e all'accesso condiviso diventano più rilevanti nelle situazioni giuridiche contemporanee. La solidarietà e la cooperazione nei contesti comunitari forniscono nuovi fondamenti e qualificano più adeguatamente nuove forme di integrazione sociale ed economica, iniziando a relativizzare o rendere secondario il paradigma dei diritti fulcro nelle moderne dicotomie. Nuove prospettive legate all'appartenenza inclusiva, con utilità derivanti da molteplici contesti, forniscono la democratizzazione dell'accesso condiviso e un migliore servizio ai bisogni collettivi che sono lontani dalla burocrazia statale. Non è più necessario essere detentori per avere accesso alle utilità essenziali della vita. Il regime legale attribuito a queste eccezionali utilità, lontano dai limiti del ragionamento esclusivista proprietario, riunisce pratiche collaborative e protocolli comunitari integrati nell'ordinamento giuridico in grado di relativizzare ex dogmi individualisti prima stagni. Queste nuove intangibilità di natura transindividuale sono in grado di aggiungere un *munus comunitario* intrinseco e riunire i rapporti di appartenenza nel processo decisionale partecipativo e nella condivisione di benefici e responsabilità, realizzando in modo più coerente i diritti fondamentali. La soddisfazione dei bisogni collettivi proviene oggi da realtà comunitarie e forme innovative di interazione economica emerse in ambienti lontani dalla regolazione pubblica dell'economia e dalla burocrazia burocratica, modificando vecchi dogmi fondanti della cultura giuridica occidentale e imponendo progressivamente il ricostruttivismo normativo su alcuni concetti strutturali che circoscrivono l'attuale nozione di sistema legale nel 21° secolo.

**Parole chiave:** Beni comuni; Diritto civile; Diritto economico; Diritti transindividuali; Razionalità proprietaria; Relazioni di appartenenza; Condivisione.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. - Artigo

CF - Constituição Federal

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

Coord. – Coordenador ou coordenadora

DJ – Diário da Justiça

DJe – Diário da Justiça Eletrônico

DL - Decreto-Lei

e.g. – Exempli gratia

EC - Emenda Constitucional

Min. - Ministro

MS - Mandado de Segurança

Org. – Organizador ou organizadora

p. – Página

p.e. – por exemplo

par. – Parágrafo

RE - Recurso Extraordinário

RESP – Recurso Especial

RT – Revista dos Tribunais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TSE - Tribunal Superior Eleitoral

TST - Tribunal Superior do Trabalho

UFPR – Universidade Federal do Paraná

USP – Universidade de São Paulo

v.g. - verbi gratia

## SUMÁRIO

<b>01. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>01</b>
<b>02. PREMISSAS METODOLÓGICAS: AS RELAÇÕES DE PERTENCIMENTO NA FORMAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA OCIDENTAL.</b>	
<b>02.1. As origens romanísticas das relações de pertencimento na antiguidade clássica.</b>	
<b>02.1.1. A <i>res</i> e o <i>fundus</i> romano como instrumentos para as trocas comerciais: primeiras idealizações do conceito de <i>dominium</i>.....</b>	<b>09</b>
<b>02.1.2. O pertencimento no mundo romano como desvinculado dos dogmas modernos: a origem comunitária do <i>dominium</i> .....</b>	<b>14</b>
<b>02.2. A ordem jurídica medieval como precursora das estruturas multifacetadas e comunitárias: Uma retrospectiva necessária.</b>	
<b>02.2.1. A desfragmentação e o pertencimento compartilhado: o medievo como uma estrutura ancorada no multiculturalismo.....</b>	<b>21</b>
<b>02.2.2. A influência de diferentes cosmovisões na formação da cultura jurídica medieval: um direito extraído dos fatos.....</b>	<b>26</b>
<b>02.3. O comunitarismo reinante no medievo: A origem do transindividual como dissociado da racionalidade moderna.</b>	
<b>02.3.1. A comunidade como base referencial do medievo: os antecedentes do individualismo.....</b>	<b>33</b>
<b>02.3.2. As escolas dos glosadores, comentadores e humanistas e o direito extraído dos fatos e dos costumes interligados à realidade comunitária .....</b>	<b>38</b>
<b>02.4. A escolástica tardia e a formação do racionalismo proprietário como elemento constitutivo do sujeito moderno.</b>	
<b>02.4.1. O nominalismo de Guilherme de Ockham e a gênese da nova racionalidade.....</b>	<b>45</b>
<b>02.4.2. O mecanicismo de Issac Newton e a abstratização do conceito de <i>dominium</i> .....</b>	<b>49</b>
<b>02.4.3. A consumação da racionalidade proprietária e as bases culturais do racionalismo jurídico moderno .....</b>	<b>56</b>

### **03. A GÊNESE DO LIVRE MERCADO E A CRIAÇÃO ARTIFICIAL DE UM SISTEMA AUTOREGULÁVEL QUE OMITTE SUAS FALHAS: OS FUNDAMENTOS DA RACIONALIDADE PROPRIETÁRIA MODERNA**

03.1. O novo pensamento econômico fulcrado na naturalização da competitividade.....	67
03.2. O constitucionalismo moderno e as exterioridades dessa nova forma de instrumentalização dos mercados.....	72
03.2.1. A dominação cultural dos povos colonizados e o abandono definitivo das concepções comunitaristas do antigo regime.....	80
03.2.2. O comunitário como reencontro dos deveres de compartilhamento: resgate da ideia do “comum”.....	86
03.3. As falhas do livre mercado e a omissão das estruturas do “comum”: uma racionalidade que não visualiza nada além de seus próprios dogmas.	
03.3.1. A superveniência dos direitos transindividuais e a sua correlação com as falhas de uma economia livremente desenvolvida.....	95
03.3.2. As externalidades da atividade produtiva e a socialização de custos não internalizados: elementos justificadores dos direitos difusos.....	104
03.4. A implementação dos direitos transindividuais mediante uma técnica legislativa recheada de conceitos vagos.....	113

### **04. O RESGATE DO “COMUM” E DO COMUNITÁRIO NA CIÊNCIA DO DIREITO: PRESSUPOSTOS PARA SUPERAÇÃO DO RACIONALISMO JURÍDICO MODERNO.**

04.1. A nova perspectiva relacional para entender o “comum”: a importância do “outro”.	
04.1.1. A desfragmentação do mecanicismo científico e o desvendar das localidades periféricas como referibilidade para a ciência do direito.....	123
04.2. A verdadeira problemática relacionada à administração de recursos compartilhados: as origens do conceito do “comum” e do comunitário	
04.2.1. A teoria dos bens comuns e sua difícil interrelação com a ciência do direito.....	130
04.2.2. As origens econômicas da teoria dos bens comuns: um raciocínio estritamente formal.....	136

<b>04.2.3.</b> Os bens comuns como constructos comunitários capazes de incentivar comportamentos cooperativos e auto regular seus efeitos externos .....	143
<b>04.3.</b> Impasses à absorção do “comum” pelas relações de mercado: a verdadeira problemática relacionada à administração de recursos compartilhados.	
<b>04.3.1.</b> A imbricação entre as relações jurídicas e a economia: o conceito do comum como impasse à autorregulação informal de comportamentos.....	147
<b>04.3.2.</b> O “comum” como uma intangibilidade que se destaca de seu suporte material. Distinções para com os direitos transindividuais.....	153
<b>04.4.</b> Os direitos ligados ao “comum” e as questões transindividuais: uma pré compreensão acerca dos institutos do direito.	
<b>04.4.1.</b> As estruturas do “comum” como constructos ligados à realidade existencial: as organizações comunitárias como fornecedoras de utilidades comuns.....	160
<b>04.4.2.</b> A colonialidade do poder e as reivindicações do pensamento decolonial: um novo parâmetro com a filosofia do “bem viver” .....	167

**05. AS NOVAS FRONTEIRAS PARA AS RELAÇÕES DE PERTENCIMENTO NA ERA DO ACESSO: NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DE DIFERENTES ESTATUTOS PROPRIETÁRIOS PARA SE ENTENDER O “COMUM”.**

<b>05.1.</b> A relação jurídica adstrita aos bens jurídicos transindividuais: o direito de acesso e sua implementação em realidades comunitárias.	
<b>05.1.1.</b> A instrumentalização dos direitos transindividuais e o direito de acesso às utilidades essenciais à vida: Uma possível interpretação evolutiva .....	176
<b>05.1.2.</b> O excesso de mercantilização da vida e da natureza, e a absorção do “comum” e do transindividual pela racionalidade proprietária .....	181
<b>05.1.3.</b> A fissura da racionalidade moderna e os novos arranjos do pertencimento ligados à realidade comunitária.....	189
<b>05.2.</b> Aspectos para a relativização da racionalidade proprietária moderna: uma relacionalidade possível.	
<b>05.2.1.</b> A relação jurídica e a regulação de comportamentos multitudinários: um contexto relacional .....	197
<b>05.2.2.</b> As relações de pertencimento e a perspectiva relacional: a atribuição de regime jurídico ligado às utilidades extraídas da <i>res</i> .....	202

<b>05.2.3.</b> Um novo conceito de domínio para as relações de direitos difusos, atrelado à utilidade, e que não afeta o regime atribuído ao suporte material da <i>res</i> .....	206
<b>05.3.</b> Os regimes jurídicos das utilidades destacáveis da titularidade no novíssimo cenário massificado da economia do compartilhamento.	
<b>05.3.1.</b> As novas perspectivas para as relações de pertencimento. Em busca de uma síntese representativa .....	211
<b>05.3.2.</b> A desmaterialização da riqueza e a qualificação jurídica das intangibilidades: uma evolução para a teoria dos bens jurídicos .....	217

## **06. AS UTILIDADES COMUNS COMO PARADIGMA PARA AS NOVAS PERSPECTIVAS MULTITUDINÁRIAS NAS RELAÇÕES DE PERTENCIMENTO.**

<b>06.1.</b> A propriedade com múltiplos estatutos: Diversas utilidades a envolver a teoria dos bens jurídicos.	
<b>06.1.1.</b> Os bens públicos e a desvinculação da utilidade de seu suporte material: um raciocínio para além das titularidades .....	226
<b>06.1.2.</b> Os múltiplos estatutos proprietários ligados ao acesso compartilhado: um novo conceito para o bem jurídico .....	233
<b>06.1.3.</b> A reformulação do conceito de bem jurídico pautado nas múltiplas utilidades extraídas da <i>res</i> .....	240
<b>06.2.</b> A revisão da categoria proprietária e a instrumentação das relações de pertencimento embasadas no compartilhamento. O regime jurídico das utilidades.	
<b>06.2.1.</b> As utilidades comuns como forma de satisfação de necessidades coletivas: o “comum” como intangibilidade .....	249
<b>06.2.2.</b> As utilidades comuns como bens incorpóreos: um raciocínio que não abarca a exclusividade .....	256
<b>06.2.3.</b> Uma outra percepção para o conceito de bem jurídico: Um novo estatuto proprietário ligado às múltiplas utilidades extraídas da <i>res</i> .....	263
<b>06.3.</b> Os desdobramentos do direito de propriedade e as novas formas de compreensão das utilidades comuns.	
<b>06.3.1.</b> A revisão da categoria proprietária fulcrada no contexto dos direitos transindividuais: uma nova perspectiva multitudinária para o domínio .....	272

	<b>06.3.2.</b> A satisfação de necessidades coletivas e as inovações disruptivas: limitações ao oficialismo estatal.....	279
	<b>06.3.3.</b> Uma nova amplitude para o conceito de bem jurídico: diversos estatutos proprietários a se desprender dos dogmas modernos.....	286
<b>07</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	295
<b>08</b>	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	304

## 01. INTRODUÇÃO

A releitura das instituições fundamentais da ciência do direito apresenta-se como uma necessidade incontornável no mundo massificado contemporâneo. Não é mais possível compreender a realidade do século XXI com aquela mentalidade fechada e embasada nas estruturas arcaicas e formalistas do século XIX. A dogmática jurídica tradicional encontra-se ainda fulcrada em bases ultrapassadas, desconhece a complexidade e a multiplicidade de um mundo massificado ligado por novas tecnologias, em pauta de se tornar conectado, fluído e perene, com inéditas modalidades de inter-relacionamento e de interdependência entre indivíduos, natureza, comunidades e governos.

Embora todo o requintado cabedal jurídico consistentemente formulado pelo racionalismo da modernidade, embasado nas bases sólidas do raciocínio silogístico e do pertencimento proprietário, a percepção atual de um mundo massificado e de inéditas modalidades de inter-relacionamento econômico faz com que se relativize o individualismo ainda presente nas estruturas científicas da contemporaneidade. A elaboração de soluções jurídicas inovadoras capazes de conectar mais adequadamente os problemas práticos contemporâneos com as novas necessidades fundamentais de um mundo mais acessível, veloz e sem fronteiras, inevitavelmente deforma os postulados clássicos e estruturais da ciência do direito. A racionalidade proprietária tende a apresentar limitações e insuficiências para instrumentalizar o pertencimento na realidade massificada do século XXI.

Anteriormente alocada no oficialismo estatal, mediante utilização da estrutura burocrático administrativa, o atendimento das necessidades coletivas hoje está cada vez mais relegado a agentes produtivos em contextos multitudinários de atuação no mercado, pautado não mais na exclusividade de grupos dominantes privilegiados, mas na cooperação e concorrência de mercado embasada na livre iniciativa e na ampla liberdade de atuação, em realidades econômicas distantes das barreiras de entrada impostas pela regulação pública da economia. Perdidas as fronteiras estanques entre a separação do público e do privado, e percebida a insuficiência estatal da atuação intervencionista no mercado para o atendimento de necessidades coletivas com um grau minimamente adequado de satisfatividade, com a superveniência cada vez maior da promoção de direitos de natureza transindividual,

resta à ciência jurídica moldar outras soluções para a problemática da efetivação dos direitos fundamentais.

A percepção da existência de direitos transindividuais anteriormente omitidos pela modernidade invoca cada vez mais a funcionalização dos bens jurídicos, a qualificação jurídica das destinações a que são submetidos seus suportes. Há hoje bens que não mais podem ser realizados fora de contextos comunitários, que não mais se efetivam distantes de coletividades, e para que sejam adequadamente compreendidos seus pressupostos, deve-se qualificar adequadamente, mediante distintos regimes jurídicos, as utilidades compartilhadas a que submetidos seus suportes, em contextos massificados e em direta relação ao seu adequado aproveitamento econômico.

Desvinculados das barreiras da titularidade exclusivista, e mediante o compartilhamento como ideia fundamental, a operacionalização econômica das múltiplas utilidades extraídas das *res* na contemporaneidade é capaz de melhor implementar o bem-estar coletivo e efetivar mais adequadamente direitos fundamentais. A multiplicidade de regimes jurídicos ligados às utilidades extraídas de seu suporte aproxima o uso comum sustentável às garantias de acessibilidade universal, como ideia fulcral da funcionalização, o que melhor operacionaliza a administração de recursos compartilhados e com isso promove mais bem-estar coletivo.

A base de sustentação do direito material ainda é amparada por uma racionalidade que não mais converge com os problemas práticos que a realidade apresenta. A necessidade cada vez maior imposta pela Constituição da República de funcionalizar os bens jurídicos no século XXI, impõe a qualificação de novos regimes jurídicos multitudinários às utilidades extraídas da *res*, assim formando intangibilidades capazes de agregar regimes jurídicos próprios e suplantando antigas dicotomias modernas.

Não é mais condizente com a realidade sustentar a existência de regimes jurídicos unívocos ligados à titularidade de seu suporte, a operacionalização das múltiplas utilidades extraídas da *res* hoje exige regimes multitudinários que imponham o compartilhamento de responsabilidades e a universalização do acesso em contextos comunitários para o melhor aproveitamento econômico e para a melhor implementação do bem-estar coletivo.

A realidade que se apresenta diante de fenômenos complexos exige pensar para além da dogmática clássica. Utilizando-se de uma hermenêutica que remete o intérprete para a complexidade da realidade social e dos problemas práticos contemporâneos, as novas modalidades de interação econômica e de utilização compartilhada dos bens formam inéditas perspectivas que alteram significativamente conceitos jurídicos anteriormente estanques. Inéditos *standards* de comportamento reformulam antigas concepções, fazem com que se reposicionem novos jeitos de concretizar direitos fundamentais notadamente de natureza transindividual, e que anteriormente não eram admissíveis pela estanqueidade do formalismo, mas que atualmente melhor recepcionam a realidade comunitária embasando-se na cooperação e no compartilhamento.

A racionalidade da modernidade construiu o reducionismo científico advindo da concepção de mundo ligada umbilicalmente à cultura eurocêntrica e à dimensão sujeito-objeto do eu pensante, com um mundo objetivo extenso separado do ser vivente, um sujeito de direitos abstrato, o homem racional e proprietário, intelectual e materialmente superior, único capaz de ser titular de direitos e deter capacidade para contratar e manejar patrimônio.

O paradigma da titularidade é ligado estritamente ao sujeito abstrato, à subjetividade individual, moldado de modo artificial nos antecedentes do ambiente do racionalismo jurídico oitocentista, inspirado nas primeiras grandes obras intelectuais de teóricos como Rene Descartes (1596-1650), Thomas Hobbes (1588-1679), Jonh Locke (1632-1704), na concepção dualista da existência que desvinculou o ser humano de sua corporalidade e constituiu o próprio corpo como um objeto suscetível de apropriação individual, passou-se a compreender a existência humana dentro dos limites do dualismo racionalista moderno e das estruturas binárias ligadas à racionalidade proprietária.<sup>1</sup>

A própria teoria do conhecimento se estruturou com uma relação de distanciamento do sujeito em relação à constituição de seu objeto, com uma relação

---

<sup>1</sup> A energia humana em si mesma e o resultado dela (trabalho) podem vir a ser apropriados, não obstante o corpo humano seja um bem fora do comércio, pois a Constituição da República estabeleceu a vedação expressa de comercialização de órgãos humanos, conforme artigo 199, §4º, da Constituição da República, é fato que pode vir a ser tratado como objeto ontológico de abstração e mediante uma individualização e isolamento de seus caracteres, acaba por invariavelmente ser pensado como objeto isolado, desvinculado de sua verdadeira simbiose com a realidade comunitária e a natureza que lhe deu origem.

diretamente proporcional ao distanciamento entre esses elementos.<sup>2</sup> O racionalismo da modernidade pautado pela abstratização do sujeito proprietário nos legou uma concepção de mundo marcada por uma estrutura de pensamento que enxergou apenas o individualismo mercadológico. Tudo o que era coletivo, e tudo o que fosse de natureza transindividual, que não pudesse ser dividido em partes e nem ser subsumido a titularidades determináveis, sem poder se reduzir aos limites do individualismo mercadológico, e nem ser englobado na acepção do público, acabou por ser ignorado e omitido. O “comum” como realidade paralela ao mercado passou a ser ignorado, mesmo que provedor com até mais eficiência de necessidades coletivas substantivas, jamais deixou de ser deliberadamente omitido e tendencialmente ignorado.

Até hoje há uma grande dificuldade em se compreender os limites e as balizas da esfera do público na teoria do direito. Os bens e direitos de conotação transindividual, de ordem não individualizável, apesar de não se incorporarem à titularidade estatal, reduzem-se muitas vezes à uma ingerência exclusivista em sua gestão, assumindo com isso uma conotação mais ampla em suas formas de uso e destinação, contudo, nunca deixando de ser analisados nos limites da intervenção estatal na esfera individual, seja mediante a regulação pública da economia, seja mediante a ingerência de políticas públicas que tenham o condão de concretizar direitos fundamentais de ordem metaindividual.

Os métodos científicos modernos de racionalização não mais puderam ser desvinculados da percepção individualizada e potencializada da existência humana. A descrição do mundo de maneira lógica e racionalmente objetiva enfrenta, atualmente, complexos fenômenos da vida e da natureza que não mais podem ser reduzidos a concepções individualizadas, e nem sempre podem ser deduzidas de explicações objetivas e previamente determinadas.

Cabe traçar neste trabalho um panorama da construção e do percurso teórico dos direitos transindividuais como estruturas jurídicas capazes de recepcionar o

---

<sup>2</sup> Conforme assevera Michel Foucault: “(...) no século XIX, um certo saber do homem, da individualidade, do indivíduo normal ou anormal, dentro ou fora da regra, saber este que, na verdade, nasceu das práticas sociais, das práticas sociais do controle e da vigilância. E como, de certa maneira, esse saber não se impôs a um sujeito de conhecimento, não se propôs a ele, nem se imprimiu nele, mas fez nascer um tipo absolutamente novo de sujeito de conhecimento. Podemos dizer que a história dos domínios do saber em relação com as práticas sociais, excluída a preeminência de um sujeito de conhecimento dado definitivamente, (...) não há, portanto, no conhecimento uma adequação ao objeto, uma relação de assimilação, mas, ao contrário, uma relação de distância e dominação; (...) não há unificação, mas sistema precário de poder” (FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro. Editora Nau, 2005, p. 21-22).

“comum”, a fim de construir metodologicamente as limitações do paradigma da titularidade diante do novo cenário massificado nas relações de pertencimento, fugindo do reducionismo científico racionalista e das dicotomias jurídicas modernas, e *pari passu*, buscando compreender o percurso teórico da formação dos bens e direitos transindividuais na ciência do direito do século XXI.

A problemática que se procura emoldurar questiona a acepção de mundo estruturada na crença individualista de que todos os objetos existentes no mundo extenso (inclusive a natureza e a cultura) são formatados como passíveis de apropriação particular e direcionados unicamente à fruição do humano individualizado, enquanto único sujeito potencializado, racional e materialmente superior a ocupar a posição de detentor da titularidade.

As dicotomias modernas, do sujeito-objeto, do estado-mercado, e do público-privado, moldaram as relações existenciais do racionalismo proprietário e omitiram por consequência toda uma gama de interesses transindividuais inerentes à realidades comunitárias, desconhecaram a interrelação de aspectos da dignidade humana com a cultura e a natureza, interconectados na dimensão existencial do ser humano; omitiram os inúmeros interesses que somente se realizam em comunidade e que são em essência encontrados pelo intérprete da norma jurídica quando reenviado para além (e para fora) das definições dicotômicas modernas e da noção sistemática da ciência jurídica contemporânea.

Não obstante o reducionismo científico da modernidade, a vida e a realidade existencial não podem ser reduzidas à mera atividade racional do pensamento abstrato, submetidas à disponibilidade proprietária, de modo que as relações de pertencimento encontram-se inevitavelmente ligadas à uma série de fatores consistentemente elencados por Fritjof Capra na ideia de autopoiese, de uma interligação em equilíbrio entre fatores existenciais e o entorno natural, com os elementos espirituais, orgânicos e intelectivos indissociáveis da existência comunitária e da correspondente alocação de direitos e deveres perante as coletividades como um *munus*.<sup>3</sup>

Aqueles que integram a comunidade ostentam um *munus* para com os outros, o que transpassa a ideia de um simples dever, e agrega uma concepção existencial

---

<sup>3</sup> CAPRA, Fritjof. A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 2002. p. 24-25.

de solidariedade compartilhada capaz de se ligar ao desenvolvimento e à continuidade da vida humana e não humana no planeta. Relativiza-se assim a percepção de um sujeito que nasce destinado a se correlacionar com objetos, nasce já potencializado proprietário, detentor de patrimônio, como única finalidade essencial e instrumental da existência humana.

A noção de direitos transindividuais, dos *commons* e da teoria dos bens comuns,<sup>4</sup> nessa perspectiva, rompe de modo fulcral com o racionalismo da modernidade ao buscar superar as dicotomias,<sup>5</sup> desloca a discussão para a esfera das múltiplas utilidades que se extraem dos bens, dotados de regimes jurídicos próprios e dissociados muitas vezes de seu suporte, normatizações que se constroem na realidade fática e emanam de perspectivas comunitárias. A satisfação de necessidades transindividuais desvincula-se, portanto, da importância do indivíduo detentor de titularidade. O paradigma da titularidade não logra êxito mais em alcançar explicações completas e unívocas para os novos fenômenos que se passa a observar no universo massificado contemporâneo.

O largo espectro genérico das relações de pertencimento na atualidade – inclusive aqueles que identificam no uso compartilhado uma forma mais eficiente de aproveitamento econômico - impõe infindáveis características a essas utilidades extraídas do suporte material dos bens jurídicos, ostentam inéditas modalidades de destinação e acesso livre, comum ou mesmo outras formas de acessibilidade que se submetem a uma exploração sustentável das utilidades extraídas da *res* capazes de, não só melhorar sua eficiência econômica e sua funcionalização, mas principalmente melhor realizar direitos fundamentais.

---

<sup>4</sup> Há uma dificuldade acentuada na tradução do que signifique a expressão “comum” no Brasil. Segundo Sérgio Amadeu da Silveira e Rodrigo Savazoni, os Commons em inglês significam “as terras comunais, bens partilhados entre todos que precedem o processo de organização da propriedade privada que marca o início do capitalismo. Um termo, portanto, absolutamente incorporado à história político-cultural anglo-saxã. Não temos palavra correlata em português.” (SILVEIRA, Sergio Amadeu de. SAVAZONI, Rodrigo. O conceito do comum: apontamentos introdutórios. *Lincc em Revista*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 5-18, maio de 2018, p. 06).

<sup>5</sup> “(...) o comum nada mais é que o público não estatal, desde que se especifique essa qualificação não significa que ele é objeto de propriedade, mas apenas que é algo que está absolutamente fora do alcance da propriedade. O que desperta interesse nessa abordagem, portanto, é o fato de que ela realiza uma singular ‘combinação entre a certa destinação institucional e o uso de várias pessoas, isto é, a multidão de pessoas’, (...); assim, “embora o uso do comum como prática coletiva produza seu sujeito, esse sujeito não é sujeito do comum, uma vez que ele não preexiste a essa prática. Portanto, não cabe opor um sujeito ‘certo’, o do uso coletivo, a um sujeito errado, o do domínio-propriedade. Para compreendermos isso, temos de reconsiderar o velho e desacreditado conceito de ‘administração’ e articulá-lo ao de uso, (...): obteremos então o conceito de ‘uso administrativo’, ou de ‘uso administrativo comum’, com o que não ‘deslocaríamos’ a ‘subjetividade abstrata da titularidade sobre as coisas’, mas de modo mais radical, a superaríamos.” (DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. *Comum: Ensaio sobre a revolução no século XXI*, 1ª edição, São Paulo: Boitempo, p.282 e 283).

Uma perspectiva multitudinária hoje para a teoria dos bens jurídicos e das utilidades comuns é capaz de elencar regimes jurídicos que promovam o acesso a benefícios compartilhados da exploração econômica, e principalmente imponham responsabilidades a quem delas exprime suas potencialidades, não se olvidando da promoção dos deveres de garantir o acesso universal e assumir o *munus* ligado à solidariedade perante as comunidades envolvidas, que com maior ou menor grau – mas sempre de modo multitudinário – possam elencar como objetivo a concretização mais efetiva de direitos fundamentais constitucionais.

A propriedade contemporânea deve assim ser analisada como embasada em contextos multitudinários e fragmentados, com um fluxo de micro direitos que não repousa mais perante a instrumentalização da exclusividade como elemento unificador do domínio. A cooperação e a solidariedade em comunidade atualmente exsurtem como elementos unificadores aptos a convergir as nuances de suas interrelações, a perspectiva exclusivista é somente mais uma das formas do exercício da titularidade, mas não a única, dado a multiplicidade de pertencimentos fragmentados que muito pouco são objeto de regulação pela ciência do direito.

As nuances da cooperação e do compartilhamento de benefícios e de responsabilidades, na fruição de utilidades não individualizáveis e na universalização do acesso às essencialidades mais fundamentais ao desenvolvimento da vida no planeta, implementam regimes jurídicos multitudinários a essa multiplicidade de pertencimentos fragmentados advindos de experiências existenciais e de complexas ligações comunitárias em realidades periféricas, tornam mais eficiente o aproveitamento econômico de todos os envolvidos e concretizam mais adequadamente direitos fundamentais constitucionais.

Cabe ao intérprete mediante a construção da normatividade por intermédio de normas de reenvio, identificar as ligações sociais que – embasadas em arquétipos estruturais – são capazes pela recalitrância de comportamentos socialmente relevantes, promover mais adequadamente a transcendência das subjetividades abstratas e, distantes do oficialismo estatal e do excesso de mercantilização, melhor conectar organizações comunitárias informais à implementação mais adequada de direitos fundamentais com base na solidariedade constitucional.

Não se pretende com este trabalho apresentar respostas definitivas e soluções exaurientes para a problemática da efetivação dos direitos fundamentais

transindividuais e melhor satisfação de necessidades coletivas longe da regulação pública da economia, mas por certo intenta-se traçar delineamentos e caminhos a seguir na necessidade de melhor compreensão dos contornos dos direitos transindividuais e das estruturas do “comum”, para reconstrução de alguns conceitos fundamentais que circunscrevem a atual noção de sistema jurídico no século XXI, pressupostos tidos como indispensáveis para uma maior e melhor implementação de direitos fundamentais constitucionais.

## **02. PREMISSAS METODOLÓGICAS: AS RELAÇÕES DE PERTENCIMENTO NA FORMAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA OCIDENTAL.**

### **02.1. AS ORIGENS ROMANÍSTICAS DAS RELAÇÕES DE PERTENCIMENTO NA ANTIGUIDADE CLÁSSICA.**

#### **02.1.1. A *res* e o *fundus* romano como instrumentos para as trocas comerciais: primeiras idealizações do conceito de *dominium*.**

As origens romanísticas das relações de pertencimento no direito se estruturam nas bases da *submissão* fática, não somente de bens materiais inanimados, instrumentos do *fundus* romano, como também de animais, familiares, escravos, ou seja, todo o agregado econômico que integrava a família tida como célula do império na antiguidade clássica, verdadeiras unidades produtivas, polarizadas por núcleos que englobavam desde parentes consanguíneos até servos e escravos, fundos e os instrumentos desses fundos, chefiados pelo *pater*, com total poder sobre o destino de cada um de seus membros, inclusive para aliená-los ou escravizá-los.<sup>6</sup>

Os antigos romanos caracterizavam as relações de pertencimento como submissão ao poder absoluto que o *pater* exercia sobre as pessoas e as coisas, o que era visto como um agregado de poderes retratados pelo assenhoreamento de tudo o que com as mãos se poderia dominar. A *mancipium* (de *manu capere*, tomar com a mão) possuía referência com a *potestas*, que representava o poder sobre as pessoas e sobre as coisas. A *mancipatio* retratava a forma como que, mediante a pronúncia das fórmulas certas e adequadas, era transmitida a *res*. A poucas épocas passou-se a utilizar o termo *dominium* como símbolo do poder fático absoluto exercido sobre tudo o que pudesse se submeter ao poder ilimitado do *pater*.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> “(...) Roma é um agregado de famílias relativamente mais restritas e, na sociedade romana, cada chefe de família parece cuidar zelosamente de seu *dominium*, de sua soberania sobre a casa, sobre os empregados e o patrimônio familiar – e quero crer que esse poder era, em princípio, absoluto.” (VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 257).

<sup>7</sup> “O termo mais antigo parece ter sido *mancupium* ou *mancipium* (derivado de *manus*), palavra com a qual se designava a *potestas*, o poder sobre as pessoas e sobre as coisas; mais tarde, se utiliza *dominium* (empregado também acrescentando-se um genitivo, (...), como *dominium usufructus*, *hereditatis*, *obligationis*; e também

Desde o final da época da República romana (132 a.C. a 27 a.C), foi que o ascendente império do lácio fortaleceu-se com uma expansão sem precedentes. Com uma economia já fortalecida, universalmente monetizada, e com a normalização do uso do dinheiro e das formas de pagamento houve o impulsionamento do comércio e da integração econômica nas províncias,<sup>8</sup> o que exigiu uma maior estruturação de conceitos jurídicos utilizados como instrumentos para a perfectibilização das trocas comerciais. Os romanos já atribuíam nessa época um valor fiduciário ao dinheiro, não era comum aferir o peso das moedas, pois nesse período elas já tinham um valor fiduciário inerente.

As trocas comerciais e a expansão acentuada advinda das guerras de conquista, fez florescer uma economia regional bastante organizada. A expansão permitiu a reorganização do uso da terra, o que proporcionaria a produção de excedentes agrícolas e a divisão do trabalho. As comunidades que demonstravam lealdade a Roma, mantinham suas singularidades, mantinham suas próprias leis, cobravam impostos próprios, e em casos excepcionais, até eram isentas de impostos centrais. Essa característica por certo fez com que se mantivesse uma organização e meios capazes de sustentar o comércio entre as províncias e o império central.

A personificação de Roma na figura do imperador na condição de representante da coletividade, e a ressignificação – embora sem sistematização – das coisas como suscetíveis de apropriação e comercialização<sup>9</sup> – *res in commercio* – e das *coisas extra commercio*, que em primeira acepção seriam divididas em coisas de direito divino (*res divini iuris*) e coisas de direito humano (*res humani iuris*),

---

dominus proprietatis). No período pós-clássico, prevalece o termo *proprietatis* (de *proprius*), que acentua o pertencer absoluto e exclusivo da coisa que é objeto deste direito ao titular do mesmo.” (STEINWASCHER NETO, Helmut. Origem e espécies de propriedade no direito romano. Revista Da Faculdade De Direito De São Bernardo Do Campo, 2015. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/230>. Acesso 19/04/2021, p. 171).

<sup>8</sup> “(...) O mercado é uma forma de organizar a circulação dos bens; não é a única, nem foi a primeira a ser conhecida. Em épocas anteriores, a circulação por todos os membros da comunidade dos bens necessários à vida fez-se autoritariamente: era o pater, ou o sacerdote, ou o chefe, quem distribuía a cada um a parte que lhe havia de competir no produto social. Em relação à estrutura da circulação de bens, o indivíduo não desempenhava qualquer papel activo, sendo apenas o destinatário num processo, no qual estava inserido, mas cujo funcionamento lhe era de todo estranho.” (HESPANHA, Manuel. Prática social ideologia e direito, os séculos XVII a XIX, separata de Vértice, Coimbra, 1972, p. 05).

<sup>9</sup> “Com o colapso do império Romano, durante o feudalismo, o regime romano de patrimonialidade pública vai decair por força de um processo duplo de apropriação privada deste acervo de bens. De um lado, a apropriação individual pelos povos bárbaros, que repartem os bens conquistados entre os soldados e os reis bárbaros. De outro, nos territórios não conquistados, haverá a assunção pelo príncipe dos bens da coletividade (povo romano).” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens públicos: função social e exploração econômica: O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2009, p. 63).

fez com que fluísse uma primeira idealização da estrutura do conceito de domínio para os romanos.<sup>10</sup> As *res humani juris* dividiam-se em *res communes* - que não pertenciam a ninguém, insuscetíveis de apropriação individual,<sup>11</sup> e as *res publicae* – bens suscetíveis de apropriação individual, mas direcionados ao uso geral, incondicionado e gratuito pelo povo romano.

Com a miscigenação cultural a partir do século IV, foi necessário cada vez mais estender a estrutura jurídica aos estrangeiros, com o *jus gentium*, para que se perpetuassem as trocas comerciais, com as fórmulas jurídicas a não mais a englobar apenas os cidadãos, mas também os povos conquistados e os *extraneus*. Os meios de produção eram atrelados às entidades familiares, que juntavam a terra (o fundus), os instrumentos a ela agregados, os servos, escravos, todos ligados ao domínio do *pater* família. A família como unidade produtiva detinha na causa subjacente à produção o seu *locus*, cujo *dominium* pertencia ao *pater*.<sup>12</sup> Mas não se tratava de um pertencimento jurídico, senão meramente fático, não havia a noção da propriedade como um direito, mas como uma relação de submissão meramente fática.

Aos poucos com a expansão do império e a abstratização da moeda, com a economização do comércio, o *dominium* passa a valer para as trocas reunificadas na ficção da *res*. O dinheiro das moedas já possuía valor fiduciário desvinculado de seu peso em metal, e o sistema de crédito permitia a desnecessidade do transporte físico das moedas, estabelecendo-se um sistema de trocas que fortaleceu a existência de uma abstratização do *dominium* desvinculado de sua fundamentação como unidade produzida. A *res* passa a significar toda a mercadoria suscetível de troca; passa a deter valor monetário desvinculada de sua utilidade, mas diretamente ligada à sua escassez. A esfera da produção desvincula-se da esfera da circulação,

---

<sup>10</sup> Nesse sentido: MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito Romano, 18ª edição, Ed. Forense, p. 163; CRETELLA JR, José. Curso de Direito Romano, 24ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 115. “A distinção relevante desta época se refere à classificação entre *res in patrimonio* e em *res extra patrimonium*, correspondendo basicamente à célebre divisão, (...) que perdura até os dias de hoje, entre as *res in commercio* e as *res extra commercio*.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens públicos: função social e exploração econômica: O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2009, p. 62).

<sup>11</sup> José Cretella Junior assenta que as *res nullius* poderiam por vezes se tornar *res in commercio*, em situação similar à *res nullium*, de quando se adquire seu domínio por meio do instituto da ocupação, assim se daria a uma porção limitada da água, a uma porção limitada do mar ou da praia, passaria da categorização de *res nullius* para *res in commercio*. (cf. CRETELLA JR, José. Curso de Direito Romano, 24ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 116).

<sup>12</sup> “(...) Roma é um agregado de famílias relativamente mais restritas e, na sociedade romana, cada chefe de família parece cuidar zelosamente de seu *dominium*, de sua soberania sobre a casa, sobre os empregados e o patrimônio familiar - e quero crer que esse *poder* era, em princípio, absoluto.” (VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. Ed. Martins Fontes. 2005, p. 257.

e o modelo jurídico da *mancipium* (poder corporal sobre a coisa) migra para o *dominium* que coexiste com a propriedade *bonitária*. As relações de poder físico sobre o domínio são efetiva e materialmente migradas-desmembradas para uma abstratização que independe do poder efetivo e corporal sobre a própria coisa.

A *res* retratava as coisas passíveis de submissão, tudo o que for suscetível de dominação como entidade econômica autônoma, poderia integrar o patrimônio de alguém (*res in patrimonium*)<sup>13</sup> havendo no vínculo jurídico uma relação clara com a possibilidade de dominação e submissão. Algumas das coisas não podiam ser faticamente dotadas de submissão, eram chamadas de *res extra patrimonium*, e caracterizavam-se pela inexauribilidade, como o *ar* ou a *água do mar*, ou pela impossibilidade fática de dominação pelas mãos, como por exemplo, os animais selvagens.<sup>14</sup>

A *res extra patrimonium* assumia muitas vezes uma característica diferenciada da *res extra commercium*, sendo retratada, segundo Moreira Alves, como coisas que, embora suscetíveis de alienação (e, portanto, *in commercio*), não se encontravam, num dado momento, dentro do patrimônio de alguém, como por exemplo, as *res nullius* - coisas de ninguém, e as *res derelictae* - coisas abandonadas por seu dono e que ainda não foram apropriadas por outrem.<sup>15</sup> As coisas que não integravam o patrimônio de ninguém não quer dizer que não podiam ser apropriadas, e dessa forma haveriam de se tratar de coisas comercializáveis, que poderiam sob certas circunstâncias ser alienadas ou comercializadas. Esses conceitos notadamente da *res nullium* (coisas sem dono) e da *res derelicta* (coisas abandonadas), que englobam o gênero das *res extra*

---

<sup>13</sup> Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito Romano, 18ª edição, Ed. Forense, p. 174.

<sup>14</sup> “As *res mancipi*, na república e no início do principado, são em número limitado: o *ager Romanus*, os *praedia italica*, as casas, as servidões prediais rústicas, os escravos, os animais de carga e tração (bois, cavalos, mulas e asnos), exceto os camelos e elefantes. Já as *res nec mancipi* existem em número ilimitado, pois compreendem todas as demais coisas que não se capitulam entre as *res mancipi*; assim, especialmente, os imóveis nas províncias, os carneiros, as cabras, as moedas (...). Em mais de uma variante as *res mancipi* (*mancipium* seria genitivo *contracto* de *mancipium*) designa as coisas suscetíveis de *mancipatio*, cuja transmissão dependia de fórmulas específicas. Indicavam a princípio, segundo Moreira Alves, “o poder absoluto que o *pater familias* tinha sobre as pessoas e coisas de sua família (poder semelhante à soberania do Estado, e não ao simples direito de propriedade, que é uma noção que só vai surgir muito depois); em face disso, as *res mancipi* seriam, primitivamente, os seres animados (pessoas livres, escravos e animais de tração e de carga então conhecidos dos romanos e que se sujeitavam à vontade do dono) e, mais tarde, também os imóveis e as servidões prediais rústicas (que foram as que primeiro surgiram em Roma), submetidos ao poder absoluto de comando (*mancipium*) do *pater familias*, que deles se utilizava como auxiliares nos trabalhos em tempo de paz e nas guerras. Essa classificação das coisas vai a pouco e pouco perdendo sua posição de relevo pelo fato de as *res nec mancipi* irem adquirindo importância econômico-social em Roma. É por isso que, quando Justiniano, em 529 d.C., a aboliu, ela já era um verdadeiro fóssil no sistema jurídico romano.” (MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito Romano, 18ª edição, Ed. Forense, p. 180-181).

<sup>15</sup> Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito Romano, 18ª edição, Ed. Forense, p. 180.

*patrimonium*, mas não da *res extra commercium*, vão transpassar as épocas sempre dotados de importância, notadamente porque serão muito referenciadas como conceitos limítrofes de uma racionalidade econômica que viria a se materializar posteriormente na modernidade, substanciando conceitos jurídicos e sua utilização com base no individualismo mercadológico que viria a surgir no século XIX.<sup>16</sup>

As *res in patrimonio*, segundo Moreira Alves, são as coisas que, em um certo momento se acham dentro do patrimônio de alguém, e via de regra são apropriáveis, podendo ser comercializadas. É importante alertar, contudo, que os romanos apresentavam uma definição diferente de patrimônio pois para eles se computava somente o ativo, estando, conseqüentemente, excluídas as obrigações.<sup>17</sup> No direito contemporâneo a definição de patrimônio mais se aproxima de uma universalidade de direitos, ou seja, uma unidade ideal distinta dos bens que a compõe, mas ainda hoje sendo dada muita ênfase à qualificação da valoração econômica, não obstante a possibilidade de haver patrimônio comum não valorado economicamente.

O que estava fora do patrimônio do cidadão romano, portanto, poderia ser retratado como *res extra patrimonium*, insuscetíveis de apropriação fática, a exemplo dos animais selvagens ou das coisas divinas. Aquilo de pertencimento coletivo, como por exemplo, as terras destinadas ao cultivo agrícola, as terras conquistadas pela ocupação, eram bens suscetíveis de apropriação individual, mas muitas vezes aplicados ao uso geral, incondicionado e gratuito pelo povo romano, ao qual atribuía-se a qualificação de *res publicae*.<sup>18</sup> Dentre as coisas de direito humano, as *res humani iuris*, separavam-se das *res extra comercio*, ainda que possuísem dono eram sempre insuscetíveis de troca, as *res communes*, como

---

<sup>16</sup> O individualismo metodológico de Max Weber dará origem à microsociologia e à teoria da escolha racional, que embasará todo o pensamento econômico do século XX.

<sup>17</sup> Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito Romano, 18ª edição, Ed. Forense, p. 180.

<sup>18</sup> "Com o tempo, surgiu em Roma uma distinção jurídica sobre o que não se considerava como propriedade estritamente privada: 'Coisa de ninguém, coisa sem dono' (*res nullius*), tudo que podia ser objeto de posse mas não tinha proprietário, podendo, portanto, ser livremente ocupado; 'coisa pertencente a todos em comum' (*res communis omnium*), como o ar, o oceano, as regiões litorâneas e a água corrente, os quais, por sua própria natureza, não podiam ser possuídos segundo o princípio de exclusão; e 'coisas pertencentes à cidade' (*res publicae*), terras públicas, praças, aquedutos ou redes de esgotos. A rigorosa observância dessas distinções, nunca muito nítidas, antes um tanto nebulosas no tempo e no espaço, ficava sob a responsabilidade de um administrador. (...) na cidade – onde os commons rurais adjacentes, ainda sem dono, eram progressivamente privatizados por grandes proprietários rurais – e, mais tarde, por toda a extensão de um gigantesco império conquistado, essa técnica jurídica tornou os romanos capazes de resolver questões de coexistência de tal modo que cada problema podia ser resolvida segundo uma regra jurídica preestabelecida, com raízes na propriedade individual absoluta, terminando por levar a soluções subsequentes semelhantes." (MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 85-86).

aquelas não pertencentes a ninguém, insuscetíveis de apropriação individual, e as *res universitatis*, destinadas ao uso comum por uma universalidade de indivíduos indefinida,<sup>19</sup> as *res nullius*, coisas sem dono, e as *res derelictae*, coisas abandonadas e ainda não apropriadas por outras pessoas. Haveria ainda as *res hostium*, caracterizada como as coisas dos inimigos, inamistáveis e hostis à Roma.

20

Os romanos não faziam uma distinção clara entre as *res communes omnis* e as *res nullium*, possivelmente eram tratadas de forma diferente, notadamente pela impossibilidade de apropriação individual das primeiras, dado que o contexto multicultural e a cosmovisão a qual estavam inseridos exigia entender o respeito ou ao menos a convivência com as tradições tribais das comunidades antigas, notadamente aquelas em que a terra era apenas produto de utilização e não passível de disponibilização individual absoluta, sendo respeitado o interesse da comunidade no pertencimento das terras comuns conquistadas que poderiam ser disponibilizadas pelo império a quem delas pudesse usufruir adequadamente e em benefício da ordem comum estabelecida.

### **02.1.2. O pertencimento no mundo romano como desvinculado dos dogmas modernos: a origem comunitária do *dominium*.**

As origens do pertencimento eram adstritas não a um poder individual da pessoa ou sua capacidade de dominação e submissão fática de objetos, mas muito mais ligado à sua qualidade dentro da comunidade, no caso, muito mais ligado à qualidade de cidadania ostentada pelo pater. Apenas os cidadãos romanos poderiam receber e utilizar as coisas públicas, e o poder absoluto sobre as coisas e as pessoas foi aos poucos sendo estendido também aos estrangeiros, sem se desconsiderar sua universalização diante dos povos conquistados.

A abstratização do *dominium* faz com que se altere o sujeito proprietário, do *civis* romano *pater* altera-se para a *persona*. O *civis* vira *persona*, podendo englobar escravos libertos, ou até mesmo profissionais domésticos, ou no serviço imperial ou público, o *dominium* passa a ser confundido com um direito, mas não exatamente assim tratado. Os trabalhadores urbanos ou rurais ainda que na sua maioria ligados

---

<sup>19</sup> Cf. CRETELLA, JR, José. Curso de Direito Romano, 24ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 116

<sup>20</sup> DIEZ, Manuel Maria. Manual de Direito Romano, vol I, p. 42.

à agricultura, podiam transitar entre as funções de escravos libertos ou tecnicamente homens livres; o trabalho escravo não era explorado de modo mais significativo que o trabalho livre, e não era a representatividade de um *dominium* que configurava o status daquele que o possui, e sim sua qualidade de cidadania.

Paulatinamente as referências ao *dominium* e à *proprietas* (de proprius) acentuaram ainda mais o poder absoluto e exclusivo do titular.<sup>21</sup> Tratava-se, segundo Moreira Alves, de poder semelhante à soberania do Estado, e não ao simples direito de propriedade, que é uma noção que só vai surgir muito tempo depois. O *dominium* ainda não se tratava de instituto abstrato, jurídico, porquanto ainda não existia a noção de propriedade como um direito em tese, mas como um dado da realidade tangível a cuja valoração agregaria um fator costumeiro, consuetudinário, político ou até mesmo ideológico.<sup>22</sup>

Além de uma função econômica, o *dominium* também deteve uma função político-jurídica, na visão de Paolo Grossi, o proprietário romano detinha um poder quase sem limites sobre a destinação da coisa, o que se assemelhava à soberania dos modernos pois não havia restrições ao seu poder, nada o prendia a qualquer finalidade ou utilidade da *res* senão o próprio e absoluto *poder* exercido pelo seu detentor. Em outras palavras, o *dominium* clássico é definido exatamente como um direito real supremo ou como uma relação jurídica de pertença que confere à pessoa sobre a coisa o senhorio do mais pleno conteúdo e de caráter indispensável por excelência. De fato, o *pater* tem em sua disponibilidade um leque indefinido de poderes, tão amplo quanto possível, quantitativa e qualitativamente, e seu *dominium* é verdadeiramente uma *potestas* que tende a escapar de limites de qualquer espécie, sejam eles de natureza privada ou publicística.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> “*Dominium* representa exatamente o poder que no antigo direito estava expresso na manus. *Proprietas* representa, ao contrário, a relação entre a pessoa e a coisa, sinal da ligação, do vínculo (...). Na verdade, as duas expressões, *dominium* e *proprietas*, examinam de um ponto de vista diferente um idêntico conceito.” (STEINWASCHER NETO, Helmut. Origem e espécies de propriedade no direito romano. Revista Da Faculdade De Direito De São Bernardo Do Campo, 2015. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/230>. Acesso 19/04/2021, p. 172).

<sup>22</sup> “O *dominium* clássico é a projecção, no terreno da objectividade, no campo das coisas, da personalidade do *pater*, é a expressão típica da sua preeminência, é a própria afirmação e expressão da sua liberdade: para isso a razão é antes de tudo senhorio, *potestas*, vínculo duradouro, pelo vínculo de pertença, entre objeto e sujeito; por isso é geneticamente, é claro, incompatível e até repugnante a qualquer carga de índole real. O *dominium* constitui uma conclusão irreprimível para a pessoa do *pater*, representa a realização da sua completude, pois graças a ela estende o seu poder também ao mundo das coisas.” (cf. GROSSI, Paolo. Le situazioni reali Nell’esperienza giuridica medievale. Padova, Cedam – Casa Editrice Dtt. Antonio Milani, 1968, p. 19).

<sup>23</sup> Cf. GROSSI, Paolo. Le situazioni reali Nell’esperienza giuridica medievale. Padova, Cedam – Casa Editrice Dtt. Antonio Milani, 1968, p. 17-19.

A instrumentalização das trocas comerciais, inclusive as relações familiares na época do lácio eram adstritas à dominação do *pater*.<sup>24</sup> A *mancipatio* – transmissão tanto de bens tangíveis e materiais, como de pessoas, familiares, escravos, filhos, mulheres, – ordenava as trocas comerciais, enquanto que a coisa pública precedente à ideia da propriedade pautava-se no pertencimento coletivo do necessário à fruição geral,<sup>25</sup> como objetos de compartilhamento entre todos os membros da comunidade. Da comunidade era de onde se originava a efetiva relação de pertencimento e a dominação dos elementos e instrumentos advindos das conquistas,<sup>26</sup> pois na origem as coisas eram comuns e os homens eram livres de toda dominação política.<sup>27</sup> Conforme Mattei e Capra:

“(…) Nas sociedades pastoris ou semipastoris – como a sociedade pré-romana ou, ainda, em vilarejos remotos em lugares como Afeganistão, Iêmem, Somália, Mali, ou regiões andinas onde ainda existem sistemas patriarcais semelhantes – a maior parte da terra é de propriedade comum e usada conforme as necessidades de povos seminômades. Nessas condições de poder descentralizado, a solução dos conflitos patrimoniais é crucial para a sobrevivência do vilarejo ou da sociedade. Contudo, as soluções tradicionais não são entendidas como questões geridas por profissionais, em que um litigante individual está ‘certo’ e ganha, enquanto o outro está ‘errado’ e perde. As pessoas entendem que ainda terão de viver juntas depois de resolvida a questão. Assim, o mais comum é que a

---

<sup>24</sup> “Na origem, nos séculos VIII e VII a.C., Roma é dominada pela organização clânica das grandes famílias, as gentes, bastante semelhantes às *yevn* (clãs) gregas. A autoridade do chefe de família é quase ilimitada; uma solidariedade activa e passiva liga entre si todos os membros da gens; a terra, embora objeto de apropriação, é inalienável. Desde o começo da República (século V antes da nossa era), a evolução precipitou-se pelo papel crescente dos plebeus, provavelmente estrangeiros, comerciantes e agricultores, vivendo à margem da organização das gentes. Os conflitos sociais que opuseram as gentes e a plebe conduziram a uma certa igualdade política, religiosa e social. Os plebeus obtiveram pouco a pouco a faculdade de utilizar o mesmo direito privado que os patrícios; ao mesmo tempo, esse direito privado tendia a romper com a solidariedade clânica” (GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed., 1995, p. 84-85).

<sup>25</sup> As relações de pertencimento ou de dominação encontram respaldo também na teologia cristã, segundo Michel Villey, “*Deus concedeu o dominium à humanidade, coletivamente: de sorte que, na origem, todas as coisas eram comuns*”. Cf. VILLEY, Michel. O Direito e os Direitos Humanos. Ed. Wmf Martins Fontes, São Paulo, 2007, p. 135.

<sup>26</sup> Cf. VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 257.

<sup>27</sup> O que substituirá o *populus romano*, o povo como detentor da *res publicae*, será apenas o príncipe na formulação dos primórdios do estado moderno. O príncipe substituirá o *populus romano*, cabendo-lhe o domínio da *res publica* com o mesmo título que competia ao povo (cf. CRETELLA JUNIOR, p. 25). Com a queda de Roma, a ideia de patrimônio do povo dissolve-se, porque seja pela apropriação individual pelos Barbaros que repartem os bens conquistados entre reis e soldados, seja pela assunção pelo príncipe dos bens da coletividade, o que era do povo passa ao príncipe. No medievo a ideia de domínio desaparece, e a ideia de poder político central e centralizante também desaparece (se é que algum dia existiu antes), pois o domínio confunde-se com o poder de fato, e não há garantias ao uso público dos bens, salvo algumas cidades livres onde permanecem espaços públicos sem qualquer configuração jurídica. Somente com a sobrevivência da ideia de soberania, na modernidade, é que é possível pensar em acervo de bens servientes ao desfrute da coletividade (cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens públicos: função social e exploração econômica: O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2009, p. 64).

solução consista numa busca de conciliação entre os grupos. Em vez de impor a concordância de uma parte mediante um sistema preexistente de regras formais, especializadas, descritas por um ramo profissional do direito, as decisões são tomadas com um olho voltado para as relações futuras.”<sup>28</sup>

A relação de pertencimento em si não era categorizada, ou entendida por intermédio de critérios jurídicos, como *Jus*, mas tão somente como uma situação fática de poder existente em que o direito necessariamente não se envolvia.<sup>29</sup> Não havia ainda sido moldada a ideia de um direito abstrato e subjetivo inerente ao cidadão nem tampouco a abstratização da propriedade,<sup>30</sup> o que nos remete ao coletivismo e à percepções notadamente diferentes do que viria a ser posteriormente construído na modernidade eurocêntrica.<sup>31</sup>

As coisas fora do comércio para os romanos somente integrariam o âmbito econômico caso pudessem ser singularmente apropriadas (*res singulorum*), podendo-se identificar as coisas fora do comércio como um plexo de bens pertencentes ao povo, divididas já no período pós republicano em coisas oriundas do direito divino (*res divini iuris*) e coisas de direito humano (*res humani iuris*). Estas últimas por sua vez dividiam-se na *res commune*, que não pertenciam a ninguém pois insuscetíveis de apropriação individual, e na *res publicae*, bens que

---

<sup>28</sup> MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 84-85.

<sup>29</sup> Sobre essa característica da diversificação entre os poderes fáticos e o direito, como uma estrutura não monista e universal, ver VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 255-261.

<sup>30</sup> “(...) o *dominium*, por nós chamado de direito de propriedade, que se tornou para nós o arquétipo e o modelo do direito subjetivo, não nos é apresentado em Roma sob o qualificativo de direito. Quando, em Roma, é estabelecido o catálogo de direitos, dos jura de que pode gozar um indivíduo, não se inclui o *dominium*: ao contrário – ainda que isso possa surpreender -, essas noções são contrapostas nesse rol (...). E tampouco se considera *jus* o direito de crédito, outra espécie central, para nós, de direito subjetivo: em Roma, o que chamam de *jus* não é o poder do credor, o direito de crédito, mas a própria obrigação, o *vinculus juris*, a relação que liga objetivamente o credor e devedor.” VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 258. No direito romano, segundo MOREIRA ALVES, “...não havia sequer lugar para o que chamamos direito subjetivo, porquanto, para seus jurisconsultos, no mundo jurídico somente se distinguem as *personae* (pessoas), as *res* (coisas) e as *actiones* (ações); e o que hoje consideramos direito subjetivo se enquadrava entre as *res* (coisas). Os romanos só teriam conhecido instituições jurídicas objetivas (*personae*, *res*, *actiones*); eles encaravam o direito sob um ângulo puramente objetivo, não conferindo às pessoas as faculdades que, para os modernos, são direitos subjetivos.” (MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito Romano, 18ª edição, Ed. Forense, p. 122).

<sup>31</sup> “(...) é claro que os romanos conheciam a ideia dos poderes do indivíduo – mas sem dar a esses poderes a qualidade de jurídicos, sem chamar esses poderes de direitos. (...) O mundo romano está cheio de senhorios – de *dominia*, de *manus*, de *imperia*, de *potestates*. (...) Devemos até reconhecer nele, se o compararmos com o mundo germânico, um toque de individualismo. A Roma clássica não conhece essas comunidades de povoados ou de vastas tribos praticadas na Germania dos primeiros séculos de nossa era. (...)” (VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 257).

apesar de serem suscetíveis de apropriação particular, eram aplicados ao uso geral incondicionado e gratuito pelo povo, como ruas e caminhos.<sup>32</sup>

Há ainda as coisas que embora sejam extra patrimônio, não necessariamente eram extra comercio, caso da *res nullius*, entendida como aquelas coisas que não pertenciam a ninguém, mas suscetíveis de apropriação, e as *res derelicta*, que compreenderiam as coisas abandonadas que ainda não foram apropriadas por qualquer pessoa, mas que poderiam ser encontradas, apossadas e, via de consequência, comercializadas. O *dominium* enquanto situação representativa atribuía ao *civis* romano o *fundus* estendido a uma espécie de meio de produção, com o conjunto ordenado de instrumentos de cultivo e cultura, escravos, serviçais, que agregavam à organização econômica baseada na lógica familiar como própria e inerente à estrutura política administrativa do império.<sup>33</sup>

É fato que as relações de pertencimento são tão antigas quanto as relações familiares, datam de séculos, de épocas tão longínquas quanto a própria existência humana. Nascem de relações puramente comunitárias, nas quais um chefe do clã receberia certas porções de terra por tempo indeterminado, tendo a obrigação de cultivar o solo durante toda a sua vida, e depois da sua morte, o pertencimento sobre a terra passaria aos seus filhos. Caso excepcionalmente não tivesse herdeiros, a terra seria devolvida para a tribo. As mulheres não herdavam as terras, tendo em vista que poderiam transpor-se a outras famílias, o que alteraria a estrutura social.<sup>34</sup>

Mesmo na antiga Roma as relações de pertencimento já eram centradas no pater, muito embora a terra ainda assumisse uma estrutura comunal, uma comunhão agrária, na qual todas as tribos poderiam utilizar-se do solo explorando os seus recursos sem, contudo, ter o direito de aliená-lo, tendo em vista que a terra pertencia ao clã e não à uma única pessoa dessa comunidade.<sup>35</sup> Percebe-se assim que mesmo na antiguidade clássica as relações de pertencimento possuíam uma destinação familiar, comunitária, ainda que por vezes não se

---

<sup>32</sup> Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito Romano, 18ª edição, Ed. Forense, p. 173.

<sup>33</sup> SEIXAS MEIRELLES, Marx e o direito civil. Coimbra: Almedina, 1992. p.154. "Não só as coisas de necessária fruição coletiva (como vias, praças, locais de convívio), mas até mesmo os meios de produção eram objeto de compartilhamento entre todos os membros da comunidade (...) As comunidades rurais se mantiveram durante muito tempo dentro das instituições primitivas." (MAYER, Otto. Derecho Administrativo Alemán, tomo III, 2 ed., Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 96).

<sup>34</sup> Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1942.

<sup>35</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1942.

aproximem de uma estrutura individualizada, em muitas situações eram delas decorrentes.

Não obstante essa ausência de referibilidade entre as estruturas fáticas de submissão e o fenômeno jurídico, é coerente afirmar, conforme assevera Seixas Meireles,<sup>36</sup> que sempre existiu “uma relação estrutural entre o plano dogmático-jurídico (o nível das formas jurídicas) e o nível econômico, quer dizer, entre o direito e a economia.”<sup>37</sup>

Mesmo na antiguidade clássica as famílias romanas como célula do império eram vistas como instrumentos para trocas econômicas e de organização político administrativa. E foi justamente esse sistema econômico jurídico que manteve as condições de possibilidade para a manutenção do império, o que somente passou a dar sinais de esgotamento com o paulatino esvaziamento da estrutura organizacional que garantiam as condições do comércio.

O sistema econômico romano, amparado em uma economia agropastoril e escravagista, passou a dar sinais de esgotamento quando sua estrutura política militar não conseguiu mais garantir as condições de segurança para a perpetuação das trocas comerciais e do povoamento das cidades. A heterogeneidade cultural advinda das denominadas invasões apresentou inescapável influência para que as estruturas jurídicas pautadas e direcionadas à proteção unicamente do cidadão romano, ainda que existisse um direito próprio para o trato comercial com estrangeiros, não conseguissem perpetuar a manutenção dos traços econômicos anteriormente existentes. As instituições políticas e administrativas do império eram em muito dependentes das trocas comerciais que envolviam não somente as famílias romanas chefiadas pelo pater, mas também os estrangeiros.

A crescente miscigenação cultural diante das migrações de povos com concepções cosmológicas bastante diferenciadas, os constantes confrontos decorrentes do entrelaço habitual de valores e cosmovisões coletivas, de sistemas fortemente escravagistas, o paulatino desaparecimento das populações urbanas, dado o insucesso do império ocidental em manter as condições de segurança para os habitantes das cidades, fez com que sobreviesse uma desagregação dos núcleos administrativos e militares e restassem os mercados

---

<sup>36</sup> SEIXAS MEIRELLES, Marx e o direito civil. Coimbra: Almedina, 1992. p.153.

<sup>37</sup> SEIXAS MEIRELLES, Marx e o direito civil. Coimbra: Almedina, 1992. p.153.

despossuídos dos excedentes de produção, com as populações cada vez mais migrando para as áreas rurais e passando a realizar a produção somente para o autoconsumo. O colapso das estruturas políticas-militares e econômicas gerou o consequente desaparecimento dos tributos, terminando com a principal fonte de renda da população urbana.

A involução de um sistema econômico anteriormente florescente, decorreu fundamentalmente do colapso de uma economia fechada, que não soube conviver e se adaptar à crescente heterogeneidade cultural e cosmológica. A crise do terceiro século, decorrente em grande parte da tendência de militarização de todo o império, atrelado à peste, e às dificuldades econômicas, fez com que o império passasse a diminuir a mineração, o comércio de longa distância, ocasionando a diminuição cada vez mais acentuada do dinheiro que circulava nas cidades.

As migrações dos povos germânicos, superior à capacidade do império de assimilar os migrantes, e a interrupção do acesso ao ouro e à prata, a diminuição dos créditos, fez com que o império passasse a sofrer uma acentuada crise econômica da qual não mais de recuperaria. O esvaziamento das cidades e a paulatina migração para os campos depois de perdidas as condições de segurança e sustentabilidade do aparato administrativo militar das cidades, fez enfraquecer cada vez mais o império ocidental, culminando com a queda de Roma em 476 D.C., com a deposição do último imperador do ocidente - Rômulo Augusto.

Com o colapso da civilização romana ocidental, as cidades foram sendo cada vez mais esvaziadas, as invasões, revoltas e saques, a falência das estruturas militares, e a crise econômica e comercial, fizeram o império sem quaisquer condições de manter a unidade territorial e a estrutura econômica e administrativa funcionando. Após uma extensa e implacável decadência urbana e econômica, o colapso das estruturas políticas administrativas do império ocidental, em razão das perdas territoriais e da miscigenação cultural entre os povos latinos-romanos e germânicos, as tribos chefiadas pelos reis (guerreiros mais destacados) começaram a fazer alianças com nobres no intuito de distribuições de pedaços de terra visando segurança e vigilância recíproca.

Os povos germânicos possuíam costumes diversos, mais arraigados à terra e a reciprocidade e interdependência com o entorno que os circundavam sendo mais ligados à cosmovisão cultural que os encobriam. A relação de pertencimento coletivo

e reciprocidade derivada da miscigenação cultural com povos de forte e primitivo espírito coletivo, fez da descentralização política um processo cada vez mais latente.

O retrocesso econômico significativo e principalmente a heterogeneidade cultural, com a miscigenação de povos culturalmente diferenciados, alheios às estruturas econômicas-sociais dos romanos, o esvaziamento da atividade econômica anteriormente existente e a migração cada vez maior para as áreas rurais, redundou paulatinamente na formação de reinos autônomos e autossuficientes militarmente e economicamente, com a produção para o autoconsumo e materialização de formas peculiares de tratamento das comunidades e sua relação com a terra.

Perdidas as condições de segurança das cidades, os reinos agrários autossuficientes foram se fazendo aparecer diante um recíproco apoio entre os monarcas, nobres e a necessidade de proteção militar. As áreas rurais passaram paulatinamente a ostentar castelos e fortalezas para proteção recíproca de seus habitantes, com organização interna própria, com seus servos e camponeses, a sustentar as castas de nobres fundadas no pagamento de altíssimos tributos, pedágios, taxações, somas à nobreza e a seus senhores.

O medievo moldou-se por um pensamento político religioso que sedimentou uma concepção cultural que refuta o ainda desconhecido sistema econômico do lucro e da acumulação (a usura é pecado para os medievais), formando uma amálgama de valores e conceitos peculiares advindos de concepções heterogêneas e pautadas em uma miscigenação cosmológica espelhada no divino, que apenas ostentam como característica a ausência de qualquer coincidência ou interrelação com os anteriores modelos de organização estudados no ocidente.

## **02.2. A ORDEM JURÍDICA MEDIEVAL COMO PRECURSORA DAS ESTRUTURAS MULTIFACETADAS E COMUNITÁRIAS: UMA RETROSPECTIVA NECESSÁRIA.**

### **02.2.1. A desfragmentação e o pertencimento compartilhado: o medievo como uma estrutura ancorado no multiculturalismo.**

Não é possível pensar no medievo com a mesma pré-compreensão formatada pelos signos correntes da ciência jurídica moderna, como a noção de

Estado, soberania,<sup>38</sup> ou a ideia de legalidade aproximada ao que é hoje. Tampouco é possível se pensar o direito do medievo como arraigado à noção reduzida da percepção dicotômica da ciência moderna, baseado estruturalmente na relação entre sujeito e objeto. No medievo as estruturas sociais formam pressuposições diferenciadas e bastantes dissociadas do que foram retratar após a modernidade racionalista eurocêntrica. A Idade Média não se tratou somente de um período de transição entre a época clássica e a modernidade, mas ostentou características próprias e muito peculiares. Paolo Grossi bem sintetiza essa realidade:

“(…) a mentalidade primitiva, ao agigantar a realidade objetiva, tende a se fundir com os fenômenos, a não estabelecer limites para a consciência e o fenômeno. E a misturar sujeitos e objetos em uma realidade cósmica única e unitária que misteriosamente liga uns aos outros numa inseparável dimensão vital. A consciência do primitivo é, em suma, uma consciência não autônoma, impotente para refletir sobre a realidade circundante e, por sua vez, potencialmente levada a se sentir participe dessa realidade no âmbito de uma ordem que supera sujeito e objeto e os insere numa única organização cósmica.<sup>39</sup>

O início dessa construção factualista do medievo se deu pela miscigenação cultural advinda da época das grandes migrações, movimento intitulado muitas vezes com a equívoca expressão de “invasões” dos povos germânicos, normandos e bálticos ao império do Lácio. A partir de meados do século IV se observou uma heterogeneidade social capaz de refundar as bases econômicas e sociais da Europa ocidental. As estruturas jurídicas pautadas e direcionadas à proteção unicamente do cidadão romano, ainda que existisse um direito próprio para o trato comercial com estrangeiros, não conseguiu perpetuar a manutenção das bases econômicas e sociais anteriormente subsistentes.

Com a miscigenação cultural diante da presença na circunscrição do império de povos com concepções cosmológicas bastante diferenciadas, paulatinamente se observou o desaparecimento da população urbana. O colapso das estruturas políticos-militares gerou o conseqüente desaparecimento dos tributos, terminando com a principal fonte de renda da população urbana.

---

<sup>38</sup> “(…) o fundamento da soberania reside na hierarquia das naturezas no contexto da ordem do mundo e não na vontade humana enquanto tal, ditando suas próprias leis e se submetendo à autoridade que ela reconhece. RENAUT, Alain. O indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito. Tradução Elena Gaidano. Rio de Janeiro, DIFEL, 1998, p. 11.

<sup>39</sup> GROSSI, Paolo. A ordem jurídica medieval. Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2014, p. 84.

A descentralização política cada vez mais latente; o retrocesso econômico significativo e principalmente, a heterogeneidade cultural, a miscigenação com povos culturalmente diferenciados, alheios às antigas estruturas econômicas-sociais dos romanos, foram esvaziando a atividade econômica anteriormente florescente, redundando em uma migração cada vez mais acentuada para as áreas rurais, gerando a formação de reinos autônomos e autossuficientes, com a produção para o autoconsumo e a materialização de formas peculiares de tratamento das comunidades e sua relação com a terra.

Contribuiu para tal cenário a própria organização interna dos reinos germânicos, com os guerreiros sendo nomeados reis dos povoados, e concedendo porções de terras aos nobres, o que redundou em um processo cada vez maior de fragmentação. Foram sendo construídos castelos e fortalezas, para proteger os povoados e aldeias de saques e invasores, alheio à necessidade de proteção militar surgiam os acordos que envolviam a concessão de terras e as taxações, com a fragmentação acentuada veio a ordem de poderes descentralizados, com a força dos costumes e as conhecidas relações de vinculação entre a terra e os seus instrumentos.

“(…) Em 430 santo agostinho morre, a influência do cristianismo é ascendente, e Roma cada vez mais decadente, com invasões e tumultos urbanos frequentes. “Depois que agostinho morreu, o império foi derrubado por invasores, e durante os séculos seguintes o comércio ruiu. As comunidades se voltaram para si, cultivando alimento para consumo próprio, em vez de comprá-lo e vendê-lo. As cidades encolheram, e as pontes e estradas dos romanos desmoronaram. Do tecido único do império, surgiu uma colcha de retalhos de governantes locais. O fio que os unia era a nova fé cristã e os ensinamentos de homens como agostinho<sup>40</sup>

A maioria das terras agrícolas da Europa ocidental e central, conforme leciona Leo Huberman, foram a partir do século VI, sendo divididas e reconhecidas como “feudos”. O costume, no período medieval, tinha a força das leis do século XX. Não havia um governo forte na Idade Média capaz de se encarregar de tudo, e por isso

---

<sup>40</sup> KISHTAINY, Niall, Uma breve história da economia, 2ª edição, Porto Alegre, 2019, p. 22.

uma constelação de poderes conviviam entre si em coordenação e harmonia espelhados no divino. <sup>41</sup> Como pondera Marques Neto:

“(…) na Alta Idade Média, a noção de poder político central (Estado em sentido amplo) desaparece, passando a relação de domínio a depender do poder de fato, sem qualquer garantia de uso público, salvo em alguns casos nas Cidades Livres onde remanesceu algum espaço público, sem, porém, grande configuração jurídica. Posteriormente, com a unificação territorial e o surgimento da ideia de soberania, volta a ser possível cogitar de um acervo de bens servientes ao desfrute da coletividade, passando o rei a concentrar no seu patrimônio os bens de propriedade da Coroa e aqueles necessários à fruição da sociedade.” <sup>42</sup>

A posse das terras não significava que pudessem fazer dela o que bem lhes conviesse, a posse redundava em deveres, que tinham de ser cumpridos, sob pena de lhes ser tomada a terra. Um feudo consistia, conforme Huberman, apenas em uma aldeia e as várias centenas de acres de terra arável que a circundavam, nas quais o povo da aldeia trabalhava, <sup>43</sup> eram um povoado circunscrito a determinado senhor. Havia regras estipuladas que os servos ou seus filhos não poderiam casar-se fora dos domínios, exceto com permissão especial, dado que nenhum senhor queria perder seus trabalhadores. <sup>44</sup> Conforme Leo Huberman:

“(…) Na orla da terra arável havia, geralmente, uma extensão de prados, terrenos ermos, bosques e pastos. Nas diversas localidades, os feudos variavam de tamanho, organização e relações entre os que os habitavam, mas suas características principais se assemelhavam, (...). Cada propriedade feudal tinha um senhor. (...) não havia ‘senhor sem terra, nem terra sem senhor’. (...) fosse um castelo ou apenas uma grande propriedade rural, eram sempre fortificados. Nessa moradia fortificada o senhor feudal vivia (ou o visitava, já que frequentes vezes possuía vários feudos; alguns senhores chegavam mesmo a possuir centenas) com sua família, seus empregados e funcionários que administravam a propriedade. Pastos, prados, bosques e ermos eram usados em comum, mas a terra arável se dividia em duas partes. Uma, de modo geral a terça parte do todo, pertencia ao senhor e era chamada seus ‘domínios’; a

---

<sup>41</sup> Cf. HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem. Do feudalismo ao século XXI, 22ª ed., Rio de Janeiro, LTC, 2020, p. 08.

<sup>42</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens públicos: função social e exploração econômica: O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2009, p. 64.

<sup>43</sup> HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem. Do feudalismo ao século XXI, 22ª ed., Rio de Janeiro, LTC, 2020, p. 04.

<sup>44</sup> Cf. HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem. Do feudalismo ao século XXI, 22ª ed., Rio de Janeiro, LTC, 2020, p. 08.

outra ficava em poder dos camponeses que, então, trabalhavam a terra.”  
45

As relações de suserania e vassalagem diante o recíproco apoio com o fornecimento de terras em troca de apoio militar, nas áreas rurais, paulatinamente foi tornando o costume uma fonte forte e confiável do direito. As fortalezas que serviam para proteção recíproca de seus habitantes, com organização interna própria, baseada no costume, as obrigações que os servos tinham para com os senhores, e as que o senhor devia ao servo – por exemplo, proteção no caso de guerra, eram todas estabelecidas e praticadas de acordo com o costume.<sup>46</sup>

Os servos, os vassalos, os aldeões ou os camponeses, não eram ligados pessoalmente aos seus senhores, mas sim caracterizados como instrumentos da terra, como que pertencentes a ela, mediante o fato social de que toda a terra para ser usufruída necessitava de seu *fundus*. A *res* no medievo era despossuída de autonomia e como parte de um todo existencial que não se racionalizava separadamente, era tida como um elemento de interdependência com a multiplicidade de relações não pessoais por ela instrumentalizada, não existindo assim o indivíduo separadamente de sua base fundiária, não era sujeito se separado de sua coletividade. Como assentou Leo Huberman:

“... O senhor do feudo, como o servo, não possuía a terra, mas era, ele próprio, vassalo de outro senhor, mais acima da escala. O servo ou aldeão ‘arrendava’ sua terra do senhor do feudo que, por sua vez, ‘arrendava’ a terra de um conde, que já a ‘arrendara’ de um duque, que, por seu lado, ‘arrendava’ do rei. E, às vezes, ia ainda mais além, e um rei

---

<sup>45</sup> HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem. Do feudalismo ao século XXI, 22ª ed., Rio de Janeiro, LTC, 2020, p. 04.

<sup>46</sup> “(...) no período feudal a terra produzia praticamente todas as mercadorias de que se necessitava e, assim, a terra e apenas a terra era a chave da fortuna de um homem. A medida de riqueza era determinada por um único fator – a quantidade de terra. Esta era, portanto, disputada continuamente, não sendo por isso de surpreender que o período feudal tenha sido um período de guerras. Para vencer as guerras era preciso açambarcar tanta gente quando possível, e a forma de fazê-lo era contratar guerreiros, concedendo-lhes terra em troca de certos pagamentos e promessa de auxílio, quando necessário. (...) Os príncipes e nobres que mantinham terras em troca de serviço militar concediam-nas, por sua vez, a outros, nas mesmas condições. Os direitos contraídos e os deveres em que incorriam variavam consideravelmente, mas eram quase os mesmos na Europa ocidental e uma parte da Europa central. Os arrendatários não podiam dispor das terras como desejassem, pois tinham que obter o consentimento de seus senhores e pagar certos impostos, se a transferissem a outrem. Do mesmo modo que os herdeiros das terras camponesas tinham que pagar uma taxa ao senhor do feudo ao tomar posse de sua herança, assim o herdeiro de um senhor também pagava essa obrigação a seu senhor imediato. (...) Esses eram alguns dos deveres a que um vassalo estava obrigado para com o seu senhor feudal, em troca de terra e proteção que recebia. Havia outros. Se o senhor era tomado como refém por um inimigo, estava entendido que seus vassalos ajudariam a pagar por sua libertação. Quando o filho do senhor era sagrado cavaleiro, devia, pelo costume, receber uma ‘ajuda’ de seus vassalos – talvez para pagar as festividades comemorativas.” (HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem. Do feudalismo ao século XXI, 22ª ed., Rio de Janeiro, LTC, 2020, p. 10).

‘arrendava’ a terra a um outro rei! (...) Alguns nobres possuíam vários feudos, outros alguns domínios, e outros tinham vários feudos espalhados por lugares diferentes. (...) o rei, que nominalmente era o dono de toda a terra, possuía várias propriedades espalhadas por todo o país. As pessoas que arrendavam diretamente do rei, fossem nobres ou cidadãos comuns, eram chamados ‘principais arrendadores’. À medida que o tempo corria, as propriedades maiores tendiam a ser divididas em arrendamentos menores, mantidos por um número cada vez maior de nobres de uma linhagem ou de outra. (...) Simplesmente porque os senhores descobriam a importância de ter tantos vassalos quantos pudessem, e a única forma de o conseguir era cedendo parte de sua terra.”<sup>47</sup>

Essa percepção existencial do ser humano pertencente à sua comunidade, como elemento dela interdependente, era em muito influenciada pela cultura dos povos orientais, dominantes daquela época. A Europa detinha uma estrita correlação com o oriente, pois ao mesmo passo que os povos do ocidente se fragmentaram, o império romano do oriente, posteriormente denominado de Império Bizantino, manteve sua integridade, deixando de desagregar muitas vezes ao custo de elevados subornos para evitar guerras e separatismo, uma maior heterogeneidade e proximidade com a cultura árabe oriental e com a influência e opulência dos povos muçulmanos fez também essa estrutura social se perpetuar por vários séculos.

### **02.2.2. A influência de diferentes cosmovisões na formação da cultura jurídica ocidental: um direito extraído dos fatos.**

Há uma notória influência do multiculturalismo e da convivência entre diversas cosmovisões de mundo no medievo para a implementação de contextos diferenciados na formação da estrutura jurídica da época, pautada em grande parte em estruturas de pertencimento compartilhado e com base ligadas ao comunitarismo. É fato que os orientais influenciaram em muito a formação da cultura jurídica ocidental nos momentos antecedentes à descoberta das Américas. A Europa era tida como um mundo periférico, em que os avanços da civilização e do comércio se devia definitivamente ao sistema-mundo existente no mundo árabe e oriental, cujas concepções notoriamente diferenciadas vieram a conflitar e a se reduzir diante do racionalismo proprietário moderno.

---

<sup>47</sup> HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem. Do feudalismo ao século XXI, 22ª ed., Rio de Janeiro, LTC, 2020, p. 09.

Os orientais souberam melhor estudar e incorporar os ensinamentos da cultura grega, <sup>48</sup> mais amplamente influenciados pela cultura árabe e muçulmana, que após a expansão islâmica do séc. VII ajudaram a moldar significativamente as bases culturais de Bizâncio, posteriormente renomeada para Constantinopla. Essa influência era latente e cosmológica, diferenciada, mas substancial para moldar o existencialismo comunitário do medievo.

Em 1.025 D.C., o Império Bizantino se estendia da Armênia no Oriente, partes do Irã e Iraque, até o sul da Itália, tendo indubitável contato com os árabes, o que fizeram incursionar em toda a cultura grega e incorporar os avanços tanto dos chineses quanto dos muçulmanos, dando origem ao fenômeno do renascimento. A miscigenação cultural com os povos árabes contribuiu para a perpetuação do império romano oriental, o qual somente conheceu sua queda em 1.453 D.C., com a conquista pelos turcos otomanos, inaugurando nesse marco para alguns historiadores a Idade Moderna.

É fato que a Europa ocidental se viu sitiada pelos Árabes após a expansão muçulmana do século VII. A expressão “árabe” é a uma composição etnolinguística, e a expressão “muçulmanos” é a de quem professa a religião do islã. Há árabes que são cristãos e árabes que são muçulmanos, porque professam a religião do islamismo. Foi por volta do século VII que Maomé, o último dos Profetas enviados por Deus, visualizou uma entidade angelical, que o fez tomar para si uma proposta de unificação monoteísta dos povos do Oriente Médio. Segundo a religião islâmica, Maomé é o mais recente e o último dos profetas do Deus de Abraão.

Como líder político e religioso, Maomé reunificou várias tribos Árabes na religião islâmica, o que permitiu a partir do século VII a expansão Árabe desde a Pérsia (hoje Turquia, Síria, Iraque) até a Península Ibérica, e ainda até as Filipinas, do outro lado do continente Asiático. A expansão Árabe que influenciou a

---

<sup>48</sup> Antes do Helenocentrismo a história é referenciada pelas influências orientais, como diz Dussel: “Não se deve confundir o conteúdo de eticidade cultural com a formalidade propriamente filosófica no tocante ao método que se originou na Grécia (embora com reconhecidos antecedentes no Egito e com processos paralelos na Índia ou China). Não se devem identificar, então, os conteúdos da cultura grega com a filosofia formalmente ou como tal. Frequentemente, se estudam textos míticos como o de Homero ou de Hesíodo como exemplos filosóficos, atendo-se aos seus conteúdos de eticidade, e se descartam outros relatos como o do Livro dos mortos egípcio, textos semitas ou hebraicos, dos Upanixades ou de Lao-Tsé, por não serem formalmente filosóficos (sendo ignorados como meros exemplos míticos, literários, religiosos ou artísticos). Não se percebe que o propriamente filosófico dos gregos não é a expressão mítica da “alma imortal” ou da “eternidade” e “divindade” da physis, mas o método filosófico formal, porque a “alma imortal” helênica ou a “ressurreição da carne” do Osíris egípcio são, ambas, propostas culturais de conteúdos de eticidade, que podem ou não ser tratadas filosoficamente, mas que não o são intrinsecamente.” (DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Ed. Vozes, Petrópolis, p.19-20).

composição e reestruturação do Império Bizantino, redundou também em situar a Europa como cultura dominada. A Idade Média então até o século XV (até 1.492 D.C) retratou uma cultura dominada e inferior. Os avanços Árabes no campo da ciência e das artes fizeram com que o Império Bizantino agregasse a miscigenação cultural e se tornasse um dos mais ricos e duradouros de todos os tempos.

Nesse sentido Enrique Dussel:

“O mundo romano oriental e helenístico (o greco-macedônico, o selêucida e o ptolomaico) se transformará no mundo bizantino; o mundo persa e todo o norte da África (nesse momento já cristianizado) se muçulmanizará. Sendo a região do Turan-Tarim a chave para os ‘contatos’ de todo o sistema asiático-afro-mediterrâneo, quem hegemonizar este horizonte geográfico controlará a totalidade do comércio do ‘sistema’: primeiro serão os persas, por pouco tempo os bizantinos e, definitivamente, os muçulmanos (árabes, turcos, mongóis). Esta área ‘central’ do sistema só será substituída a partir do século XV pelo Atlântico hispânico (como desenvolvimento do primeiro ‘sistema-mundo’). A Europa continental germânica ocidental fica isolada desde o século VII pela expansão muçulmana: essa ‘continentalização’ do centro da Europa e até do Mediterrâneo latino, sem contato como ‘centro’ do sistema inter-regional, é o que aparece, numa visão meramente eurocêntrica e provinciana, sob o nome de ‘Idade Média’.”<sup>49</sup>

Os Árabes incorporavam os territórios sem devastá-los, aprendiam suas línguas, costumes e ciência, e acabavam por avançar as civilizações que englobavam. Deles vieram os “numerais”, a “trigonometria”, os avanços na medicina, e os avanços econômicos do Império bizantino, que detinha mais estrita ligação comercial e cultural com o oriente. Os árabes eram comerciantes natos. Após capturarem chineses na sobredita expansão islâmica, os árabes aprenderam as técnicas que permitiam fabricar o papel, substituindo desde muito cedo o uso de peles de animais pelo papiro como suporte para a escrita. Já no século IX, os árabes possuíam um centro de tradução de manuscritos que intercambiava reflexões científicas bastante significativas para a época. Eles interpretaram melhor a filosofia grega e recepcionaram vários inventos chineses, tendo trazido para o ocidente vários dos avanços que permitiram o Renascimento cultural e filosófico que teve início no século XIII na Europa ocidental.

A Europa era periferia antes de 1.492, pois estava sitiada pelos Árabes, que ocupavam desde o Sul Espanha, Marrocos, até Mesopotâmia, Bagdá, e todo o

---

<sup>49</sup> DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão. Ed. Vozes, Petrópolis, p. 38.

Oriente Médio até Filipinas. As cruzadas foram artifício para recuperar as rotas comerciais com o Oriente, que segundo alguns historiadores, era na época o centro do sistema mundo.<sup>50</sup> Ao norte os romanos estavam sitiados pelos povos germânicos, Vândalos, Hunos, Godos (Visigodos e Ostrogodos), Francos, Anglo-saxões, Burgúndios e Lombardos, além dos povos bálticos. Ao sul estava sitiada pelos Árabes, que viriam a partir do século VII (690 D.C.) e século VIII (790 D.C), a se expandir e conquistar a península ibérica. Os Árabes somente foram expulsos da península ibérica no início da idade moderna, em 1.492 D.C., sendo a eles tributados muito da influência que logrou nos avanços que viriam a ocorrer culturalmente em épocas posteriores (como por exemplo, as grandes navegações).

As relações do Império Romano com os povos germânicos (que viriam a se tornar católicos) e com os Árabes (que viriam a se tornar muçulmanos ou islâmicos), rompeu a Igreja Católica na ocidental (Católica Apostólica Romana), e na Oriental (Católica Ortodoxa). Foi com a morte de Maomé em 632 D.C. que o Império Bizantino passou a diminuir significativamente. Muitas guerras até o século X e XI fizeram perder a península Itálica para os normandos, os muçulmanos árabes conquistaram Jerusalém, e a Europa se viu sitiada e apostou nas Cruzadas como uma forma de reconquista das antigas rotas comerciais. Por isso, os Europeus após toda a experiência medieval, com o fracasso de nove cruzadas, buscaram novas rotas comerciais. Apenas no século XIV os europeus saíram pelo Atlântico e encontraram as Américas (que possuía infindáveis recursos naturais), dando uma nova direção ao destino do continente europeu.

Essas circunstâncias fazem diferenciar significativamente o momento do Renascimento europeu, nos séculos XIII a XIV, com o posterior movimento do Iluminismo, que somente viria a ocorrer no século XVIII principalmente após as “revelações” do racionalismo científico. O renascimento foi um movimento em muito inspirado nas concepções culturais trazidas de Bizâncio, e, portanto, do contato com a cultura muçulmana e com a miscigenação advinda do oriente que serviu para melhor incorporar a estrutura sapiencial existente na Idade Média.

O renascimento cultural teve como ápice a redescoberta do conceito de pessoa e da razão individual, dando maior ênfase às experiências empíricas sob a

---

<sup>50</sup> Na expressão usada por Enrique Dussel. Cf. DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Ed. Vozes, Petrópolis, p. 38.

influência da escolástica tardia. Esse movimento buscou se desapegar dos rótulos dogmáticos da Igreja, empreendendo avanços significativos na compreensão da sociedade civil, reestruturando o entendimento a respeito da filosofia política, e da filosofia da natureza, buscando novos pressupostos para o humanismo desvinculados da anterior compreensão religiosa acerca da natureza humana.<sup>51</sup>

O homem e seu raciocínio lógico junto com a ciência, que passaria a se espelhar nos postulados matemáticos, formariam a nova medida para a análise da vida e do mundo objetivo extenso. Utilizar-se-iam dos conhecimentos trazidos do oriente, da matemática, da astronomia, da filosofia, e principalmente de conhecimentos da engenharia de navegação, para buscar novas rotas comerciais em razão das constantes crises ecológicas e alimentares sofridas pelo mundo ocidental europeu, ainda periférico, que experimentava dificuldades em larga escala na época, uma das razões para o surgimento das grandes navegações, retratada, na verdade, como o esforço dos reis monarcas absolutistas em encontrar novas rotas comerciais para solucionar sequenciais crises decorrentes do isolamento.

O período da fundação da Idade Média é aquele caracterizado pela *praxis*, pelos usos e costumes, pelo direito advindo do cotejamento de casos concretos com suas soluções, extraídos das tradições, das memórias e dos valores compartilhados. O medievo molda a edificação da ordem jurídica medieval e surgem dali mais caracteristicamente os saberes das escolas dos glosadores, comentadores e humanistas, que tanto influenciaram a cultura jurídica ocidental.

---

<sup>51</sup> A “(...) apreensão individualista da modernidade, - adota o indivíduo como valor supremo do mundo moderno, o faz designando constantemente o indivíduo como ser ‘independente, autônomo e, por consequência, essencialmente, não-social’. (RENAUT, Alain. O indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito. Tradução Elena Gaidano. Rio de Janeiro, DIFEL, 1998, p. 22). E de fato, na esteira da doutrina de Alain Supiot, “(...) foi só nos tempos modernos que a relação do sujeito com o objeto, do espírito e da matéria, tornou-se um princípio geral de inteligibilidade e de dominação do mundo. Procedente da crítica humanista dos saberes escolásticos e dos glosadores, essa nova maneira de compreender o mundo firmou-se nos séculos XVI-XVII, com a idéia de uma ciência fundamentada no cogito cartesiano e de um *ius commune* em virtude do império da razão e não mais em razão do império (*‘non ratione imperii, sed imperio rationis’*). O período contemporâneo que se abre em seguida com as Luzes é marcado pelo desaparecimento de Deus do palco institucional, e ele foi por essa razão interpretado como saído da religião e ‘desencanto do mundo’. Mas poderíamos da mesma forma ver aí um tríplice encantamento da Ciência (que tomou o lugar da Religião como Instância do Verdadeiro na escala do Universo), do Estado (promovido a Sujeito onipotente, fonte viva e suprema das leis) e, enfim, do Homem, que se tornou seu fim em si mesmo, independentemente de qualquer referência divina (com a reescrita da narrativa de suas origens de Hobbes e Rousseau a Rawls, e a fundação de uma religião da Humanidade, ligada ao positivismo científico e dotada de seu decálogo: a Declaração Universal dos Direitos Humanos).” (SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Tradução Maria Ennantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.14-15).

Na ordem medieval é possível entender um complexo consuetudinário já sedimentado e um direito pré-justiniano (direito romano vulgar)<sup>52</sup> que, posteriormente, passaria a se retroalimentar com a redescoberta do *corpus iuris civiles*, ainda não completamente compreendido, mesmo que em Bolonha fosse cada vez mais estudado e interpretado. Conforme apontam Mattei e Capra:

“(…) Com a morte de Justiniano (565 e.c.) e de seu sonho de reunificar o império romano, o Código perdeu autoridade e terminou sendo materialmente perdido pouco depois de sua promulgação. No alvorecer do século XI, reapareceu misteriosamente numa biblioteca perto de Pisa, onde alguém encontrou uma cópia. Rapidamente, tornou-se a obra fundamental para o ensino do direito na mais antiga universidade ocidental, que havia sido criada em Bolonha em 1088. Claro está que essa segunda vida acadêmica do direito romano não era mais patrocinada pelo poder imperial, cuja vigência já se perdera no tempo. Ao contrário, como os juristas gostam de dizer, a força do texto se impunha pelo ‘poder da razão’ (*imperio rationis*), e não pela ‘razão do poder’ (*rationi imperii*).

Na Europa continental, os juristas profissionais ainda garantiam o poder intelectual por trás de seu desenvolvimento e transformação, mas, em vez de ajudar a decidir os casos, centravam sua atividade no ensino e na pesquisa acadêmica. Graças a seu trabalho, o direito romano, adaptando-se progressivamente às novas circunstâncias, tornou-se o direito geral do continente europeu, fornecendo uma base comum em latim para a fundação de novas instituições em cidades-estados, municípios, reinos e impérios recém-estabelecidos. (…)

O jurista Irnério (1050-1125), autor das primeiras glosas e comentários sobre o Código redescoberto, criou a Escola dos Glosadores na Universidade de Bolonha em fins do século XI. O código continha a base textual para o ensino do direito, da mesma maneira que a Bíblia era o texto oficial para as escolas medievais de teologia. Portanto, a tradição jurídica da Europa continental, na ausência de robustas instituições políticas centralizadas, originou-se e expandiu-se em contextos acadêmicos.

---

<sup>52</sup> Na medida que o direito romano ia evoluindo, com a resolução de um número cada vez maior de conflitos individuais, tornava-se “mais complexo com o desenvolvimento das atividades sociais”. Segundo Mattei e Capra, “os pareceres jurídicos derivados de promulgações e depurações imperiais de fórmulas anteriores tornaram-se complicados demais e, em geral, mutuamente contraditórios, resultando mais em desordem jurídica do que em ordenamento jurídico”. Foi aí que o imperador Justiniano (482-565) “decretou que todo o corpo de direito fosse reformulado, simplificado, racionalizado e, só então, promulgado de uma vez por todas, exclusivamente por ele, na condição de supremo legislador do Império Romano. Essa compilação, concluída em 529 e.c., foi o *Corpus iuris civiles* (Corpo de Direito Civil), também conhecida como Código de Justiniano. O texto apresentava a primeira tentativa programada de criar um corpo de direito profissionalmente organizado em torno do poder e das prerrogativas de proprietários individuais, tendo a força da lei assegurada pelo poder do imperador. Também continha uma base conceitual para nossa concepção atual do direito – centrada na propriedade – que evoluiu a partir desse texto ao longo dos séculos subsequentes. Só por esse motivo, o *Corpus iuris* de Justiniano continua a ser o mais importante livro de direito jamais escrito, a obra fundamental da tradição jurídica ocidental.” (MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 87-88).

Esses primeiros eruditos do direito estavam basicamente interessados em compreender o sentido literal do *Corpus iuris civilis*. O texto continha um grande número de antigas situações romanas factuais e pareceres jurídicos relativos a essas situações, sem padrões ou princípios facilmente detectáveis.

(...) Junto com seus discípulos, Bartolo de Saxoferrato (1313-1357), eminente intelectual e jurista medieval, produziu um comentário acadêmico mais coerente e fundamentado em princípios. Esse comentário acadêmico sobre o direito Justiniano funcionava como o direito comum do continente europeu e, assim transformado, o direito romano tornou-se o texto oficial para o ensino do direito civil tanto na Europa continental quanto nas universidades de Oxford e Cambridge, na Inglaterra.”<sup>53</sup>

A partir do século XII, na visão de Grossi, houve o período de edificação da experiência jurídica medieval, com a formação de um rico laboratório sapiencial,<sup>54</sup> com um crescimento populacional e mudanças na paisagem agrária, um aumento na produção agrícola, um desenvolvimento econômico significativo, redundando na melhora das condições de vida das pessoas. Surgem os primeiros mercadores profissionais que se estabelecem nos entornos dos feudos e castelos, comercializam e trocam moedas com os viajantes que buscam mercadorias em diversos feudos.

As primeiras cidades, e uma classe de comerciantes que não se encaixam naquela ordem cósmica anteriormente existente, frutos de uma nova tessitura que passou a envolver o ocidente. Os burgos são as cidades instaladas nos entornos das muralhas dos feudos, com um comércio insipiente em seus arredores. Os banqueiros estabelecem-se nos arredores das fortalezas autossuficientes e alocam-se em bancos fundando os locais de trocas das várias moedas, diferenciadas entre os reinos fragmentados. É o gérmen do sistema bancário.

A ordem medieval ostentou uma experiência jurídica muito peculiar, com diferenças significativas do que se construiu posteriormente na modernidade. O direito não era uma verdade, um construído, mas um revelado, pela factualidade, representava a harmonia com a ordem cósmica e com o estabelecido. Não é possível pensar nas ordens jurídicas medievais sem antes se abster das pré compreensões da modernidade, pois não é possível pensar em conceitos como estado, legalidade, direito subjetivo, nem mesmo em sujeitos de direito individual,

---

<sup>53</sup> MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 89-90

<sup>54</sup> GROSSI, Paolo. A ordem jurídica medieval. Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2014, p. 92-93.

com a mesma compreensão dos conceitos formulados e perpetuados posteriormente. A maioria dos conceitos formulados pelo racionalismo jurídico moderno não pode servir como pressuposto diante das relações de factualidade e do comunitarismo presentes no medievo.

Os ocidentais, após a reconquista, enxergaram a necessidade de alcançar riquezas inexistentes na Europa; novas rotas comerciais que seriam encontradas nas américas; a busca pelo ouro, o saque de metais preciosos, e o extermínio de povos colonizados, foram a maneira encontrada para implementar uma forma de fazer civilização antes nunca vista no mundo.<sup>55</sup> Ao buscarem novas rotas comerciais encontrariam um novo mundo a ser subjogado. A descoberta das américas inaugurou para muitos historiadores a idade moderna e lançou as bases para o racionalismo científico que viria a partir de então se desenvolver.

## **02.3. O COMUNITARISMO REINANTE NO MEDIEVO: A ORIGEM DO TRANSINDIVIDUAL COMO DISSOCIADO DA RACIONALIDADE MODERNA.**

### **02.3.1. A comunidade como base referencial do medievo: os antecedentes do individualismo.**

O período medieval, que é normalmente correlacionado aos séculos VI ao XV, sem fronteiras bem definidas, não tratou somente de uma etapa de transição entre a época clássica e a moderna, mas antes de tudo ostentou características próprias e peculiares, centradas especificamente em uma descontinuidade não convergente com a maioria dos conceitos jurídicos formulados na modernidade.

No medievo as estruturas sociais formaram pressuposições diferenciadas e bastantes dissociadas do que foram retratar após a modernidade racionalista eurocêntrica. A construção factualista do medievo é fundada em uma miscigenação

---

<sup>55</sup> “(...) As aventuras quatrocentistas e quinhentistas de Cristóvão Colombo (1451-1506), Francisco Pizarro (1475-1541) e Hernán Cortés (1485-1547) na América Latina foram motivadas em grande parte pela necessidade de os reis castelhanos acumularem o ouro necessário para pagar dívidas contraídas com banqueiros privados em Gênova e na Suíça. As estruturas jurídicas da modernidade desempenharam um grande papel nessas extrações coloniais, que foram realizadas mediante a negação da dignidade legal às instituições jurídicas anteriores (baseadas nos bens e recursos comuns). Uma vez mais, a narrativa da conquista da América implica a doutrina da propriedade privada e da soberania pública, e juristas capazes de misturar duas categorias do direito que eram claramente separadas nos tempos romanos.” (MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 120).

cultural significativa, a partir de meados do século V repercutindo em uma heterogeneidade social forte e ao mesmo tempo consistente a ponto de refundar as estruturas econômicas e sociais anteriormente existentes.

As ordens jurídicas medievais foram precursoras de estruturas multifacetadas e comunitárias, com experiências jurídicas únicas e peculiares. Uma organização social caracterizada, na lição de Paolo Grossi, pelas ideias do comunitarismo que impunha a prevalência da coletividade diante a imperfeição do indivíduo, e do reicentrismo, que indicava a centralidade da terra e das coisas. A terra funcionalizava os grupos dotando-lhes de significativa dimensão de reciprocidade e interdependência, e a existência humana não era vista como autossuficiente a ponto de se desvincular da realidade comunitária. Conforme Leo Huberman:

“(...) o servo (...) não podia ser vendido fora de sua terra. Seu senhor poderia transferir a posse do feudo a outro, mas isso significava apenas que o servo teria novo senhor; ele próprio, porém, permanecia em seu pedaço de terra. Esta era uma diferença fundamental, pois concedia ao servo **uma espécie de segurança que o escravo nunca teve. Por pior que fosse seu tratamento, o servo possuía família e lar e a utilização de alguma terra.** Como tinham, realmente, segurança, acontecia por vezes que uma pessoa livre, mas que por um motivo ou outro se encontrava arruinada, sem lar, terra ou comida, ‘oferecer-se-ia (a algum senhor, como servo), uma corda no pescoço e uma moeda na cabeça.”<sup>56</sup>

O indivíduo, como ensina Grossi, ou era atraído pela coisa até se tornar quase pertencente a ela, ou era atraído pelo grupo intermediário, que lhe dava proteção e possibilidade de sobrevivência. As condições de existência eram de fato não potencializadas, sobretudo porque o indivíduo não se via enquanto sujeito se separado de sua coletividade, seja ela a paróquia, a corporação profissional, a associação política, a irmandade e assim por diante. Assim se funda, na lição de Grossi, o edifício da sociedade medieval, do mesmo modo que a grande catedral, base e símbolo das aspirações de toda uma comunidade, pressupõe não este ou aquele artífice, mas, na lição de Grossi, “a corporação laboriosa em cujo interior as individualidades desaparecem”.<sup>57</sup>

Paolo Grossi aponta sobre essa importante questão:

---

<sup>56</sup> HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem. Do feudalismo ao século XXI, 22ª ed., Rio de Janeiro, LTC, 2020, p. 06.

<sup>57</sup> Cf. GROSSI, Paolo. A ordem jurídica medieval. Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2014, p. 89.

“(...) é incorreto e anti-histórico pensar o primeiro período medieval como um universo de indivíduos garantidos nos seus direitos (...) **a ordem se desagrega do sujeito, recusa-o como eixo do próprio mecanismo, como pedra angular da própria construção.** O ordenamento se desloca do sujeito para as coisas, e a coisa, nas suas exigências primordiais, em sua factualidade não condicionada, não mortificada nem filtrada, torna-se sua protagonista e a fonte em sentido substancial de todo o devir histórico. (...) **a coisa, o mundo das coisas, a natureza cósmica é um conjunto de forças determinantes que moldam a ordem jurídica; a comunidade é insuprimível célula vital para uma civilização que não acredita na ação individual,** que não leva em conta o indivíduo, que se baseia e se constrói no ‘plural’, no coletivo em todas as suas manifestações.”<sup>58</sup>

O costume, no período feudal, tinha a força das leis no século XX.<sup>59</sup> Não havia um governo único, forte, capaz de se encarregar de tudo. A organização, no todo, baseava-se num sistema de deveres e obrigações. A posse da terra não significava que pudesse seu detentor fazer dela o que bem entendesse, como hoje. A posse, segundo Leo Huberman, implicava deveres que tinham que ser cumpridos. Caso contrário, a terra seria tomada. As obrigações que os servos tinham para com os senhores, e as que o senhor devia ao servo – por exemplo, proteção em caso de guerra – eram todas estabelecidas e praticadas em estrita conformidade com costumes cristalizados.<sup>60</sup> Como leciona Leo Huberman, “uma briga entre dois servos seria resolvida no tribunal do senhor – de acordo com o costume. Uma briga entre servo e senhor tendia sempre a ser solucionada favoravelmente ao senhor, já que este podia ser o juiz da disputa. Não obstante, houve casos em que um senhor, que frequentemente violava costumes, fosse chamado a se explicar, por sua vez, a seu

---

<sup>58</sup> GROSSI, Paolo. A ordem jurídica medieval. Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2014, p. 90.

<sup>59</sup> “Na zona rural, a lei que regia a vida cotidiana das pessoas comuns de quase todos os lugares continuou a ser o direito costumeiro, cujas normas eram geradas pelo consenso popular e que orientava a vida dos camponeses como o fizera há séculos. Portanto, o mais notável impacto da difusão do pensamento jurídico romano foi a estruturação das ideias jurídicas fundamentais da classe dominante, o que incluía a Igreja Católica Apostólica Romana, que sempre recorreu ao clero com formação jurídica para se organizar como uma poderosa hierarquia. O status conferido à titularidade (propriedade) de bens, alicerçado numa concepção fundamental dos direitos privados, individuais, com obrigações coletivas progressivamente transferidas para a comunidade (*res communis*) para suas instituições políticas centralizadas (*res publicae*), continuou a ser muito forte entre esses primeiros juristas profissionais.” (MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 90).

<sup>60</sup> Cf. HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem. Do feudalismo ao século XXI, 22ª ed., Rio de Janeiro, LTC, 2020, p. 08).

senhor imediato. Esse fato se verifica particularmente na Inglaterra, onde os camponeses podiam ser ouvidos no tribunal real”.<sup>61</sup>

A riqueza no período feudal era basicamente advinda da terra produzida, a terra fornecia praticamente todos os elementos que se necessitava e assim, “a terra e apenas a terra era a chave da fortuna de um homem. A medida de riqueza era determinada pela quantidade de terra.”<sup>62</sup> A comunidade, no entanto, não a instrumentalizava como elemento norteador do sustento humano, mas pelo contrário era a terra medida própria do comum, de modo não isolado mas conjunto, que instrumentalizava as pessoas. A *res* moldava a posição dos agrupamentos na comunidade e dela não se poderia sair, dado que o universo não permitia uma desassociação de sua própria harmonia, uma condição de seu lugar no mundo e de sua existência terrena era a funcionalização que a terra conferia às pessoas vistas como *fundus* (instrumentos da terra).

A ordem jurídica medieval ao contrário do que se possa pensar não possuía a pretensão moderna de normatizar toda a realidade. Não poderia ser entendida como continuidade da experiência jurídica clássica, dado um complexo de fontes para as questões jurídicas, que iam tanto dos usos e costumes, das práticas comunitárias, até às revelações cósmicas, algo único inédito, ligado diretamente à percepção comunitária da vida, como consciência equidistante de recepção de uma ordem justa e harmônica. O direito no medievo não era fruto da vontade individual de um governante, mas advinha de fatos existenciais, de práticas sociais e comunitárias, dotado de consciência refratária do divino.

A comunidade, nas palavras de Grossi, em todas as suas manifestações e gradações – isto é, nas diferentes comunidades em que a sociedade se articulava, era “verdadeira protagonista nesse ideário teológico, político-jurídico, verdadeiro e único mecanismo propulsor, porque verdadeiro e único depositário de poderes e funções”.<sup>63</sup> O cenário comunitário do medievo, para Paolo Grossi, acabava se configurando como “uma realidade materna e tranquilizadora”, pautada por uma relação de confiança intrínseca no coletivo, seu contrapondo representava por outro

---

<sup>61</sup> Cf. HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem. Do feudalismo ao século XXI, 22ª ed., Rio de Janeiro, LTC, 2020, p. 08.

<sup>62</sup> HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem. Do feudalismo ao século XXI, 22ª ed., Rio de Janeiro, LTC, 2020, p. 09.

<sup>63</sup> Cf. GROSSI, Paolo. A ordem jurídica medieval. Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2014, p. 98.

lado um cenário de desconfiança para com o indivíduo, “oriundo de realidade precária e imperfeita, e que se mostrava dissociada da natureza das coisas”.<sup>64</sup>

A normatividade não se extrai do poder, mas das raízes da sociedade, e apenas se perpetua com o partilhar dos elementos consuetudinários, profundamente partilhado entre todas as pessoas. A gênese da identificação do poder com o estado e com a jurisdição, como atesta Pietro Costa, é uma construção histórica que o medievo desconhecia. Assim o soberano era limitado, pelos direitos, pelos *iura et privilegia* dos indivíduos, das classes, dos corpos. As sociedades do reino antigo, como aponta o autor, não eram o reino do arbítrio que os modernos intentam fazer crer, mas uma ordem que transcende e funda o poder.<sup>65</sup>

O soberano, longe de contar com um poder absoluto, podia contar com um poder muito limitado, sendo obrigado a levar em consideração as estruturas normativas consuetudinárias, as estruturas institucionais, os *iura et privilegia* (direitos e privilégios) de corpos e cidades ainda largamente independentes que o enfrentam, o condicionam, o vinculam. O poder tinha no medievo sua emblemática expressão na *iurisdictio* (jurisdição). O poder pressupunha a ordem e a declarava, a imagem do poder era inseparável da noção de ordem, em que transitam os poderes políticos e os direitos que advinham dos fatos. Não há necessariamente uma continuidade, como diz Pietro Costa, não se enfrentam nesse cenário a não-razão e a razão, a desordem e a ordem, mas entram em contato isto sim e se põem em contraste, posicionamentos e valores profundamente diversos buscam se harmonizar na ordem refratária do divino e atrelada à factualidade.<sup>66</sup>

Uma pluralidade, um pluralismo de fontes, que ia para além dos poderes políticos instituídos, advindo da miscigenação dos costumes e de uma heterogeneidade social latente, uma comunidade, uma coletividade que herdou seus costumes de tribos e famílias monogâmicas, germânicas, que alocavam os reis como os guerreiros mais destacados, onde não havia escrita, mas costumes, fortes e capazes de moldar uma sociedade pluralista, e sem uma centralidade na produção do direito.

---

<sup>64</sup> Cf. GROSSI, Paolo. A ordem jurídica medieval. Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2014, p. 98.

<sup>65</sup> Cf. COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs). O Estado de Direito: história, teoria. São Paulo: Martins Fontes, 2006, págs. 95/198.

<sup>66</sup> Cf. COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs). O Estado de Direito: história, teoria. São Paulo: Martins Fontes, 2006, págs. 95/198.

As normas extraem-se da realidade factual, de baixo, da tessitura social e da complexidade dos elementos, as diversas fontes em que a sociedade medieval se estruturava, como espelho de uma realidade cósmica refratária do divino, alocavam-se na factualidade e era dali extraída a normatividade.<sup>67</sup> A igreja se despreendeu cedo do cristianismo primitivo, sendo institucionalizada e incorporada como religião oficial, servindo como forma de comunhão, tensa, entre ocidente e oriente. Os reis francos e germanos do ocidente buscaram seu auxílio para manter a convergência de seus territórios, buscavam a ordem entre a pluralidade e a diversidade do caos.

As ordens jurídicas medievais eram dotadas de um vazio político relativo, pois expressavam direitos da factualidade oriundos dos costumes. Um fato não se torna direito porque a vontade política dele se apropria, depois de constatar sua coerência com valores relevantes. Um fato já é direito por força intrínseca, desde o momento que demonstrou sua efetividade durável na experiência, na *praxis*, no cotejamento dos casos e soluções, nos usos, tradições e costumes.<sup>68</sup>

### **02.3.2. As escolas dos glosadores, comentadores e humanistas e o direito extraído de fatos e costumes interligados à realidade comunitária.**

Paulatinamente por volta do século XII as escolas dos glosadores, comentadores e humanistas buscaram captar as experiências da realidade através da interpretação. O complexo consuetudinário e um direito pré-justiniano, direito romano vulgar, espelhado principalmente pelo *usus*, passa a ser cada vez mais edificado e estudado. O período de edificação da experiência jurídica medieval aponta para um crescimento populacional a partir deste século, com uma melhora geral nas condições econômicas, o aumento do comércio e de desenvolvimento das condições de vida.

Nos entornos dos feudos, os primeiros mercadores profissionais aparecem ao trocarem moedas com viajantes, que buscavam mercadorias em diversos complexos feudais, surgem as primeiras cidades, uma classe de comerciantes, os burgos instalados nos entornos de suas muralhas, advém de uma maneira ou de

---

<sup>67</sup> Nesse sentido: GROSSI, Paolo. A ordem jurídica medieval. Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2014, p. 16-17.

<sup>68</sup> Cf. GROSSI, Paolo. A ordem jurídica medieval. Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2014, p. 45-155.

outra de um comércio insipiente nos arredores dos reinos fragmentados.<sup>69</sup> O divino ainda condenava avidamente a usura, os juros, as práticas de enriquecimento sem o correspondente laboral, o usurário não era enterrado em solo sagrado. Segundo Niall Kishtainy:

“(...) Tomás de Aquino, assim como os pensadores que o antecederam, acreditava que o pior pecado econômico era a ‘usura’: o empréstimo de dinheiro por um preço (em outras palavras, a uma taxa de juros). A usura era condenada pela Igreja medieval. Os padres que enterrassem usurários em solo sagrado podiam ser expulsos da igreja, os usurários iriam para o inferno junto com os ladrões e assassinos. Um pregador contou a história de um usurário que pediu para ser enterrado com seu tesouro. Depois que ele morreu, sua esposa cavou o túmulo para recuperar o dinheiro. Ela viu demônios empurrando moedas – agora transformadas em brasas – para dentro da garganta do marido. (...) O santo patrono de Milão Ambrósio, ordenava a morte dos usurários, mas isso pouco contribuiu para desencorajar os cidadãos de Milão a ficarem ricos emprestando dinheiro. Paulatinamente a vida econômica passou a ser governada mais pelo dinheiro e pelo lucro e menos pela tradição.”<sup>70</sup>

Com o surgimento das universidades em Bolonha, um pouco após as primeiras Universidades já existentes na cultura Árabe, especificamente nos emirados e califados (Tunísia, Marrocos), e a maturidade da ordem jurídica medieval, os glosadores e posteriormente comentadores deram início à construção do *ius comune*. Os glosadores estudavam somente o *corpus iuris civiles*, cuja redescoberta se dá em Bolonha por Irnério no século XII, havendo de ser essa compilação novamente compreendida, trabalhada e estudada para ser adaptada à realidade da época. O culto ao *corpus* com as glosas expressava-se por meio de breves explicações dos textos jurídicos compilados, cuidadosamente esclarecidos, interlineares ou marginais.

Posteriormente aos glosadores, a escola dos comentadores debruça-se sobre todo o corpo do direito à época existente, já no século XIV. Busca-se unificar e adaptar o direito romano às necessidades do período medieval, a realidade estrutural dotada de várias ordens, de ordenamentos distintos mas harmônicos, entre os quais, o direito romano, o direito canônico, o direito feudal, os Estatutos das

---

<sup>69</sup> HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem. Do feudalismo ao século XXI, 22ª ed., Rio de Janeiro, LTC, 2020, p. 21 e ss.

<sup>70</sup> KISHTAINY, Niall, Uma breve história da economia, 2ª edição, Porto Alegre, 2019, p. 24.

idades, os costumes milenares.<sup>71</sup> Os comentadores já se preocupavam com uma dogmática, de aplicação eminentemente prática e voltada a responder às necessidades e exigências próprias de sua época. O balanceamento dos poderes diversos, igreja, príncipes, feudos, se dava pela *aequitas* (equidade).<sup>72</sup>

O *ius commune* viria a se tornar a junção do direito romano com o direito canônico. A sociedade é totalmente integrada na dimensão religiosa. A igreja é a força espiritual mais extensa, e se torna nessa época uma organização política. A interpretação se dava mediante a integração, correção, modificação dos textos antigos que reenviavam o intérprete aos fatos. Aos poucos percebeu-se que as regras do direito romano se aplicavam melhor às transações econômicas, do que as do direito costumeiro. Esse processo de aplicar o direito romano tinha apoio dos reis e dos príncipes que viam vantagens para si, pois mantinham juristas como conselheiros da corte. Assim que as atividades dos comentadores passaram a ir além da mera glosa, buscando a unidade e a ordenação das diversas fontes do direito (direito romano, direito justiniano, direito canônico, e os inúmeros direitos locais), a atividade prudencial e doutrinária passou a relevar maior importância.

Os comentadores (séc. XIII e XIV) pregavam a unidade do objeto da ciência jurídica e dos métodos científicos empregados pelos juristas, tanto quanto do ensino jurídico comum por toda a Europa continental. A difusão da literatura especializada escrita em língua comum (latim) passou a ser feita pelas universidades, o *corpus iuris civiles* vigorou no Império Bizantino desde o século VI até o século XIV.

No ocidente o *corpus* somente foi redescoberto após o ano de 1100 D.C, no século XII, quando surgiram as universidades em Bolonha. Os glosadores e comentadores juntaram o direito justiniano com o direito canônico, pois a igreja dava suporte à adoção do direito romano, educava seus juristas com base no *corpus iuris civiles*, e para isso detinha o apoio dos imperadores que queriam acabar com os bloqueios feudais. Na verdade, o direito escrito só passou a vigorar no sul da França e na Itália no século XIII. Na Alemanha somente no século XVI que se deixou

---

<sup>71</sup> “(...) O costume não diz respeito ao indivíduo, já que o sujeito da memória e da duração do tempo não é o indivíduo, mas a pluralidade vertical e horizontal, a estirpe e o grupo; tão somente em seu interior o indivíduo é a célula inconsciente da consolidação do uso. O costume surge de baixo e do particular: ainda que possa estender-se e generalizar-se, nasce sempre de um microaglomerado coletivo e tende a impregnar as estruturas; da voz de um grupo, tende a se vincular à coisa, a se imprimir nela.” (GROSSI, Paolo. A ordem jurídica medieval. Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2014, p. 109).

<sup>72</sup> Cf. COSTA, Pietro. A soberania na cultura político-jurídico medieval: imagens e teoria. In: COSTA, Pietro. Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Editora Juruá, 2010, p.105-130.

de lado o direito costumeiro, e na Inglaterra, suas origens demonstram que este reino resistiu ao direito romano, conservando o direito costumeiro até o século XIX.

Daí porque o autor Paolo Grossi elege as características fundamentais do *ius commune*, ao expor o momento da validade, com o direito romano justinianeu (reinterpretado) acrescido do direito canônico e ainda da influência dos direitos locais. O segundo momento da efetividade advinha da construção doutrinal, dos juristas da Igreja, que tinham a interpretação como a declaração, a correção, e a modificação dos textos.<sup>73</sup> Os juristas na função de conselheiros e de consultores dos reis e da Igreja passariam a paulatinamente dizer o direito. O *ius commune* com uma tessitura aberta e flexível do *corpus*, com uma geometria variável, aberta, indeterminada, vinha sendo construído a partir de casos concretos e sujeito às contingências locais.

A ausência de Estado fazia com que o direito não fosse responsável pelo controle social. A sociedade era uma comunidade essencialmente agrária, comunitária, e cujas relações se centravam nas coisas, a terra funcionalizava o indivíduo e não o contrário como se pensa na contemporaneidade. O vazio político pela ausência de estado era ocupado pela comunidade. A interpretação do direito advinda dos fatos era mais importante daquilo que o poder político pretendia sobejar. Os juristas eram educados pela igreja e viam na interpretação dos fatos e dos costumes uma forma de melhor compreender o direito.<sup>74</sup> Não havia uma relação direta do direito com qualquer poder instituído. Não havia estado, então não existia um poder político único e centralizador. O Direito não vinha do poder, então o estado não era a única fonte do direito.

O direito no medievo é caracterizado por não ter relação direta com qualquer estrutura do poder, não sendo, portanto, fruto de qualquer poder político pré-constituído. Trata-se de um fenômeno plural que se desenvolveu na sociedade, longe dos poderes constituídos, não advindo da vontade individual de um governante, nem tampouco produto da deliberação ou das escolhas de uma

---

<sup>73</sup> GROSSI, Paolo. A ordem jurídica medieval. Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2014, p. 197-201.

<sup>74</sup> Segundo Richard Palmer, a hermenêutica teve seus primórdios "... através da igreja primitiva; dos patriarcas; da interpretação medieval quadruplicada da Bíblia; da luta de Lutero contra os sistemas de interpretação místicos; dogmáticos, humanísticos e outros; do aparecimento do método histórico-crítico no século XVIII e do complexo de forças em actuação durante este período, querendo remodelar a interpretação das Escrituras; do contributo de Schleiermacher; da escola da história das religiões relativamente à interpretação; do aparecimento da teoria dialéctica nos anos de 1920 e da Nova Hermenêutica da teologia contemporânea". (PALMER, Richard E. Hermenêutica. Lisboa: Edições 70, 1986. p. 46)

assembleia constituída para tal finalidade.<sup>75</sup> Caracterizava-se por uma auto-organização sem coerção; pela falta de vocação totalizante como poder político e pela incapacidade de pôr-se como fato global e absorvente de todas as manifestações sociais.<sup>76</sup> O príncipe assim foi um mero intérprete da realidade, representante de uma das pluralidades de ordens oriundas da natureza das coisas e da factualidade das relações existenciais materiais.

As estruturas jurídicas cobriam apenas parte das relações intersubjetivas, possibilitam ingerência de poderes concorrentes (igreja, senhores feudais, principados, práticas consuetudinárias, etc.), dado que não há uma fonte única do direito. Especificam-se direitos decorrentes e materializados em práticas costumeiras, ligados a comunidades e grupos, sem centralização estatal, o direito não era ligado ao poder, e não tinha uma função de controle social. As relações jurídicas exsurgem de fatos existenciais, sociais e econômicos. Com o nascimento das cidades nos arredores dos castelos e feudos, as técnicas de plantio e excedentes do comércio fazem com que a manifestação da ordem revele novos personagens.<sup>77</sup>

A ordem jurídica medieval ostentou intérpretes diversos do legislador ou dos reis (príncipes). O direito não se confunde com qualquer voluntariedade, não advém da vontade unificada de um soberano com poder político. Não é fruto de uma vontade momentânea e aleatória dos detentores do poder político, mas da factualidade e da interdependência de grupos, indivíduos, castas e comunidades. Uma sociedade de ordens onde cada integrante possui seu papel dentro da estrutura social, o indivíduo não se faz como autossuficiente, não se potencializa em sua individualidade, mas ao contrário possui intrínseca relação com a comunidade.

O sujeito nasce inserido em uma coletividade, que o alimenta e o protege. Não se vê, portanto, como indivíduo separado desse meio que o abriga. A comunidade serve de intermediário, o único meio seguro para o colóquio eficaz com

---

<sup>75</sup> Cf. SAID STAUT JUNIOR, SÉRGIO. Posse e dimensão jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916. Curitiba. Juruá, 2015, p. 47-99.

<sup>76</sup> Cf. GROSSI, Paolo. A ordem jurídica medieval. Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2014, p. 21-153.

<sup>77</sup> “A nobreza feudal, desorganizada e enfraquecida pelas guerras e revoltas serviu da fase anterior, não podia mais oferecer a proteção e a segurança necessária às feiras, às atividades comerciais e ao transporte de valores e mercadorias. Além do mais, a experiência das violentas insurreições camponesas havia demonstrado à aristocracia de extração feudal que as antigas formas de coerção e controle dos servos tinham perdido a eficácia, exigindo a organização de novos mecanismos de repressão. A demanda por segurança por parte da burguesia e da nobreza feudal convergiu, por motivos diferentes, para a formação de um novo tipo de poder, que tomou forma em uma das maiores invenções do Ocidente: o Estado moderno.” (GENNARI, Adilson Marques. OLIVEIRA, Roberson de. História do Pensamento Econômico. 2ª edição. Saraiva, 2019, p. 25).

a divindade.<sup>78</sup> A comunidade era vista como uma realidade sacramental, aquela que distribui a graça, por força de instrumentos precisos de santificação, e sem o intermédio da qual não se atinge a salvação. Os sacramentos não são alcançados individualmente, não estão disponíveis para os indivíduos, somente destinados àqueles que saibam ocupar o seu lugar no grupo, resignando-se humildemente a assumir seu destino, seus deveres e sua posição junto à ordem.

Não se espelham noções como a de “sujeito de direito” ou “direito subjetivo”, e não se tem a vontade como um “dogma”. A vontade individual não tem tanto valor perto da ordem cósmica e das aspirações sociais coletivas. A quebra da ideia de Sujeito de Direito ocorre na medida em que o indivíduo não é visto como sujeito enquanto separado de sua coletividade e de seu lugar no mundo (clã, castas, famílias, tribos). As aspirações sociais massificadas de origem cósmica ou divina embotam qualquer noção de subjetividade abstrata porque possuem amplo relevo e importância, elevam ao status de interesse coletivo e da comunidade qualquer pretensão transcendente ao sujeito.

A sociedade está inserida em uma ordem que elege representantes para capturar os desígnios do divino, e que não se reportam a qualquer anseio individual. Advém do plano das relações factuais a ideia de família, uso, gozo, acesso, participação, interrelação entre homem e terra, ao intérprete da ordem jurídica cabe unicamente encontrar o que a factualidade já estruturou e sedimentou no inconsciente coletivo.

As relações de pertencimento são vistas como outras formas de conceber o lugar das coisas e dos indivíduos. O comunitarismo, que prega a perfeição da comunidade e a imperfeição do indivíduo, aloca as questões coletivas como mais importantes do que aquelas derivadas do indivíduo, de modo a dar primazia para o transcendente.

Das relações com as coisas, do reicentrismo, exsurge a interdependência dos grupos com a terra, com a *res*, que funcionaliza os indivíduos junto ao seu lugar na ordem. As posições sociais decorrem mais da natureza das coisas e menos da vontade dos indivíduos, com múltiplas utilidades sociais e econômicas aos vínculos advindos pela revelação, e pela estrutura social sedimentada nos costumes e antigas tradições.

---

<sup>78</sup> Cf. GROSSI, Paolo. A ordem jurídica medieval. Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2014, p. 21-153.

A organização social ligada à uma ordem cósmica, ao cosmos, abrange tanto homens quanto as coisas, embotando os espíritos em uma noção de interreciprocidade do humano com a comunidade a ponto de desnaturar quaisquer pretensões subjetivas que possam vir a dismantelar a ordem previamente estabelecida.

A dimensão espaço-temporal possui natureza relacional, o tempo possui intrínseca ligação com uma dimensão social estratificada e hierarquizada, fundada em uma ordem cósmica, que compõe as desigualdades e disparidades de seus elementos. A dimensão do tempo é cósmica, não pertence ao indivíduo, seu protagonista principal é a ordem, não dominada pela racionalidade.

O tempo como duração, como atesta Grossi, “pode exprimir-se apenas no contínuo das gerações, anula o indivíduo como ponto de uma linha, o tempo que, como memória, encontra na coletividade o seu nicho adequado”.<sup>79</sup> O espaço, a terra e a natureza não são dominadas pela subjetividade individual, e não se encontram dissociados e coisificados. Pelo contrário, a significação da terra, do sangue e do tempo adquirem a função de vinculação com o grupo, com a comunidade. Como bem explicita Paolo Grossi:

“... a terra é uma instituição forte, que atrai os indivíduos, os condiciona e os instrumentaliza em vista daquele fim absorvente que é a produção; cultivo e produção não são confiados ao indivíduo, mas ao grupo, familiar ou suprafamiliar, e verticalmente à corrente geracional de grupos sucessivos, pois somente o grupo pode ter bom êxito na tentativa de se impor a uma realidade misteriosa e indócil. O sangue, que no indivíduo se mostra insignificante líquido vermelho, adquire a função de sinal e característica se vinculando ao grupo, à família, ao agregado associativo suprafamiliar e – gradativamente – à natio, ao grande grupo daqueles que descendem de uma mesma linhagem e formam uma mesma estirpe”.<sup>80</sup>

Todo esse contexto imbricado em uma noção essencialmente comunitária e de raiz profunda na realidade existencial contrasta com a tessitura individualista da racionalidade dos intelectuais modernos. O racionalismo moderno refundou o tempo, transformando, segundo Ugo Mattei e Fridjof Capra, “o tempo biológico da vida comunal no tempo quantificável e alienado do trabalho fabril”,<sup>81</sup> alterando em suas

---

<sup>79</sup> GROSSI, Paolo. A ordem jurídica medieval. Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2014, p. 92-93.

<sup>80</sup> GROSSI, Paolo. A ordem jurídica medieval. Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2014, p. 92-93.

<sup>81</sup> MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 119.

bases todo o pensamento científico e jurídico da humanidade, importando ao mundo os pressupostos culturais e racionais de uma concepção de mundo que deteve pretensão de superioridade intelectual e material sobre todas as demais.

## **02.4. A ESCOLÁSTICA TARDIA E A FORMAÇÃO DO RACIONALISMO PROPRIETÁRIO COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DO SUJEITO MODERNO.**

### **02.4.1. O nominalismo de Guilherme de Ockham e a gênese da nova racionalidade.**

O nominalismo de Guilherme de Ockham, nas manifestações da escolástica tardia, ajudou a formatar a construção de uma racionalidade estruturada no individualismo. Aqui o direito abandona de vez os métodos universais que se embasavam na observação da natureza, o estoicismo e o método dialético dos séculos antecedentes são deixados de lado para moldar uma racionalidade alicerçada no indivíduo enquanto elemento unificador da estruturação da sociedade.

Segundo Michael Villay o nominalismo abandona de vez o direito natural, ou seja, afasta o método que anteriormente presidia o raciocínio jurídico, e “habituava a pensar todas as coisas a partir do indivíduo”.<sup>82</sup> O indivíduo e não mais a relação entre vários indivíduos, segundo Villay, torna-se “o centro de interesse da ciência do direito”.<sup>83</sup>

O esforço da ciência jurídica tenderá doravante “a descrever as qualidades jurídicas do indivíduo, a extensão de suas faculdades, de seus direitos individuais. E quanto às normas jurídicas, não podendo mais extraí-las da própria ordem que antes se acreditava ler na natureza, será preciso buscar sua origem exclusivamente na vontade positiva dos indivíduos: o positivismo jurídico é filho do nominalismo.”<sup>84</sup> Afasta-se em definitivo a partir de então o método que tomava como ponto de

---

<sup>82</sup> Cf. VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 233.

<sup>83</sup> Cf. VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 233.

<sup>84</sup> VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 233.

partida para a descoberta das soluções jurídicas a observação da natureza e da ordem que dela emana.<sup>85</sup>

A ciência do direito abandonou paulatinamente os métodos universais, de cunho mítico, que se embasavam na observação da natureza e dos ciclos vitais,<sup>86</sup> e passou a se estruturar em uma racionalidade centrada no indivíduo despossuído de significado para além de sua própria subjetividade.

O nominalismo, segundo Villay, levou à superação de um método que via na observação da natureza e da ordem que dela emanava a centralidade do mundo e das relações da sociedade. Logrou em última instância a alcançar o pensamento de que as normas jurídicas e sua fundamentação lógica deveria deter origem unicamente na vontade individual.<sup>87</sup>

Por volta do século XV, ainda, o embasamento teórico filosófico de pensadores como Jean Bodin (1530-1596)<sup>88</sup> e Thomas Hobbes (1588-1679)<sup>89</sup>, formavam as bases para a sobreposição de um racionalismo ainda contido entre as sociedades europeias<sup>90</sup>.

---

<sup>85</sup> Cf. VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 233.

<sup>86</sup> "...Os estoicos aproximavam as noções de direito – tido como universal – da natureza, notadamente em razão de suas crenças ligadas aos ciclos naturais, onde todo ser corpóreo está adstrito ao fatalismo dos ciclos e às leis da natureza como fator impositivo<sup>86</sup>. Para o estoicismo, tudo o que é corpóreo é semelhante a um ser vivo, ao sopro vital, e se relaciona à noção de pertencimento como "parte" da mesma razão universal (ou "logos"). A inter-relação do homem com a natureza, para os estoicos, possui ligação com a virtude, e está determinado por uma espécie de sucessão periódica das fases oriundas de um determinismo que dirige o universo, tudo sendo absorvido pela mesma razão universal. A primeira concepção de direito natural veio desta Filosofia; tratava-se de um direito que advinha da natureza, fundado no inter-relacionamento e interdependência que tinha o ser humano com o seu destino natural de origem e retorno ao eterno ciclo universal". (CAVEDON, Ricardo. Teoria Geral dos Direitos Coletivos. Juruá, 2015, p. 22).

<sup>87</sup> Cf. VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 233.

<sup>88</sup> Jean Bodin (1530-1596) foi um teórico absolutista francês, que concedeu em suas obras o alicerce intelectual para o regime absolutista europeu, tendo sustentado que somente um soberano absoluto poderia exigir obediência total e assim evitar tumultos e insurreições; adepto da teoria do direito divino dos reis, defendeu em seus Os Seis Livros da República (1576), a ideia da "soberania una e indivisível"; segundo Jonh Gilissen, "pelo rigor e pela lógica que usou na construção da sua teoria da soberania ele é o pai do absolutismo". (GILISSEN, Jonh. Introdução Histórica ao Direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 360)

<sup>89</sup> Thomas Hobbes (1588-1679) foi um filósofo e teórico inglês, autor da teoria moderna da causalidade e da justificativa clássica do Estado autoritário, que considerava a sociedade como uma organização artificial existente para que os homens escapem de suas próprias depredações, dado que a condição humana no seu estado de natureza possui como único interesse aquele próprio que, em estado de exaltação, torna a vida miserável, solitária brutal e curta. Afirmava, na sua obra mais importante (Leviatã, 1651), que para escapar das constantes depredações alheias os seres humanos formaram a sociedade e governo por intermédio de um contrato social, o que justificava a teoria de um poder absoluto para a manutenção da ordem social (cf. HOBBS, Thomas. Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 3. ed. São Paulo: Ícone. Coleção Fundamentos do Direito, 2000).

<sup>90</sup> Franz Wieacker consigna que "em Jean Bodin e Thomas Hobbes se encontram adeptos do absolutismo". (WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung. 2. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967. p. 317)

A elaboração de um pensamento eminente arraigado às explicações dos fenômenos naturais pelas emanações divinas, e pela observação da natureza, apesar de vir a legitimar a imposição do regime soberano absolutista, paulatinamente passa a agregar em si mesmo temperos de um racionalismo ainda contido que viria a se desenvolver na ciência jurídica por pensadores como Hugo Grocio (1583-1645),<sup>91</sup> Samuel Pufendorf (1632-1694),<sup>92</sup> e Cristian Wolf (1679-1754).<sup>93</sup>

Com a revolução científica, embasada no discurso metódico de René Descartes (1596-1650), que formulou o conhecimento global do mundo externo, matematizando a natureza, reduzindo-a à dimensão sujeito-objeto do eu pensante, passa a ganhar força o intento de superação das explicações teocêntrica do saber científico, que iria se consumir definitivamente com Immanuel Kant (1724-1804).

Descartes desenvolveu um novo método de raciocínio, que apresentou em seu livro denominado de *Discurso sobre o Método para Bem Conduzir e Buscar a Verdade nas Ciências* (discurso do método), que deu o embasamento teórico da vindoura revolução científica. Segundo Ugo Mattei e Fridjof Capra:

“O método de Descartes é analítico e foi concebido com a finalidade de alcançar a verdade científica. Consiste em decompor pensamentos e problemas em partes distintas e depois organizá-las em sua ordem lógica. Esse método é útil de diversas maneiras, mas, nos séculos subsequentes, uma ênfase excessiva no método cartesiano levou à fragmentação que caracteriza tanto nosso pensamento geral como nossas disciplinas acadêmicas. O método cartesiano também levou a uma atitude generalizada de reducionismo na ciência – a crença de que todos os aspectos dos fenômenos complexos podem ser entendidos reduzindo-se-os a suas menores partes constituintes.

Descartes baseava sua concepção da natureza numa divisão fundamental entre dois domínios independentes, separados e

---

<sup>91</sup> Hugo Grocio, baseado em Francisco de Vitória, elaborou o conceito de que o direito das nações deveria ser universalmente reconhecido, dando às normas básicas a necessidade de serem aceitas por todas as civilizações. Segundo Capra e Mattei, “(...) Hugo Grotius (de Groot) (1583-1645), jurista e político protestante holandês, (...) fundou aquilo que se conhece como escola de Direito Natural, que se baseia numa concepção cartesiana das leis naturais racionais. Nessa escola de pensamento, o direito natural foi reduzido a um sistema de relações entre soberanos distintos (pessoas físicas ou pessoas jurídicas; o segundo termo é usado para designar algo como um Estado ou uma empresa), regidos por uma lei comum fundada na razão. Grotius também lançou os fundamentos do direito internacional moderno ao afirmar que a relação entre soberanos pode ser voluntária (por pacto ou tratado) ou regida por princípios de ‘guerra justa’, travada por um soberano legítimo, uma noção herdada dos escolásticos espanhóis” (MATTEI, Ugo. CAPRA, Fridjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 105-106).

<sup>92</sup> Samuel Pufendorf elaborou um sistema metodológico autônomo para o direito, baseado na dedução e observação. Seu livro mais expressivo é denominado direito da natureza e das gentes. Simbolizou aqui a desvinculação definitiva da ordem divina (dos dogmas da Igreja) com a explicação do direito.

<sup>93</sup> Cristian Wolf elaborou ainda mais o pensamento de Pufendorf, dando a conotação de que os princípios do direito somente poderiam ser estabelecidos pelo método científico.

essencialmente distintos: o da mente, ou *res cogitans* ('coisa pensante') e o da matéria, ou *res extensa* ('coisa extensa'). O universo material era uma máquina para Descartes, e nada além de uma máquina. A natureza funcionava de acordo com leis mecânicas e todas as coisas existentes no mundo material, tanto vivas como não vivas, poderiam ser explicadas em termos da organização e do movimento de suas partes.”<sup>94</sup>

O reducionismo científico, cimentado na consumação da matematização da natureza iniciada pela escolástica tardia do medievo, tornou sistematizável a experiência científica, dotando-a de uma nova visão mecanicista do mundo, tendo definitivamente, com Descartes, sido reduzido o conhecimento do mundo a uma dimensão objetiva e eminentemente racionalista e antropocêntrica. Conforme expõe Mattei e Capra:

“(...) Descartes afirmava que a única diferença entre corpos artificiais e naturais dizia respeito ao tamanho. Nos artefatos criados por artesãos, as máquinas são grandes e visíveis, ao passo que, na natureza, são pequenas e quase sempre invisíveis, mas o movimento de um relógio não é, em princípio, diferente daquele do crescimento de uma árvore. Descartes também aplicou essa comparação ao corpo humano: ‘Considero o corpo humano como uma máquina’, escreveu. ‘Comparo um homem doente e um relógio malfeito com a ideia que tenho de um homem saudável e um relógio benfeito’. Essa imagem mecânica da natureza tornou-se o paradigma dominante da ciência nos séculos subsequentes. Descartes também foi o primeiro a atribuir à expressão ‘leis naturais’ um lugar basilar na filosofia natural. Ele propôs três princípios sobre o modo como os estados de movimento dos corpos materiais eram conservados e transmitidos e os descreveu como ‘certas regras que chamo de ‘leis da natureza’. A primeira e a segunda leis de Descartes afirmam que um corpo em repouso permanecerá em repouso, e um corpo em movimento irá mover-se em linha reta com velocidade constante, a menos que haja alguma intervenção externa. Essas regras foram posteriormente reformuladas por Newton e hoje são conhecidas como primeira lei do movimento de Newton. A terceira lei de Descartes descreve corpos em colisão; essa lei contém várias falhas, pois ele não tinha uma concepção clara do que hoje chamamos de ‘conservação do momento’. Não obstante, Descartes reservou a palavra ‘lei’ para esses três princípios. Nenhum outro teorema, regra ou princípio foi chamado de lei em seu sistema. Seguindo o costume da filosofia medieval, ainda muito presente em sua época, Descartes invocou razões teológicas para suas três leis da natureza, fundamentando-as na imutabilidade de Deus e de suas operações. (...)”<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 76.

<sup>95</sup> MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 78.

Tudo ficou passível de ser medido e confinado nas estruturas limitadas do “sujeito eu pensante” e do “mundo objetivo extenso”; o que não era visto como sujeito – como, por exemplo, a natureza, as utilidades não individualizáveis e não apropriáveis extraídas de bens de caráter transindividual ou metaindividual, – seriam previamente passíveis de apropriação, coisificação e incorporação ao patrimônio individual do ser humano racional. Conforme Alain Renaut:

“(…) Com Descartes emergiria a ideia de que a natureza não é permeada por forças invisíveis, sendo mera matéria-prima e podendo, assim, ser perfeitamente dominada pela razão (tudo é suscetível de ser conhecido) e pela vontade (a totalidade do real é utilizável pelo homem que visa à realização de seus fins): é uma concepção antropocêntrica do mundo, em que Heidegger situa precisamente a própria essência do humanismo e para a qual tudo se torna meio para a realização do homem.”<sup>96</sup>

A filosofia racionalista de René Descartes (1596-1650) consumou a matematização da natureza iniciada pela escolástica tardia, tornou sistematizável a experiência científica, dotando-a de uma visão mecanicista do mundo, reduzindo o ser humano na definição de uma máquina.<sup>97</sup> O conhecimento do mundo foi reconduzido a uma dimensão sujeito-objeto, onde tudo era medido e confinado nas estruturas limitadas do “sujeito pensante” e do “mundo objetivo extenso”.<sup>98</sup> O que não era visto como sujeito, como por exemplo a natureza e a comunidade, seria passível de apropriação, coisificação, e incorporação ao patrimônio individual do ser humano.

#### **02.4.2. O mecanicismo de Issac Newton e a abstratização do conceito de *dominium*.**

As ciências da natureza passam a ser vistas e explicadas mediante postulados lógicos e dotados de experimentação empírica, representados em uma

---

<sup>96</sup> RENAUT, Alain. O indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito. Tradução Elena Gaidano. Rio de Janeiro, DIFEL, 1998, p. 14-15.

<sup>97</sup> Nesse sentido o pensamento do médico e filósofo francês Julien Offray de La Mettrie (1709-1751) com seu escritos da *Histoire Naturelle de l'Âme* em 1745 e do *L'Homme Machine* em 1748, entendendo o ser humano como uma máquina em sua perfeita simetria.

<sup>98</sup> Cf. RENAUT, Alain. O indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito. Tradução Elena Gaidano. Rio de Janeiro, DIFEL, 1998, p. 14-15.

estrutura formada por pressupostos objetivos cuja previsibilidade era sempre medida estritamente pelas explicações causalistas reduzidas a concepções matemáticas.<sup>99</sup>

A realidade do século XVIII era perfeitamente explicada por Issac Newton (1643-1727), que tinha como pressuposto a descrição matemática dos princípios da filosofia natural, e entendia todos os movimentos da natureza como passíveis de explicação por forças previamente determinadas.<sup>100</sup>

A mecânica clássica de Issac Newton (1643-1727), exposta na obra publicada em 1687, chamada de “os princípios matemáticos da filosofia natural”, estruturou todo o movimento dos objetos, ilustrando a essência cognitiva dos conceitos mecanicistas da realidade. É ali que seu autor descreve a lei da gravitação universal e as três leis de Newton, que fundamentaram a mecânica clássica, como o princípio da inércia, os princípios fundamentais da dinâmica (corpos só se movimentam quando submetidos a uma força) e a máxima que adquiriu o status de lei, da ação e reação (a que toda força corresponde uma outra força na direção oposta), foram os princípios unificadores e universais da ciência moderna.

A visão do ser humano enunciada no pensamento do médico e filósofo francês *Julien Offray de La Mettrie* (1709-1751) com seus escritos da *Histoire Naturelle de l'Âme* em 1745 e do *L'Homme Machine* em 1748, espelham as estruturas da corporalidade humana como uma máquina em sua perfeita simetria, capaz de sedimentar a dimensão do sujeito explicado racionalmente ligado a objetos oriundos da natureza, visto como passível de dominação pela técnica e pelo pensamento científico.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> Desde Platão, Pitágoras, Ptolomeu, Johannes Kepler, Nicolai Copérnico, e do grande Galileu Galilei, que se buscou explicar o cosmos pela dedução lógica, a realidade profunda da natureza deveria ser descrita pelos pressupostos objetivos da racionalidade matemática. Nessa época do século XV foi que se pensou que tanto os movimentos dos céus quanto os movimentos dos objetos na terra devem seguir as mesmas leis matemáticas precisas, aí se iniciou a busca que dura até os dias de hoje em tentar entender a realidade objetiva com base nos mesmos postulados (cf. ROVELLI, Carlos. A realidade não é o que parece: a estrutura elementar das coisas. Tradução Silvana Cobucci Leite. Ed. Objetiva, item 2, os clássicos).

<sup>100</sup> “A força da nova construção intelectual newtoniana revelou-se imensa, muito além do que se esperava. Toda a tecnologia do mundo oitocentista e moderno apoiou-se em ampla medida nas fórmulas de Newton. Passaram-se três séculos, mas é ainda graças a teorias baseadas nas equações de Newton que hoje construímos pontes, trens e edifícios, motores e sistemas hidráulicos, fazemos aviões, calculamos as previsões do tempo, prevemos a existência de um planeta antes de vê-lo e enviamos naves espaciais a Marte... O mundo moderno não poderia ter nascido sem passar por Isaac Newton.” (ROVELLI, Carlos. A realidade não é o que parece: a estrutura elementar das coisas. Tradução Silvana Cobucci Leite. Ed. Objetiva, p. 35).

<sup>101</sup> “(...) Quando a concepção holística da natureza foi substituída pela metáfora do mundo como uma máquina, o objetivo da ciência passou a ser um conhecimento que pudesse ser usado para dominar e controlar a natureza. (...) a realidade como um agregado de componentes distintos e definíveis (agentes individuais livres), e a propriedade como um direito individual, garantido pelo Estado, para desenvolver a natureza – ou seja, para transformá-la em objetos físicos. (...) o direito começou a ser visto como uma estrutura ‘objetiva’ distinta daquele

Galileu Galilei (1564-1642), Nicolau Copérnico (1473-1543), Francis Bacon (1561-1626)<sup>102</sup> e Isaac Newton (1642-1727) contribuiriam decisivamente para alcançar a nova imagem fisicalista do mundo, que expulsou da ciência, nas palavras de Fritjof Capra, a noção que anteriormente havia de um “*universo orgânico, vivo e espiritual*”.<sup>103</sup> A racionalização científica sobreviria definitivamente dos estudos dos fenômenos passíveis de serem medidos e quantificados racionalmente, derivados da análise dos elementos objetivos, reduzindo-se o mundo em critérios meramente matemáticos. Foi reescrita a visão que se tinha da natureza, anteriormente ligada aos elementos transcendentais, para uma forma mecanicista e objetiva de descrição, derivada unicamente da razão humana e de seus limites objetivamente cognoscentes. Abandonou-se a ideia de um universo harmonioso ordenado e vivo, pois era agora formado por partes que podiam ser separadas, estudadas, quantificadas e reordenadas.<sup>104</sup>

Segundo Fritjof Capra, a poucas épocas, “a máquina do mundo tornou-se a metáfora dominante da era moderna”, fazendo com que aquela anterior visão de um

---

que o interpretava – outro legado de Descartes que ainda está presente no pensamento jurídico atual”. (MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 31).

<sup>102</sup> Francis Bacon descreveu “explicitamente o método empírico da ciência. Bacon formulou uma teoria bem definida do procedimento indutivo: fazer experimentos e deles extrair conclusões que poderiam, então, ser testadas por novos experimentos. Adquiriu enorme influência ao defender categoricamente seu novo método. O ‘espírito baconiano’, como era chamado, mudou profundamente a natureza e a finalidade da indagação científica. Desde os tempos antigos, o objetivo da filosofia natural tinha sido alcançar a sabedoria – entender a ordem natural e viver em harmonia com ela. No século XVII, porém, essa atitude mudou drasticamente. Quando a concepção orgânica da natureza foi substituída pela metáfora do mundo como uma máquina, o objetivo da ciência tornou-se uma busca do conhecimento que poderia ser usado para dominar e controlar a natureza. A partir daí, a Terra não mais seria vista como a mãe que cuida e alimenta, mas como um recurso a ser ilimitadamente explorado.” (MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 75).

<sup>103</sup> CAPRA, Fritjof. A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 2002. p. 24-25.

<sup>104</sup> “A culminação da ciência mecanicista e do conceito de ‘leis naturais’ chegou com Isaac Newton (1642-1727). Newton produziu uma formulação matemática completa da concepção mecanicista da natureza e, ao fazê-lo, criou uma grande síntese das obras de Copérnico, Kepler, Galileu, Bacon e Descartes. A física newtoniana – a suprema realização científica do século XVII – formulou uma teoria matemática do mundo de tal coerência que continuou a ser fundamento inabalável do pensamento científico até o século XX. Newton publicou sua teoria em 1687, em seu célebre *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*, obra em que, ao lado de ‘axiomas, ou leis do movimento’, ele apresentava a lei da gravidade, a lei da refração e outras. A partir daí, a noção de leis naturais adquiriu raízes muito sólidas não apenas na Inglaterra, mas também na França, onde os cientistas haviam relutado em usar o termo anteriormente. Na verdade, muitas das grandes descobertas do século XVII, cujos autores não as haviam chamado de ‘leis’, passaram a ser assim designadas desde então, como a lei da queda dos corpos de Galileu, a lei da refração de Willebrord Snell (1580-1626) ou a lei da distribuição da pressão, de Blaise Pascal (1623-1662). A mecânica newtoniana foi tremendamente bem sucedida nos séculos XVIII e XIX. A teoria newtoniana explicava o movimento dos planetas, luas e cometas em mínimos detalhes, bem como o fluxo das marés e muitos outros fenômenos associados à gravidade. O sistema matemático do mundo de Newton – com sua lei da gravidade e suas três leis do movimento em seu centro – estabeleceu-se rapidamente como a teoria correta da realidade física e gerou enorme entusiasmo, tanto entre cientistas quanto entre leigos. Newton tornou-se o arquétipo do gênio científico, de modo não muito diferente do que aconteceria com Einstein no século XX.” MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 79

universo holístico, vivo e interdependente, fosse paulatinamente substituída pela compreensão de um mundo reduzido e compreendido a partir de suas menores partes, integradas por elementos autônomos e não relacionados.<sup>105</sup> Tendo Descartes colmatado a visão da natureza mediante a divisão fundamental de dois domínios independentes, o da mente e o da matéria, e juntamente com o arcabouço conceitual criado por Hobbes e Locke, reduzido a natureza a sistemas de perfeita simetria governados por leis matemáticas exatas, tornou-se o raciocínio proprietário dotado de exclusividade o dogma fundamental e unificado das relações de pertencimento individual.

A matemática passa a ser não apenas uma ciência de grande imponência, mas a razão explicativa de todas as demais ciências.<sup>106</sup> Mesmo com a superveniência, no século XVIII, do contributo da química dado por Antoine Lavoisier, fazendo-se perceber que os animais e a natureza eram talvez um pouco mais complicados do que simples mecanismos de relojoaria, por envolverem complexos processos químicos, a essência da ideia cartesiana sobreviveu, e o mecanicismo dogmático fulcrado no raciocínio proprietário passou a ser o elemento unificador das relações humanas e sociais.<sup>107</sup>

A razão humana assume a partir daí um posto em que nunca antes havia se situado. Os métodos científicos modernos amparam-se no racionalismo e passam a descrever o mundo de modo lógico e objetivo. Os complexos fenômenos da vida e da natureza passam a ser reduzidos a concepções objetivas, cujas explicações poderiam sempre ser alcançadas pela razão enquanto elemento cognoscente. Os elementos materiais da vida seriam capazes de se autodefinirem sem qualquer interferência de ordem subjetiva, moral ou espiritual. Conforme elucida Miguel Reale:

Na Época Moderna cresce desmedidamente a confiança nos poderes da razão. Para os grandes metafísicos do século XVII, como Descartes e Malebranche, Espinosa e Leibniz, “a razão é a região das verdades eternas, verdades comuns ao espírito humano e ao divino”, encontrando a sua máxima expressão nas Matemáticas. Daí aparecer, na doutrina de Hugo Grócio, um dos fundadores do novo jusnaturalismo, o problema do Direito enlaçado com o da Matemática. Na mesma linha de pensamento, consoante nos lembra Ernst Cassirer, declara Leibniz que a Ciência do Direito pertence

---

<sup>105</sup> CAPRA, Fritjof. A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 2002. p. 24-25.

<sup>106</sup> CAPRA, Fritjof. A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 2002. p. 24-25.

<sup>107</sup> CAPRA, Fritjof. A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 2002. p. 24-25.

às disciplinas que não dependem de experiências, mas de definições; não de fatos, mas de demonstrações rigorosamente lógicas<sup>108</sup>.

A era moderna se sobressaltaria com uma nova concepção para o direito natural, cuja origem não era a natureza, como na antiguidade, nem o direito divino, como no *medievo*, mas um fundamento único constituído e integrado exclusivamente pela razão humana e pelo raciocínio proprietário.<sup>109</sup> Conforme leciona José Reinaldo de Lima Lopes leciona:

“... não é apenas uma nova ciência que está surgindo. São também os Estados nacionais modernos e o mercado. Um soberano que pretende exercer o monopólio da legislação e da jurisdição, como antes não havia, e uma vida econômica de trocas e de mercadorias. A velha sociedade de ordens (dos guerreiros, religiosos e trabalhadores – bellatores, oradores, laboratores) cede lugar a uma vida crescentemente aburguesada, em que os deveres feudais e pessoais se transformam em prestações pecuniárias. Neste mundo de relações econômicas abstraídas das relações pessoais, a promessa e o exercício individual da vontade ganham uma dimensão nova. Da teoria dos contratos como realização de negócios essencialmente justos, passa-se a uma teoria dos contratos como obrigação derivada da vontade e de promessa”.<sup>110</sup>

Foi principalmente com o ideário de Hugo Grotius (†1645), Samuel Pufendorf (†1694), Christian Thomasius (†1728) e Christian Wolff (†1754), caracterizando o jusnaturalismo como um direito eminentemente racional, que a ciência jurídica e o pertencimento proprietário realizaram íntima conexão. Pode-se dizer que a maior contribuição do jusnaturalismo moderno para o direito privado europeu foi efetivamente o seu caráter de *sistema*, unificado em torno da ideia do raciocínio proprietário. Se antes os usos comunitários protegiam o acesso de todos às utilidades ditas fundamentais, de uma hora para outra passa-se a proteger o poder de alguém - indivíduo proprietário potencializado – em excluir outros desse acesso.<sup>111</sup>

---

<sup>108</sup> REALE, Miguel. Filosofia do direito. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 98-99.

<sup>109</sup> “Por meio de um estudo racional seria possível descobrir os princípios que deveriam reger a vida em sociedade. A partir desses princípios axiomáticos outros mais específicos poderiam ser deduzidos, construindo-se, assim, um completo sistema de normas”. (ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil. 2. ed. Del Rey, 2008. p. 20)

<sup>110</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História: lições introdutórias. 3. ed. Atlas, 2008. p. 198.

<sup>111</sup> Conforme John Gilissen: “O primeiro período dos pensadores jusnaturalistas da época moderna (os teólogos morais e cultores de direito das gentes espanhóis, Althusius e Grócio) está ainda diretamente subordinado à tradição escolástica e teológica. Nele não se tenta nem a ruptura polêmica a partir de uma metafísica teocêntrica do direito, nem se constituem os pressupostos metodológicos para um sistema jurídico autônomo. (...) Só uma segunda geração (Hobbes, Espinosa, Pufendorf) elaborou as bases metodológicas de um sistema jusracionalista autônomo e combateu a dependência metodológica da ética social profana em relação à teologia moral. **O seu**

A migração do conceito de domínio para a ideia da propriedade mercantil, abstrata e desvinculada do poder fático, como um instrumento que vai sendo paulatinamente recuperado e incrementado com base no pensamento moderno, para ser constantemente invocado como justificativa no combate ao universalismo tomista, fez com que do racional individual se extraísse o real, desvinculando o pensamento jurídico e a realidade coletiva e social das abstrações divinas, o que redundou na remodelação das justificativas de pertencimento, pois se antes se protegia o acesso aos recursos comuns secularizado pelo costume, passa-se a partir de então, a se proteger o “poder” absoluto de um indivíduo proprietário de restringir e excluir os outros desse acesso aos recursos comuns. Conforme Mattei e Capra, os modernos:

“(…) haviam expandido violentamente seus domínios mediante a privatização de recursos antes mantidos em comum, e os juristas prontamente declararam esses recursos *res nullius* (coisa de uso de todos, coisa sem dono) para justificar sua privatização. De repente, declarou-se que coisas que antes pertenciam a todos, inclusive o acesso dos camponeses ao *commons*, na verdade não pertenciam a ninguém – ninguém tinha direitos de propriedade sobre eles. Estavam disponíveis a quem se desse ao trabalho de obtê-los. A imposição de uma autoridade e um poder centralizado sobre os recursos naturais – quer essa autoridade fosse pública, quer privada – foi uma primitiva apropriação desses recursos indivisos da comunidade. **Antes, esses bens comuns eram governados por costumes e leis populares que, pelo menos em teoria, conseguiam proteger o acesso a eles. Agora, o que basicamente se protegia era o poder de alguém excluir outras pessoas de tal acesso.**”<sup>112</sup>

A propriedade, na visão de Seixas Meirelles, “perde progressivamente a pertinência, a noção de poder fático sobre a coisa”, e vai aos poucos se abstratizando, “perdendo seu vínculo com outras ideias antigas e diversificadas de submissão provincial, pretoriana, ou peregrina.”<sup>113</sup> Vai-se consumindo qualquer noção ligada à outras formas de pertencimento comum ou comunal, e o conceito aos poucos se universaliza na noção da plena *potestas* sobre a coisa, desvincula-se do

---

método estabelecido por Hobbes sob a directa influência de Descartes e de Galileu; Pufendorf tentou utilizar a racionalização e matematização tornada com ela possível para a tentativa de criar um sistema jusnaturalista geral, enquanto que, ao mesmo tempo, completava a emancipação em relação à teologia moral da ortodoxia luterana. Com isto se libertava finalmente o espaço para um sistema jusracionalista no qual os princípios do direito natural aparecessem como leis naturais da sociedade. Um epígono deste estúdio, Christian Wolff, desdobrou e pormenorizou tanto o sistema que, a partir de então, este ficou em condições de ser adoptado *pela ciência jurídica positiva*” (GILISSEN, Jonh. Introdução Histórica ao Direito. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 304).

<sup>112</sup> MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 91

<sup>113</sup> Cf. SEIXAS MEIRELLES, Marx e o direito civil. Coimbra: Almedina, 1992. p.153-172 e 230-250.

antigo conceito de domínio, não obstante dele ainda fosse constituído como seu atributo interno, mas perde a noção imposta pela realidade factual do vínculo estrito com aquele *munus* comunitário, que impunha a garantia da universalização do acesso pela comunidade às suas utilidades fundamentais e ao compartilhamento de benefícios e responsabilidades na sua fruição. A propriedade bonitária é fundida no modelo geral e abstrato da exclusividade como se fosse internamente por ele absorvido e constituído como um dogma.

A propriedade passa a ser marcada pela abstração; desvincula-se de sua causa primária e de sua dimensão fática do empirismo. Essa propriedade combinada com a ideia da “pessoa dual” (de Locke, Hobbes e Leibniz), é aquela que fundamenta as escolas pandectista e da exegese, molda o racionalismo jurídico oitocentista e o estrutura na teoria da subsunção e na dicotomia do sujeito-objeto. Adota-se um sujeito racional (cuja razão figura no pensar – *res cogito* de Descartes), e torna até o próprio corpo em objeto.

Todo o resto do mundo extenso se objetifica, tudo o que não é sujeito e possa se sobressaltar pela razão humana, dominado pelo intelecto e pela técnica, trasmuta-se em objeto passível de apropriação individual. Conforme Seixas Meireles, “a substância do sistema jurídico é a propriedade”,<sup>114</sup> e os sistemas agora unificados na racionalidade proprietária e embasados na exclusividade do pertencimento exigem um aparato constituído capaz de proteger os dogmas modernos, notadamente a propriedade, sustentados pela centralização da arrecadação e fundados em um poderio militar capaz de manter a organização unívoca completamente independente, alheia - diga-se, da anterior heterogeneidade social e multicultural desde sempre existente no mundo periférico. Manter as condições de segurança para a nova invenção moderna é o sustentáculo e o pilar para o vindouro modelo de estado unificado que vinha se constituindo. Como assenta Gennari:

“(...) A situação de constante tensão entre a população camponesa e a aristocracia feudal, a recordação das recentes revoltas e a inexistência de uma ideologia que proporcionasse um mínimo de coesão entre os estamentos e as classes do reino tornavam arriscada a organização do dispositivo militar com base no recrutamento popular e no armamento de uma parcela do povo. Então, os exércitos tiveram de assumir

---

<sup>114</sup>.Cf. SEIXAS MEIRELLES, Marx e o direito civil. Coimbra: Almedina, 1992. p.153-172 e 230-250.

necessariamente a forma de forças mercenárias. A necessidade de metais preciosos para remunerar as tropas, que eram o sustentáculo do poder real, da ordem interna e da defesa do reino, é fundamental para compreender o conjunto das análises e práticas econômicas que surgiram nessa etapa inicial de organização do Estado moderno. **A necessidade de recursos para prover as tropas exigiu a criação de um sistema centralizado de arrecadação e a organização de um corpo de funcionários responsáveis pela cobrança e coleta de impostos**, pela organização das finanças e pela fiscalização das operações. Com a estruturação de **uma força militar permanente, de sistemas centralizados de arrecadação e de uma burocracia**, as monarquias nacionais, passaram a exercer sua autoridade de forma cada vez mais efetiva, de maneira que esses instrumentos podem ser considerados os pilares do Estado moderno.”<sup>115</sup>

A partir daí o raciocínio proprietário dotando um titular único, individualizado e exclusivo do poder absoluto de usar e abusar da *res*, independentemente de terceiros e sem levar em consideração os entrelaçamentos comunitários e as realidades sociais coletivas anteriores, passou a ser o intento que a modernidade buscou elevar ao status de dogma.

### **02.4.3. A consumação da racionalidade proprietária e as bases culturais do racionalismo jurídico moderno.**

O voluntarismo a partir do início do século XVI centrou não mais o direito na relação entre a comunidade e sua ordem natural, mas doravante passou a descrever as qualidades jurídicas dos indivíduos, a extensão de suas faculdades, de seus direitos e de suas aspirações e interesses subjetivos, manifestados pela vontade individual. Assim como a revolução científica dividiu a natureza, antes harmônica e viva, em um conjunto de partes distintas, regida por leis abstratas e sistemáticas, os cientistas do direito fragmentaram a ordem jurídica medieval, transformaram o direito em um conjunto de componentes distintos, regidos por leis naturais oriundas da razão individual.<sup>116</sup> Segundo Mattei e Capra:

---

<sup>115</sup> GENNARI, Adilson Marques. OLIVEIRA, Roberson de. História do Pensamento Econômico. 2ª edição. Saraiva, 2019, p. 26.

<sup>116</sup> MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 81-82. “A antiga visão holística do mundo como um kosmos, da terra como um generoso presente de Deus à humanidade como um todo, e de abundâncias e riquezas coletivamente acessíveis a todos, foi substituída por uma ênfase humanista no indivíduo e na razão humana, o que resultou numa concepção jurídica mecanicista conhecida como direito natural racionalista. MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 82.

“(…) Os humanistas da esfera jurídica prepararam os fundamentos intelectuais para uma dramática transformação, que evoluiu das instituições jurídicas populares, baseadas nos commons, para a concentração da propriedade em mãos privadas e, finalmente, para o capital. A propriedade privada – o domínio individual sobre a terra – tornou-se o conceito jurídico mais importante, dividindo o todo em componentes individuais. O mecanismo que regia a relação entre essas partes era a instituição que, mais tarde, se tornou o Estado Soberano.

A exemplo da transformação ocorrida na ciência, o movimento da totalidade legal para a moderna concepção ocidental do direito fundamentado na propriedade individual e na soberania de Estado durou vários séculos, e a trajetória jurídico-intelectual foi complexa, pois a religião, o direito, a ciência e a filosofia não eram claramente separáveis entre si. De fato, às vezes um mesmo teórico se dedicava ao que hoje consideramos áreas de conhecimento totalmente distintas – por exemplo, o trabalho de Francis Bacon abrangia tanto o direito quanto a ciência. E, embora os sistemas jurídicos da tradição jurídica da Europa continental (conhecida pelo nome inglês civil *law*, para diferenciar-se do common *law* ou direito consuetudinário do Reino Unido e de suas ex-colônias) tenham tido uma origem diferente, em última análise os dois sistemas lançam suas raízes no antigo direito romano e compartilham a ideologia jurídica fundamental dominante em nossos dias.”<sup>117</sup>

A ciência do direito a partir do nominalismo e do racionalismo moderno viria a se estruturar definitivamente nas grandes codificações oitocentistas, com normas cogentes, de ordem pública, de organização e estruturação da família hierarquizada e matrimonializada, buscando sintetizar o direito do proprietário individual, pautando **a vontade** do sujeito racional e abstrato como estrutura unificadora, com o contrato como instrumento de regulação das trocas econômicas, promovendo o cercamento das terras comunais e o paulatino acréscimo de um maior poderio ao proprietário individual.<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 82.

<sup>118</sup> Segundo Mattei e Capra, “o cercamento dos commons não se limitou a dividir a terra; também distanciou os seres humanos do *kósmos* e dividiu comunidades inteiras em partes desconexas. Os que outrora haviam sido membros de uma comunidade viam-se agora praticamente sozinhos num ambiente urbano hostil. Essa mudança descomunal veio substituir um estilo de vida (que certamente era muito difícil) em que os camponeses eram parte integrante de sua comunidade ecológica por um estilo de vida (talvez mais difícil ainda) de trabalho assalariado. (...) A vida camponesa, mantida por recursos comuns garantidos e pelas simples instituições coletivas dos commons, era difícil, mas não alienante. (...) Apesar dos muitos reveses que perturbavam a vida dos camponeses nos tempos do sistema feudal medieval, sua organização econômica lhes permitia desfrutar de uma unidade entre a vida e trabalho, e a existência não era repetitiva. (...) uma pessoa comum (...) tinha (...) uma relação saudável com a natureza; não era uma unidade de tempo quantificável a ser vendida no mercado.”

O direito racionalista moderno logrou por omitir tudo o que fosse universal, transindividual e coletivo. O eurocentrismo ocidental que moldou os fundamentos do direito privado e a autonomia da vontade individual nas relações entre particulares serviu para instrumentalizar as relações patrimoniais, suficientes a implementar o livre mercado. Não se enxergava nada além da relação entre indivíduos racionais e o ente estatal visto como fictícia subjetividade individualizada.

A partir do início do século XVI, a reforma protestante, capitaneada por Lutero<sup>119</sup>, viria a contribuir ainda mais para uma já bastante significativa superação do pensamento de um direito natural oriundo exclusivamente das emanações divinas e das noções teocêntricas de explicação do mundo. Não mais se falaria no cristianismo primitivo (com a moralidade contundente de São Basílio<sup>120</sup>, de que a propriedade somente se justificaria quando circunscrita ao necessário), mas serviria o direito natural agora – mais ligado à razão humana do que ao poder de Deus – para trazer a conotação de que o trabalho justifica a propriedade e a acumulação do não perecível, como testemunhou John Locke (1632-1704) em sua obra Segundo Tratado Sobre el Governo Civil.

“Ainda que a terra e todas as criaturas inferiores pertençam em comum a todos os homens, cada um guarda a propriedade de sua própria pessoa; sobre esta ninguém tem qualquer direito, exceto ela. Podemos dizer que o trabalho de seu corpo e a obra produzida por suas mãos são propriedade sua. Sempre que ele tira um objeto do estado em que a natureza o colocou e deixou, mistura nisso o seu trabalho e a isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso o tornando sua propriedade. **Ao remover este objeto do estado comum em que a natureza o colocou, através do seu trabalho adiciona-lhe algo que excluiu o direito comum dos outros homens.** Sendo este trabalho uma propriedade inquestionável do trabalhador, nenhum homem, exceto ele,

---

(MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 98).

<sup>119</sup> “(...) é preciso destacar a importância da reforma protestante e o modo pelo qual contribuiu para muitos dos fundamentos do surgimento do Estado moderno. Ocorre que a Reforma Protestante foi um marco histórico que inaugurou valores éticos e políticos inovadores: o fim do domínio político da Igreja Católica; o surgimento de liberdades políticas; liberdade de culto e de religião; liberdade de imprensa, liberdade de pensamento e, principalmente, liberdade de cátedra nas universidades. Evidentemente o fim do preeminência política da Igreja Católica foi conquista de uma cidadania efetiva que propiciou um movimento social de grande importância. Lutero jamais esteve só! Com ele a população alemã enfrentou o poder da Igreja Católica de sua época e as reformas religiosas deram causa a muitas reformas políticas, as quais influenciaram outros povos e Estados, como a Inglaterra e a França”. (GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici. Direitos Humanos e Cidadania no Brasil. In: KIM, Richard Pae; BARROS, Sérgio Resende de; MATSUMOTO, Fausto Kozo (Coords.). Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 28).

<sup>120</sup> “(...) ¿Es que se va a llamar ladrón al que desnuda a quien está vestido, y va a haber otro nombre al que no viste al desnudo, pudiendo hacerlo? (...)” (Eduardo Rubianes apud SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Função Social da Terra. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 20)

pode ter o direito ao que o trabalho lhe acrescentou, pelo menos quando o que resta é suficiente aos outros, em quantidade e em qualidade.”<sup>121</sup>

Jonh Locke reconhece nesse raciocínio a origem da subjetividade, com sua gênese na apropriação, o que fez com que o comum tornasse-se próprio, assim subdividindo o comum, desconsiderando sua natureza de indivisibilidade, e identificando o objeto de propriedade do sujeito abstrato e individual com o esforço de o retirar de seu estado de natureza.

O racionalismo moderno traz a perspectiva da propriedade como um direito natural do homem, a relação de pertencimento proprietário como decorrente da natureza humana. Com Jonh Locke se passou a justificar a propriedade pelo trabalho, uma vez que o bem é apropriado pelo homem quando ele o retira de seu estado de natureza, agregando-lhe o fruto de seu labor. Esse acréscimo voluntarista ao bem em essência é o que justifica a visão de Locke sobre o pertencimento proprietário, torna o bem - antes comunal - em um objeto específico e exclusivo daquele que teve a tarefa de retirá-lo de seu estado de natureza.<sup>122</sup> O homem e o seu esforço são inseparáveis, e, para Locke, o homem “ao agregar o seu esforço sobre a natureza, adquire-lhe a propriedade. E como o homem e o seu esforço são inseparáveis, cria-se sobre a coisa que ele toca um direito de propriedade”.<sup>123</sup>

É nesse contexto, segundo Roberto Espósito, que se induz a compreensão de que “a propriedade está implícita no trabalho que modifica o dado natural como o trabalho está, por sua vez, compreendido no corpo que o executa. Como o trabalho é a extensão do corpo, assim a propriedade é uma extensão do trabalho – uma espécie de prótese que, por meio da operação dos braços, a liga ao corpo num mesmo segmento vital: não só porque necessária ao sustento material da vida mas porque seu prolongamento directo sob a forma da constituição corpórea.”<sup>124</sup>

Corresponde a dizer que a propriedade do homem sobre seu próprio corpo e também sobre todas as criaturas do mundo extenso, funda-se em um abstrato “direito” lhe concedido para que ele pudesse se “servir” daquilo que lhe fosse útil e necessário à sua existência.

---

<sup>121</sup> LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 3ª ed. Editora Vozes. Petrópolis: 1994, capítulo V, item 27, p. 98.

<sup>122</sup> LOCKE, John. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil. Tecnos, 2006, p. 98.

<sup>123</sup> LOCKE, John. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil. Tecnos, 2006, p. 98-100.

<sup>124</sup> ESPOSITO, Roberto. Bios: biopolítica e filosofia. Lisboa: Edições 70, 2018, págs. 100.

Moldou-se assim a ciência jurídica no paradigma do interesse juridicamente protegido, em que o interesse que o direito protege é aquele que ostenta uma necessidade de um sujeito individual ligado a uma utilidade necessária à sua existência, fundando-se, portanto, o direito individual de propriedade, segundo Espósito, como “uma consequência, mas também pré-condição factual, da permanência em vida”.<sup>125</sup>

Roberto Esposito explica que “os dois termos implicam-se numa conexão constitucional que faz de um o pressuposto necessário do outro: sem uma vida a que seja inerente não haveria propriedade; mas sem alguma coisa de seu, sem prolongar-se também ela própria em propriedade, a vida não estaria em condições de suprir as suas próprias exigências primárias e extinguir-se-ia”.<sup>126</sup> A vida humana e a propriedade estão assim a tal ponto imbricadas, que uma se faz como condição indispensável e constitutiva da existência da outra. E essa concepção acabou sendo posteriormente materializada na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789,<sup>127</sup> conforme leciona Mattei e Capra:

“(…) Locke desenvolveu uma concepção atomista da sociedade (...) tentou reduzir os fenômenos observados na sociedade ao comportamento de corpos individuais isolados. (...) justificou sua invenção de um ‘direito natural’ para a propriedade privada alegando que a ‘primeira tomada de posse’ era menos crucial do que o trabalho (o ‘fazer’) que o primeiro tomador investia na terra. Ao apresentar esse argumento, Locke assinalava – ainda que inadvertidamente – que o trabalho humano faz parte da natureza tanto quanto a terra, os recursos naturais ou a energia animal, e que sua concentração e controle não são diferentes da concentração e controle de outro recurso qualquer. De fato, a exploração é uma categoria que pode ser aplicada tanto ao trabalho quanto à natureza, caso se queira mantê-los (artificialmente) separados.

Na famosa concepção de Locke, que ele viu institucionalizada na Lei de Determinação inglesa três anos antes de sua morte, o Estado e o

---

<sup>125</sup> ESPOSITO, Roberto. Bios: biopolítica e filosofia. Lisboa: Edições 70, 2018, págs. 97/98.

<sup>126</sup> ESPOSITO, Roberto. Bios: biopolítica e filosofia. Lisboa: Edições 70, 2018, págs. 97/98.

<sup>127</sup> A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, foi aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte da França revolucionária, em 26 de agosto de 1789, tendo assim elencado: “Os representantes do povo francês, constituídos em ASSEMBLEIA NACIONAL, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene **os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem**, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os actos do Poder legislativo e do Poder executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. Por consequência, a ASSEMBLEIA NACIONAL reconhece e declara, na presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do Homem e do Cidadão: (...) Artigo 2º- O fim de toda a associação política é a conservação **dos direitos naturais e imprescritíveis do homem**. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

proprietário são soberanos em suas respectivas esferas. (...) na concepção de Locke e da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que era popular entre os Pais Fundadores dos Estados Unidos, **a propriedade como uma lei natural, ancorada no direito natural, existia antes do Estado.**"<sup>128</sup>

Desde a cultura patrimonialista e familiar do direito romano, onde todos os integrantes do povo eram considerados coproprietários dos bens públicos, preocupados com a *res publica* como se fosse ela um direito individualizável do cidadão, até a estrutura racionalista e individualista advinda da modernidade, com a revolução científica do iluminismo (séc. XVI à XVIII), em que Nicolau Copérnico (1543), Francis Bacon (1629), e Galileu Galilei (1642) lançam as bases para uma nova imagem fiscalista do mundo, expulsando a qualidade da ciência, restringindo-a ao estudo dos fenômenos que podiam ser medidos e quantificados, reescrevendo a natureza em critérios meramente matemáticos,<sup>129</sup> é que o direito passa a deter uma suficiência científica e metodológica capaz de englobar fatos da realidade pré-determinados e desconhecer por outro lado a realidade notadamente multicultural da complexidade social existente nos países periféricos.<sup>130</sup>

O percurso filosófico que nasceu em Descartes, perpassou por Tomas Hobbes e Jean Jacques Rosseaut,<sup>131</sup> chegando em Jonh Locke, culminou com a instituição de um ente capaz de garantir os direitos individuais e abstratos e de perpetuar o ideal de dominação da natureza pela técnica, assegurando a

---

<sup>128</sup> MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 108-109.

<sup>129</sup> As ciências no início do século XIX, a partir do positivismo de Auguste Comte (1798-1857), passaram a se estruturar na razão natural, de modo que todas as ciências só assim eram consideradas se pautadas nos postulados matemáticos e nas explicações causais ligadas à descrição lógica do mundo. A própria matemática não era vista como ciência, mas como razão explicativa de todas as outras ciências, vista, portanto, como linguagem descritiva do universo e elemento constitutivo e explicativo das demais ciências.

<sup>130</sup> "Com o advento do iluminismo, parece consumir-se uma ruptura com a razão cartesiana: a ciência newtoniana refuta a ideia de uma física a priori e parece impor à racionalidade científica o reconhecimento de seus limites. Contudo, a ciência continua a apresentar-se como instrumento neutro, posto a serviço de fins que a ultrapassam e a partir dos quais ela encontra seu valor, quer se trate de emancipação, quer de felicidade da humanidade. Admite-se que Kant, mais do que Heidegger, deu início a uma virada decisiva, sem deixar de reconhecer a importância e as virtualidades do momento criticista, inscrito na lógica unidimensional da modernidade. É de fato com Kant que surge realmente a ideia de autonomia, mediante a crítica da moral da felicidade. Definida como autônoma, a vontade moral, que é ao mesmo tempo agente e princípio (o valor supremo) da moralidade, nada quer além de si mesma enquanto liberdade que dita a lei à qual se submete. Pela primeira vez, aparece uma representação da vontade que se toma como objeto." (RENAUT, Alain. O indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito. Tradução Elena Gaidano. Rio de Janeiro, DIFEL, 1998, p. 15).

<sup>131</sup> Jean Jacques Rosseaut (1712-1778) apesar de ter tomado posição contrária à Hobbes a respeito do estado de natureza e à concepção de que o estado deveria existir para garantir as condições de segurança da sociedade, ainda assim ligou o homem a seu instinto natural e individualista, capaz de enquadrá-lo na natureza, entendendo que a razão humana da mesma forma é capaz de ser o instrumento de adaptação do homem à sociedade, constituída não pelo consenso mas pela vontade geral.

propriedade individual e a lógica do raciocínio proprietário, mesmo que dissociado de todo o estatuto filosófico e consuetudinário vigente anteriormente.

Conforme vai se produzindo uma concepção conjunta do ideário de Estado constitucional e do indivíduo desde Tomas Hobbes até Jon Locke,<sup>132</sup> vai se individualizando o contexto político e social a ponto de afastar a visão holística da natureza bem como afastar as coletividades e o contexto comunitário dela inerente.

133

Bartolomeu Clavero identifica em Thomas Hobbes o momento formativo e gestacional da nova concepção cultural que resultará do nascimento constitucional da identidade da pessoa e da interdependência entre Estado e indivíduo. Este autor cita Hobbes dizendo que ele mesmo já produz a ideia originária do indivíduo como ator jurídico, como sujeito de direito, destinatário homogêneo de direitos e de liberdades.<sup>134</sup>

Com John Locke, no século XVII, nas suas duas obras mais famosas: segundo tratado do governo civil, e seu tratado sobre o sistema jurídico e político, houve a apresentação ao mundo civilizado europeu de uma concepção mais elaborada do indivíduo como sujeito de direito, titular e ator de algumas liberdades,

---

<sup>132</sup> Para John Locke e também Thomas Hobbes, “... aquilo que está em jogo é a conservação da vida (preservation of himself, desire of self-preservation), declarada desde o princípio ‘o primeiro e mais forte instinto que Deus introduziu no homem’, mas sob uma forma que a condiciona à presença de alguma coisa – justamente a res própria – de que brota e ao mesmo tempo reforça: havendo o próprio Deus introduzido nele, como princípio e ação, o instinto, o forte instinto de conservar a própria vida e existência, a propriedade do homem sobre as criaturas era fundada sobre o direito que tinha de se servir daquelas coisas que eram úteis ou necessárias à sua existência. **O direito de propriedade é assim consequência, mas também pré-condição factual, da permanência em vida.** Os dois termos implicam-se numa conexão constitucional que faz de um o pressuposto necessário do outro: sem uma vida a que seja inerente não haveria propriedade; mas sem alguma coisa de seu, sem prolongar-se também ela própria em propriedade, a vida não estaria em condições de suprir às suas próprias exigências primárias e extinguir-se-ia.” (ESPOSITO, Roberto. Bios: biopolítica e filosofia. Lisboa: Edições 70, 2018, págs. 97/98).

<sup>133</sup> Thomas Hobbes ainda heleniza o conceito de inatismo em que o conhecimento advém da alma com pré- formação da razão, porém elenca a necessidade se constituir uma nova ciência política baseada nos métodos cartesianos do dedutivismo perfeito, tal qual a geometria euclidiana, sustentando que não existem valores absolutos mas frutos de convenções estabelecidos por indivíduos, cognoscíveis de modo perfeito e a priori, estruturando assim a ciência política fulcrada no egoísmo e convencionalismo e abandonando e subvertendo as anteriores clássicas posições aristotélicas, na criação um estado capaz de conter a guerra, capaz de garantir as condições de segurança e de manter a unidade política e jurídica da nação. Logra entender que o Estado portanto não é natural mas artificial e surge da necessidade de conter o ímpeto humano de se apropriar egoisticamente de tudo da natureza e de seus pares, estabelece a necessidade do estatal para garantir condições de segurança delimitando assim as leis da natureza que entendia ser a racionalização do egoísmo como forma de permitir concretizar a autoconservação. Note-se que “esse ‘pacto social’ não é firmado pelos súditos com o soberano, mas sim pelos súditos entre si. (...) O soberano fica fora do pacto, permanecendo como o único a manter todos os direitos originários. Se o soberano entrasse no acordo, não se eliminariam as guerras civis, porque nasceriam contrastes diversos na gestão do poder. O poder do soberano (ou da assembleia) é indivisível e absoluto. Essa é a mais radical teorização do Estado absolutista, deduzida não do ‘direito divino’ (como havia sido feito no passado), mas sim do ‘pacto social’ (...)” (cf. REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. História da Filosofia: Do humanismo a Kant. São Paulo. Ed. Paulus, São Paulo, 1991, p. 497-500).

<sup>134</sup> Cf. CLAVERO, Bartolomé. Happy Constitution: cultura e lengua constitucionales. Editora Trotta. Valladolid, 1997, p. 12.

mas também do correspondente conceito e idealização mais concreta do ente estatal, o Estado como instituição de respaldo e de garantia daquela posição do indivíduo como sujeito proprietário e detentor de legitimidade para dominação da natureza mediante a técnica<sup>135</sup> e a ciência, advinda da experimentação científica.<sup>136</sup>

Como bem elenca Giovanni Reale e Dario Antiseri:

“(...) A ciência não será mais a intuição privilegiada do mago ou astrólogo singular nem o comentário ao filósofo ou ao médico que disse ‘a verdade’; a ciência não será mais um discurso sobre o ‘mundo de papel’, mas será **um discurso sobre o mundo da natureza; experimentalmente e portanto publicamente controláveis sobre os fatos.**

O traço mais característico da ciência moderna é a ideia de método, e mais especificamente de método hipotético-dedutivo. Tornam-se necessárias hipóteses como tentativas de solução de problemas; hipóteses das quais se deduzem consequências experimentais publicamente controláveis. **É a ideia de ciência metodologicamente controlada e publicamente controlável que, de um lado,** exige novas instituições – sedes de discussões, confrontos e controles – como as academias e os laboratórios, e de outro **funda a autonomia da ciência em relação à fé;** (...) A revolução científica é um grandioso movimento de ideias que, a partir da obra de Copérnico e Kepler, adquire no Seiscentos suas características qualificativas na obra de Galileu, encontra seus filósofos – em aspectos diferentes – em Bacon e Descartes, e exprime sua mais madura configuração na imagem newtoniana do universo-relógio. Nos anos que intercorrem entre Copérnico e Newton muda a imagem do universo, mas mudam também as ideias sobre a ciência, sobre o trabalho científico e as instituições científicas, sobre as relações entre ciência e sociedade e entre saber científico e fé religiosa.”<sup>137</sup>

Conforme Roberto Esposito, a propriedade é ao mesmo tempo externa e interna à vida e a vida é interior e exterior à propriedade. É-lhe interior, para este autor, do ponto de vista do ter – como parte dos bens que cada qual tem como dotação. Mas, além de parte, a vida é também o todo do sujeito, se for olhada do ponto de vista do ser. Nesse caso é portanto “a propriedade – qualquer que seja a

---

<sup>135</sup> “(...) a formação de um novo tipo de saber – público, controlável, progressivo e fruto da colaboração -, que para validar-se necessita do contínuo controle da praxis, isto é, da experiência, requer um novo tipo de douto; o novo douto não é nem o mago, nem o astrólogo, nem o professor medieval comentador de textos antigos; o novo douto **é o cientista experimental moderno, que usa instrumentos sempre mais precisos, e que consegue fundir a ‘teoria’ com a ‘técnica’;** é o pesquisador que convalida teorias com experimentos realizados por meio de **operações instrumentais com e sobre objetos.**” (REALE, Giovanne; ANTISERI, Dario. História da Filosofia: Do humanismo a Descartes. Volume 3, São Paulo: Paulus, 2004, p. 140).

<sup>136</sup> Cf. CLAVERO, Bartolomé. Happy Constitution: cultura e lengua constitucionales. Editora Trotta. Valladolid, 1997, p. 20.

<sup>137</sup> REALE, Giovanne; ANTISERI, Dario. História da Filosofia: Do humanismo a Descartes. Volume 3, São Paulo: Paulus, 2004, p. 138 e ss.

propriedade – a fazer parte da vida.”<sup>138</sup> Assim em Locke, de forma diferente de Hugo Grócio e Samuel Puffendorf, ainda segundo Espósito, “a propriedade precede a soberania ordenada e estruturada para defendê-la. É o pressuposto, e não o resultado, da organização social.”<sup>139</sup> É assim que o raciocínio proprietário perpassa a elemento unificador das relações sociais, constituindo a figura do sujeito abstrato e individual como elemento principal do racionalismo jurídico oitocentista.

O ente estatal foi moldado pela racionalidade moderna, desde Descartes até Jonh Locke.<sup>140</sup> Foi unindo as novas concepções filosóficas modernas oriundos da revolução científica e do raciocínio cartesiano com a necessidade de garantir maior liberdade individual por intermédio de um aparato estatal suficiente a garantir os direitos do cidadão burguês, que Jonh Locke emoldurou a teoria clássica de que é preciso um ente estatal forte não porque o homem precisa de limites para suas emoções inatas, mas ao contrário, porque mais do que garantir a segurança como Thomas Hobbes vinha defendendo, era necessário tornar permanente o ideário protestante de justificação da propriedade privada do cidadão.

Locke parte da afirmativa de que a propriedade é oriunda de um direito natural e inato para, em seguida, remover todos os limites que poderiam ser impostos por esta lei natural, defendendo que esse direito antecede a existência da sociedade e do governo civil, sendo destes independente, pois entende a riqueza, a

---

<sup>138</sup> ESPOSITO, Roberto. *Bios: biopolítica e filosofia*. Lisboa: Edições 70, 2018, págs. 98. “Pode-se dizer que toda a perspectiva de Locke se define pela relação, e pela troca, que de vez em quando se institui entre estes dois olhares. Vida e propriedade, ser e ter, pessoa e coisa, abraçam-se numa relação mútua que faz de um justamente conteúdo e continente da outra. Quando ele declara que o estado natural é ‘um estado de perfeita liberdade para reger as próprias ações e dispor dos próprios bens e pessoas como melhor julgue, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença nem depender da vontade do outro’, por um lado inscreve a propriedade numa forma de vida expressa na ação pessoal do sujeito agente; por outro, inclui logicamente sujeito, ação, e liberdade na figura do próprio – que assim resulta ser um “dentro” que inclui um “fora” que por sua vez o inclui no seu interior.”( ESPOSITO, Roberto. *Bios: biopolítica e filosofia*. Lisboa: Edições 70, 2018, págs. 98).

<sup>139</sup> Cf. ESPOSITO, Roberto. *Bios: biopolítica e filosofia*. Lisboa: Edições 70, 2018, págs. 99.

<sup>140</sup> Segundo Manuel Hespanha, a palavra estado advém de antiga tradição política europeia oriundo de várias outras acepções semânticas, como “(...) ‘status’, ‘stato’, ‘estat’, ‘estado’, ‘estate’, ‘staat’(..),” que significavam antes de tudo “um bem fundiário e, relacionado com isto e no plural, ou o patrimônio de um príncipe ou os ‘estados territoriais; para além disto, o estado de uma comunidade, no sentido da sua constituição; depois, a corte de um príncipe, o seu regime e as esferas da sua política; até, finalmente, ser utilizado como sinónimo de ‘Res publica’ (‘Gemeinwesen’, coisa pública), na Itália desde 1500, na França no decurso do séc. XVI, em Inglaterra e já muito continuamente na Alemanha no séc. XVII. Enquanto que em França já no séc. XVII se falava de ‘etat souverain’. Na Alemanha, porém, isto só ocorre no séc. XIX. Na verdade, a expressão domina a linguagem política alemã desde então, enquanto que em França e, sobretudo, em Inglaterra, a expressão desempenhava um papel secundário, ao lado das expressões ‘republique’, ‘nation’, ‘contry’ e outras semelhantes.” (HESPANHA, António Manuel. *Guiando a mão invisível: Direitos, Estado, e Lei no Liberalismo Monárquico Português*. Ed. Almeida, item 3, Coimbra, 2004, p. 27).

vida, e a liberdade, como “objetos dos desejos naturais dos homens, objetos para cuja preservação os homens instituíram governos”.<sup>141</sup>

Era preciso ao mesmo tempo que limitar os poderes dos senhores feudais, aumentar a fé na liberdade individual, no livre comércio e na estruturação de uma nova concepção de mundo capaz de autoregular os interesses ascendentes da classe burguesa que vinham se tornando primaciais. Nessa perspectiva foi-se formando um pensamento eminentemente circunscrito a uma racionalidade proprietária, capaz de se autosustentar nas suas próprias relações, e de se estruturar sob o inédito conceito de “pessoa” que a teoria política já vinha desenvolvendo.

Conforme ensina Roberto Esposito, para ser “pessoa” era preciso “ter a posse plena de uma matéria corpórea em si desprovida de valor, porque encerrada em um corpo de carne”.<sup>142</sup> A pessoa, segundo Alain Supiot, “é dual, pois em uma acepção abstrata é o ser sujeito detentor de subjetividade, noutra é o corpo e a corporalidade passível de ser objeto de propriedade. A concepção do homem dual dá sentido à vida humana”.<sup>143</sup> Conforme este autor:

“(…) de um ponto de vista jurídico, nós o consideramos um sujeito, dotado de razão e titular de direitos inalienáveis e sagrados. Mas, de um ponto de vista científico, nós o consideramos **um objeto de conhecimento**, cujas leis de comportamento a biologia, a economia, as ciências sociais etc. permitem descobrir e explicar. Essas duas vertentes, subjetiva e objetiva, do ser humano são as duas faces de uma mesma medalha. **Pois cumpre primeiro ter pensado o espírito para considerar o corpo uma coisa. A noções de sujeito e de objeto, de pessoa e de coisa, de espírito e de matéria se**

---

<sup>141</sup> Cf. MACPHERSON, C. B. Teoria Política do Individualismo Possessivo: de Hobbes até Locke. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1979, p. 209-230. “(...) a afirmativa e a justificativa de Locke em favor de um direito individual natural à propriedade é central, em sua teoria de sociedade civil e governo. ‘O grande e principal fim, portanto, de se unirem homens em comunidades, e de se colocarem sob governo, é a preservação de sua Propriedade’. E desta proposta, repetida com muitas variações por todo o Segundo Tratado, que é tirada a maioria das conclusões de Locke sobre os poderes e limites da sociedade e do governo civil. E essa proposta exige, claramente, o postulado de que os homens têm direito natural à propriedade, um direito que antecede a existência da sociedade e do governo civil, ou que destes independe.” (MACPHERSON, C. B. Teoria Política do Individualismo Possessivo: de Hobbes até Locke. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1979, p. 209).

<sup>142</sup> Cf. ESPOSITO, Roberto. Dois: a máquina da teologia política e o lugar do pensamento. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2019, p. 107-183. (Capítulo II: O dispositivo da pessoa. “(...) Sem subestimar o papel da ruptura em um corpo de carne. Sem subestimar o papel de ruptura desempenhado por Tomás diante do espiritualismo agostiniano – sobretudo no que se refere à concepção trinitária -, essa fratura entre razão e corpo, ou homem e animal, está destinada a constituir um dos mais estáveis pressupostos do dispositivo da pessoa.” (ESPOSITO, Roberto. Dois: a máquina da teologia política e o lugar do pensamento. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2019, p. 107-183. (Capítulo II: O dispositivo da pessoa).

<sup>143</sup> Cf. SUPIOT, Alain. Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito I Alain Supiot; tradução Maria Ennantina de Almeida Prado Galvão. - São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.13-14.

**definem por oposição mútua. Uma não é concebível sem a outra e jamais a ciência positiva poderia ter nascido sem elas.(...)." <sup>144</sup>**

A redução do mundo nas dicotomias do sujeito-objeto, da pessoa e da coisa, do espírito e da matéria, foi necessária para que se desenvolvesse a própria ciência, pois o homem se transforma em um sujeito dual, que enfrenta o mundo do corpo e da mente, dotando-a de razão, para que a ciência seja possível. Essa definição do ser humano dual não resulta de uma demonstração científica, mas de uma afirmação dogmática, sendo o corpo um objeto cuja subjetividade é dele dissociada, é, tal qual as posteriores ficções modernas, um produto artificial constituído na finalidade de desenvolvimento da história.

Em um sistema de pensamento que ignora essas dicotomias, conforme Alain Supiot, não seria possível o desenvolvimento da ciência. Um sistema cultural por exemplo, como o “da China imperial, que ignorava a idéia de sujeito, evidentemente não podia, diferentemente da Roma imperial, qualificar de objetos certos homens e, portanto, tinha de ignorar a escravidão, no sentido preciso do termo”. <sup>145</sup> Conforme esse autor, “cumpria pensar o homem como um objeto material para conceber a medicina como uma ciência e o trabalho como um bem negociável. A ciência e a economia modernas não poderiam ter nascido sem essa configuração jurídica própria do ocidente, a pessoa humana (...)” <sup>146</sup>

A configuração jurídica da pessoa humana, portanto, justificou a criação de uma racionalidade embasada no raciocínio proprietário, que impulsionou a ciência econômica a ser dotada de autonomia científica, construindo aos poucos a noção de liberdade de iniciativa e de concorrência no mercado, muito fortemente alocado no que passou a ser concebido nos séculos vindouros como uma ordem natural constituída por uma lei do mercado guiado por uma “mão invisível”, <sup>147</sup> estrutura teórica básica para a formação da racionalidade moderna.

---

<sup>144</sup> SUPIOT, Alain. Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito | Alain Supiot; tradução Maria Ennantina de Almeida Prado Galvão. - São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.13-14.

<sup>145</sup> Cf. SUPIOT, Alain. Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito | Alain Supiot; tradução Maria Ennantina de Almeida Prado Galvão. - São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.13-14.

<sup>146</sup> Cf. SUPIOT, Alain. Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito | Alain Supiot; tradução Maria Ennantina de Almeida Prado Galvão. - São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.13-14.

<sup>147</sup> BRUE, Stanley L. GRANT, Randy R. História do pensamento econômico. São Paulo, Cengage Learning. 2016, p. 74.

### **03. A GÊNESE DO LIVRE MERCADO E A CRIAÇÃO ARTIFICIAL DE UM SISTEMA AUTOREGULÁVEL QUE OMITTE SUAS FALHAS: OS FUNDAMENTOS DA RACIONALIDADE PROPRIETÁRIA MODERNA.**

#### **03.1. O novo pensamento econômico fulcrado na naturalização da competitividade.**

Abandonando o anterior modelo comunitário fulcrado no cooperativismo entre as manifestações estanques de uma ordem feudal justa e espelhada no divino, o homem moderno procura superar os limites impostos pelo cosmopolitismo e comunitarismo, e para tanto, abandona a noção de coletividade própria de realidades culturalmente diversificadas, afastando-se da noção transindividual que poderia afetar a auto-proclamação do indivíduo racional e de sua livre e absoluta auto suficiência.

Para o novo pensamento econômico o soberano e o Estado-nação deveriam deter uma organização interna própria de tal forma a fomentar o bem estar e a riqueza dos cidadãos, sendo fácil para os intelectuais da época correlacionar essa complexa hierarquia política com a coordenação das atividades econômicas, de tal modo a, não somente satisfazer necessidades humanas, mas também promover a acumulação de capital. Conforme Mattei e Capra:

“(...) o objetivo do modo de produção capitalista não era a satisfação das necessidades humanas, mas a geração de lucro e a acumulação de capital para fins de autoreprodução. Essa acumulação da riqueza nacional tornou-se o tema da economia política, a nova ciência comportamental que aspirava à autonomia em relação à teoria do direito, à filosofia e à história.

Os historiadores da economia consideram o livro *Political Arithmetick* (1690), de William Petty (1623-1687), como a obra fundadora da economia política clássica. O pensamento de Petty deve muito a Newton, Descartes e Galileu. Seu método consistia em substituir palavras e argumentos por números, pesos e medidas, e em usar argumentos racionais para explicar o fenômeno econômico em termos de causas naturais visíveis. Quase um século depois, Adam Smith, um professor de teoria do direito e filosofia moral, publicou *A riqueza das nações* (1776), o primeiro tratado em grande escala sobre economia, escrito numa época em que a Revolução industrial havia começado a mudar a face da Grã-Bretanha. Sua importância como fundamento da moderna teoria econômica pode ser comparada, na física, aos *Principia* de Newton e, na Biologia, a *Sobre a Origem das Espécies*, de Darwin.”<sup>148</sup>

---

<sup>148</sup> MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 126-127.

Para alcançar o intento de satisfazer necessidades humanas coletivas e também de reproduzir o capital, a teoria econômica passou a pregar que o ente estatal deveria reger as esferas da produção, da circulação, da distribuição e do consumo de modo a, com base em todo o aparato intelectual da época, respeitar iguais “leis naturais” de caráter objetivo, necessárias e universais, e que fossem completamente independentes da vontade dos homens e dos senhores.<sup>149</sup> O mercado tenderia a encontrar seu equilíbrio a longo prazo, dado que o preço real das coisas ostenta uma relação direta com a sua escassez e o esforço individual (trabalho) em adquiri-las. O fomento à competitividade entre iguais - indivíduos autosuficientes, é o novo elemento existente no sistema, que o ajuda a se perpetuar como fulcrado na liberdade individual e na competitividade, a qual se não fosse natural deveria ser artificialmente incentivada.

“(…) A ação de cada produtor ou mercador que está tentando obter lucro é contida por outros produtores ou mercadores que estão provavelmente tentando ganhar dinheiro. A competitividade reduz o preço dos bens e, conseqüentemente, o lucro de cada vendedor. Em situações em que há, inicialmente, um único vendedor o lucro extraordinário atrai novos concorrentes que aumentam a oferta e eliminam os lucros excessivos. Em um caminho análogo, os empregadores disputam os melhores trabalhadores, empregados disputam os melhores empregos e consumidores disputam pelo direito de consumir os produtos.

Dito em termos da economia contemporânea, o resultado é que os recursos são alocados para suas aplicações mais valiosas; a eficiência econômica prevalece. Além disso, devido às economias e aos investimentos dos empresários – novamente, afora seus próprios interesses – o capital acumula e a economia cresce. A busca do próprio interesse, restrita pela competitividade, tende, assim, a produzir o bem social de Smith, a produção máxima e o crescimento da economia (...)

Smith ressaltou que os participantes da economia tendem a ir atrás de seus interesses pessoais. O negociante busca o lucro: ‘Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que nós esperamos nosso jantar, mas da sua consideração de seu próprio interesse. O consumidor procura encontrar o preço mais baixo por um bem, de acordo com sua qualidade. O trabalhador tenta encontrar o salário mais alto, de acordo com seu trabalho. Mas, escondida no aparente caos da atividade econômica, está a ordem natural. Há uma mão invisível que direciona o comportamento do interesse próprio para um tal caminho que o bem social emerge.(…)’<sup>150</sup>

Foi a partir da ideia Newtoniana predominante das “leis naturais”, conforme Mattei e Capra, perfeitamente compatível com o racionalismo do direito natural, que

---

<sup>149</sup> GENNARI, Adilson Marques. OLIVEIRA, Roberson de. História do Pensamento Econômico. 2ª edição. Saraiva, 2019, p. 50.

<sup>150</sup> Cf. BRUE, Stanley L. GRANT, Randy R. História do pensamento econômico. São Paulo, Cengage Learning. 2016, p. 73-74.

se almejou identificar o ser humano racional, detentor de uma natureza intrínseca competitiva. É próprio da natureza humana barganhar e permutar, foi rapidamente considerado “natural” que “os operários fossem aos poucos trabalhando mais e aumentando sua capacidade produtiva graças à invenção de máquinas capazes de facilitar e reduzir a quantidade de trabalho”.<sup>151</sup> Era notório a influência das ideias de equilíbrio e das leis do movimento oriundos da física de Newton, elencando-se o conceito de competitividade e da busca do interesse próprio como elementos balizadores de todo o processo estrutural de autorregulação da oferta e da demanda e parametrizador dos preços, como elementos determinados pelo que se passou a unificar como mercado.

Aliás, o conceito de competitividade, para Stanley Brue e Randy Grant, é a chave e a ideia principal para se entender a modernidade e sua autoproclamação da liberdade,<sup>152</sup> que agora passa a ser ditada pela justiça da livre perseguição ao interesse individual, e não mais pelo universalismo e harmonia de uma ordem já preestabelecida pelo divino.

O anterior modelo mercantilista baseado no protecionismo nacional para a promoção de uma balança comercial favorável,<sup>153</sup> paulatinamente, faria com que as trocas comerciais passassem a ser vistas com mais importância do que o desincentivo ao consumo de luxo da aristocracia feudal, baseado em sua maioria em mercadorias estrangeiras. O protecionismo que redundava em monopólios e escassez nos mercados internos, passaria a ser cada vez mais repudiado, sendo substituído aos poucos pelo incremento contínuo do fomento cada vez maior ao livre comércio em nível internacional.

Com a necessidade cada vez mais latente da implementação de um sistema ainda incipiente que fomentasse o comércio internacional,<sup>154</sup> no ideário europeu, foi

---

<sup>151</sup> MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 127

<sup>152</sup> Cf. BRUE, Stanley L. GRANT, Randy R. História do pensamento econômico. São Paulo, Cengage Learning, 2016, p. 73-74.

<sup>153</sup> “(...) os Estados concediam subvenções e monopólios a determinadas manufaturas, consideradas importantes para projetar o prestígio de artigos nacionais no mercado externo. Às vezes operavam diretamente grandes manufaturas, como no caso das Gobelin francesas, estatizadas por inspiração do ministro das Finanças Colbert (1661-1683). Colbert foi também responsável pela sobrevida das antigas corporações de ofício, colocando-as sob controle estatal e declarando-as de utilidade pública, razão pela qual o mercantilismo francês foi conhecido como colbertismo ou ‘industrialismo’ (...).” (cf. REZENDE filho, Cyro de Barros. História Econômica Geral, 10ª ed., São Paulo, ed. Contexto, 2020, p. 124).

<sup>154</sup> “(...) as trocas no interior de uma nação promovem uma distribuição de uma riqueza (expressa em moedas metálicas) entre as classes, mas não tornam a nação mais rica. É no mercado internacional que as trocas operam a redistribuição da riqueza (das moedas metálicas) entre as nações”. (GENNARI, Adilson Marques. OLIVEIRA, Roberson de. História do Pensamento Econômico. 2ª edição. Saraiva, 2019, p. 38).

aos poucos perdendo força aquela noção generalizada de que um país seria tão próspero e poderoso na direta razão da quantidade de metais preciosos que fosse possuidor. O acúmulo excessivo de metais como o ouro e a prata, próprio do mercantilismo, em um quadro de excessiva intervenção na liberdade individual, costumava gerar problemas com a escassez da produção interna e o consequente excesso de demanda de produtos estrangeiros.

Os acontecimentos que viriam a mudar decisivamente o curso da história e reconstruir uma nova racionalidade econômica capaz de tornar incipiente o culto à liberdade de concorrência e de iniciativa foram decisivamente fulcrados na mudança de mentalidade e na necessidade de dar vazão à grande quantidade de recursos que vinham sendo saqueados da exploração das colônias afro-americanas. Como assevera Gennari e Oliveira:

“(...) para que o sistema econômico funcionasse com dinamismo e o excedente circulasse, fosse distribuído e consumido, era necessário a eliminação de todo tipo de obstáculo ou empecilho nos processos produtivos ou nos fluxos de troca, como privilégios, monopólios, taxas protecionistas, regulamentações comerciais e produtivas das guildas e corporações de longa tradição medieval. A liberdade de produção e a comercial (*laissez-faire*, *laissez-passer*) eram decisivas para que o sistema econômico pudesse operar segundo a ‘ordem natural’, o que traria como desdobramento a realização plena de suas potencialidades (crescimento econômico, bem-estar etc.).<sup>155</sup>

O ingresso excessivo do ouro e prata na economia dos países europeus advindos das colônias se traduzia na elevação da capacidade de consumo, redundava na pressão permanente sobre a oferta, cujo resultado inevitável era o aumento de preços.<sup>156</sup> Passava a ser motivo e justificativa para o maior incremento da produção o culto à liberdade de iniciativa e de concorrência no mercado, com cada vez mais cercamentos de terras comunais ainda existentes, um aumento da

---

<sup>155</sup> GENNARI, Adilson Marques. OLIVEIRA, Roberson de. História do Pensamento Econômico. 2ª edição. Saraiva, 2019, p. 50.

<sup>156</sup> “(...) Metalismo: é a ideia generalizada de que um país seria tão próspero e poderoso, na razão direta da quantidade de metais preciosos que ele possuísse. Derivada da ‘fome metálica’ dos séculos XIV e XV, essa concepção foi reforçada pela observação de que a potência que quase conseguiu se impor hegemonicamente à Europa – a Espanha –, possuía enormes reservas metálicas, devido às minas de suas colônias americanas. Com a queda do volume de produção das minas americanas, aliada ao entesouramento e à exportação de prata para o Sistema Colonial do Oriente, essa ideia foi ainda mais reforçada a partir da depressão que se inicia em 1620. (...) o acúmulo excessivo de metais provocou uma necessária elevação dos preços, que atraiu mercadorias estrangeiras, fazendo com que o ouro e a prata espanhóis deixassem o país, como pagamentos dessas compras. A prática mercantilista espanhola, conhecida como *bullionista* (de *bullón*, lingote de metal), preocupando-se em impedir a saída do país de metais preciosos, não conseguiu inverter essa situação.” (REZENDE filho, Cyro de Barros. História Econômica Geral, 10ª ed., São Paulo, ed. Contexto, 2020, p. 122-123).

produção e fomento ao lucro individual, um incremento da oferta para a redução de preços, a contenção dos privilégios, combate aos monopólios e à práticas protecionistas, a desregulação da produção e a reprodução do capital manufatureiro.

157

O desenvolvimento da produção nacional passava a ser relevante do ponto de vista de uma afirmação da posição de poder dos Estados no plano internacional, daí a maior receptividade política em relação às ideias de apoio ao setor produtivo, como a desregulação da produção e a liberdade do comércio. Nas nações precursoras do desenvolvimento manufatureiro-industrial, as ideias mercantilistas, que tanto contribuíam para o fortalecimento do poder do Estado e a afirmação do capital comercial, começaram a apresentar um grau crescente de inadequação às necessidades dessas novas formas de reprodução do capital.<sup>158</sup>

O intervencionismo estatal do modelo mercantilista preservava as corporações que restringiam a oferta de mão de obra e mantinham monopólios e a elevação dos preços. A liberalização da economia se fazia uma necessidade a que os pensadores da época passavam a apoiar abertamente.

A modernidade europeia legava ao mundo um modelo teórico que pretendia ser uma reprodução exata da realidade, construindo um esquema que permitiria a compreensão da existência de uma profunda interdependência entre o funcionamento dos mecanismos que regiam as relações entre as esferas social e econômica, inaugurando o estudo do objeto das ciências econômicas.

Essa configuração das relações de trato comercial, como um sistema fechado e racional, que enxerga a produção gerando imediatamente o consumo, e este por sua vez ativando a esfera da circulação e da distribuição, permitiu a constituição do que veio a se entender pela racionalidade da modernidade, embasada em último

---

<sup>157</sup> Enquanto os preços dos produtos agrícolas elevavam-se, conforme a lição de Cyro Rezende, e a França passava por seguidas crises agrárias, a Inglaterra vivia um notável processo denominado Revolução Agrícola, que consistiu basicamente em três fatores: inovações técnicas, alteração na estrutura da propriedade fundiária e aumento da produtividade. O secular hábito de se deixar parte da terra agricultável anualmente em pousio, para que recuperasse a fertilidade, foi abandonado em favor do plantio de forrageiras, nabo e batata (originária da América). Essas colheitas permitiam a recuperação dos fatores nutrientes do solo, preparando-o para o próximo cultivo de cereais, além de fornecer alimentação para o gado durante o inverno. Os pastos foram mais bem cuidados, permitindo o crescimento dos rebanhos e o maior volume de adubo animal, que passou a ser largamente utilizado, juntamente com vários adubos minerais extrativos. Finalmente, algumas máquinas que facilitavam o trabalho nos campos, como a semeadora mecânica, foram adotadas. Essas inovações técnicas, ainda segundo a lição de Cyro Rezende, foram acompanhadas por uma geral e fundamental alteração na estrutura da propriedade fundiária (REZENDE filho, Cyro de Barros. *História Econômica Geral*, 10ª ed., São Paulo, ed. Contexto, 2020, p. 134-135).

<sup>158</sup> Cf. GENNARI, Adilson Marques. OLIVEIRA, Roberson de. *História do Pensamento Econômico*. 2ª edição. Saraiva, 2019, p. 42.

trato nas relações de um sujeito abstrato proprietário com objetos passíveis de disposição e incorporação ao patrimônio individual, vindo o individualismo que o sustentava, combater os sistemas comunais de compartilhamento de riquezas anteriormente existentes.<sup>159</sup>

O sujeito jurídico moderno libera o indivíduo de seus laços ou liames sociais e políticos, transformando-o em indivíduo livre, autossuficiente e independente. A racionalidade dessa nova ordem social intermedia a liberação e dissolução dos vínculos do homem com a sua comunidade.<sup>160</sup>

O conhecimento desenvolvido ao longo do século XVIII moldou as escolas de pensamento que pregavam a liberalização do comércio e o culto à liberdade individual de iniciativa e de concorrência, e a competitividade como amparo fundamental, o que redundou posteriormente nas revoluções liberais, desse modo passando a ciência moderna a distinguir a esfera econômica da esfera política, tornando a economia um fazer privado no qual qualquer um deveria prover suas próprias necessidades.<sup>161</sup>

### **03.2. O constitucionalismo moderno e as exterioridades dessa nova forma de instrumentalização dos mercados.**

Abandonando o senso comunitário de auto responsabilização compartilhada, o homem moderno, isolando-se às custas de seu próprio esforço e destino, omitindo e deliberadamente ignorando as relações comunitárias, abandonou o sentido universal e refratário do divino, escondendo sua própria origem, que desde culturas diversificadas moldou como estrutura fundamental da constituição humana, logrou por isolar-se às custas de apagar de sua própria memória os últimos resquícios de seu entrelaçamento comunitário, de onde advinham os deveres para com os outros – como um *munus* comunitário.

Com as supervenientes limitações aos poderes de intervenção na liberdade de iniciativa dos agentes privados, e o intuito cada vez maior de implementar – ainda que artificialmente – a concorrência na atividade econômica, a classe burguesa fez no curso desses séculos com que fossem materializados documentos célebres que

---

<sup>159</sup> GENNARI, Adilson Marques. OLIVEIRA, Roberson de. História do Pensamento Econômico. 2ª edição. Saraiva, 2019, p. 51

<sup>160</sup> Ver nesse sentido: BARCELLONA, Pietro. L'individualismo proprietario. Editore Boringhieri SpA, Torino, 1987.

<sup>161</sup> SOUZA, Euza Raquel de. Pietro Barcellona e o fundamento individualista da modernidade. Polymatheia. Revista de Filosofia, Fortaleza, Vol. V, nº 7, 2009, p. 75.

deveriam proteger os agora sagrados direitos individuais, como o *Petition of Right* em 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights* de 1689, entre outros, ajudando a implementar a ordem econômica e a materializar as consequentes liberdades individuais e de concorrência no mercado.<sup>162</sup>

Conforme Daniel Sarmento e Claudio Pereira de Souza Neto:

“(…) o século marcante na definição do modelo constitucional inglês foi o XVII, caracterizado pelas fortes tensões entre a Coroa e o Parlamento e por diversas reviravoltas políticas, que culminaram com a Revolução Gloriosa de 1688, a qual depôs a dinastia dos Stuarts. Aquela revolução assentou o princípio da supremacia política do Parlamento inglês, em um regime pautado pelo respeito aos direitos individuais. No curso do século XVII, foram editados três documentos constitucionais de grande importância: a *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; e o *Bill of Rights*, de 1689, que garantiram importantes liberdades para os súditos ingleses, impondo limites à Coroa transferindo poder ao Parlamento. Uma ideia central do constitucionalismo inglês é a de respeito às tradições constitucionais. Apesar da existência de diversos documentos constitucionais escritos, não há um texto constitucional único que os consolide e organize. Inexiste, portanto, uma Constituição escrita na Grã-Bretanha. Entende-se que a autoridade do Direito Constitucional não provém apenas dos referidos textos esparsos, mas também de convenções constitucionais e de princípios da *common law*, desenvolvidas pelos tribunais.”

Após as declarações de direitos do homem e do cidadão, e dado a necessidade de diminuir os poderes dos monarcas absolutistas, visando conceder maior poder ao parlamento, com a imposição de limitações aos governantes frente à insipiente necessidade de proteger de modo mais significativo a liberdade econômica dos agentes privados, as aspirações da então classe ascendente iriam ainda amparar as chamadas revoluções liberais, com a Revolução Gloriosa de 1688 promovendo a queda do absolutismo na Inglaterra e implantando uma monarquia constitucional baseada nos princípios liberais.

As posteriores revoluções, como a Revolução Americana de 1776, a Revolução Francesa de 1789, a Revolução liberal do Porto de 1820, as Revoluções de 1830 em vários países europeus; as revoltas liberais de 1842 no Brasil, servindo quase todas da notória influência anglo saxã, para implantar uma ideologia que posteriormente foi exportada para os países afroamericanos.

---

<sup>162</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história, e métodos de trabalho*. 2ª edição. Fórum, 2017, p. 74-75.

Tratou-se de embasar perante a cultura jurídica do século XIX uma nova forma de instrumentalizar os mercados, através da busca do interesse próprio que realiza de modo autômato o bem estar geral ao deixar que a lei da oferta e da demanda promova de modo automático o bem-estar de toda a sociedade.

As célebres teorias econômicas de Adam Smith (1723-1790),<sup>163</sup> e David Ricardo (1772-1823),<sup>164</sup> fizeram a sociedade da época estabelecer um ideal de livre mercado com ampla e impulsionada liberdade de concorrência capaz de, autonomamente, pelo menos em teoria, promover o bem-estar e a harmonia social na realização dos interesses da coletividade, no bem estar geral.<sup>165</sup> A perfeita disposição da propriedade pelo indivíduo e a divisão do trabalho na busca pelo interesse próprio,<sup>166</sup> poderiam vir a realizar e concretizar de modo automático o bem-estar social e coletivo.<sup>167</sup>

---

<sup>163</sup> O precursor livro de Adam Smith (1723-1790) denominado *A riqueza das Nações*, foi o prenúncio de uma nova economia que estava nascendo, baseada na divisão do trabalho e na busca do interesse próprio gerador de harmonia social. Como bem atesta Niall Kishtainy, “ele foi aclamado como sábio, quase sempre por aqueles que acreditavam que os mercados devem imperar acima de todo o resto, que os governos devem intervir o mínimo possível e que os negócios devem atuar como quiserem. (...) ele defendia o papel dos mercados como um ataque ao sistema mercantilista que então imperava na Europa, com suas inúmeras restrições sobre a compra e a venda. Ele queria que o sistema fosse desmantelado, mas ainda acreditava que os governos tinham importantes papéis a exercer na economia.” (KISHTAINY, Niall. *Uma breve história da economia*, 2ª edição, Porto Alegre, 2019, p. 45).

<sup>164</sup> David Ricardo (1772-1823) elencou um método para descobrir leis econômicas, construindo uma longa cadeia de causa e efeito, usando a razão para encontrar a verdade, defendendo o livre mercado e a abertura as fronteiras ao comércio porque “todos os países têm uma vantagem comparativa em algo e, portanto, todos tem potencial de ganhar por meio da especialização e do comércio. É melhor para os países abrirem as fronteiras ao comércio exterior do que tentar ser autossuficientes. Embora alguns economistas a tenham desafiado, a ideia de vantagem comparativa de Ricardo se tornou um dos princípios apreciados pelos economistas.” (KISHTAINY, Niall. *Uma breve história da economia*, 2ª edição, Porto Alegre, 2019, p. 51).

<sup>165</sup> Adam Smith “(...) consubstanciou de forma extraordinária a síntese do novo pensamento moderno, ou pensamento burguês, (...) incorporou as ideias de Thomas Hobbes de que os homens, em seu egoísmo inato, seriam tragados a um estado bestial, caso não houvesse a força coercitiva de um poder maior, que poderia ser o poder do Estado. Entretanto, no pensamento de Smith, o egoísmo e a competição generalizada assumiriam uma interpretação e uma importância inusitada como aspectos benéficos e inatos ao homem. (...) em vez da necessidade de um poder externo coercitivo do Estado, havia no próprio mecanismo de mercado uma força muito poderosa que orientaria o egoísmo de cada indivíduo ao bem-estar geral da sociedade: era o poder da ‘mão invisível’ de Deus. Desse modo, o livre mercado, com sua mão invisível (oferta e demanda) promoveria um estado de bem-estar para toda a sociedade. Essas ideias ganharam imediatamente um caráter revolucionário, em um contexto no qual predominava o poder crescente de um Estado absolutista e a nova classe burguesa lutava e almejava mais liberdade para desenvolver novas formas de busca de riqueza: o comércio e a indústria nascentes, ou seja, a acumulação de capital. Tais ideias eram frontalmente contrárias à defesa da intervenção do Estado na atividade econômica preconizada pelas ideias mercantilistas.” (GENNARI, Adilson Marques. OLIVEIRA, Roberson de. *História do Pensamento Econômico*. 2ª edição. Ed. Saraiva, 2019, p. 52-53).

<sup>166</sup> Essas ideias de Adam Smith partem da concepção de que o crescimento da riqueza de uma nação depende essencialmente da produtividade do trabalho e isso tem início com os processos ligados à divisão e especialização laboral. Ou seja, a produtividade do trabalho liga-se de modo estrito à função do seu grau de especialização, o que corresponde a dizer que quanto maior a destreza existente em cada trabalhador economiza-se tempo e avança a produtividade, o que aliado ao fenômeno natural da troca e do comércio tem o condão de produzir uma riqueza universal que se estenderia às camadas mais baixas da população. (cf. GENNARI, Adilson Marques. OLIVEIRA, Roberson de. *História do Pensamento Econômico*. 2ª edição. Ed. Saraiva, 2019, p. 54)

<sup>167</sup> “O bem-estar humano sempre esteve presente na teoria de Smith. Para o fundador da economia política, o bem-estar econômico estaria relacionado ao livre jogo das forças de mercado que comandaria, por meio de uma mão invisível, as ações egoístas dos indivíduos que, buscando seus interesses individuais, atingiriam, como por

A teoria do valor elaborada por Adam Smith redundou por embasar tanto o pensamento neoclássico (do valor utilidade) quanto o pensamento revolucionário de Marx (do valor-trabalho). Adam Smith admite a intervenção estatal na atividade econômica privada unicamente para proteger a sociedade da violência e da invasão de outras sociedades; proteger todo membro da sociedade de iniquidades e cuidar da perfeita administração da justiça; cabendo ainda ao ente estatal fazer e conservar obras públicas, além de criar e manter instituições públicas.<sup>168</sup>

As necessidades coletivas nessa perspectiva seriam supridas autonomamente pela própria disposição dos fatores individuais. Esse modelo pressupunha uma concorrência perfeita de mercado, o que, no entanto, nunca passou de uma perseguição teórica que até hoje se questiona se possuía (ou se algum tempo já possuiu) qualquer contato com a realidade.<sup>169</sup> A complexidade existencial, notadamente no mundo periférico, e com a massificação social advinda no século XX, logo veio a demonstrar as imperfeições desse modelo.

A teoria econômica clássica identificou a histórica divisão da intercessão do público-privado, demonstrou pairar sobre pressuposições teóricas abstratas que talvez existissem apenas em sociedades eminentemente paritárias sem as vicissitudes e complexidades da realidade local e das culturas diversificadas, notadamente nas sociedades periféricas, que vinham se formando no século XX.<sup>170</sup>

---

derivação, o bem-estar geral da sociedade. (...) ao perseguir seus próprios interesses, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quando tenciona realmente promovê-lo" (GENNARI, Adilson Marques. OLIVEIRA, Roberson de. História do Pensamento Econômico. 2ª edição. Ed. Saraiva, 2019, p. 59).

<sup>168</sup> Cf. GENNARI, Adilson Marques. OLIVEIRA, Roberson de. História do Pensamento Econômico. 2ª edição. Saraiva, 2019, p. 60.

<sup>169</sup> Cedo se chegou à conclusão de que "a mecânica operacional do mercado, tal como imaginada pelos clássicos, corresponde mais a um modelo simplificado do que a uma realidade facilmente encontrada em cada caso concreto. Mais específica e significativamente, deu-se a este modelo o nome de concorrência perfeita, o qual para funcionar como previsto exigiria: 1) ampla mobilidade de fatores; 2) pleno acesso a informações; 3) ausência de economias de escala, assegurando a presença de grande número quer de vendedores, quer de compradores em cada mercado, a chamada atomização; 4) ausência de economias externas, quer positivas, quer negativas; 5) exclusividade de todos os bens. Um sexto requisito até agora implícito (...) é o da homogeneidade ou não diferenciação dos produtos. Diante da ausência desses requisitos não é possível falar em mercado no sentido clássico, mas sim em tipos diferentes de mercado, cada qual com suas limitações." NUSDEO, Fabio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 140.

<sup>170</sup> "O Direito Administrativo contemporâneo não se confunde com o modelo clássico dos séculos XIX e XX. Em verdade, tem origem em mutações que incidiram sobre esse mesmo modelo, gerando novas concepções e outros institutos (ou a releitura deles). (...) O modelo tradicional de Direito Administrativo cuidava tão só das autarquias como pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração indireta e submetidas a controle tutelar; hoje há agências reguladoras independentes (uma nova realidade que se agrega às autarquias comuns). O mesmo se dá com o contrato administrativo, pois, ao lado da figura tradicional, surgem outras espécies contratuais (contratos de gestão, atos administrativos negociais, etc.), que não se enquadram com perfeição nas concepções anteriores." (MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Administrativas, Contratos de Serviço Público e Mutabilidade Regulatória, Revista de Direito Público da Economia, volume 25, 2009, páginas 101 a 117).

Com a criação do sistema bancário e de crédito, as metrópoles europeias assumem a condição de distribuir empréstimos aos países com menos reservas de ouro em seus depósitos, o que viria a moldar as relações de dependência econômica e do pós-colonialismo do século XX.

A partir da construção do constitucionalismo moderno, e do contexto das posteriores insurreições liberais, a liberdade de iniciativa e o ideal de livre mercado viria a sobrepujar mais tarde o movimento das grandes codificações, notadamente na França e Alemanha, com o advento do seu elemento fulcral, o conceito de autonomia da vontade, cristalizando na cultura jurídica ocidental e nos direitos individuais de liberdade econômica e de iniciativa, influxos que redundaram em uma estruturação jurídica capaz de instrumentalizar uma economia de livre mercado em toda a Europa ocidental e no cenário afroamericano.

A autonomia da vontade foi constituída como o espaço de liberdade do indivíduo para regulamentar seus próprios interesses, situando no mundo jurídico os limites do âmbito da atuação individual, onde o indivíduo se manifesta como sujeito livre, independente, capaz e legítimo, para, por intermédio do contrato, livremente dispor de seus interesses na apropriação de objetos passíveis de individualização, que se materializam no mundo jurídico como bens corpóreos, lícitos, possíveis e determináveis.<sup>171</sup> A natureza passou a ser objeto de apropriação e a criação de ficções jurídicas levou as relações de pertencimento a um âmbito de instrumentação do capital.

Formou-se a racionalidade da modernidade, pautada no mundo do ser/pensar, no que se convencionou chamar de ontológico, estruturada na percepção de uma alma descorporalizada e individualista, que desconheceu e ignorou desde sua origem o sofrimento e a exclusão das próprias “vítimas” desse novo sistema econômico e financeiro.<sup>172</sup>

---

<sup>171</sup> “(...) A historicidade do conceito de autonomia privada implica na análise da noção de liberdade individual cunhada no momento de instauração de uma nova ordem jurídico-econômica. (...) a concepção clássica da autonomia privada é reveladora do momento de libertação do indivíduo e da conseqüente ruptura do modelo econômico feudal rumo à construção de uma sociedade capitalista, pautada pela livre iniciativa. A compreensão desse princípio, elevado à categoria de fundamento do direito civil, implica no reconhecimento de sua imbricada ligação com um determinado modelo de Estado, de sociedade e de modo de organização da produção; razão pela qual, observa-se a metamorfose do conceito conforme a alteração de uma dessas variantes. (RODRIGUES, Rafael Garcia. *Autonomia Privada e os atos de disposição do próprio corpo*. In: *Problemas de direito civil: homenagem aos 30 anos de cátedra do Professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos*. Organizadores: Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Milena Donato Olivia. 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 228-240.

<sup>172</sup> Enrique Dussel, filósofo mexicano, famoso por sua filosofia da libertação, denomina a expressão “vítimas” como as exterioridades de um sistema criado por uma totalidade de modos e concepções de pensamento

Estruturou-se artificialmente um sistema que aceita a exclusão e a dominação como etapa natural do “progresso”, como negatividade inevitável, submetido a um processo de mercado capaz de agir sem piedade contra os menos desfavorecidos, capaz de provocar, na visão de Dussel, a negação da vida.<sup>173</sup> Os povos dominados das Américas e da África foram tratados como secundários, como culturas submissas, ignorados a ponto de suas culturas e valores serem amplamente desqualificados e tornados irrelevantes.

Em uma realidade que enxergou apenas um único sujeito social, o indivíduo racional na sua relação com objetos passíveis de apropriação individual, o restante da natureza seria tratado como objeto, tudo que não fosse sujeito racional branco e intelectualmente superior, seria objeto, inclusive os povos colonizados, escravos, mulheres, crianças. O homem branco, *pater*, racional e materialmente superior, assumiu a função de individualidade única, capaz de deter patrimônio e ostentar a racionalidade suficientemente própria para o exercício da liberdade econômica.

A construção da lógica silogística, embasada no raciocínio cartesiano, possibilitou a criação dos postulados da liberdade econômica, base estrutural para a ciência do direito e a dominação da natureza e de todo o mundo objetivo extenso por meio da técnica, elemento primordial da racionalidade moderna. O sujeito atuante, que interfere no mundo, reduz a concepção cosmológica anteriormente existente da comunidade a uma dimensão de sujeito dominador de objetos com existência material, racionalidade essa que a própria ciência incorporou como elemento unificador.

O sistema jurídico estabeleceu uma porção de objetos para apenas um único sujeito, o homem racional detentor de patrimônio. A exceção à apropriação é **sempre** dotada de transitoriedade, o que é temporariamente inapropriável deve ser passível de adentrar para o sistema jurídico mediante submissão a um titular, ou seja, o critério da titularidade apareceu como o elemento unificador da existência no sistema jurídico, e tudo aquilo que não tivesse dono, como a *res nullium* ou a coisa abandonada, a *res derelicta*, apenas transitoriamente assim permaneceria, na

---

racista, e que notadamente moldou a economia de mercado, criada na Europa e depois transportada para todo o restante do mundo periférico. As “vítimas” anteriormente eram denominadas de “pobres”, ou de “excluídos”, em algumas traduções, podendo ser tratadas como as negatividades de um sistema mundo eurocêntrico central capaz de gerar “situações de morte” que trata como a negação da vida. (ver nesse sentido: DUSSEL, Enrique. *Filosofia der Sur, descolonización e transmodernidad*. Ed. Akal. Colección Inter Pares, 2015).

<sup>173</sup> Cf. DUSSEL, Enrique. *Filosofia der Sur, descolonización e transmodernidad*. Ed. Akal. Colección Inter Pares, 2015.

medida em que, como diz Fachin, “seu ingresso no mundo jurídico implica na sua apropriação”.<sup>174</sup> A este respeito Luiz Edson Fachin bem consignou que esse sistema:

“(…) ao estabelecer que coisas são inapropriáveis legalmente e não podem estar no tráfego jurídico, está a dizer que certo bem se coloca fora da moldura, operando-se um juízo de exclusão. Assim ocorre, também, com aquelas coisas que não pertencem a ninguém, uma vez que o seu ingresso no mundo jurídico implica na sua apropriação. Quando se define essa necessidade de uma titularidade sobre as coisas, o que se quer dizer é que **as coisas sem titular não devem assim permanecer**, ainda que se admita um estágio transitório de ‘atitularidade’, do qual são exemplos a herança jacente e a declaração de ausência. **O sistema jurídico busca definir um sujeito para um conjunto de objetos.**”<sup>175</sup>

No paradigma da modernidade tudo o que não é objeto, não é natureza trabalhada pelo homem, é cru, nudo ou inexplorado, resta afastado, ignorado, tornado irrelevante, sua transitoriedade perdura até ser titularizado. A criação da mercadoria como objeto passível de exploração econômica e submissão individual subsidiou o raciocínio jurídico. Mesmo a mercantilização das criações intelectuais, aquilo passível de apropriação, que faz circular o capital, é tornado relevante para as estruturas jurídicas apenas quando possível de se identificar mediante um elemento externo a disposição do titular único e determinado, mediante a exclusividade de sua utilização.

A racionalidade moderna aceita a impossibilidade de reproduzir a vida, encobre os excluídos, as falhas do sistema, as relações de assimetria, as questões de gênero, o extermínio de mais de duas mil culturas em menos de quinhentos anos, os problemas ecológicos, os conflitos étnicos, as questões morais. Trata-se de uma racionalidade que aceita as negatividades como inevitáveis ao sistema, partindo da concepção de dominação da natureza (pela técnica) e da dominação das outras culturas (objetificando os não-europeus “inferiores”).

Um sistema econômico que foi idealizado para incorporar a negação da vida humana na sua corporalidade, omitindo os excluídos, ignorando as suas próprias externalidades e negatividades. Trata-se de uma consciência cúmplice, que compreende a vítima como um momento necessário/natural (como os escravos na

---

<sup>174</sup> FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 176.

<sup>175</sup> FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 176.

Pólis de Aristóteles, ou como os menos favorecidos socioeconomicamente para John Rawls).

Estruturou-se uma cultura baseada na Razão da alma descorporalizada, cuja função essencialmente cognitiva restringiu o Ego ao Cogito, de modo a moldar um sujeito histórico universal, que omite os particularismos, essencialmente individual, autossuficiente e independente, que se totaliza e busca sempre sua própria autossatisfação, dotado de liberdade e capacidade de pensar e agir por si mesmo, como uma abstração, consistente na capacidade de atingir a verdade pelo pensamento, deixando de possuir um substrato corporal. Trata-se da sensação de um sujeito que pensa totalizar-se a si mesmo, entender o mundo como absolutamente desvinculado de qualquer outra relação comunitária, e absolutamente independente da natureza que o cerca e o faz viver.

As negatividades que se criou com a dominação e a subserviência dos povos tradicionais latino e afro-americanos reemoldurou a forma de relacionamento do homem com a natureza, anteriormente tratada como inata à reprodução da vida, agora em pauta de se tornar mero objeto suscetível de incorporação ao domínio proprietário. A subserviência da natureza pela técnica foi capaz de separar o homem de sua terra, de sua base fundiária, mercantilizando o ser humano e suas capacidades físicas e anímicas, obrigando-o a abandonar seu local de origem e migrar sem maiores opções para os grandes centros industriais para alienar sua força de trabalho no que Karl Marx chamou de feiticização da mercadoria.<sup>176</sup>

---

<sup>176</sup> O conceito de “fetichismo da mercadoria” foi cunhado por Karl Marx, na sua obra intitulada “O capital”. Há uma direta relação do fetichismo da mercadoria com o conceito de alienação, que tende a fazer com que o ser humano se separe do produto de seu trabalho, não mais se reconheça como ligado ao produto a que ele mesmo ajudou a construir. É como se o produto da alienação tivesse surgido por uma espécie de feitiço totalmente independente da pessoa que o produziu. Trata-se do “(...) caráter alienado de um mundo em que as coisas se movem como pessoas e as pessoas são dominadas pelas coisas que elas próprias criam. Durante o processo de produção, a mercadoria ainda é matéria que o produtor domina e transforma em objeto útil. Uma vez posta à venda no processo de circulação, a situação se inverte: o objeto domina o produtor. O criador perde o controle sobre sua criação e o destino dele passa a depender do movimento das coisas, que assumem poderes enigmáticos. Enquanto as coisas são animizadas e personificadas, o produtor se coisifica. Os homens vivem, então, num mundo de mercadorias, um mundo de fetiches. Mas o fetichismo da mercadoria se prolonga e amplifica no fetichismo do capital. O capital se encarna em coisas: instrumentos de produção criados pelo homem. Contudo, no processo de produção capitalista, não é o trabalhador que usa os instrumentos de produção. Ao contrário: os instrumentos de produção — convertidos em capital pela relação social da propriedade privada — é que usam o trabalhador. Dentro da fábrica, o trabalhador se torna um apêndice da máquina e se subordina aos movimentos dela, em obediência a uma finalidade — a do lucro — que lhe é alheia. O trabalho morto, acumulado no instrumento de produção, suga como um vampiro (a metáfora é de Marx) cada gota de sangue do trabalho vivo fornecido pela força de trabalho, também ela convertida em mercadoria, tão venal quanto qualquer outra. (...)” (cf. MARX. Karl. Os economistas. O capital. Crítica da economia política. TOMO I. Apresentação de Jacob Gorender. Tradução de Regis Barbosa e Flávio Kothe; p. 33-34).

### **03.2.1. A dominação cultural dos povos colonizados e o abandono definitivo das concepções comunitaristas do antigo regime.**

O empreendimento da colonização e a construção da racionalidade da modernidade partiu da sustentação de um sistema de dominação cultural e econômico que, em um primeiro momento foi sendo realizado pela imposição da força bruta, com as conquistas, escravidão, dominação e morte de indígenas, raptos de africanos originários, violências, crimes contra as populações tradicionais afro-americanas, e em um segundo momento, com as independências das colônias americanas, passou a se realizar com base exclusiva no sistema econômico.<sup>177</sup> A mercantilização da natureza, com o cercamento das terras, e a imposição ao ser humano não proprietário de alienar sua própria força de trabalho, foi uma artificialidade fruto de uma nova racionalidade e do abandono da concepção comunitarista anteriormente existente.<sup>178</sup>

A racionalidade ético-crítica, que enxerga o mundo na sua realidade, e seus integrantes na sua corporalidade, parte para a superação do mundo ontológico, buscando enxergar para além da alma descorporalizada, com uma noção pré ou trans ontológica. Passa-se a questionar a abstração do sujeito com base nas negatividades. A abstração do homem empírico não é e nem pode ser universal. O ser humano foi construído historicamente, resultado de uma inter-relação entre diversas fontes, inserido em uma realidade comunitária, com diferentes formas de poder, oriundo de uma episteme histórica vigente. A técnica e a dominação da natureza vista como relação primária da existência humana pela racionalidade eurocêntrica moderna se transforma na sua própria contradição, dado que a

---

<sup>177</sup> Com a criação do crédito e do sistema bancário, as metrópoles assumem a condições de distribuí-lo aos países com menos reservas de ouro em seus depósitos, o que no momento as colônias já tinham sido esgotadas, pois já haviam sido vítimas do saque de todo o ouro e a prata das minas situadas nas ameríndias, como a exemplo da mina de Potosi, no Alto Peru, reconhecida como principal centro produtor de prata em toda a América, durante o período colonial.

<sup>178</sup> A este respeito leciona Rezende Filho: "(...) O movimento dos enclousures (cercamentos) iniciado em princípios do século XV, consistiu no apossamento, por parte dos grandes proprietários, das terras comunais. Os pastos e bosques, principalmente, indispensáveis à complementação das rendas e da subsistência dos camponeses foram cercados e incorporados às propriedades fundiárias e determinou-se o fim dessas áreas comunais. Nesse movimento, a crescente necessidade de ampliação das áreas de pastagens de gado bovino e ovino foi paralela aos momentos de elevação dos preços agrícolas, tendo se intensificado nos anos 1729-1730, 1742-1743, e principalmente a partir de 1750, quando mais de 300 mil hectares de terras comunais foram cercados. O resultado final desse processo foi tanto o desaparecimento das terras comunais, como o recuo acentuado das pequenas propriedades agrícolas, com a cristalização das grandes propriedades rurais, onde os camponeses passaram a ser empregados como mão de obra assalariada." (REZENDE filho, Cyro de Barros. História Econômica Geral, 10ª ed., São Paulo, ed. Contexto, 2020, p. 134-135).

dominação da natureza pela ciência acaba por indiretamente negar a própria reprodução da vida, justificativa para a qual teria sido criada.

É uma espécie de neurose civilizatória, uma patologia intelectual que moldou a concepção de vida e de pensamento que vem pautando a existência no mundo periférico, e imbricou-se de tal modo no saber científico que empreendeu um reducionismo da realidade e do saber capaz de nos alienar das razões reais e formas ocultas de reprodução da vida. Uma ciência que se torna objeto de sua própria contradição, pois ao justificar sua existência para garantir a reprodução da vida, acaba por negá-la e contrastá-la. É a contradição da racionalidade moderna e seu vício originário e intrínseco a que não será dado desprender-se sem questionar sua própria criação. <sup>179</sup>

Para superar esses elementos contingenciais é preciso agora negar a própria negação. Para alcançar a alteridade da vítima (do outro) é preciso a negação do sujeito moderno e da racionalidade da modernidade, para estabelecer a fluidez entre o sujeito transcendental e o sujeito corporal vivo, é preciso superar as limitações e o reducionismo trazido pela modernidade ao sistema científico e às ciências jurídicas, que partiram da redução dos elementos do mundo objetivo extenso à noção de coisas apropriáveis pelo indivíduo, sujeito moderno.

---

<sup>179</sup> Karl Marx afirmava que as relações jurídicas e as formas de Estado formatadas na modernidade não podem ser explicadas por elas mesmas. Ou seja, não é possível entender o direito de acordo e por simples existência formal, mas é preciso correlacioná-lo com fatores econômicos e de dominação burguesa para entender suas nuances e motivações de existência. As raízes do direito burguês estão nas condições materiais de existência, em sua totalidade, o que pode ser identificado como sociedade civil. A anatomia da sociedade burguesa deve ser procurada na Economia Política. Na produção social da própria existência, os homens entram em relações determinadas, necessárias, independentes de sua vontade; estas relações de produção correspondem a um grau determinado de desenvolvimento de suas forças produtivas materiais". A estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política, corresponde a totalidade que leva a formas determinadas de consciência. É dizer, para o autor, "o modo de produção da vida material condiciona o processo de vida social, política e intelectual." É o ser social do homem que determina a sua consciência. As forças produtivas materiais entram em contradição com as relações de produção existentes, contradizendo as relações de propriedade artificiais desenvolvidas no seio da sociedade civil. E de forças evolutivas elas se transformam em entraves, o que transforma consistentemente toda a superestrutura. Daí porque para o autor é necessário distinguir adequadamente as forças materiais das condições econômicas de produção e as formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas e filosóficas. Assim "as formas ideológicas sob as quais os homens adquirem consciência desse conflito e o levam até ao fim." Assim é preciso explicar a consciência pelas contradições da vida material, pelo conflito existente entre as forças produtivas sociais e as relações de produção. Afirma que "as relações de produção burguesas são a última forma antagônica do processo de produção social, antagônicas não no sentido de um antagonismo individual, mas de um antagonismo que nasce das condições de existência sociais dos indivíduos". "As forças produtivas que se desenvolvem no seio da sociedade burguesa criam, ao mesmo tempo, as condições materiais para resolver este antagonismo" (p. 234). É preciso explicar uma época não pela consciência que ela tenha de si mesmo, mas pela consciência das contradições da vida material, pelo conflito que existe entre as forças produtivas sociais e as relações de produção. O autor conclui com a análise sobre a economia política que a mentalidade burguesa forma uma superestrutura capaz de moldar todas as formas ideológicas da sociedade humana, de forma a construir uma nova estratificação social e de relações dominantes. (cf. MARX, Karl. 'Prefácio' à 'Contribuição à Crítica da Economia Política', "in" MARX, K. e ENGELS, F. História. (org. Florestan Fernandes). São Paulo: Ática, 1984. Págs. 231/235 (col. Grandes Cientistas Sociais).

Não se olvide que as primeiras relações existenciais do ser humano não são no âmbito do pensamento, do objeto ou da técnica, mas primordialmente de situações práticas. Todo o ser humano (europeu ou não) nasce do ventre materno, é alimentado por outro sujeito (somos mamíferos). Todas as relações com o mundo são no âmbito da *práxis*, da relação com a mãe, que alimenta, ensina, e com a comunidade que firma valores e protege do meio. A totalidade do ser humano é construída por outros sujeitos, em comunidade, e dela não podem se dissociar nem por meio de ficções/abstrações. É preciso superar a neurose civilizatória e a patologia intelectual moderna.

É preciso questionar a racionalidade da modernidade com base na ética. A ética estuda as relações sujeito-sujeito. Diferente da técnica, que objetifica a natureza e as culturas, a ética busca a afirmação da vida, e firmar a vida é o seu fundamento primordial. Então se há ética, não é possível aceitar a impossibilidade de reprodução da vida pelo sistema. Não é possível aceitar as negatividades e exclusões geradas como naturais ou inevitáveis ao sistema, que exclui pobres, raças, gênero, tradições, culturas diferentes.

As vítimas do sistema devem ser reconhecidas como sujeitos, como seres humanos, que não podem reproduzir e desenvolver a sua própria vida, são excluídos de participar das discussões, são afetados por alguma “situação de morte”.<sup>180</sup> A própria vítima deve atuar na *práxis* da libertação (sujeito negado). Por isso o antifeticismo, de não aceitar que o ser humano se totalize, baste-se a si mesmo, individualize-se a tal ponto de desmerecer a comunidade que se encontra inserido, porque nunca vai deixar de depender do outro (e da comunidade).

A ciência do direito ao omitir a natureza do *comum* e a sua indelével materialização nas exterioridades do sistema, também deixou por olvidar a sua regulação para proteção e efetivação de direitos não individualizáveis e não passíveis de valoração econômica. Tal contexto, contrastado às transformações sociais causadas pelas revoluções industriais,<sup>181</sup> redundou em uma tão

---

<sup>180</sup> Na expressão do filósofo e historiador Enrique Dussel (cf. DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Ed. Vozes, Petrópolis, 2002).

<sup>181</sup> “O advento do liberalismo, no mundo chamado ocidental, consagrou correlativamente o racionalismo burguês e a secularização da cultura, preparando quase paradoxalmente (em relação ao individualismo) a tecnocracia e os regimes de massa que eclodiriam em nosso século - em conexão com os pavorosos aumentos demográficos, que são a causa maior disto tudo. A massificação veio ao mesmo tempo que o incremento das comunicações, que rebentaram as divisões entre publicidade e privacidade; as comunicações que passaram a ser supervalorizadas e que ajudaram a dar à vida dos homens, ao mesmo tempo que perspectivas planetárias, uma sobrecarga de excitação e cromatismo. Com a massificação, veio também a sobrecarga de gente nos lugares

significativamente complexa construção ideológica, que o *comum* passou a ser visto como as negatividades de um sistema produzido artificialmente.

Os direitos transindividuais se afastam da realidade técnico legislativa pela impossibilidade de definição científica de suas hipóteses e consequências empíricas que não são individualmente aferíveis.

Daí que o reducionismo científico moderno (não só jurídico, mas também de outras áreas do conhecimento) olvidou-se de todas as percepções extraídas da realidade existencial, para apenas enxergar o que poderia ser individualizado pelo sujeito abstrato e somente assim dominado pela técnica. Os direitos transindividuais – apesar de sempre existentes na realidade social – passaram a não ser percebidos pelo fenômeno jurídico altamente impregnado pelo raciocínio das titularidades e pela racionalidade proprietária, contexto que ignorou por completo a realidade social complexa e heterogênea notadamente dos mundos periféricos (África, Ásia e América Latina).

Trata-se de uma racionalidade que se fechou em si mesma, não descobrindo e nem reconhecendo a alteridade, a autonomia de suas próprias vítimas, que despossuídas do elemento constitutivo de sua existência, o elemento comunitário, foram compelidas a se submeter a uma racionalidade que abandona o ser à sua própria sorte, na busca pelo seu situar-se no mundo mediante a condição de proprietário, excluindo e omitindo aqueles que não alcançam por questões involuntárias este status.

O método cartesiano entendia o mundo sob um paradigma objetivo, onde sempre o somatório das partes seria igual ao todo. Essa estrutura reducionista começa a sofrer embaraços com a massificação social ocorrida no final do século XX. Novos direitos transindividuais e sociais, notadamente aqueles advindos da relação comunitária com a natureza e com a cultura, bem como aqueles relacionados à dignidade da pessoa humana, que não se realizam senão em comunidade, quebram os paradigmas anteriormente estanques e intocados. Suas configurações são diversificadas, e redundam em rupturas perante a ciência jurídica contemporânea e principalmente diante o raciocínio proprietário.

---

(Ortega observou isto na Rebelião)". (SALDANHA, Nelson. O jardim e a praça: ensaio sobre o lado 'privado' e o lado 'público' da vida social e histórica, Ci. & Tróp, Recife, 71(7);705427,/an./jun., 1983, p. 111/112).

O que é em essência inexaurível e apropriável, transindividual portanto, como os conhecimentos tradicionais, o ar, a água, o entorno natural e artificial, a cultura, passa a ser mercantilizado pela criação de ficções jurídicas, artificialmente delimitado para ser titularizado, como se o intelecto racional moderno pudesse se apropriar do que é em seu conteúdo insuscetível de pertencimento individualizado, e impassível de ser raciocinado longe de estruturas individualizadas.

Em essência o conhecimento assim como as demais utilidades coletivas inexauríveis são inapropriáveis individualmente. As criações intelectuais são delimitadas e circunscritas mediante a criação de ficções, sendo daí passíveis de individualização para a finalidade de transitarem no tráfego jurídico, o que não significa algo mais do que servir ao capital.

A necessidade de controlar a escassez em um ambiente econômico de mercado se tornou o elemento unificador da racionalidade moderna, e para o direito, a terra, a natureza, o crédito, a confiança, e o trabalho humano, viraram ficções, passíveis de circularem no mercado, vistos como mercadorias e em última instância como objetos que servem ao capital.<sup>182</sup>

Na modernidade o indivíduo, como atesta Pietro Costa, passa a ser representado como sujeito unitário de necessidades e definido pelos parâmetros da liberdade e igualdade. O processo de individualização de todos os sujeitos inclusive do próprio povo (na representatividade do estado) fez com que a coletividade e em última instância o comunitário fossem omitidos, ignorados, tornados irrelevantes, senão espelhassem os ideais daqueles que ocupam o ente estatal em determinado momento histórico. Ou seja, o interesse coletivo relevante é unicamente aquele que se confunde com a realidade estatal e com aqueles ideais de quem ocupa o ente individualizado transitoriamente.<sup>183</sup>

Diferentemente do medievo em que o direito era manifestação da ordem, espelho da pluralidade e da heterogeneidade social, na modernidade o direito ele próprio, por meio de leis unificadas, dispõe as formas de agir para o soberano, fechando-se em si mesmo, pois o próprio soberano deve a elas obediência. Formam-se sujeitos individualizados com a noção de pertencimento a uma ficcional

---

<sup>182</sup> Nesse sentido Cf. POLANYI, Karl. A grande transformação: as origens de nossa época. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2000. p. 161-257.

<sup>183</sup> Cf. COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs). O Estado de Direito: história, teoria. São Paulo: Martins Fontes, 2006, págs. 95/198

comunidade política, imposta de cima para baixo, em que tanto ela, quanto o próprio estado, são servos de uma mesma ordem jurídica; devem a ela obediência irrestrita, sem que se tenha qualquer esforço para se diferenciar a vontade unilateral do estado, dos direitos de raiz comunitária, da ordem essencialmente transindividual anteriormente existente e dissociada daqueles que ocupam o poder temporal unificado e individualizado.<sup>184</sup>

A partir daí o reconhecimento do direito é a condição de existência do próprio sujeito. O estado de direito, segundo Pietro Costa, é aquele que se autolimita e se põe como pessoa ficcional, como sujeito jurídico titular de direitos e obrigações, como individualidade abstrata, é dessa forma distante da coletividade e de suas manifestações difusas e transindividuais, por igualmente se submeter à racionalidade de um sistema de mercado, como condição indispensável para sua

---

<sup>184</sup> Nesse sentido ensina Pietro Costa que o poder do soberano acaba sendo criado pelo poder do parlamento com seus limites internos e externos, vindo a desconhecer as outras formas de poder que passa a se caracterizar pela ilegitimidade. As outras formas de poder não são reconhecidas pois não são estatais, na medida em que o poder não é só consenso, e a legitimidade do poder possuem outras nuances que não só a legitimidade do direito. O autor ainda vai ressaltar que existem barreiras à absoluta soberania do Parlamento: a relação entre poder e direito está, até esse momento, totalmente desequilibrada, pendendo a favor do poder, dada as dificuldades de limites ao parlamento. Com a aproximação do Estado ao direito, como fonte única e totalizadora, torna-se o próprio ente estatal como pessoa jurídica, personificação de uma nação que nele se realiza: o Estado pressupõe a nação, que, todavia, não é uma realidade dotada de um autônomo, ainda que embrionário, ordenamento, mas existe enquanto personificada no Estado; e o Estado-pessoa que ocupa por si só todo o espaço teórico da juspublicística. De modo que o parlamento é detentor de soberania, e o problema de limites não pode de qualquer modo estender da ação da administração à ação do legislador. O Estado enquanto organização jurídica da nação não pode senão se expressar na forma do direito e afirma que o Estado enquanto pessoa jurídica está submetido às normas por ele mesmo criadas, podendo ser, como qualquer sujeito, titular de obrigações não menos do que de direitos. (p. 151). A personificação do estado no ordenamento jurídico une a ideia de soberania com a ideia de direito e de sujeito, havendo uma correlação entre soberano direito e sujeitos. O Estado coincide com o ordenamento, e o sujeito é definido juridicamente em relação a um sistema objetivo de normas: a obrigatoriedade que delas deriva é exatamente a aplicabilidade das normas "a um sujeito concreto", "a subjetivação da proposição jurídica. A centralidade do direito na luta da estruturação administrativa é que as normas gerais e individuais fazem do ente estatal uma concepção eminentemente formal. Para o perfil formalista de Kelsen a idealização de um ordenamento hierarquicamente estruturado, a constituição torna teórica e tecnicamente possível o controle de constitucionalidade da norma, as quais passam a ser obrigatórias. Diz o autor que após fundado o Estado de direito na vinculação da lei às constituições as questões de eventuais definições prévias dos direitos e de sua origem passa a ser rescindido, haja vista que o Estado de direito assume uma dimensão completamente formal. Passa-se a tornar irrelevante qualquer fundamento metafísico de justificativa para a existência da norma, bastando que tenha transpassado pelo procedimento formal esperado. Assim aquele limite ao poder legislativo que antes era encontrado na história na política ou na sociedade, a partir de então, é encontrado unicamente em um fundamento formal, com base na própria lógica, que torna controlável a mesma atividade de qualquer outro órgão do estado. A partir de então se torna irrelevante e fora de questão as representações metajurídicas do poder e dos sujeitos, e se estabelece uma separação originária entre o mundo do ser e o mundo do dever ser. O monismo sociológico com León Duguit e o monismo formalista de Carré de Malberg e de Kelsen portanto uniu o estado e a nação tornando incapaz de se encontrar o direito fora do estado e portanto tornando-o um fenômeno endoestatal, com uma problematização posterior a indicar as insuficiências de encontrar o direito unicamente na lógica formal. O autor sustenta que é preciso desconstruir o mito de um legislador onipotente, e tornar aferível pela ordem jurídica o controle do legislador e sua discricionariedade, notadamente buscando uma substanciação na constituição do povo e na formulação estrita de uma soberania existente nas aspirações sociais massificadas, sedimentadas na constituição e nos elementos sociais integrados aos conceitos indeterminados de uma magna lei republicana. Cf. COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs). O Estado de Direito: história, teoria. São Paulo: Martins Fontes, 2006, págs. 95/198

manutenção e garantia de subsistência.<sup>185</sup> O estado e o mercado são filhos da mesma mãe, do racionalismo proprietário, que apenas reconhece o que é passível de individualização e de realização individual. A separação entre estado e mercado é fictícia, pois não há mercado sem estado que não só garanta os seus limites como também atue em seu âmbito interno.

O racionalismo da modernidade moldou direitos dotados sempre de titularidade individual instrumentalizados por um domínio exclusivo, de absoluta disponibilidade, cujo objeto de conteúdo divisível afeta meramente interesses passíveis de individualização; pautou-se fundamentalmente na base estrutural da ciência jurídica consistente no conceito de interesse juridicamente protegido, ligado à satisfação de necessidades de sujeitos individuais abstratos por intermédio da criação de utilidades passíveis de segmentação em partes e suscetíveis de incorporação ao patrimônio individual, materializados como objetos, portanto, capazes de serem transformados em mercadorias. Desconheceu por outro lado, a complexidade das questões afetas à realidade comunitária e ao “comum”, que ostentam características estruturais e funcionais diferenciadas, capazes de sustentar outra percepção de mundo e outros pressupostos de racionalização para embasar a ciência do direito.

### **03.2.2. O comunitário como reencontro dos deveres de compartilhamento: resgate da ideia do “comum”.**

A ideia do “comum” vem sendo tratada como a fuga do racionalismo da modernidade, que reduz todas as relações sociais comunitárias à candente instrumentalização do autossuficiente sujeito potencializado, mediante o pertencimento proprietário.

Há na verdade um sentido obscuro e mais profundo na acepção semântica do conceito “comum” que muitas vezes a ciência do direito – acostumada com o paradigma moderno reducionista, não consegue alcançar,<sup>186</sup> e no qual o sujeito

---

<sup>185</sup> Cf. COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs). O Estado de Direito: história, teoria. São Paulo: Martins Fontes, 2006, págs. 95/198

<sup>186</sup> Como ensina Roberto Espósito: “Há uma tendência a reduzir o significado mais imediato e manifesto. É como se a filosofia se limitasse a uma abordagem frontal, direta, em relação às categorias da política; ou seja, como se fosse incapaz de interroga-las de maneira oblíqua, de flagrá-las de costas, de remontar à sua fonte última – ao espaço do seu impensado. Todo conceito político tem uma parte iluminada, imediatamente visível, mas também uma zona escura, um cone de sombra do qual somente por contraste aquela luz irrompe. Ora, pode-se dizer que a filosofia política contemporânea – sobretudo a de derivação analítica – ofuscada por aquela luz, perde completamente de vista a zona de sombra que circunda, ou corta, os conceitos políticos, constituindo seu

moderno é imunizado e subtraído de si próprio sem aproximar-se daquilo que lhe é essencialmente constitutivo.<sup>187</sup> E é em razão dessa omissão que se possui atualmente uma certa dificuldade em definir um conceito para o que é transindividual, como faceta do “comum” e do comunitário.

O “comum” em uma acepção mais profunda é o contrário do que é “*próprio*”, e derivado do sentido original e não fabricado - da acepção comunitária, a que a racionalidade moderna propugnou reduzir e distanciar o sujeito do mundo em que se encontra radicado,<sup>188</sup> logrando promover a “suspensão do *munus* comum que o obriga em relação aos outros”.<sup>189</sup>

A comunidade não está para nós como externa ao sujeito, como algo a que pertencemos, mas sim como condição da própria existência finita do ser humano,<sup>190</sup> como o único lugar comum que nos foi destinado, como *munus* originário, que ao mesmo tempo em que acolhe também obriga, impelindo a um ônus, que faz se importar com o outro. Entender a realidade comunitária é entender que o ser

---

horizonte de sentido de uma forma de modo algum coincidente com o seu significado manifesto. Porque enquanto o significado manifesto dos conceitos políticos é sempre unívoco, monolinear, concluso entre si, o seu sentido de fundo é mais complexo, frequentemente contraditório, capaz de conter elementos reciprocamente contrapostos, características antinômicas, um verdadeiro conflito para a conquista de uma significação mais plena. Se refletirmos sobre isso por um momento, todas as grandes palavras de nossa tradição política – democracia, poder, soberania, têm um pano de fundo, ou na sua origem, esse núcleo antinômico, aporético, essa batalha intestina que as torna irreduzíveis à linearidade do seu significado de superfície.” ESPÓSITO, Roberto. Termos da política: comunidade, imunidade e biopolítica. Curitiba, Ed. UFPR, 2017, p. 128.

<sup>187</sup> Cf. ESPÓSITO, Roberto. Termos da política: comunidade, imunidade e biopolítica. Curitiba, Ed. UFPR, 2017, p. 128

<sup>188</sup> Para Espósito “é o resultado final de uma guerra imunitária lançada desde o início da modernidade contra os riscos da ‘infecção’ comunitária: dizer que não há mais um exterior do qual defender-se – que o outro não existe a não ser como projeção do si – equivale a reconhecer que o sistema imunitário não tem fronteiras de tempo nem de espaço. Ele existe sempre e em todo lugar. Coincide com a nossa identidade. Somos nós identificados a nós mesmos – definitivamente subtraídos a alteração comunitária.” ESPÓSITO, Roberto. Termos da política: comunidade, imunidade e biopolítica. Ctba, Ed. UFPR, 2017, p. 121).

<sup>189</sup> ESPÓSITO, Roberto. Termos da política: comunidade, imunidade e biopolítica. Ctba, Ed. UFPR, 2017, p. 119. Ver nesse sentido também DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo Editora, 2017, p. 24-25. O sujeito para Espósito “... é levado a fechar a sua abertura original e a circunscrever-se à esfera do próprio interior. O que mais é a imunização, se não uma forma de progressiva interiorização da exterioridade? Se a comunidade é o nosso ‘fora’, o fora-de-nós, a imunização é o que nos redireciona ao interior de nós mesmos, rompendo todo contato com o exterior.” (...) “... o sistema imunitário, coincidente originalmente com o direito, se estendeu a todos os âmbitos da vida social, desde a econômica até a política (...) o controle sistêmico das perigosas turbulências determinadas pelo ambiente é resolvido não através de uma simples redução de complexidade ambiental, mas principalmente mediante sua transformação de complexidade externa em complexidade interna ao próprio sistema (...) consequência dissolutivas para a diferença, é a integral inclusão no interior do sistema, isto é, a sua objetiva eliminação”.(...) “O sistema se reproduz de formas cada vez mais complexas, constituindo ele mesmo os elementos que o compõe. É evidente que essa lógica perfeitamente circular tem o efeito não somente de romper qualquer canal de relação com o externo, mas também de anular a própria ideia de ‘externo’.” (ESPÓSITO, Roberto. Termos da política: comunidade, imunidade e biopolítica. Ctba, Ed. UFPR, 2017, p. 119).

<sup>190</sup> “(...) a comunidade não é algo a que se deva retornar, como queria Rousseau, ou a que se deve aspirar, como queria Kant. Mas tampouco é algo a destruir, ou de destruível, como pensava Hobbes. Não é nem uma origem nem um telos, nem uma finalidade nem um final, nem um pressuposto nem uma destinação, mas a condição, ao mesmo tempo singular e plural, da nossa existência finita. (...)” ESPÓSITO, Roberto. Termos da política: comunidade, imunidade e biopolítica. Ctba, Ed. UFPR, 2017, p. 94.

humano não nasce relacionado e vinculado às coisas, mas sim ao meio que o protege e o abriga, para com o outro, ao ponto de negar sua existência quando desvinculado de sua comunidade.

A acepção semântica da expressão comunidade, conforme explicita Roberto Espósito, é associada às palavras latinas *cum* e *munus*, cujos membros são ligados não por uma relação qualquer, mas precisamente por um *munus*, vale dizer, por uma ‘tarefa’, um ‘dever’, ou por um ‘dom’, mas por um dom a fazer e não a receber, e, portanto, também nesse caso por uma obrigação.<sup>191</sup> E isto não pode ser excluído, ignorado, com o processo de individualização e potencialização do sujeito transmutado pela racionalidade moderna.<sup>192</sup>

Para Roberto Espósito, a comunidade:

“... é aquilo que nos é ao mesmo tempo necessário e impossível. Impossível e necessário. Que nos determina no distanciamento ou diferença de nós mesmos, na ruptura de nossa subjetividade. (...) a comunidade é aquilo que nos é necessário e que nos é de antemão fechado. Toda a história humana traz consigo tal ferida que do interior a corrói e a esvazia. Ela não é interpretável senão em razão deste ‘impossível’ do qual, porém, origina-se na forma de traição necessária: nós vivemos no resto entre o que devemos e o que podemos fazer. (...) a comunidade nos é necessária – é a nossa res, no sentido preciso de que trazemos até o fundo a responsabilidade.”<sup>193</sup>

O comum é o lugar onde se encontra a comunidade, e conforme ensina Roberto Espósito, “a comunidade nos é necessária porque é o lugar mesmo – ou melhor, o pressuposto transcendental – da nossa existência, visto que desde sempre existimos em comum”<sup>194</sup> O ser humano é em essência comunitário, não no sentido auto suficiente como pertencente à determinada identidade, mas no sentido contrário de necessária alteridade e compartilhamento de obrigações, benefícios e responsabilidades, uns para com os outros.

---

<sup>191</sup> ESPÓSITO, Roberto. Termos da política: comunidade, imunidade e biopolítica. Ctba, Ed. UFPR, 2017, p. 69.

<sup>192</sup> “os indivíduos são naturalmente conflituosos, se o liame que os associa não é outro senão o medo comum, o êxito que alcança não poderá ser senão uma servidão comum, vale dizer, o exato oposto da comunidade. (...) na contraposição entre o modelo comunitário e o individual, mas na sua sobreposição que desenha a comunidade sobre o perfil do indivíduo isolado e autossuficiente: a via que leva do individual ao coletivo não pode senão fluir por um álveo organicístico. É como se ambos – indivíduo e comunidade – não pudesse sair de si mesmos. Não sabem acolher o outro sem absorvê-lo e incorporá-lo, sem fazê-lo uma parte de si. (ESPÓSITO, Roberto. Termos da política: comunidade, imunidade e biopolítica. Ctba, Ed. UFPR, 2017, p. 73).

<sup>193</sup> ESPÓSITO, Roberto. Termos da política: comunidade, imunidade e biopolítica. Ctba, Ed. UFPR, 2017, p. 69, 70-71. Ver nesse sentido também DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo Editora, 2017, p. 25

<sup>194</sup> ESPÓSITO, Roberto. Termos da política: comunidade, imunidade e biopolítica. Ctba, Ed. UFPR, 2017, p. 69

O “comum” é justamente aquilo que - por ser contrário ao que é próprio, não pode ser individualizado nem apropriado, por se remeter ao outro, referindo-se à mesma substância inicial, deriva da expressão conceptual da comunidade, integrada por aqueles que se obrigam como portadores do dom de doar ou do ônus de pensar nos outros.<sup>195</sup>

Pertencer a uma comunidade não ostenta originalmente o significado de viés individual centrado por um mundo em que indivíduos, naturalmente em risco, enfrentam-se em competição a tal ponto de disputar o prêmio do poder e do prestígio. Pelo contrário, atribui-se ao comunitário o ato ou efeito de reconhecer a interdependência do todo em relação ao outro e às suas partes integrantes.

O ser humano quando nasce não nasce potencializado e independente, ele é desde sua origem completamente subserviente à comunidade que o abriga, alimenta e educa. A primeira relação do ser humano no mundo não é uma relação entre um sujeito individualizado com um objeto externo e passível de apropriação. É unicamente entre sujeitos, sua mãe e sua comunidade, que o envolvem, alimentam e o protegem, do meio e do resultado catastrófico que existiria se fosse o indivíduo dissociado de sua origem comunitária.

O *comum* situa-se em uma zona de penumbra para a ciência do direito. A reflexão sobre a comunidade dissociada da esfera pública<sup>196</sup> e como contraponto ao sujeito potencializado é o que nos resta para buscar distanciar as estruturas jurídicas da subserviência para com os objetos externos, vencer o raciocínio proprietário exclusivista, com um melhor entendimento das questões transindividuais e

---

<sup>195</sup> Nesse sentido Roberto Espósito: “o ‘comum’ é o contrário exato de próprio: é comum o que não é próprio, nem apropriável por ninguém, que é de todos ou pelo menos de muitos – e portanto não remete ao mesmo, mas sim ao outro.” Para esse autor a ideia de comunidade foi distorcida e merece uma análise crítica. Para Espósito houve uma inversão da definição conceitual de comunidade, que não é originalmente associada à ideia de pertencimento, identidade, propriedade, mas a etimologia do termo latino *communitas* – advém na verdade de *múnus*, que significa ‘dom’, ou também ‘obrigação’ em relação a um outro. Isso para Espósito quer na verdade dizer que “os membros de uma comunidade – mais do que identificados por um pertencimento comum, **são ligados por um dever de dom recíproco, por uma lei que os leva a sair de si para dirigir-se ao outro e quase expropriar-se em seu favor.**” (ESPÓSITO, Roberto. *Termos da política: comunidade, imunidade e biopolítica*. Ctba, Ed. UFPR, 2017, p. 128-129).

<sup>196</sup> “Contra toda tentação comunitária, a esfera pública é o lugar em que os homens entram em relação na forma da sua dissociação. Daí a necessidade de estratégias e aparatos de controle que permitam aos homens ‘viver lado a lado sem se tocar, ou seja, ampliar a esfera da autossuficiência individual através do uso de ‘mascaras’ ou ‘armaduras’ que **os defendam de um contato indesejado e insidioso com o outro.** Como nos recorda também Canetti, nada assusta tanto o indivíduo como ser tocado por aquilo que ameaça atravessar as próprias fronteiras individuais (...).” (ESPÓSITO, Roberto. *Termos da política: comunidade, imunidade e biopolítica*. Ctba, Ed. UFPR, 2017, p. 118).

relacionadas ao “comum” que não se transmitem nas dicotomias modernas, e nem se aproximem da representação coletiva pelo ente estatal.<sup>197</sup>

O “*comum*” encontra-se nos limites da mercantilização das relações sociais com a existência de valores transindividuais olvidados pela modernidade, os quais por não poderem ser apropriados por nenhum agente econômico, nem mesmo pelo ente estatal, não são sequer passíveis de valoração pecuniária, e acabam sendo deixados de lado pelo tráfego jurídico.

A convergência do “comum” com a ainda não desenvolvida estruturação dos *direitos transindividuais* – como termos correlatos mas não coincidentes, é o que a ciência jurídica tem a nos oferecer dentro de uma realidade ainda não situada nos limites da técnica jurídica tradicional, que se pauta na dimensão do interesse jurídico como correlação de sujeitos indeterminados portadores de necessidades em contraposição a utilidades não individualizadas para destinatários indeterminados ou conjuntos determináveis de destinatários. Pauta-se pelo compartilhamento de deveres e responsabilidades e pela universalização do acesso às utilidades fundamentais necessárias ao desenvolvimento da vida no planeta. São termos na verdade díspares entre si, pois o “comum” não se confunde com o “direito”, que por sua vez, carrega um “valor” não coincidente com esses outros conceitos, tratam-se em verdade de termos relacionados, porém não semelhantes.<sup>198</sup>

Embasando-se sempre no individualismo mercadológico, a ciência do direito estruturou-se nas concepções e diferenças entre o sujeito de direito, a pessoa

---

<sup>197</sup> “(...) jamais como hoje o pensamento sobre a comunidade permanece exposto ao duplo risco do esquecimento e da deformação, da remição e da traição. (...) nunca como hoje se exija a sua reativação. O que mais nos dizem – de que falam, se não da questão da comunidade, da sua ausência, mas também da sua exigência – os corpos, os rostos, os olhares de milhões de famintos, de deportados, de refugiados, cujas imagens, nuas e terríveis, desfilam em nossas telas televisivas, vindas de todos os cantos do mundo? E não é ainda a comunidade – a relação, o nosso cum, nós como cum – que remete a cada nascimento e cada encontro, mesmo o mais anônimo, o mais cotidiano, o mais aparentemente banal? E todavia – como sempre acontece – justamente aquilo que se deveria pensar mais é o que se subtrai à simples evidência. Torna-se o mais difícil de ser pensado. (...)” ESPÓSITO, Roberto. Termos da política: comunidade, imunidade e biopolítica. Ctba, Ed. UFPR, 2017, p. 121.

<sup>198</sup> O “comum” envolve uma organização comunitária, que se autoreferencia distante da regulação pública de comportamentos e das relações individualizadas ligadas à dicotomia público-privado, mas mediante protocolos informais e consensos comunitários, que seja apta e capaz de satisfazer necessidades de uma coletividade a que o direito por vezes não alcança com soluções prontas e acabadas, devendo construir a normatividade pela interpretação da Constituição da República. Não se confunde com o direito, mas com ele é interligado, porque não envolve uma abstração formal, mas um dado da existência empírica, uma realidade existencial e coletiva não alcançada muitas vezes pela abstração de um sistema individualista. Nesses casos cabe ao intérprete construir a normatividade mediante a interpretação evolutiva da Constituição da República para alcançar esses complexos fenômenos da vida social. Assim são paulatinamente os valores formatados no mundo dos fatos conectados ao mundo da abstração pela interpretação de conceitos legislativos vagos, capazes de alcançar a realidade empírica e a complexidade do mundo pós moderno e massificado. Daí porque o “comum”, o direito transindividual, e os valores sociais coletivos, são estruturalmente diversos, mas interligados, não podendo ser confundidos como se fossem a mesma estrutura.

natural ou jurídica, e o objeto externo que determinou chamar de bem ou de coisa, a *res*, passível de apropriação, olvidando-se existir o intermediário, que não se situa como coisa passível de ser individualizada, por envolver bens e valores comuns, não ostenta a característica da divisibilidade de seu conteúdo em partes (dado que suas partes são, ao contrário do que poderia se pensar, iguais ao todo)<sup>199</sup> e assim não podem ser reduzidas ou submetidas ao domínio pessoal e individual não compartilhado.

A condição de existência da comunidade e dos seus sujeitos não são as coisas, não são seus objetos externos. O sujeito não existe para possuir, dominar, para ser proprietário, mas para viver em comunidade, de onde ostenta deveres, um *munus*, obrigações, a que somente logra conviver e reproduzir mediante o compartilhamento e o acesso a utilidades fundamentais as quais apenas se realizam em comum.

Para se pensar em uma comunidade portanto, é imprescindível que se pense conjuntamente no dever de compartilhar deveres e responsabilidades e também na universalização do acesso livre ou comum às utilidades fundamentais a que a comunidade pode criar e oferecer.<sup>200</sup>

Com a crise do paradigma estatal contemporânea, a fuga do oficialismo e a difusão do conflito multicultural, muitas das novas formas de interação econômica vem se afastando da burocratização e da legitimação estatal, fazendo com que as concepções comunais e coletivas a nível comunitário venham remodelando e relativizando o paradigma racionalista moderno.

A ideia do comum ressurge na exata definição daquilo que “se distancia da propriedade coletiva possuída por um conjunto de indivíduos”, ou mesmo do seu “pertencimento à uma identidade comum”, ou seja, distanciando-se das individualizações.<sup>201</sup> Segundo Roberto Esposito, na originária valência do conceito

---

<sup>199</sup> Um bioma, por exemplo, não pode ser dividido em partes, porque suas partes são o todo, não há apenas um estado responsável pela fluidez ambiental de um bioma, mas um conjunto previamente delimitado de ações que devem ser tomadas para proteção integral de sua existência. É dizer, afrontado o equilíbrio ambiental do chaco paraguayo em suas características mais consistentes, certamente o pantanal mato-grossense absorverá o abalo e reduzirá suas características ambientais que o fazem ser considerado um bioma único, indivisível e completo. Por essa razão é que o bem jurídico protegido aqui é o equilíbrio ambiental, o qual se abalado, seus efeitos e consequências não conhecem fronteiras, e nem se limitam a ficções jurídicas criadas pelo homem.

<sup>200</sup> “(...) no conceito de compartilhamento o ‘com’ está associado precisamente à ‘divisão’. O limite a que ele alude é aquele que une não no modo de convergência, da conversão, da confusão, mas sim no da divergência, da diversão, da difusão. A direção é sempre de dentro para fora, jamais de fora para dentro.” ESPOSITO, Roberto. *Termos da política: comunidade, imunidade e biopolítica*. Ctba, Ed. UFPR, 2017, p. 101

<sup>201</sup> ESPOSITO, Roberto. *Termos da política: comunidade, imunidade e biopolítica*. Ctba, Ed. UFPR, 2017, p. 98-99.

“os membros da *communitas* compartilham – justamente o complexo (e denso) significado de *múnus* – é sobretudo uma expropriação da própria substância que não se limita ao seu “possuir”, mas envolve e deteriora o seu próprio ‘ser sujeitos’”.

<sup>202</sup> Conforme este autor:

“(...) a comunidade não é mais compreendida como um fenômeno residual com relação às formas socioculturais assumidas pela modernidade, mas sobretudo como uma réplica à insuficiência do seu modelo individualístico-universalista; é a mesma sociedade dos indivíduos, já destrutora da antiga comunidade orgânica, a gerar agora novas formas comunitárias enquanto reação póstuma à própria entropia interna. (...)

(...) a comunidade liga-se não a um mais e sim a um menos de subjetividade, significa que os seus membros não são mais idênticos a si mesmos, mas estão constitutivamente expostos a uma tendência que os leva a forçar os próprios confins individuais para se defrontarem com o seu ‘fora’. Deste ponto de vista – que rompe toda continuidade do ‘comum’ com o ‘próprio’, ligando-o sobretudo ao impróprio – volta ao primeiro plano a figura do ‘outro’. Se o sujeito da comunidade não é mais o ‘mesmo’, será necessariamente o ‘outro’. Não um sujeito, mas uma cadeia de alterações que não se fixa jamais numa nova identidade.” <sup>203</sup>

A comunidade, portanto, não é um ente, não é um sujeito coletivo, e nem muito menos um conjunto de sujeitos, não é a “relação que modela o ser, mas o ser como relação”, <sup>204</sup> não denota a ausência de subjetividade, mas a ausência de qualquer relação com a propriedade. O ser da comunidade, segundo Espósito, “é o espaçamento que nos reporta aos outros em um comum não pertencimento”, consistentemente delineada como uma exterioridade que é capaz de ser tratada não como o inverso do individual mas como o *munus* da existência comum. <sup>205</sup>

Desde a antiguidade clássica é que se observam as relações de poder do homem com as coisas, objetos materiais do mundo extenso, situações que foram capazes de moldar e estruturar a realidade da sociedade. As concepções de pertencimento como realidade factual foram aos poucos adquirindo reflexo na ciência do direito. O espectro dos fatos da realidade foi se estruturando como

<sup>202</sup> ESPÓSITO, Roberto. Termos da política: comunidade, imunidade e biopolítica. Ctba, Ed. UFPR, 2017, p. 99.

<sup>203</sup> ESPÓSITO, Roberto. Termos da política: comunidade, imunidade e biopolítica. Ctba, Ed. UFPR, 2017, p. 98-100.

<sup>204</sup> ESPÓSITO, Roberto. Termos da política: comunidade, imunidade e biopolítica. Ctba, Ed. UFPR, 2017, p. 101

<sup>205</sup> “Explicita o autor que consiste “na perda de próprio que jamais chega a acrescentar-se num bem comum: comum é somente a falta, não a posse, a propriedade, a apropriação. Que o termo *múnus* seja entendimento pelos latinos tão só como o dom feito e jamais como aquele recebido – denotado porém pelo vocábulo *donum*, - quer dizer que é por princípio privado de ‘remuneração’. (ESPÓSITO, Roberto. Termos da política: comunidade, imunidade e biopolítica. Ctba, Ed. UFPR, 2017, p. 101).

relação jurídica, tendo as relações de domínio formatado a construção do conceito jurídico de titularidade e com ele da propriedade abstrata.<sup>206</sup> A idealização do conceito de propriedade é fruto das maiores consequências para a formação da sociedade civil. Nesse sentido C. B. MacPherson:

“(...) o direito de propriedade está tão profundamente arraigado na tradição liberal do Ocidente que nossa campanha pelos direitos humanos será muito mais eficaz se passarmos a considerá-los como direitos individuais de propriedade, em vez de considerarmos antagônicos os direitos humanos e os direitos de propriedade. Não é preciso nenhum truque para isso. Na verdade, falar de direitos humanos como direitos individuais de propriedade é simplesmente resgatar o antigo sentido liberal de propriedade, como quando Locke e seus contemporâneos falavam da posse que se tem da própria pessoa, da própria vida e da própria liberdade, bem como dos bens deste mundo.”<sup>207</sup>

O centro de interesses situado na propriedade e sua relação com o ser humano sempre esteve no cerne das questões jurídicas e das relações de poder. Os poderes fáticos de pertencimento, e os poderes de domínio sobre as coisas, moldaram a ciência do direito no que se conceituou como modernidade. A invenção da propriedade privada como estrutura artificial ligada à exclusividade reconstruiu as relações atinentes ao modo de produção e de pertencimento necessárias na estruturação de um sistema econômico.<sup>208</sup> Conforme Pablo Renteria e Marcus Dantas:

---

<sup>206</sup> “... O que inicialmente, em época pré-civilizatórias, se constituiu como um poder fático das pessoas sobre as coisas, posteriormente se tornou um poder jurídico, estabelecendo-se titularidades, relações de poder, demarcação de fronteiras, status e as mais profundas desigualdades. Disse Rousseau (2005, p. 61) que ‘(...) o primeiro que tendo cercado um terreno se lembrou de dizer: isto é meu, e encontrou pessoas bastante simples para acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil’. E disse Paolo Grossi (2006, p.10) que ‘(...) talvez nenhum discurso jurídico seja tão permeado de bem e de mal, tão temperado por visões maniqueístas quanto o que versa sobre a relação homens-bens’. (GUILHERMINO, Éverilda Brandão. A tutela das multititularidades: repensando os limites do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018, p.07).

<sup>207</sup> MACPHERSON, C. B., 1911- , 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. 50.

<sup>208</sup> “(...) o que define intrinsecamente a modernidade é, sem dúvida, a maneira como o ser humano nela é concebido e afirmado como fonte de suas representações e de seus atos, seu fundamento (subjectum, sujeito) ou, ainda, seu autor: o homem do humanismo é aquele que não concebe mais receber normas e leis nem da natureza das coisas, nem de Deus, mas que **pretende fundá-las, ele próprio, a partir de sua razão e de sua vontade**. Assim, o direito natural moderno será um direito ‘subjetivo’, criado e definido pela razão humana (racionalismo jurídico) ou pela vontade humana (voluntarismo jurídico), e não mais um direito ‘objetivo’, inscrito em qualquer ordem imanente ou transcendente do mundo. É assim, ainda, que as sociedades modernas se conceberão, no registro político, plenamente auto-instituídas por meio do esquema do contratualismo: o humanismo jurídico dos Modernos, aplicando ao direito a convicção de que o homem é o princípio de toda normatização, tomará como pressuposto que **o homem é o autor de seu direito e que esse direito se afirma unicamente por ser fundado sobre o acordo ‘contratual’ das partes interessadas**. Em suma, de acordo com Sartre: ‘o homem não possui outro legislador senão ele próprio’ (RENAUT, Alain. O indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito. Tradução Elena Gaidano. Rio de Janeiro, DIFEL, 1998, p. 10).

“(...) a exclusividade da decisão sobre o destino de um bem, sobre como ele será utilizado, é algo valioso, de uma maneira geral, pelo fato de que o objeto sobre o qual se dispõe de tal prerrogativa existe, a princípio, em quantidade limitada (escassez). Sendo ao mesmo tempo um objeto socialmente desejado, em função dos costumes e práticas sociais vigentes em uma dada sociedade, a conjunção de escassez e demanda coloca um inestimável desafio para os esquemas de disciplina jurídica sobre tais bens. (...)”

Há de reconhecer que a ‘forma proprietária’ só se dissemina como mecanismo de regulação de toda a vida social em razão da consolidação de leitura unidimensional da sociedade, fruto da qual as linhas que demarcam suas fronteiras frente ao mercado teriam sido perdidas. (...)”<sup>209</sup>

O “comum” e o “transindividual” ligam-se às relações comunitárias e fogem das limitações relacionadas às dicotomias modernas, como diz David Bollier, “quando os governos e as empresas tentam resolver problemas, tendem a ver só dois tipos gerais de soluções: a ação governamental e a concorrência de mercado”, porém esquecem-se que muitas vezes as relações informais de uma coletividade bem estruturada é capaz de melhor implementar questões transindividuais com uma administração mais adequada de recursos compartilhados.<sup>210</sup>

Surge nesse viés uma “terceira esfera de solução” para a problemática relacionada à administração desses recursos escassos, e a consequente correção das falhas de uma economia livremente desenvolvida. São conceitos que albergam uma variedade de fenômenos, mas que definitivamente não se confundem com estruturas jurídicas montadas para a contenção de ciclos econômicos, nem tampouco com seu suporte material, sendo, portanto, mais adequado tratar esses conceitos como distantes e separados das dicotomias modernas.

### **03.3. As falhas do livre mercado e a omissão das estruturas do “comum”: uma racionalidade que não visualiza nada além de seus próprios dogmas.**

---

<sup>209</sup> RENTERIA, Pablo. DANTAS, Marcus. Notas sobre os bens comuns. In: O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira, e Vitor Almeida (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.140.

<sup>210</sup> BOLLIER, David. Os bens comuns: um setor negligenciado da criação de riqueza. Lugar comum nº 31, p. 43-54. In: Genes, Bytes y Emissiones: Bienes Comunes y Ciudadanía, organizado por Silke Helfrich. Disponível em: [http://www.boell.org/downloads/Bollier\\_Commons.pdf](http://www.boell.org/downloads/Bollier_Commons.pdf) ou em: <http://www.bienescomunes.org/archivo/bc-boell.pdf>. Acesso em 13/09/2022.

### **03.3.1. A superveniência dos direitos transindividuais e a sua correlação com as falhas de uma economia livremente desenvolvida.**

A construção artificial de uma racionalidade proprietária embasou um sistema econômico de livre mercado que implementou a paulatina substituição das relações de dominação do sistema feudal pelos modelos econômicos fulcrados nas liberdades individuais. O contexto pós-revoluções liberais do século XIX, moldou a segmentação auto excludente das esferas do público e do privado. A clivagem entre essas esferas ainda hoje se exprime mediante concepções estanques, como se refletissem os únicos veios de expressão da pauta do mundo moderno, fulcrado no individualismo.<sup>211</sup>

Separar a sociedade civil e o domínio econômico (liberdade de contratar, autonomia decisória, responsabilização), daquele interesse público estatal que sustenta a legalidade e as concepções coletivas, em última instância, redundaria em separar o estado do livre mercado, o qual só é livre porque sustentado e amparado por aquele.<sup>212</sup> A necessidade de se proteger a liberdade de iniciativa e o ideal de um sistema econômico que proporcionasse uma concorrência perfeita nos mercados, sempre teorizada mas nunca alcançada, foi a pauta determinante para a construção da cultura econômica que se tornou dominante a partir da era moderna.

Para esse intento um novo modelo de Estado que implementasse a livre concorrência onde ela não existiria era necessário, fundamental para a construção das relações sociais modernas, o individualismo, fundamento central da nova racionalidade, e base estrutural do sistema econômico pautado na liberdade, ainda

---

<sup>211</sup> "(...) Um sistema político centralizado, colocado em prática na Inglaterra antes de qualquer outro país, resultou da separação 'científica' entre soberania pública e propriedade privada e criou as condições ideais para o capitalismo desenvolver seu poder e sua ideologia. Ao lado dos avanços científicos, a resultante e inédita concentração de capital produziu os espetaculares sucessos tecnológicos da primeira parte do século XVIII." (MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 94).

<sup>212</sup> O Estado era monopolista do interesse público – um public interest maker, não um public interest taker. Quando muito, a Administração intervinha (portanto, atuava em lugar que não lhe era próprio) no domínio privado para reprimir abusos e consolidar o respeito à ordem pública e à soberania estatal. Nesse contexto, o Estado (denominado Guarda-Noturno) manifestava-se precipuamente nos atos administrativos. Isto é, por meio de atos imperativos, com presunção de legitimidade, exigíveis e auto-executáveis que não contavam com a participação popular. Prevalcia uma relação de hierarquia destinada a impor a 'vontade administrativa' exteriorizada em 'decisões executórias' da lei. Com o passar do tempo, o ato administrativo se consolidou como a figura central do direito administrativo. Este girava em torno do ato concreto (praticado para levar a efeito a execução pontual da lei) e do ato regulamentar (praticado para viabilizar a execução geral da lei). Nas duas hipóteses, prevalecia a administração unilateral. Caso da intervenção resultassem danos, aos indivíduos dava-se a oportunidade de se defenderem do ato praticado. Porém, não lhes era dado participar da concepção do ato, que era interna corporis. Os particulares só dele tomavam conhecimento depois do ato já ter sido editado, no exato momento da incidência. Prevalcia, portanto, a concepção unilateral e impositiva da atuação da administração." (MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Administrativas, Contratos de Serviço Público e Mutabilidade Regulatória, Revista de Direito Público da Economia, volume 25, 2009, páginas 106).

que não expressamente admitido, foi a engrenagem essencial para a instauração da nova lógica racional da vida econômica nos séculos seguintes.

A operacionalização não obstante do livre mercado cedo demonstraria suas falhas. O mundo público e o mundo privado logo passariam a se relativizar, e por vezes interpenetrar. A verdadeira realidade estrutural das coisas demonstraria a inexatidão das dicotomias modernas, porquanto tanto o mercado quanto o estado envolvem-se nos mesmos elementos fundadores e dependentes um do outro. Muitas vezes são estruturas que se sobrepõe, e não somente isso, muitas vezes produzem reflexos que suplantam ambos os setores, o que degreda a clivagem anteriormente estanque. Estado e mercado são filhos da mesma mãe, qual seja, uma racionalidade moderna individualista de organização estatal que propugna a proteção da propriedade privada e dos direitos de liberdade contratual. Os direitos transindividuais por outro lado, e as perspectivas do “comum”, afastam-se de ambas essas percepções, eis que ostentam características diferenciadas e não passíveis de se realizarem individualmente.

O mercado é parte do estado, e o estado é pressuposto do mercado, sendo atualmente muito difícil identificar uma distinção ontológica entre esses dois fatores dentro do mundo massificado atual. As relações de troca são balizadas sempre por um contrato, ainda que não escrito, e este contrato pautado agora pela autonomia privada, <sup>213</sup> é garantido em suas bases por um poder estatal centralizador e burocrático que protege as liberdades.

Desde os clássicos modernos é possível dizer que não existe estado sem mercado. A necessidade de se desenvolver as demandas capitalistas e as relações de troca são a gênese do estado e, portanto, interrelacionadas. Há de se pensar em como que ocorrem essas relações, e notadamente em quais são as deliberações necessárias a promover a correção das respectivas falhas que invariavelmente podem ser verificadas nas estruturas dos mercados.

---

<sup>213</sup> A autonomia da vontade posteriormente desdobrou-se no conceito de autonomia privada, quando foi sendo restringido maiormente pela superveniência dos princípios constitucionais a incidir diretamente nas relações privadas. Funciona “como verdadeiro poder jurídico particular de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas, próprias ou de outrem”. Não se reporta como “um poder originário e ilimitado, pois deriva do ordenamento estatal, que o reconhece e exerce nos limites que esse fixa, limites esses crescentes, com a passagem do Estado de direito para o Estado intervencionista ou assistencial.” A autonomia privada “significa, assim, o espaço que o ordenamento estatal deixa ao poder jurídico dos particulares, uma verdadeira esfera de atuação com eficácia jurídica, reconhecendo que, tratando-se de relações de direito privado, são os particulares os melhores a saber de seus interesses e da melhor forma de regulá-los juridicamente.” (AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 7ª ed., Renovar, 2008, p. 78-79).

As principais falhas, imperfeições ou inoperacionalidades do mercado, na visão de Fabio Nusdeo, decorrem notadamente de deficiências no equilíbrio das relações econômicas, seja deficiências estruturais (de concentração econômica), deficiências de sinalização (externalidades negativas), deficiências de incentivos (no fornecimento de bens coletivos), ou ainda deficiências de mobilidade (custos de transação),<sup>214</sup> ou mesmo deficiências de transparência (assimetria de informações),<sup>215</sup> onde não raro se faz necessário que todos os operadores de um mercado tenham acesso a todas as informações e características dos produtos nele negociados.<sup>216</sup>

Os custos externos da exploração de uma atividade produtiva acabam não sendo incorporados pelo produtor individual e assim, passam a ser suportados por toda a coletividade, sendo a socialização desses custos - que deveriam ser internalizados, mas não são - o principal problema das perspectivas do “comum” e redundam na violação de direitos transindividuais, os quais existem justamente para conter a expansão desenfreada dessas relações econômicas predatórias.

Foram os estudos de Arthur Cecil Pigou (1877-1959), pioneiro da economia do bem-estar, sucessor do grande economista Alfred Marshall na cátedra de economia política da Universidade de Cambridge, que por primeiro demonstrou que os mercados nem sempre funcionam perfeitamente, identificando algumas “falhas” decorrentes do uso inadequado e da alocação ineficiente de recursos na economia.

---

<sup>214</sup> “Uma presunção básica para a funcionalidade dos mercados sempre foi a de serem os fatores de produção dotados de razoável mobilidade, a fim de poderem reagir aos sinais indicativos representados pelos preços, os quais promoveriam em curto tempo os deslocamentos necessários a fim de se reverterem automaticamente certas situações indesejáveis, como, por exemplo, a super ou a subprodução. A essa capacidade de autocorreção do mercado chamou-se de automatismo. E o nome é bom, porque os empresários-produtores eram vistos como autômatos, para, guiados pelo seu hedonismo, poderem responder rápida e fielmente às decisões soberanas do consumidor-rei, via impulsos do sistema de preços. Tal agilidade, entretanto, na prática não ocorre. Existe, isto sim, uma rigidez mais ou menos pronunciada em quase todos os fatores, impedindo-lhes esses deslocamentos céleres automáticos e oportunos. Rigidez de toda ordem: física, operacional, institucional, psicológica.” NUSDEO, Fabio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 118.

<sup>215</sup> “(...) um dos pressupostos básicos do sistema descentralizado vem a ser o acesso de todos os operadores de um mercado, às informações sobre o mesmo e sobre as características dos produtos nele negociados”. NUSDEO, Fabio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 121.

<sup>216</sup> NUSDEO, Fabio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 121. Sempre houve a crença de que “os preços conteriam em si a informação relevante essencial para os agentes interessados, pois seria o sinal inconfundível da escassez ou da abundância, conforme subissem ou baixassem. Tal escassez ou abundância estariam refletidas nos preços não apenas a cada momento, quanto às condições presentes, mas em sua potencialidade, isto é, no tocante às perspectivas futuras. (cf. NUSDEO, Fabio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 121)

Quando se percebeu as limitações daquela estrutura institucional e burocrática elaborada a partir do racionalismo da modernidade e sustentáculo das relações de livre comércio, instrumentalizada estritamente pelo tripé *constituição, códigos de direito privado e poder de polícia*,<sup>217</sup> foi que se passou a tipificar algumas dessas falhas da economia de mercado. A operacionabilidade do mercado ainda que, em si, viável, dependeria a partir desse contexto de “diversos pressupostos que a estrutura legal própria do liberalismo não havia logrado captar, muito menos tratar”.<sup>218</sup> Segundo Niall Kishtainy:

“(...) Pigou mostrou que as falhas dos mercados surgem quando há uma diferença entre os efeitos ‘sociais’ (os impactos gerais sobre todos) e os efeitos ‘particulares’ (aqueles que afetam apenas quem produz externalidades). Os mercados funcionam bem quando os custos e benefícios privados não deixam impacto algum. Então, o social e o privado são o mesmo, e todos os impactos sociais estão incluídos nas coisas pelas quais as pessoas pagam. Quando há externalidades, os custos e benefícios privados não incluem todos os custos e benefícios sociais. As externalidades (...) não estão incluídas nas coisas pelas quais as pessoas pagam. (...) Um caso extremo de produtos que beneficiam inclusive quem não paga por eles são aqueles que os economistas chamam de ‘bens públicos’, (...) Não há maneira de excluir agentes do benefício. De modo que ninguém quer pagar os custos por eles, mesmo que queiram seu desfrute. Os economistas chamam isso de ‘carona’ e se aplica a muitos produtos e serviços importantes. Quando os produtos permitem o carona, o mercado pode fornecer muito pouco, ou mesmo nada, de tais produtos. (...). Na época em que Pigou escrevia, os economistas também entendiam que um mercado pode falhar quando é dominado por algumas poucas empresas ou por única empresa (um monopólio). (...) O monopolista tende a empurrar o preço para cima para aumentar os lucros; o preço mais alto significa que os consumidores compram menos, e por isso a empresa produz menos. Isso prejudica a sociedade como um todo, porque os consumidores gostariam de mais produtos e produtos mais baratos; no entanto, o monopolista decide quando produzir somente com base em seus próprios lucros. Num mercado competitivo, com muitas empresas, uma quantidade maior de produtos é fabricada e vendida por preço mais baixo. É por isso que a

---

<sup>217</sup> Nesse sentido ver: NUSDEO, Fabio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 117. Esse “tripé sem dúvida portentoso pela ductibilidade, lógica e racionalidade com que concebeu a forma e as garantias legais para captar e disciplinar todo o emaranhado das relações econômicas internas e mesmo internacionais, mas incapaz de lidar com a vida econômica real em toda a sua complexidade. Foi a época na qual, no dizer de Max Weber, a lei apresentava uma racionalidade puramente formal, não lhe interessando as condições pessoais ou sociais dos por ela abrangidos, nem a maior ou menor desejabilidade dos resultados das relações estabelecidas sob a sua égide” (NUSDEO, Fabio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 117).

<sup>218</sup> NUSDEO, Fabio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 118.

maioria dos economistas considera que mercados competitivos são melhores para a sociedade do que monopólios.”<sup>219</sup>

A percepção de que a economia passa por ciclos, a partir da crise de 1929, da política do *new deal* do governo Roosevelt, e da obra do economista britânico John Mainard Keynes, em 1936,<sup>220</sup> fizeram com que fosse possível identificar algumas dessas falhas de mercado, capazes de justificar a intervenção estatal (direta ou indireta) no livre desenvolvimento do mercado, no intuito de realização de direitos transindividuais ou mesmo para adequadamente regular comportamentos relevantes economicamente.<sup>221</sup>

A identificação dessas falhas das estruturas de mercado foi o elemento justificador da superveniência dos direitos transindividuais, os quais foram recepcionados em declarações internacionais e legislações internas no intuito específico de contenção das externalidades produzidas pela atividade produtiva, a fim de barrar a excessiva expansão da mercantilização da vida e da sociedade. A produção de externalidades negativas representativas pela atuação individual invariavelmente viola valores transindividuais, ou mesmo a concentração econômica que exige a proteção da concorrência no mercado e o fornecimento de utilidades coletivas as quais o mercado por si só não consegue suprir, igualmente produz

---

<sup>219</sup> KISHTAINY, Niall. Uma breve história da economia, 2ª edição, Porto Alegre, 2019, p. 95-96.

<sup>220</sup> O dirigismo estatal e o ideal intervencionista do século XX teve a influência expandida do modelo Keynesiano, que propunha uma atuação mais sistemática e imperativa do estado na economia, visando alcançar objetivos predeterminados, com intervenções diretas e indiretas que procuram a tutela e promoção de interesses sociais. Não obstante este modelo, conforme a visão de Pier Luigi Luisi e Fritjof Capra, ignorou “muitos fatores que tem importância crucial para a compreensão da situação econômica do século XX. **Ele se concentra na economia doméstica, dissociando-se das redes econômicas globais e negligenciando acordos econômicos internacionais**: ele também **negligencia o esmagador poder político das corporações globais da atualidade**, não presta atenção nas condições políticas e **ignora os custos sociais e ambientais das atividades econômicas**. Na melhor das hipóteses, a abordagem Keynesiana pode fornecer um conjunto de cenários possíveis, mas não pode fazer previsões específicas. Como a maior parte do pensamento econômico cartesiano, ele sobreviveu à sua utilidade. (cf. CAPRA, Fritjof. LUISI, Pier Luigi. A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São Paulo, Cultrix, 2014, p. 84).

<sup>221</sup> A teoria da regulação econômica é caracterizada por três vertentes, a do interesse público, a do interesse privado e as teorias institucionalistas. Enquanto as teorias do interesse público consideram que o legislador e os agentes reguladores buscam atingir fins coletivos e promover o bem estar da comunidade, com ênfase em aspectos prescritivos, corrigindo falhas de mercado no intuito de atingir o bem estar geral; as teorias do interesse privado são céticas, e ressaltam, com ênfase, que a regulação em geral atende a grupos particulares, com aspectos descritivos, afirmam que não raramente a regulação é feita por interesses de regulados que “capturam” os agentes reguladores e dimensionam o mercado de acordo com seus interesses e preferências voltados na maior parte das vezes para maximizar seu próprio lucro. Os institucionalistas por sua vez enfatizam a interdependência do Estado e dos particulares na persecução conjunta de benefícios privados e públicos dentro do regime regulatório. Teorias institucionalistas, segundo Othon de Azevedo Lopes, “mesclam elementos descritivos e prescritivos, enfocando a razão do surgimento da regulação e a explicação dos objetivos que ela deveria atingir”. (LOPES, Othon de Azevedo. Fundamentos da Regulação. Ed. Processo, Rio de Janeiro, 2018, p. 170).

reflexos em interesses e valores que não podem ser encarados individualmente mas apenas em contextos comunitários.

Os agentes econômicos produtivos ponderam apenas os benefícios e os custos que os afetam diretamente (seus benefícios e custos particulares), mas ignoram os custos mais amplos, que normalmente são socializados. A tendência natural dos agentes econômicos, segundo Fabio Nusdeo, é realmente a de “lançar para fora os seus custos (externalizá-los) e, pelo contrário, procurar internalizar os benefícios gerados externamente ao mercado”.<sup>222</sup>

As externalidades negativas representativas da atividade produtiva, portanto, conforme Fabio Nusdeo, correspondem a custos ou benefícios circulando externamente ao mercado, ou seja, “que se quedam incompensados, pois, para eles, o mercado, por limitações institucionais, não consegue imputar um preço”. Assim nem sempre os custos e os benefícios de qualquer atividade serão apropriados pelas unidades responsáveis, quer produtoras, quer consumidoras, podendo ter efeitos plurilaterais ou mesmo apenas bilaterais, mas é certo que quando isso ocorre, alguns fatores escassos passam a ser utilizados gratuitamente, sem ter a sua escassez devidamente sinalizada.

É dizer, “numa atividade econômica, nem sempre, ou raramente, todos os custos e os respectivos benefícios recaem sobre a unidade responsável pela sua condução, como seria pressuposto. Tal fato representa um sério entrave ao funcionamento do sistema, pois, se assim é, boa parte de todo o cálculo econômico realizado pelos centros decisórios descentralizados passa a ser viciado por não poder incorporar todas as informações relevantes, transmitidas via sistemas de preços.”<sup>223</sup> Por essa razão, segundo Fabio Nusdeo, “o nome externalidade ou efeito externo, não quer significar fatos ocorridos fora das unidades econômicas, mas sim fatos ou efeitos ocorridos fora do mercado, externos ou paralelos a ele, podendo ser vistos como efeitos parasitas”.<sup>224</sup> Normalmente esses “efeitos externos” afrontam

---

<sup>222</sup> NUSDEO, Fabio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 131. “Quanto às externalidades negativas, a tendência, (do mercado) será a de mantê-las como tais, salvo uma decidida ação do poder público no sentido da sua internalização, pois o produtor hedonista voltado para a redução de seus custos terá sempre todo o impulso em tornar ou manter externos aqueles que não conseguir reduzir. (...)”. NUSDEO, Fabio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 131.

<sup>223</sup> cf. NUSDEO, Fabio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 128.

<sup>224</sup> cf. NUSDEO, Fabio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 128.

direitos transindividuais e valores difusos, que sobrevieram nas legislações extravagantes do século XX em contraponto ao ideal codificado.

A superveniência dos direitos sociais e transindividuais no curso da história apresentou uma intrínseca correlação com as mudanças socioeconômicas do início do século XX, quando se percebeu que a economia de livre mercado por si só não conseguiria corrigir suas falhas e por consequência não conteria, sozinha, as mazelas sociais advindas da revolução industrial e das crises dela decorrente, passando-se a reivindicar atuação estatal para promoção de novas condições de vida e de trabalho e contenção dos graves efeitos climáticos e ambientais que a atividade econômica desregulada vinha desenvolvendo.<sup>225</sup>

A primeira grande crise econômica adveio no mundo capitalista com o desequilíbrio entre os fatores de produção e demanda, no mundo pós guerra, quando o cenário europeu devastado pelos conflitos impulsionou o mercado norte americano a uma superprodução de bens que, mais tarde, descobriu-se não possuir demanda para escoamento, gerando recessão, desemprego, aliado à profunda desigualdade social que o liberalismo puro já vinha implementando. A forma como os gestores governamentais encontraram para corrigir essas falhas foi o intervencionismo estatal na atividade econômica, com a criação de inúmeras empresas estatais e o fomento direto, pelo estado, de obras públicas, criação de empregos e a injeção de dinheiro na economia. Isso fez com que o mecanismo econômico voltasse a operar, mas não sem, a longo prazo, gerar distorções e desequilíbrios no orçamento público.<sup>226</sup>

---

<sup>225</sup> O mercado livremente desenvolvido redundando na ocorrência inevitável de externalidades negativas, caracterizadas pelo fato de os custos privados não restarem totalmente internalizados e serem, por consequência, distribuídos e absorvidos por toda a sociedade, sendo a partir dessa percepção elaborado o conceito de direito difuso. Isto gera a deterioração dos demais fatores de produção dos outros agentes econômicos, e acarreta também a perda do bem-estar individual. Conforme Fabio Nusdeo: "(...) Uma notável reação do Direito aos generalizados efeitos externos das atividades econômicas veio a ser **a elaboração do conceito de interesse Difuso**. Ele quer significar um interesse comum a um grupo não delimitado de pessoas, contrapondo-se, assim, a outras categorias de interesses contempladas pelo Direito: os interesses individuais, os interesses coletivos, os interesses individuais homogêneos. Interessante observar que o Direito Processual Civil clássico, de índole liberal, era basicamente construído para a defesa dos interesses individuais, subjacentes a qualquer demanda. (...)" NUSDEO, Fabio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 134

<sup>226</sup> A crise econômica de 1929 fez dos Estados Unidos da América um agente produtor da economia, com o então presidente Franklin Delano Roosevelt implementando a política que ficou conhecida como *new deal*, absorvendo grande parte das demandas econômicas com o orçamento público. Em algumas décadas essa prática inspirou os economistas vintenistas, notadamente John Maynard Keynes, a sustentarem que a solução para conter os avanços do mercantilismo e as mazelas do individualismo seria o intervencionismo estatal na economia, com o estado sendo produtor e promotor de direitos sociais. A longo prazo essa mentalidade demonstrou gerar efeitos igualmente não desejados, na perspectiva adotada pelos respeitados economistas Ludwig Von Mises e Friedrich Hayek, indicaram que o excesso de intervencionismo estatal na atividade econômica redundando em déficit público e a longo prazo em mais problemas econômicos e sociais do que aqueles

Os primeiros interesses transindividuais alcançados pelas reivindicações reformistas da primeira metade do século XX foram sendo parametrizados pelas conquistas na seara dos direitos. O que simbolizou a superveniência dos direitos sociais de segunda geração foi o pacto internacional multilateral adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, no qual se convencionou que os países membros deveriam trabalhar pela concessão de direitos econômicos, sociais e culturais para as pessoas físicas de seus territórios, incluindo direitos ao trabalho e à saúde, além dos direitos à educação e à um padrão de vida adequado.

Concomitantemente à instituição desses novos direitos de segunda geração, percebendo-se a imbricação deles com as relações econômicas, as vindouras formatações nas trocas comerciais redundaram na construção jurídica de uma ordem econômica. A crise do modelo liberal de Estado e as mudanças de um modelo concorrencial para uma dinâmica financeira e monopolista, fez com que o nascimento do Estado do Bem-Estar Social no mundo ocidental fosse ao mesmo tempo causa e consequência para um maior intervencionismo estatal na atividade econômica. O intento, centrado na racionalidade moderna, de correção das falhas de mercado com o tempo foi paulatinamente se transformando em um discurso embasado na necessidade de melhor alocação de recursos públicos como única alternativa para a efetivação desses direitos de natureza diferenciada.<sup>227</sup> Seriam as falhas de governo e não tanto as falhas de mercado, as responsáveis pela inação estatal na proteção de direitos não individualizáveis.

Os direitos fundamentais de terceira geração apareceram aliados à essas reivindicações, quando na seara internacional, em 1972, em uma conferência das

---

que se tentou antes prevenir. Nos países periféricos, principalmente, esses excessos intervencionistas redundaram em mais inflação e o endividamento público internacional. No período desenvolvimentista e posteriores governos militares, após o chamado milagre econômico brasileiro, o déficit público aumentou consideravelmente, foram criadas mais de quatrocentas empresas estatais, as quais em menos de duas décadas redundaram em um endividamento público jamais visto, com o qual o Brasil convive até hoje, buscando implementar já na vigência da nova constituição de 1988, reformas gerenciais na administração pública e programas de desestatização e privatização.

<sup>227</sup> Em 1919 foi criada a Organização Internacional do Trabalho; o movimento sindical ganha força internacional; a socialização alcança a política e o Direito; nascem o Direito do Trabalho e o Direito Sindical; desenvolvem-se as correntes socialistas, anarquistas e reformistas; não menos importantes, para Wolkmer, são a posição da Igreja Católica com sua doutrina social (a Encíclica Rerum Novarum, de Leão XIII, 1891); os efeitos políticos das Revoluções Mexicana (1911) e Russa (1917); os impactos econômicos do keynesianismo e o intervencionismo estatal do New Deal. É um novo cenário que exige nova regulação. Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos. In: RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO, Salo de (Orgs.). Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 16-17.

Nações Unidas, na cidade de Estocolmo (Suécia), promoveu-se importantes discussões sobre os efeitos do desenvolvimento econômico sobre o meio ambiente. Finalmente tinha-se percebido que a natureza não é fonte inesgotável de recursos e não pode ser explorada com tal intensidade a não se permitir sua própria reconstituição.<sup>228</sup>

Os direitos fundamentais de terceira geração ao contrário dos anteriores modelos liberais e sociais, não podiam ser concretizados distantes de uma comunidade de referência, de modo que o cenário massificado em ascensão, cada vez mais incorporando conceitos dotados de vagueza semântica, nas vindouras legislações extravagantes, distanciadas do ideal formalista, exigia do intérprete a extração da normatividade dos fatos sociais e não mais a previsibilidade objetiva e de segurança dos modelos codificados do liberalismo.<sup>229</sup>

Assim os novos fenômenos da massificação social e o surgimento da economia em escala e de escopo,<sup>230</sup> a necessidade de racionalização e de incremento da atividade produtiva, com novas formas e modalidades produtivas dotadas maior volume de produção, em contraponto a um aumento e diversificação da escala de produção, ainda com as mesmas estruturas físicas e operacionais, fez com que se alcançasse cada vez mais uma redução de custos e relativa democratização do acesso aos recursos da economia, daí porque concomitantemente se passou a vislumbrar que as falhas dessa estrutura de mercado eram capazes de violar direitos transindividuais e necessitavam ser corrigidas pelo intervencionismo estatal na economia, o que redundaria cedo ou

---

<sup>228</sup> A declaração de Estocolmo (Suécia), datada de 5 a 16 de junho de 1972, segundo Paulo Affonso Leme Machado, foi adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, nas Resoluções das Nações Unidas 2.994/XXVII, 2.995/XXVII. e 2.996/XXVII, de 15.12.1972 (cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 1.029).

<sup>229</sup> O interesse coletivo pode ser identificado como aquele pertencente a grupos determinados ou determináveis, por vezes vulneráveis, de consumidores, trabalhadores, aposentados, pensionistas, ou seja, de grupos que por vezes podem não ter conflituosidade interna em suas postulações, podem ser determináveis, mas nunca raciocinados individualmente. Já o interesse transindividual por sua vez será identificado como aquele pertencente a uma ordem indeterminada de indivíduos, com notória conflituosidade interna e, portanto, apto a abranger até mesmo interesses de futuras gerações, mas que internamente não ostentam uma homogeneidade em suas aspirações, a exemplo da proteção do meio ambiente natural, do patrimônio histórico cultural, da probidade na administração pública, da livre concorrência nos mercados, etc.

<sup>230</sup> Note-se não constituir o fenômeno das economias em escala um mal em si. Pelo contrário, ele representa um bem, na medida em que permite a redução de custos e o maior acesso ao mercado pelas faixas de menor renda. O prejuízo por ele trazido diz respeito aos mecanismos de funcionamento do mercado que se tornam inoperantes como forma de coordenação das decisões econômicas e do seu controle, quando as decisões nele tomadas deixam de ser impessoais e objetivas, para decorrerem da vontade e do planejamento de algumas poucas unidades aptas a imporem seus preços sua política comercial e mercadológica (NUSDEO, Fabio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 126).

tarde na relativização das estruturas do racionalismo moderno fulcradas nas dicotomias.

### **03.3.2. As externalidades da atividade produtiva e a socialização de custos não internalizados: elementos justificadores dos direitos difusos.**

Paulatinamente o desenvolvimento do pensamento coletivista passou a afetar significativamente os interesses estatais e a moldura do capitalismo então vigente e do direito que o sustenta; notadamente quando se percebeu que o desvirtuamento do modelo liberal e concorrencial espelhado no capitalismo monopolista, gerador de externalidades negativas,<sup>231</sup> serviria muito bem para a concentração das riquezas na mão de poucos, mas a depressão e o desemprego viriam a afetar muitos. A partir de todo este contexto, passou-se a sustentar a necessidade de correção das verificáveis falhas que a economia de livre mercado acabava por incorrer. E a correção dessas falhas se daria por intermédio de políticas públicas e também pela regulação da atividade econômica<sup>232</sup> para a proteção e o resguardo aos direitos de ordem transindividual que começavam a se tornar visíveis.

Conforme Fabio Nusdeo, “todo o raciocínio dos economistas clássicos quando desenvolveram a estrutura operacional de um sistema descentralizado baseou-se na premissa de um mercado atomizado, formado por grande número de unidades relativamente pequenas, e, portanto, sem qualquer poder econômico, o que, por si só, inibiria qualquer posição de predominância entre elas.”<sup>233</sup> Com a industrialização e a ausência de regulação e interferência na esfera da autonomia e

---

<sup>231</sup> É importante que se diga, com Fabio Nusdeo, que os efeitos externos de uma atividade produtiva não se tratam “(...) de uma ação delituosa ou ilegal por parte dos causadores dos custos. Eles exercem dentro das regras do jogo do mercado. (...) O efeito externo verifica-se quando o arcabouço legal se mostra incapacitado a identificar e a atribuir tais custos adequadamente. O sinal dos preços (custos) continua falhando. Mas eles, custos, não deixam de existir por causa disto **e recaem sobre terceiros determinados ou indeterminados**. Por essa razão, esse tipo de externalidade (negativa) é chamada custo externo ou custo social, conforme identificáveis ou não aqueles que lhe sofrem os efeitos. Assim, quando as externalidades redundam em algum custo para alguém são chamadas negativas; quando beneficiam alguém são chamadas positivas. Outro nome utilizado é economias ou deseconomias externas, conforme se trate de benefício ou de custo incidindo sobre terceiros.” NUSDEO, Fabio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 130.

<sup>232</sup> A regulação “é uma forma de intervenção do Estado na economia. É um modo de fazer com que decisões de iniciativa privada, tomadas no âmbito de mercado, passem pelo influxo do interesse público. Acontece que a regulação mostra-se um modo específico de atuação no Estado. O seu contexto de surgimento é a economia norte-americana, a partir do final do século XIX. Embora o modelo norte americano no século XX tenha passado por fortes mudanças, as medidas regulatórias nos Estados Unidos sempre levantaram um forte debate, demandando justificativas e também levando parte dos estudiosos a desenvolverem teorias contestatórias da regulação, procurando privilegiar o mercado como âmbito de distribuição eficiente de bens na sociedade.” (LOPES, Othon de Azevedo. Fundamentos da Regulação. Ed. Processo, Rio de Janeiro, 2018, p. 170)

<sup>233</sup> NUSDEO, Fabio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 124.

da atividade produtiva, novas formas de concentração econômica passaram a dominar os processos de produção e de distribuição de riquezas, fazendo com que as preocupações relacionadas aos direitos transindividuais fossem se concretizando e exigindo mudanças.

Novas legislações não puramente destinadas a fazer funcionar o mercado passam a existir e reivindicar barreiras para a expansão da mercantilização da vida e da natureza. Para fins de corrigir falhas e imperfeições de mercado e também assegurar direitos de ordem metaindividual, legislações não endereçadas aos agentes econômicos em suas relações bilaterais de uns com os outros passam a paulatinamente se fazer existir, havendo uma ruptura do modelo codificado, no que Ricardo Lorenzetti denominou de “big bang legislativo”.<sup>234</sup>

Os escopos dessas novas legislações extravagantes, que iam para além do ideal codificado, segundo Fabio Nusdeo, era justamente defender os direitos não individualizáveis, tal como a “economia popular”, ou seja, o conjunto indistinto e não identificável diretamente de poupadores, consumidores, investidores, acionistas, consorciados, segurados e tantos outros que como grupos nem sempre bem delimitados – porque poderiam incluir – e frequentemente o faziam - até mesmo membros potenciais – então a mercê da informação e da desinformação que os agentes dotados de poderio econômico queriam transmitir.<sup>235</sup> O fim precípua da atuação estatal passaria a englobar também, mas não exclusivamente, a proteção de interesses difusos, coletivos, metaindividuais, e, portanto, a promoção da igualdade e da solidariedade.

A promoção única do livre interesse individual e egoístico próprio dos mercados não regulados, redundaria habitualmente na produção involuntária de externalidades capazes de violar esses direitos transindividuais e não individualizáveis que vinham surgindo.

As falhas de mercado ao admitir-se existir nas relações de trocas, assimetrias entre as informações disponíveis aos agentes econômicos, acabam por invariavelmente afetar partes vulneráveis, que não ostentam condições de

---

<sup>234</sup> Ver: LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem. Notas: Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 271-273; LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do Direito Ambiental**. Tradução de Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 20-23.

<sup>235</sup> Cf. NUSDEO, Fabio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 123.

internalizar custos para angariar essas informações previamente à exploração desses mercados desregulados. A atividade produtiva geradora de externalidades com a socialização de custos - impõe uma violação inevitável do entorno ambiental natural ou artificial, e exige que haja um incentivo, indução ou fomento de comportamentos individuais que possam, imbuídos de um *munus* comunitário de cooperação para com o próximo, incentivar a internalização dessas externalidades negativas representativas na atividade produtiva, no fim de melhorar o bem estar coletivo.

As externalidades da atividade produtiva são ligadas aos direitos difusos ou transindividuais. As normas jurídicas notadamente aquelas que tutelam interesses metaindividuais são mecanismos aptos a promoverem a obrigação de internalização de efeitos externos, custos ou malefícios coletivos que acabam sendo livremente socializados, mas que poderiam seus efeitos serem levados – pela força do direito – a incidirem sobre as próprias unidades responsáveis pela sua geração, incentivando assim sua contenção.

A tendência natural do próprio mercado é a internalização de benefícios, por ser maximizador de receitas, porém é tarefa da norma jurídica fazer internalizar e privatizar efeitos negativos representados pelos custos sociais, sob pena de aumentar implicitamente, segundo Fabio Nusdeo, o fenômeno justificador da própria externalidade, que é o “divórcio entre escassez e propriedade”.<sup>236</sup> Assim o resultado da busca do problema de como proteger os interesses e direitos difusos, pode ser mesmo a maior implementação da propriedade, ou seja, para internalizar os custos sociais, portanto, deve-se tornar àqueles que os geram os efeitos negativos responsáveis pela suas consequências. E isso pelo fato de ser o fundamento institucional básico desse sistema descentralizado, que é o mercado, a própria propriedade privada e a estipulação de preços na lei de oferta e procura. Conforme esse autor:

“(...) a propriedade privada de todos os bens econômicos, quer de produção, quer de consumo (...) engendra toda a cadeia de trocas própria do mercado com a imputação dos respectivos preços. Como se vê, a propriedade em última análise embasa os preços. (...) as externalidades correspondem a custos ou benefícios não compensados pecuniariamente,

---

<sup>236</sup> NUSDEO, Fabio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 132

isto é, transferidos sem preço. Logo, aí está a causa última a se confundir com a própria natureza do fenômeno. **A escassez impõe uma contenção no uso do bem escasso. Mas esta contenção somente é obtida pela imposição de um preço**, o que, na ausência de propriedade, não se torna possível. E, assim, a comunidade se serve de bens escassos como se livres fossem, exaurindo-os ou deteriorando-os em sua qualidade. Aí a raiz da disfunção do sistema. (...) A causa é sempre a mesma: bens que se tornam escassos sem atribuição de propriedade ou sem o seu efetivo exercício pela imposição de preços.” (...) o que haveria de comum entre congestionamentos, poluição e exaustão de recursos? Exatamente a ausência ou não de exercício mercantil (próprio do mercado) da propriedade. As estradas se congestionam porque apesar de escassas não se cobra um preço pelo seu uso ou então esse preço é muito pequeno. O rio é poluído porque não se cobra um preço pelo uso de suas águas como elemento reciclador de resíduos ou resfriador de aparelhos de produção. O mesmo quanto à atmosfera. Se bem pensarmos, a poluição não passa de um caso especial de congestionamento, o congestionamento dos bens ambientais, oferecidos gratuitamente. Os recursos naturais ou espécies animais exaurem-se, por não terem seus direitos de propriedade firmados. Por essa razão, as espécies bravias – não apropriáveis – estão em extinção e as espécies domésticas – apropriáveis – não. No preço de um frango já está computado o custo da sua reposição, isto é, do ovo fecundado. Isto não se passa com espécies selvagens ou com peixes fígados antes da piracema. Há, nesses casos, um divórcio entre escassez e propriedade.”

237

Assim sendo as chamadas externalidades decorrentes da atividade produtiva no mercado são capazes de violar interesses transindividuais quando os custos privados não são totalmente internalizados e acabam, por consequência, sendo distribuídos e absorvidos por toda a sociedade, vindo a gerar tanto a deterioração dos demais fatores de produção e de outros agentes econômicos, como a perda do bem estar geral e da coletividade.

Essa situação acaba por gerar uma fissura à ideia da mão invisível do mercado, pregada por Adam Smith, naquele dogma clássico de que *“todos contribuem para o bem estar geral, quando pensam estar trabalhando para seus interesses próprios”*,<sup>238</sup> dado que ao trabalharem pelos interesses próprios acabam por gerar involuntariamente violações a interesses transindividuais ou coletivos, razões essas que levariam à necessidade de regulação da atividade econômica no

---

<sup>237</sup> NUSDEO, Fabio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 132

<sup>238</sup> Cf. SMITH, Adam. Riqueza das Nações. Ed. WMF Martins Fontes; 3ª edição, 2016.

intuito de diminuir ou eliminar estas falhas, na tentativa de maximizar o bem-estar social coletivo, e ao mesmo passo defender o interesse transindividual.

Agora se diga, para proteger os direitos difusos não é só tornar os proprietários das utilidades também proprietários dos efeitos negativos do que produzem, mas também pensar na implementação de soluções ligadas ao compartilhamento de responsabilidades. As políticas governamentais passam a ser fortes aliados para concretizar as aspirações sociais de regular a economia, impondo-se o compartilhamento de responsabilidades, por meio de políticas econômicas, sociais, de gestão pública ou de infraestrutura, que passam a proclamar a cooperação na divisão de responsabilidades pela proteção dos interesses difusos e alcançar o fim de implementação e efetivação dos direitos e interesses de natureza coletiva e transindividual.

Todos esses elementos embasam-se na necessidade de se proteger direitos que não possuem seu objeto e conteúdo divisíveis, e assim se acaso lesionados não podem seu ressarcimento ser repartido e individualizado em partes, razão pela qual a violação a esses direitos não pode afetar a uma só pessoa determinada, mas acaba por ser socializada, imposta de modo conjunto necessariamente, e inclusive, às futuras gerações, diminuindo o bem-estar coletivo atual e futuro.<sup>239</sup> O que corresponde a dizer que tanto a realização de direitos transindividuais quanto as necessárias correções e balizamento das falhas de uma economia de livre-mercado acabam por ostentar os mesmos pressupostos, ainda que paralelos e não coincidentes, mas capazes, por si só, de diminuir o bem-estar coletivo atual e futuro de toda a coletividade.

O estado passa a atuar, nesse contexto, na esfera econômica no intuito de assegurar esses novos direitos de natureza diferenciada. A estrutura do sistema pautada no individualismo fez do intervencionismo um molde para a separação entre estado-mercado, fulcrado na racionalidade da dicotomia do público-privado, fruto da construção proprietária moderna. Não se enxergam

---

<sup>239</sup> O exemplo mais característico é quando lesionado a chamada moralidade coletiva, quando se configura o chamado "dano moral coletivo". Alguns sustentam que a coletividade não tem moral, e, portanto, não é possível configurar os chamados danos sociais. Porém é uma prática já até habitual no judiciário referenciar uma lesão à alguma esfera extrapatrimonial de determinada comunidade, sendo vista a comunidade como detentora de direitos, e portanto como um sujeito coletivo, assim havendo a dita lesão extrapatrimonial e desde que fique demonstrado que a conduta do agressor vilipendiou, de modo intolerável, valores fundamentais da sociedade, causando repulsa e indignação na consciência coletiva, é devido segundo a jurisprudência pátria o ressarcimento pecuniário do dano moral coletivo.

outras formas de promover a esfera do social e do transindividual que não por intermédio da atuação estatal na economia. Seja pelo fomento, seja mediante o exercício direto pelo estado de atividade econômica, como gestor individual ou explorador do mercado, a proteção do coletivo é feita unicamente pela legitimidade estatal. Esta característica fez com que paulatinamente as preocupações principais dos governistas, já no curso do século XX, passassem a se centrar na correção das falhas de governo, olvidando-se daí das inconsistências de mercado capazes de violar direitos transindividuais.

O intervencionismo estatal mediante a melhor alocação de recursos públicos, com políticas públicas e um ente estatal empreendendo atividade econômica, passa a ser a forma oficial de realizar direitos sociais, tendo os direitos transindividuais, de natureza diferenciada daqueles por não se realizarem individualmente, ficado na penumbra de um reconhecimento apenas simbólico, pois dificilmente dependeriam do dinheiro público e da adequada alocação de recursos financeiros para sua implementação, dado que, pela sua natureza, não detêm expressão mercadológica, mas pelo contrário, foram constituídos para oferecer suporte ao desenvolvimento econômico e ao excesso de mercantilização da vida e da natureza.

Assim ditos direitos de natureza diferenciada dependem da iniciativa das comunidades, da contenção dos ciclos econômicos inerentes ao capitalismo, e principalmente, da correção das falhas de mercado. Ou seja, não dependem das falhas ou dos acertos dos governos em curso, não necessitam da melhor alocação de dinheiro público, mas unicamente do reconhecimento e legitimação das comunidades, da visibilidade das localidades e das realidades periféricas, pois promovem barreiras e freios à maximização da lucratividade dos sistemas econômicos exploratórios e do excesso de mercantilização da vida e da natureza.

A filosofia privatista entraria assim em confronto direto com as novas reivindicações sociais e ambientais. A sobrevivência dos novos incursos liberais, aponta para o déficit público como o responsável pelos efeitos econômicos em cadeia, principalmente no cenário dos países periféricos, que redundam em graves crises ambientais não dimensionadas, ignora-se e devasta-se populações tradicionais, ribeirinhos, faxinais, etc. Os conflitos sociais e multiculturais passam a deter consequências sequer dimensionáveis, dado a inviabilidade de convivência do

“comum” com aquela racionalidade centrada no desenvolvimento econômico e na efetivação de direitos sociais pelo intervencionismo estatal na economia, mediante mais mercantilização da vida e da natureza. O sistema econômico apenas enxerga os direitos que podem ser realizados individualmente.

Passou-se a eleger como secundárias as preocupações ambientais e como prioritária a realização unicamente de direitos que poderiam ser concretizados individualmente, tal como a saúde, educação, alimentação, transporte, etc, a teor do artigo 6º da Constituição da República do Brasil. Não obstante a ineficiência estatal na implementação desses direitos, a iniciativa privada, mediante acordos e convênios, permissões e autorizações, atos e contratos administrativos, vem apresentando alguma efetividade na realização desses direitos, portanto, por intermédio de serviços econômicos de relevante interesse geral, submetidos a uma grande incursão regulatória estatal, passa-se a adotar um discurso de que ao estado caberia unicamente a tarefa de fiscalização e regulação dessa atividade econômica incipiente.

Em algumas situações, como o exemplo da saúde e da educação, quebra-se a lógica da racionalidade moderna haja vista a percepção de que o estado, isoladamente, não consegue com efetividade concretizar esses direitos mediante um serviço público exclusivista, abrindo-se à iniciativa privada a prestação desses serviços essenciais. A ideia de que o estado por si só conseguiria e deveria implementar esses direitos, mediante exclusividade, veio a tecer veios de insegurança e ser excepcionada, quando se percebeu nos cenários das reformas administrativas na década de noventa, que o estado burocrático moldado pela racionalidade moderna não possui mais condições materiais e de gestão para a manutenção da eficiência na satisfação dessas necessidades coletivas de ordem primordial.

Logo, a abertura à atividade econômica para esses serviços econômicos relevantes, que promovem a inclusão social, a assistência aos desamparados, a proteção de setores relevantes, exigiria a quebra da racionalidade moderna, com as primeiras relativizações da exclusividade no atendimento da satisfação das necessidades coletivas, e por consequência, a quebra da ideologia de que apenas o

oficialismo estatal seria o único legitimado a oferecer essas utilidades essenciais para a população em geral.<sup>240</sup>

A abertura para a prestação desses serviços em modo de concorrência (ou cooperação) entre entes públicos e privados, entre uma multiplicidade de agentes econômicos, mediante uma mais alta incursão regulatória estatal, foi uma necessidade a melhor implementar o interesse social (público primário) e atender a realização e concretização desses direitos sociais e transindividuais.

A racionalidade moderna dessa forma, ignora as perspectivas do “comum”, omite o que é alheio à regulação pública ou estatal de comportamentos, engloba a lógica de mercado e apresenta os serviços econômicos de relevante interesse geral como única forma de atendimento ao interesse público, deixando que os regimes de competitividade (ou de cooperação) atendam mais adequadamente ao interesse social. Esquece-se contudo das comunidades e suas estruturas informais de cooperação e solidariedade que por vezes atendem necessidades coletivas com maior grau de satisfação geral, mesmo que distante das relações econômicas e da regulação pública de comportamentos.

O fornecimento de utilidades essenciais à população assim passa a ocorrer em regimes de competitividade, na lógica da mercantilização e na procura do interesse próprio, fazendo valer o ente estatal sua posição dominante para impor uma incursão regulatória mais consistente capaz de dobrar os comportamentos

---

<sup>240</sup> A fuga do oficialismo estatal muitas vezes no mundo contemporâneo é uma necessidade, como asseverou o Ministro Luis Roberto Barroso, em julgamento do RE 1054110, é preciso superar a crença atávica de que “tudo que é relevante depende do Estado, das suas bençãos e/ou do seu financiamento”. Assevera o Ministro nesse importante julgado: “(...) No Brasil, da telefonia às fantasias de Carnaval, tudo depende de dinheiro do BNDES, da Caixa Econômica, dos fundos de pensão, dos cofres estaduais ou municipais, ou dos favores do Presidente, do Governador ou do Prefeito, ou, no mínimo, uma permissãozinha ou uma autorizaçãozinha, **que, frequentemente, vêm condicionadas a interesses políticos.** Desse modo, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa no Brasil, tal como eu percebo, muitas vezes são vencidos por um capitalismo de Estado, com o capitalismo de compadrio, com a sua distribuição de favores e de benesses. A minha crença profunda hoje, analisando o Brasil, é de que nós precisamos é de mais sociedade civil, mais livre iniciativa, mais movimento social, e menos Estado; **um capitalismo com risco privado, concorrência, empresários honestos, regras claras e estáveis propiciadoras de um bom ambiente de negócios.** Nesse contexto que eu acabo de retratar é que se situa, em primeiro lugar, a ideia de livre iniciativa, que é, como nós sabemos, um dos fundamentos do Estado brasileiro. Logo na abertura da Constituição, lá está a livre iniciativa, ao lado do valor social do trabalho Livre iniciativa não tem apenas uma dimensão econômica, tem uma dimensão de uma liberdade individual, de exercício dos direitos da personalidade. **Ela transcende, portanto, o domínio puramente econômico, para significar as escolhas existenciais das pessoas, seja no plano profissional, seja no plano pessoal, seja no plano filantrópico.** Além disso, a livre iniciativa também é um princípio específico da ordem econômica brasileira, e isso significa uma opção pela economia de mercado, que significa uma economia que gravita em torno da lei da oferta e da procura, **com pontuais intervenções do Estado para corrigir falhas do mercado.** (...)” STF, RE 1054110, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2019, Processo Eletrônico Recorrência Geral - Mérito DJe-194, public 06-09-2019.

individuais que possam vir a ser contrários à eficiência na satisfatividade do bem estar coletivo.

Ante a necessidade de fornecimento de bens coletivos a que o mercado não pode por si só oferecer,<sup>241</sup> é igualmente de relevo lembrar da atuação direcionada a corrigir falhas de mercado com a proteção da ordem urbanística; a tutela de formas alternativas de métodos produtivos em ambientes cooperativos e locais; a contenção das externalidades negativas representativas na atuação produtiva para evitar a socialização de custos e a afetação do entorno natural e artificial, casos em que ainda não se desvinculou totalmente da atuação estatal, mas que no claro intuito de realização de direitos transindividuais, deve-se cada vez mais encontrar sistemas de organização informal e atuações concertadas da sociedade civil capazes de melhorar as assimetrias de mercado e satisfazer mais adequadamente as necessidades coletivas, com uma multiplicidade de agentes econômicos em competição (ou em cooperação) a melhor implementar direitos não individualizáveis distantes do exclusivismo e do oficialismo estatal.

Assim percebe-se, a poucas épocas, que a promoção e a realização de direitos não individualizáveis necessariamente exige uma atuação regulatória da multiplicidade de comportamentos que os realizam. Há muitas vezes a necessidade de se desvincular a parametrização de comportamentos de grupos políticos e ideológicos que presidam momentaneamente o Estado, portanto, a realização desses direitos não individualizáveis acaba sendo mais efetiva quando distante do oficialismo estatal. Essa mentalidade impõe uma evolução ao direito público para que parametrize aqueles direitos de natureza diferenciada mediante as exigências de mercado, porém sem desvirtuar as exigências do “comum”, vindo a conduzir a

---

<sup>241</sup> “(...) o bem coletivo é aquele dotado de externalidade e produzido para tal fim. É o caso de praças parques e outros bens tipicamente coletivos. A estrada, por exemplo, reduz os custos do transporte na região por ela atravessada. Mas não é só. Há outros bens ou serviços que, muito embora exclusivos, geram um tal montante de externalidades positivas a ponto de serem cada vez mais vistos eles próprios como bens coletivos. É o caso da vacina: aparentemente trata-se de um bem exclusivo, pois protege a quem foi com ela inoculado. Mas, à medida que uma parcela razoável da população a recebe, aumentam as probabilidades de todo o conjunto de habitantes ver-se livre de uma possível epidemia. As altas externalidades fazem a vacina ser muito mais encarada como um bem coletivo do que exclusivo. O mesmo se aplica a inúmeros outros setores, notadamente os do ensino e do saneamento. Por essa razão, a falha de mercado no caso dos bens coletivos é do mesmo tipo da verificada nas externalidades: falta de sinal decorrente da ausência de incentivo na manifestação desse tipo de necessidade, a qual ocorre ou deve ocorrer não pelos canais do mercado, mas pelos canais da representação política (...) Daí o desenvolvimento e a diversificação das modalidades pelas quais o estado supre estes bens, quer diretamente, quer mediante a concessão de serviços públicos, quer pela contratação com terceiros, quer, ainda, via incentivo à produção, pelo setor privado, de bens dotados de alto coeficiente de externalidades positivas.” (NUSDEO, Fabio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 136)

atividade econômica de modo não dissonante das aspirações comunitárias e interrelacionadas às exigências de localidades periféricas, muitas vezes pouco ou mal representadas pelas estruturas políticas vigentes.

Uma efetivação que ocorre por intermédio de contextos multitudinários, que exige respostas jurídicas conectadas à realidade social, e isto não raro prescinde da estrutura estatal, ao integralizar o equilíbrio do sistema econômico mediante roteiros comunitários, ou autorregulação comunitária, em realidades informais surgidas distantes da regulação pública da economia.

A melhor implementação de direitos não individualizáveis pode ser consequência direta de uma comunicação mais maciça com o tecido social e muitas vezes desvinculada das estruturas burocráticas e daqueles grupos políticos que venham a ocupar momentaneamente o governo vigente, mas para isso é preciso que os juristas consigam enxergar o direito extraído dos fatos sociais e não do racionalismo formalista, alcancem a verdadeira problemática ligada aos “comuns” para entender que envolvem formas de organização comunitária distantes das relações de mercado e do oficialismo estatal e que melhor implementam direitos fundamentais ao satisfazer com maior grau de assertividade necessidades coletivas.

#### **03.4. A implementação dos direitos transindividuais mediante uma técnica legislativa recheada de conceitos vagos.**

É fato que o estado é péssimo produtor de riqueza, e a riqueza na absoluta maioria das vezes é produzida no mercado. Ao estado caberia apenas distribuir riqueza e diminuir assimetrias. O estado apenas intervém pontual e seletivamente para a finalidade “declarada” de corrigir falhas de mercado, sob pena de derogar uma economia de livre iniciativa e livre concorrência, princípios constitucionais da ordem econômica. O estado tem enorme capacidade de mobilizar recursos mas, ao assumir o papel de agente econômico,<sup>242</sup> acaba por relativizar e produzir uma interpenetração entre a racionalidade pública e privada, na atual realidade massificada, o aprimoramento dos instrumentos de controle é capaz de cada vez

---

<sup>242</sup> O estatuto da empresa pública e da sociedade de economia mista, ao dispor em seu artigo 1º (Lei 13.303/2016) acabou por sepultar a dicotomia atividade econômica em sentido estrito e atividade econômica em sentido lato, por entender que o regime jurídico de direito privado se aplica inclusive àquelas empresas públicas que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

mais buscar o objetivo primordial de realização efetiva de direitos fundamentais dos cidadãos.<sup>243</sup>

As escolhas estatais possuem de fato o papel de regulação e distribuição, mas não se substituem ao mercado. A regulação deve ser pautada na proteção da coletividade, ainda quando ocorra a captura ou a convivência de ambos os interesses na conjugação das intenções, há a necessidade de se pensar no compartilhamento de responsabilidades e de benefícios da atividade produtiva, afetar interesses metaindividuais nos processos estruturais que a envolvam, sem deixar reduzir a discussão a proteção de interesses meramente localizados.

O papel da legislação pois, mediante cada vez mais o estabelecimento de conceitos semânticos abertos, dotados de vagueza, é diretamente relacionado à proteção das estruturas do “comum” e assegurar que sua atuação seja na consecução de proteger interesses transindividuais envolvidos na correção de falhas de mercado, cabendo ao direito a contenção de externalidades negativas representativas na atividade produtiva, na finalidade de evitar a socialização de custos e incentivar a cooperação. Esse incentivo se dá pela norma posta, com ampla abertura semântica, pois no cenário do século XXI a atividade legiferante passou a ostentar uma cada vez maior abertura na estruturação legislativa ligada à proteção de interesses metaindividuais não delimitados subjetivamente.

As consequências abstratas e imprevisíveis dos comportamentos sociais levam ao raciocínio, na esteira das teorizações de Ulrich Beck, de que a modernidade envelheceu. A sociedade industrial que antevia as consequências de suas atuações não mais ostenta condições científicas para assim proceder, tornando-se atualmente uma sociedade de riscos abstratos, por um lado tomando decisões e atuando conforme as pautas da antiga sociedade industrial,<sup>244</sup> mas por outro se

---

<sup>243</sup> Não se desconhece as teorias econômicas da regulação pública, e também as teorias do interesse privado e da captura, que acabam por encontrar fundamentos para dizer que sequer há evidências de que a regulação é necessariamente atrelada à correção de falhas de mercado, pois não se alinha sempre com os interesses dos produtores. Com os estudos do economista George Joseph Stigler, comprovou-se que muitas vezes a “normatização regulatória é direcionada a atender (muito mais) a grupos políticos organizados que obtenham mais ganhos com um marco legislativo favorável” do que ao interesse geral ou à correção de falhas de mercado. Assim “grupos compactos e com interesses bem definidos teriam maior benefício com a regulação do que grupos maiores com interesses difusos”. A teoria econômica da regulação **concebe “a própria regulação estatal como um produto em disputa por diversos grupos de interesses dispostos a investir em benesses governamentais, estando a intervenção do Estado sujeita a análises de eficiência (...)**”. (LOPES, Othon de Azevedo. Fundamentos da Regulação. Ed. Processo, Rio de Janeiro, 2018, p. 179-181).

<sup>244</sup> Inicialmente, Beck identifica uma sociedade pré-industrial, ou pré-modernidade, cujas características reportam a uma sociedade exposta permanentemente a perigos incalculáveis, atribuídos sempre a “golpes do destino” e ocorrências inevitáveis e involuntárias que se “descarregavam” sobre a humanidade, advindas de forças externas ao meio social, como deuses, demônios ou da própria natureza. As explicações para os fenômenos

verificando que os debates e conflitos que surgem já estão se sobrepondo à política, à lei e às organizações. Não se faz mais possível nem ao direito nem à ciência conseguir englobar as consequências dos riscos a que a humanidade está atualmente exposta, principalmente na seara ambiental, pois a interrelação entre homem e natureza e os desequilíbrios ambientais que a humanidade vem suportando, impõe a responsabilização compartilhada e a necessidade de cooperação e cada vez mais conscientização e controle. Por certo que o direito tal qual construído pela sua matriz racionalista e individualista não consegue mais englobar toda a complexidade social em sua definição linguística limitada, não consegue mais de modo satisfatório incorporar adequadamente as características e necessárias definições acerca da complexa estruturação dos direitos transindividuais.

---

sociais e naturais, portanto, advinham da mágica sobrenatural e de imbricações metafísicas (cf. BECK, Ulrich. Foreword. *In*: ALLAN, Stuart; ADAM, Barbara; CARTER, Cynthia (EDs.). *Environmental risks and the media*. London: Routledge, 2000. p. 78 *apud* FERREIRA, Helene Sivini. *A sociedade de risco e o princípio da precaução no direito ambiental brasileiro*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2003). Em um segundo momento, Beck aponta para o surgimento de uma sociedade industrial, identificada como primeira modernidade, onde os perigos, outrora vinculados tão somente às forças externas, passam a agregar a dimensão de ameaças fabricadas, produzidas pela humanidade, fazendo surgir a noção de riscos de efeitos concretos. Os riscos que passam a existir na sociedade industrial, de natureza concreta, diante dos avanços científicos, políticos e sociais, tornam-se passíveis de predeterminação de seus efeitos potenciais. Com resultados plenamente calculáveis, a era industrial acaba por espelhar essencialmente um contexto circunscrito e estável, oriundo de uma dimensão objetiva de espaço-tempo, ou seja, as ameaças fabricadas e os riscos advindos do processo de modernização na sociedade industrial são passíveis de parametrização perante os elementos científicos até então existentes, porquanto ligados às características da instantaneidade de suas causas, a refletir um sistema de segurança confiável, que faria com que as decisões se resolvessem unicamente no âmbito institucional, sem auferir visibilidade pública (cf. BECK, Ulrich. *Risk Society and the Provident State*. *In*: LASH, Scott; SZERSZYNSKI, Bronislaw; WYNNE, Brian (Orgs.). *Risk, environment & modernity: towards a new ecology*. Londres: Sage Publications, 1998. p. 30-31 *apud* FERREIRA, Helene Sivini. *A sociedade de risco e o princípio da precaução no direito ambiental brasileiro*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2003). Finalmente, com a formação de uma sociedade de riscos, inaugurando a segunda modernidade ou modernidade avançada, para Beck os riscos vão escapar cada vez mais das instituições de controle e proteção da sociedade industrial, redundando em uma alteração substancial de sua natureza. Os riscos concretos da sociedade industrial tornam-se abstratos, incalculáveis por definição e com efeitos incertos e imprevisíveis. A própria ciência não consegue mais prever ou antever as consequências das tomadas de decisões, o que corresponde a dizer que as condutas humanas atualmente operam com total ausência de capacidade de percepção pelos sentidos dos resultados de suas decisões (cf. BECK, Ulrich. *Risk Society and the Provident State*. *In*: LASH, Scott; SZERSZYNSKI, Bronislaw; WYNNE, Brian (Orgs.). *Risk, environment & modernity: towards a new ecology*. Londres: Sage Publications, 1998. p. 27 *apud* FERREIRA, Helene Sivini. *A sociedade de risco e o princípio da precaução no direito ambiental brasileiro*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2003). Quanto mais avança a ciência, na segunda modernidade, mais se põe em manifesto as dúvidas a respeito das consequências dos riscos abstratos criados pela tomada de decisão humana. É possível dizer, seguindo as lições de Beck que os riscos atualmente enfrentados têm o condão de consistentemente minar ou até mesmo substituir os sistemas de segurança até então existentes, estabelecidos pelo cálculo dos riscos. Diferentemente dos primeiros riscos industriais e concretos, os riscos abstratos, são imprevisíveis, e não podem ser limitados, nem quanto ao tempo nem quanto ao espaço. Os riscos nucleares, químicos, ecológicos, cibernéticos e do mundo virtual não são mais passíveis sequer de inserção nas normas inerentes ao sistema da causalidade criado pela racionalidade científica da era industrial. Muito dificultoso se tornou encontrar as causas, que não são mais instantâneas; ou os responsáveis, que não são mais determinados, por vezes sequer determináveis, para os acontecimentos derivados da exploração humana destas novas tecnologias, tampouco sendo facilmente identificadas coerentemente e concretamente as consequências geradas pelas decisões tomadas na seara destas novas experiências humanas (cf. BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2002. p.76-91).

Esta situação faz com que os avanços da indústria e da tecnociência passem a açambarcar contextos de incertezas e indeterminação de resultados acerca das consequências dos comportamentos observados socialmente na relação da humanidade com as novas tecnologias e destas com a natureza. Ocorre cada vez mais a perda inclusive da noção de espaço e de tempo quando se discute as consequências da atuação danosa que possam vir a violar direitos transindividuais. Essa situação faz com que haja uma dificuldade intrínseca na regulação desses novos interesses que vêm surgindo, na sua maioria identificados como bens jurídicos de natureza não individualizáveis e de estrutura poliédrica, capazes de sofrer as consequências daqueles riscos imprevisíveis e incalculáveis, ditados pela tomada de decisão coletiva e pela completa assimetria de informações que os próprios agentes econômicos acabam por enfrentar quando relacionados a sua proteção e contenção.

Haveria a necessidade de revisão de alguns paradigmas que nos acompanham desde a época do racionalismo jurídico individualista, momento em que foi construída a noção que temos hoje de um direito dotado da característica de sistema único e estruturante da sociedade. Com efeito, foi sob o auspício do jusracionalismo, com o ideário de um direito composto por uma ordem sistemática autônoma, que se idealizou as primeiras noções do constitucionalismo clássico. Ali se elaborou a teoria da separação dos poderes, com a noção de que o legislador pode criar uma lei universalmente válida, capaz de responder aos anseios de todas as camadas sociais, não se podendo alegar desconhecê-la.

Por certo a pretensão universalizante e individualizadora da racionalidade liberal começa a tecer veios de insegurança, notadamente quando se põe em questão os direitos do meio ambiente, das culturas e das coletividades, dotados de características de transindividualidade.<sup>245</sup> Os direitos republicanos de terceira geração ou dimensão,<sup>246</sup> que não se expressam pelos modelos individualistas

---

<sup>245</sup> O direito liberal garantiu como direito individual a reivindicação coletiva, na medida em que aceita repartir a propriedade coletiva dos povos, dividida em pequenos e individualizados bens com perfeita coerência para o sistema. Contudo, os direitos coletivos dos povos indígenas não se traduzem em direitos individuais porque sua existência depende da coletividade, como a cultura, o idioma, a religião e o território. São diferentes também porque, como diria Mauro Cappelletti, os direitos tradicionais são garantidos pelo Estado, enquanto que os direitos coletivos devem ser promovidos pelo Estado. A lógica do sistema é que “*não pode haver proteção a estes direitos senão quando a lei assim o determinar, porque sua criação significa criação de deveres para os titulares de direitos individuais*”. (cf. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 2006. p. 171-172 e 176)

<sup>246</sup> Ver nesse sentido Luiz Carlos Bresser Pereira, ao afirmar que “*ditos direitos republicanos de natureza difusa, teriam surgidos em determinado momento histórico em que a humanidade percebe que da mesma forma que o*

construídos sob os auspícios do *jusracionalismo*, mas que não podem mais pela natural complexidade de sua estruturação normativa ser protegidos legislativamente mediante conceitos estanques, naquela fórmula liberal denominada de casuística, que antevê os fatos da realidade e abstratamente os estatui em previsões legislativas, necessitando de atuações políticas compartilhadas por múltiplos agentes, por vezes longe do oficialismo estatal para sua adequada implementação e compartilhamento de responsabilidades.

Nesse contexto é que as legislações passam a ser mais abertas, para tutelar estes novos interesses e bens jurídicos transindividuais, não passíveis de valoração econômica, e dado a complexidade de sua estruturação, diante da dificuldade ou quase impossibilidade de se estabelecer previamente consequências para riscos ainda não quantificados nem qualificados, havendo de passar a tarefa de realização destes direitos de natureza diferenciada para o âmbito da política do direito, no preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados mediante opção política acerca de qual valoração substanciar ou determinar a contenção de ciclos econômicos.

A opção, vinculada agora ao intérprete da norma capaz de incorporar a decisão política de realização de direitos transindividuais, fez com que o direito passasse a se situar não mais unicamente naqueles códigos legislativos com pretensão totalizante e totalitária, mas açambarcou ser contemplado por inúmeras legislações extravagantes, vislumbrando-se um fenômeno que converge com o aparecimento de inúmeros microssistemas legislativos, a tutelar categorias jurídicas setorizadas, mediante legislações que necessitam de colmatação valorativa a ser integrada pelo intérprete num processo de construção normativa com ênfase na realidade social, notadamente incorporando atividades políticas que servem muitas vezes para regular a atividade econômica, na contenção de ciclos econômicos desfavoráveis e inevitáveis do capitalismo.

A atividade legiferante em um mundo massificado fadado a riscos abstratos não consegue antever acontecimentos e consequências das intervenções humanas,

---

*cidadão tem o direito à liberdade e à propriedade (direitos civis), a votar e ser votado (direitos políticos), à educação, à saúde e à cultura (direitos sociais), ele tem também direito de que o patrimônio do Estado – seja ele constituído pelo patrimônio ambiental, seja pelo patrimônio cultural, seja pela res pública – continue a ser um patrimônio a serviço de todos, ao invés de ser apropriado por grupos patrimonialistas ou corporativistas que agem dentro da sociedade como livre atiradores”.* (BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Editora 34, Brasília, ENAP, 1998. p. 86-89)

a ponto de legislar da mesma forma que se pensava em séculos anteriores. É por muitos desses motivos que ao se legislar sobre riscos abstratos e como preveni-los, a ciência do direito moldou os princípios da precaução e da prevenção, na finalidade de trabalhar com sistemas preceptivos não estanques, capazes de lidar com conceitos legislativos abertos suficientemente a permitir que o intérprete da lei, a depender do contexto em que o texto é interpretado,<sup>247</sup> opere e busque conter na situação concreta as consequências imprevisíveis, abstratas e incalculáveis desses riscos a que a sociedade de massas passou a lidar.<sup>248</sup>

A estruturação legislativa que se modelou no mundo oitocentista – embasado nas dicotomias modernas e no racionalismo proprietário - tornou as delineações preceptivas tão rígidas a ponto de apenas sedimentar legislativamente interesses

---

<sup>247</sup> Emilio Betti (1890-1968), historiador do direito, viria a empreender estudos sobre interpretação, tendo o seu pensamento influenciado a elaboração do Código Civil Italiano de 1942. Ver a este respeito: BETTI, Emilio. Catedrático de la Universidad de Roma. Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmática). 2. ed. reveduta e ampliata a cura di Giuliano GRIFO, Milano, 1971. A obra encontra-se traduzida para o espanhol como: Interpretación de la ley y de los actos jurídicos. Traducción y prólogo por Jose Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, Madrid. p. 43 e ss. A ciência da interpretação, ou hermenêutica, surgiu dos estudos da linguagem em toda a sua amplitude, no intento de extrair dos escritos a máxima de uma compreensão. Segundo Richard Palmer, a hermenêutica teve seus primórdios “... através da igreja primitiva; dos patriarcas; da interpretação medieval quadruplicada da Bíblia; da luta de Lutero contra os sistemas de interpretação místicos; dogmáticos, humanísticos e outros; do aparecimento do método histórico-crítico no século XVIII e do complexo de forças em actuação durante este período, querendo remodelar a interpretação das Escrituras; do contributo de Schleiermacher; da escola da história das religiões relativamente à interpretação; do aparecimento da teoria dialéctica nos anos de 1920 e da Nova Hermenêutica da teologia contemporânea”. (PALMER, Richard E. Hermenêutica. Lisboa: Edições 70, 1986. p. 46). Na filosofia, foi Wilhelm Dilthey (1833-1911) quem “procurou estabelecer a hermenêutica como alicerce de todo o edifício das ‘ciências do espírito’, (...)” concebendo-a “não somente como conjunto de questões técnicas, isto é, metodológicas, mas também como perspectiva de natureza filosófica que servisse de base da consciência histórica e da historicidade do homem” (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. História da filosofia. São Paulo: Paulinas, 1990-1991. v. 3: Do romantismo até nossos dias. p. 627--629). Inspirando-se em Dilthey, Martin Heidegger (1889-1976), empreendeu igualmente um valioso estudo sobre as teorias hermenêuticas, com sua obra mais destacada a se denominar *Sein und Zeit* (Ser e o Tempo), escrita em 1927, onde considerou a interpretação não como instrumento à disposição do homem, mas como sua estrutura constitutiva (do *Daisen*). Por espelhar a interpretação como uma dimensão intrínseca do homem, considerou Heidegger, que “o homem cresce sobre si mesmo, é um novelo de experiência que nasce sobre o fundo das anteriores e as reinterpreta”, sendo por este motivo que quanto mais distante se está da época da elaboração de um texto, mais adequada e consciente é a sua interpretação. Também Hans-Georg Gadamer (1900-2002), aluno e discípulo de Heidegger, publicou em 1960 uma obra, hoje considerada como um clássico para a teoria da hermenêutica, intitulada de *Wahrheit und Methode* (Verdade e Método) onde “todas as questões técnicas como as perspectivas filosóficas da hermenêutica fundem-se em um todo coerente”, elaborando teorias filosóficas mais apuradas a respeito de como um texto desprende-se de seu autor e possui vida própria, servindo a história de seus efeitos como sustentáculo para reelaboração mais consistente de seu próprio significado. Ver nesse sentido: REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. História da Filosofia: Do romantismo até nossos dias. São Paulo: Edições Paulinas, 1991.

<sup>248</sup> Alguns autores denominam a atual sociedade de massas, tendo em prevalência o conhecimento em relação ao trabalho, de sociedade da informação (Krisham Kumar), sociedade informacional (Manuel Castells) e também de contexto da economia do conhecimento (Fritz Mashlup), nessa sociedade conforme sustenta Bell, “A teoria do valor do trabalho, da maneira formulada por uma sucessão de pensadores clássicos, de Locke e Smith a Ricardo e Marx, é obrigada a ceder lugar a uma “teoria do conhecimento”. Agora, “o conhecimento, e não o trabalho, é a origem do valor.” (cf. BELL, Daniel. O advento da sociedade pós-industrial: uma tentativa de previsão. Trad. Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Cultrix, 1973).

previamente individualizados e dotados de previsibilidade empírica e determinabilidade científica,<sup>249</sup> operacionalizados pela teoria da subsunção.

Uma atividade legiferante baseada em uma técnica específica de prévio delineamento de hipóteses, com suas correspondentes consequências pré determinadas, cientificamente alcançáveis, considera que tanto a premissa maior quanto a menor derivam de lógicas distintas entre si. Ora, e o estabelecimento prévio de hipóteses e suas consequências feitas com base em racionalidades distintas que não alcançam a realidade existencial, dotadas de formalismo exacerbado, próprio do contexto moderno, afasta-se da correta compreensão da complexidade dos interesses e direitos transindividuais a elas interconectados.<sup>250</sup> Conforme Perlingieri, “considerar fato e efeito como entidades incomunicáveis”, distintas e previamente separadas, cada uma “portadora de uma lógica própria, é atitude mental típica do formalismo”,<sup>251</sup> a qual acaba por afastar o intérprete da realidade social e principalmente dos interesses e direitos transindividuais que possam nela existir.

Os direitos transindividuais localizam-se, por certo, na realidade social e existencial, e apenas são alcançados por normas de reenvio, que levam o intérprete não a outras estruturas formalistas, mas a considerações da realidade e à valores comunitários adstritos a elementos situados originalmente fora da realidade sistemática do formalismo.<sup>252</sup> Assim separar abstratamente uma hipótese de uma consequência, com lógicas distintas entre si e distintas da realidade, é prática formalista que afasta definitivamente o intérprete de princípios e valores que hoje ostentam assento em elementos extras sistemáticos e por vezes podem ser preenchidos levando em consideração a construção da normatividade constitucional,

---

<sup>249</sup> Um relevante exemplo desses acontecimentos são os riscos ambientais, para os quais a ciência do direito moldou os princípios da precaução e da previsão, na finalidade de trabalhar com um sistema preventivo capaz de ao menos lidar com essas consequências imprevisíveis e incalculáveis de um mundo massificado e complexo cuja definições e parâmetros não se conseguem na atualidade se conter. (cf. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Traducción Jesús Alborés Rey. Siglo XXI de España Editores S/A, 2002, Madrid. p. 143-171)

<sup>250</sup> Um caso talvez peculiar seria o caso do bem jurídico da segurança pública, tal como bem coletivo e transindividual, como “dever do estado e responsabilidade de todos” (art. 144, CF), em que uma racionalidade moderna entenderia que somente poderia ser tutelada por meio dos aparatos ostensivos do poder policial, pelo ente estatal. Porém, por se tratar de um direito transindividual com consequências poliédricas, possível entender que seu resguardo também se efetiva pela educação e inclusão social, ou seja, suas consequências são ligadas a várias causas não estanques, assumindo assim a necessidade de contenção de riscos abstratos, que somente poderiam ser sanados pela cooperação e compartilhamento de responsabilidades entre os aparatos estatais e a sociedade civil.

<sup>251</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 657.

<sup>252</sup> Ver nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

notadamente quando pautada pela solidariedade e pelas relações não ignoradas para com “os outros”.

Atualmente há conceitos legislativos que se operacionalizam distantes da técnica da hipótese-consequência, notadamente porque lidam com riscos que não podem ser previamente antevistos e nem muitas vezes cientificamente delimitados.<sup>253</sup> A teoria do sociólogo alemão Ulrich Bech é aqui de relevante importância por explicar que a sociedade contemporânea se transformou em uma sociedade de riscos abstratos, na qual os acontecimentos naturais e as intervenções humanas na natureza agregam consequências que muitas vezes não podem ser cientificamente delimitadas, nem tampouco seus efeitos contidos, estando assim o comportamento humano fadado a lidar com descabros que muitas vezes a ciência não será capaz de antever e nem muito menos de conter.<sup>254</sup>

O âmbito teórico da proteção e tutela dos interesses transindividuais exige dos intérpretes uma função e atuação proativa, não estabilizada em códigos previamente definidos, que tutelavam um único sujeito social, mas em legislações extravagantes capazes de alcançar os novos sujeitos sociais que vêm surgindo com o processo de massificação social.

O intérprete passa a lidar com conceitos jurídicos conectados à realidades comunitárias e que somente se realizam coletivamente, como a dimensão da promoção do equilíbrio do meio ambiente natural, artificial, trabalhista, a realização plena do entorno cultural ligado ao desenvolvimento da personalidade humana, e até mesmo o equilíbrio no meio ambiente digital, a proteção de ecossistemas, biomas, ou ainda a concretização da função social no direito, que alcança esses interesses metaindividuais e os traz por meio da interpretação para a dimensão da

---

<sup>253</sup> Segundo Mattei e Capra, “(...) a última palavra no direito não pertence aos profissionais da área que ocupam o topo da pirâmide, como os membros da Suprema Corte. Ao contrário, pertence àqueles que ocupam a parte inferior, porque as decisões geralmente são tomadas por quem está mais próximo do conflito real, o intérprete que, na verdade, apreende (ou cria) o direito em ação na maioria dos casos. A imagem realista não é diferente da situação na física quântica, onde o conhecimento só tem por base a probabilidade, uma vez o observador é quem determina o que ele pode observar. Nesse mesmo sentido, o conhecimento do direito só pode ser probabilístico, porque realmente não sabemos onde ele se encontra em qualquer momento dado, a não ser quando o apreendemos no contexto de uma decisão judicial. Portanto, o resultado de um conflito legal não é previsível com certeza (como afirma a concepção mecanicista) – mas tão somente provável, já que não somos capazes de dominar todos os fatores que determinam os preconceitos do intérprete.” MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 183.

<sup>254</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Traducción Jesús Alborés Rey. Siglo XXI de España Editores S/A, 2002, Madrid. p. 143-171

normatividade, como não mais passíveis de tratamento legislativo mediante a técnica da subsunção.

A necessidade de se resgatar aspectos de interesses transindividuais que se realizam mediante interdependência e interrelacionariedade comunitária, mediante conceitos legislativos vagos e cláusulas gerais, não pode mais ser tratada por intermédio dos mesmos postulados reducionistas ligados ao formalismo jurídico do século XIX.<sup>255</sup>

Ditas legislações possuem no seu âmago conceitos abertos dotados de vagueza semântica e especificidades recheadas de signos indeterminados, capazes de por vezes alcançar, pelo menos no âmbito teórico, a complexidade que vinha sendo preciso acobertar diante do surgimento de inúmeros interesses transindividuais, que passam a se estruturar mediante a atuação política e principalmente, exigem o desenvolvimento de políticas públicas e contenção de ciclos econômicos para sua efetivação. Essa atividade de caráter político prescinde muitas vezes de comportamentos econômicos massificados violadores de interesses de minorias e de comunidades excluídas. O desenvolvimento do “comum” e a percepção transindividual contribui para alcançar soluções não formalistas que diretamente possam satisfazer necessidades coletivas essenciais e realizar direitos fundamentais.

A ciência jurídica se estrutura na dimensão do interesse juridicamente protegido, que por sua vez se desdobra no binômio necessidade-utilidade, enquanto que as estruturas ligadas ao “comum” estão situadas na realidade social, como organizações comunitárias que em realidades periféricas melhor satisfazem necessidades coletivas sem a necessidade da intervenção estatal, almejam assim a interconexão do direito abstrato com a realidade social pela construção da normatividade legal por meio de textos legislativos dotados de vagueza semântica.

O legislador vê-se cada vez mais obrigado a estabelecer legislações abertas, vagas, utilizando-se de conceitos indeterminados, os quais necessitam de colmatação valorativa para preenchimento ou a criação de suas hipóteses e

---

<sup>255</sup> A crise das visões totalizadoras fez explodir todo o texto unificado. Os interesses são individuais ou setoriais, perfeitamente diferenciados uns dos outros. No plano individual, o legislador depara-se com problemas. Se tivéssemos que tomar uma decisão legislativa sobre temas polêmicos, seríamos obrigados a fazer uma lei para cada um desses indivíduos. (...) O problema das denominadas 'leis promocionais', que subsidiam algumas atividades específicas, produziu uma fragmentação de direitos e privilégios, que, por sua vez, provoca novas pressões setoriais, para obter equiparação com o que foi alcançado por outro grupo ou superá-lo (LORENZETTI. Ricardo Luiz. Fundamentos do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 53-54.

consequências, com a criatividade jurisprudencial sendo cada vez mais utilizada na proteção de realidades comunitárias. Os direitos transindividuais e as estruturas do “comum” rompem, pois, com aquela lógica anteriormente estabelecida, e necessitam de novas visões para alcançar uma técnica legislativa adequada e capaz de visualizá-los e recepcioná-los.

## **04. O RESGATE DO “COMUM” E DO COMUNITÁRIO NA CIÊNCIA JURÍDICA: PRESSUPOSTOS PARA SUPERAÇÃO DO RACIONALISMO JURÍDICO MODERNO.**

### **04.1. A nova perspectiva relacional para entender o comum: a importância do “outro”.**

#### **04.1.1. A desfragmentação do mecanicismo científico e o desvendar das localidades periféricas como referibilidade para a ciência do direito.**

A realidade na contemporaneidade é diferenciada daquela concepção de mundo formatada pela ciência mecanicista do século XIX. O mundo massificado do início do século XXI, com as novas descobertas e desdobramentos da mecânica quântica na física, fez a humanidade se questionar a respeito de toda uma estrutura científica racionalista formulada até então desde a modernidade.

Os delineamentos da teoria da relatividade geral e especial de Albert Einstein, com o desenvolvimento da mecânica quântica e os avanços do eletromagnetismo,<sup>256</sup> fizeram as correlações entre a dimensão da matéria e do tempo na física de difícil sistematização, o que redundou em explicações alcançadas para a realidade material como afetas a probabilidades de eventos que nem sempre são passíveis de prévia determinação e/ou definição científica controlada. Conforme Sam Baron:

“(…) A física está em crise. No último século, explicamos o universo com duas teorias físicas extremamente bem-sucedidas: a da Relatividade Geral e a mecânica quântica.

A mecânica quântica descreve como as coisas funcionam no mundo incrivelmente pequeno de partículas e interações de partículas. A relatividade geral descreve o quadro geral da gravidade e como os objetos se movem.

---

<sup>256</sup> Quem compreendeu como funciona a força eletromagnética foi dois britânicos, Michael Faraday e James Clerk Maxwell. “Michael Faraday era um londrino pobre, sem educação formal, que trabalhou primeiro em uma oficina de encadernação de livros, depois em um laboratório, onde se fez notar, conquistou confiança e cresceu até se tornar o mais genial pesquisador experimental e o maior visionário da física do século XIX. Não conhecia a matemática e escreveu um maravilhoso livro de física praticamente sem nenhuma equação. Ele via a física com os olhos da mente, e com os olhos da mente criou mundos. James Clerk Maxwell, ao contrário, era um escocês rico, de família aristocrática, e foi um dos maiores matemáticos do século. Mesmo separados por uma abissal distância de estilo intelectual, bem como de origem social, ambos conseguiram se entender e, juntos, unindo duas formas de genialidade, abriram o caminho para a física moderna.” ROVELLI, Carlos. A realidade não é o que parece: a estrutura elementar das coisas. Tradução Silvana Cobucci Leite. Ed. Objetiva, p. 36).

Ambas as teorias funcionam extremamente bem por si só, mas acredita-se que as duas entram em conflito uma com a outra. Embora a natureza exata do conflito seja controversa, cientistas geralmente concordam que ambas as teorias precisam ser substituídas por uma nova teoria mais geral.

Os físicos querem produzir uma teoria da “gravidade quântica” que substitua a relatividade geral e a mecânica quântica, enquanto captura o extraordinário sucesso de ambas. Tal teoria explicaria como o quadro geral da gravidade funciona na escala em miniatura das partículas.

Acontece que produzir uma teoria da gravidade quântica é extraordinariamente difícil. Uma tentativa de superar o conflito entre as duas teorias é a teoria das cordas. A teoria das cordas substitui partículas por cordas vibrando em até 11 dimensões.

No entanto, a teoria das cordas enfrenta uma dificuldade adicional. A teoria das cordas fornece uma variedade de modelos que descrevem um Universo amplamente como o nosso, e não fazem previsões claras que possam ser testadas por experimentos para descobrir qual modelo é o correto.”<sup>257</sup>

A interrelação entre as forças do eletromagnetismo, a relatividade e as descobertas do mundo subatômico, passaram a ser objetos de grandes incógnitas para a ciência. A correlação entre a gravidade universal, a força forte (que une prótons e nêutrons) e a força fraca (que emite radiação quando da separação entre as partículas positivas e neutras do átomo) ainda são postulados que dificilmente se correlacionam entre si. Suas explicações racionais não admitem coordenação pelos mesmos postulados estruturais, apenas se aproximam por teorias ainda não demonstradas empiricamente.<sup>258</sup>

Tais postulados agregaram ao saber científico do final do século passado uma racionalização ainda ligada muito fortemente à teorias da probabilidade e do indeterminismo, havendo várias referências a uma realidade material relacional, que alberga postulados apenas existentes enquanto interligados com outros fenômenos de características aleatórias e não sistematizáveis, levando a acreditar, por exemplo, que o tempo pode sequer existir, ou mesmo que o universo não se estrutura em um delineamento temporal unívoco mas apenas se constitui em desdobramentos causais aleatórios.

---

<sup>257</sup> BARON, Sam. Segundo físicos e filósofos, o tempo pode não existir – e está tudo bem. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/noticia/2022/06/segundo-fisicos-e-filosofos-o-tempo-pode-nao-existir-e-esta-tudo-bem.html>. Acesso em 20.06.2022.

<sup>258</sup> Vide nesse sentido a teoria das cordas, unificada pelo físico e matemático norte americano Edward Witten, professor no Instituto de estudos avançados de Princeton- Nova Jersey.

Talvez a física no atual desenvolvimento científico, conforme Sam Baron, não consiga nos comprovar a existência do tempo, mas por correlação é possível afirmar que a causalidade é uma realidade afirmada cientificamente, “embora a física possa eliminar o tempo, parece deixar intacta a ‘causalidade’, a ideia de que uma coisa pode provocar outra, assim sem interrelação temporal universal os diferentes espaços podem conviver entre si de modo não unívoco sendo as localidades e especificidades de cada contexto, díspares entre si, característica básica de nosso universo”.<sup>259</sup>

A estruturação da racionalidade moderna pauta-se não no percurso contínuo do tempo, mas nas bases de uma causalidade não linear. O fato de determinados acontecimentos e relações por vezes localizadas, produzirem definitivamente interesses e necessidades humanas que podem não ser compatíveis com a universalização de um sistema, nos faz pensar em novas utilidades não universais e igualmente não lineares e não unívocas capazes de produzirem realidades locais e comunitárias totalmente desvinculadas das estruturas modernas embasadas pela racionalidade proprietária. A única forma de se pensar em legitimar esses direitos não unitários e localizados, advindos de comunidades periféricas, é mediante a incursão de conceitos legislativos vagos e abertos capazes de – por meio da interpretação - ser a eles permeável, mediante abertura semântica e vagueza como método de construção da normatividade legal.

260

A ideia de um universo relacional, pautado não em estruturas sistemáticas universais, mas localizadas, em realidades comunitárias locais e peculiares, com formas próprias de “se fazer” e de “existir”, com relações comunitárias peculiares, no aspecto do pertencimento, formando relações sociais e materiais específicas, força pensar em um universo interconectado e interdependente, necessariamente relacional, porém cujos postulados não possam ser universais e os sistemas não possam ser homogêneos. Conforme ensina David Boiller:

---

<sup>259</sup> BARON, Sam. Segundo físicos e filósofos, o tempo pode não existir – e está tudo bem. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/noticia/2022/06/segundo-fisicos-e-filosofos-o-tempo-pode-nao-existir-e-esta-tudo-bem.html>. Acesso em 20.06.2022.

<sup>260</sup> Entre os conceitos legislativos vagos encontram-se os conceitos jurídicos indeterminados, que são preenchidos por valorações comuns ou socialmente típicas, e as cláusulas gerais, as quais devem ter criadas pelo intérprete sua hipótese de incidência e suas consequências no caso concreto. Cf. CAVEDON, Ricardo. As cláusulas gerais, uma perspectiva histórico-constitutiva do direito privado contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v.31, p.322 - 354, 2017.

“(...) O ponto crítico do desenvolvimento de qualquer experiência comunitária ligada aos bens comuns está no fato de que **a comunidade frequentemente decide ela própria se quer implementar certas intervenções sociais para gerir um recurso em benefício da própria comunidade** - o que pode ser chamado de commoning. (...) É um elemento chave para se ter em mente, porque se sobressai o fato que um bem comum não diz respeito apenas à partilha de recursos, mas sobretudo envolve **a implementação dos valores e práticas sociais mais adequadas para garantir sua correta gestão.** <sup>261</sup>

As teorias e probabilidades aproximam o universo científico hoje do indeterminismo da realidade microestrutural, onde os eventos são aleatórios e probabilísticos, sempre interrelacionados, mas apostos mediante postulados baseados em elementos conectados na relacionalidade, matérias ou energias apenas existem quando se interrelacionam umas com as outras.<sup>262</sup> A interdependência e a interrelação entre elementos vivos e não vivos atualmente é de extrema relevância para a realidade contemporânea, notadamente quando se identificam utilidades comuns que apenas se realizam em perspectivas comunitárias.

As alterações nos postulados da física fizeram aparecer novas concepções científicas para se entender as formas de existência e interrelação da matéria com a energia, aspectos que podem nos levar a pensar em novas formas de realização de interesses e necessidades transindividuais, manifestados como bens jurídicos diferenciados e úteis ao mundo em que vivemos. As explicações racionais para estas novas quantificações da matéria e sua correlação com estruturas localizadas viriam a ser fornecidas agora por teorias de probabilidades, dada a dificuldade em se estabelecer pressupostos objetivos e universais de quantificação.

A estrutura da matéria, por exemplo, no mundo subatômico, onde há uma relação de indeterminismo (os eventos são aleatórios e probabilísticos), em uma difícil correlação com os elementos universais da teoria da gravidade, formam um contexto de granularidade (finitude do universo) e de relacionalidade (partículas só

---

<sup>261</sup> Cf. BOLLIER. David. La rinascita dei commons: Successi e Potenzialità del movimento globale a tutela dei beni comuni. Ed. Stampa Alternativa, 2015, p. 27.

<sup>262</sup> Esse conceito na sociologia envolve a ideia de que uma construção comunitária interdependente, na noção de que um precisa do outro, tanto quanto o outro precisa dele próprio.

existem quando se relacionam com outras), <sup>263</sup> forçam a pensar nas necessidades e utilidades humanas agora de modo não mais estanque pautada por bens e utilidades materiais e objetivamente referentes em padrões universais, mas por estruturas dinâmicas e por vezes aleatórias que passam a assumir relevância em determinadas camadas comunitárias e em realidades localizadas, existindo muitas vezes apenas quando relacionadas a “formas de atuar” e “modos de fazer” locais e ligados à especificidades, em realidades comunitárias e internas à coletividade.

Assim novos interesses e utilidades coletivas e comunitárias advindas da estruturação social massificada, mas em contextos não universais, mediante uma construção racional relativa de entrelaçamentos dinâmicos e mediante difusas percepções e interesses localizados e interdependentes, pressupostos que exigem novas definições para a ciência jurídica contemporânea longe das dicotomias modernas, estão a exigir a quebra do paradigma do direito universalmente válido e legitimado por um estado único e por seu oficialismo.

As localidades periféricas com realidades comunitárias formam direitos informais e necessidades coletivas cuja satisfação se produz muitas vezes distante do oficialismo estatal, longe da regulação pública da economia, elaboradas em complexos contextos locais e comunitários, assumindo relevância a recalcitrância de comportamentos sociais captados na construção da normatividade pela interpretação de reenvio, que ressystematiza costumes sociais antes não integrados ao sistema racional formalista. A normatividade, portanto, difere e depende diretamente dos contextos comunitários a que direcionada a interpretação.

Da mesma forma que a relacionalidade das estruturas espaço-temporais da física contemporânea, as bases objetivas dos negócios econômicos e o advento de inovações disruptivas surgem de realidades distantes do formalismo jurídico e do universo público da economia, muitas vezes em contextos locais e específicos, onde suas relações internas, não mais pautadas pelo oficialismo estatal, fazem surgir utilidades comuns criadas em comunidade e capazes de suprir necessidades coletivas e transindividuais antes não vislumbradas pela formalidade do direito. Ditas utilidades comuns advindas de realidades informais não ostentam

---

<sup>263</sup> Vide nesse sentido a mecânica quântica, em correlação com a teoria da relatividade geral de Albert Einstein, e os modelos adstritos ao mundo subatômico, notadamente a sua unificação pertencente à teoria das cordas ou teoria de tudo, recentemente explicadas matematicamente pelo renomado físico estadunidense Edward Witten.

universalização de seus pressupostos, pois surgem de contextos locais, e assim não albergam uma simultaneidade absoluta e uma universalização equidistante para toda a unidade territorial. São locais e apresentam-se relevantes apenas em determinados contextos sociais e comunitários.

Desde Albert Einstein que a física compreendeu que não existe uma “simultaneidade absoluta” nas relações entre as estruturas temporais e espaciais, ou seja, não existe um conjunto de eventos no Universo que sejam todos existentes “agora”, e não existe uma estrutura espacial unívoca que possa se correlacionar entre dinâmicas de modo absolutamente simultâneo. Há assim uma relacionalidade. É dizer, o nosso “agora” existe apenas aqui. O conjunto de eventos no Universo não pode ser descrito corretamente como “uma sucessão de presentes, um subsequente ao outro”. Sua estrutura é muito mais complicada.<sup>264</sup> Decerto o aumento do conhecimento levou a uma lenta desintegração da noção de tempo. O que denominamos “tempo” é uma complexa coleção de estruturas e de camadas. À medida que o estudo do tempo avança, essas camadas se perdem, uma depois da outra, um pedaço após o outro. Como já referido o tempo para a física pode sequer existir, não sendo possível portanto elaborar modelos científicos universais.<sup>265</sup>

Na regulação jurídica o desvendar do não individual, com a descoberta do “comum” e a recepção dos direitos transindividuais, apenas a realizarem-se em

---

<sup>264</sup> ROVELLI, Carlos. A realidade não é o que parece: a estrutura elementar das coisas. Tradução Silvana Cobucci Leite. Ed. Objetiva, p.49.

<sup>265</sup> As modificações da curvatura do espaço-tempo causados pela matéria são diretamente relacionadas à estrutura temporal. O passar não linear do tempo e a velocidade (ou aceleração) de determinado observador são diretamente relacionadas com a gravidade e as estruturas espaciais em que alocado o objeto, na ordem direta de sua massa. Segundo Carlos Rovelli, “ainda não sabemos como o tempo funciona de fato. A natureza do tempo talvez continue sendo o maior mistério de todos. Estranhos fios o conectam aos outros grandes mistérios não resolvidos: a natureza da mente, a origem do universo, o destino dos buracos negros, o funcionamento da vida.” De fato, há um mistério imanente nas relações entre o tempo e o espaço, mas o fato é que dessa relação é possível se tirar conclusões probabilísticas que alcançam determinadas observações intrigantes, capazes de explicar alguns aspectos relacionados ao mundo em que vivemos. (...) Em termos técnicos, diz-se que Einstein compreendeu que **não existe a “simultaneidade absoluta”, ou seja, não existe um conjunto de eventos no Universo que sejam todos existentes “agora”**. O nosso “agora” existe apenas aqui. O conjunto de eventos no Universo **não pode ser descrito corretamente como uma sucessão de presentes, um subsequente ao outro; sua estrutura é mais complicada...** (ROVELLI, Carlos. A realidade não é o que parece: a estrutura elementar das coisas. Tradução Silvana Cobucci Leite. Ed. Objetiva, p.49). “O aumento do conhecimento levou a uma lenta desintegração da noção de tempo. **O que denominamos “tempo” é uma complexa coleção de estruturas e de camadas**. À medida que o estudo do tempo avançou, essas camadas se perderam, uma depois da outra, um pedaço após o outro.” cf. ROVELLI, Carlos. A ordem do tempo. Tradução Silvana Cobucci Leite. Ed. Objetiva, p. 12. ROVELLI, Carlos. A realidade não é o que parece: a estrutura elementar das coisas. Tradução Silvana Cobucci Leite. Ed. Objetiva. EINSTEIN, Albert. Einstein's manuscript on the special theory of relativity. In: Klein, M.; Kox, A. J.; Renn, J. & Schulmann, R. (Ed.). The collected papers of Albert Einstein. Princeton: Princeton University Press, 1995 [1912]. v. 4: The Swiss years: writings 1912-1914. p. 9-108. STACHEL, John. Einstein's 1912 manuscript as a clue to the development of special relativity. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S1678-31662005000400003>. Acesso 28.02.2019.

contextos comunitários, assumem papéis cada vez mais preponderantes na reprodução e no desenvolvimento da vida humana e não humana, não de modo universal, mas localizado, notadamente porque fulcrados em contextos relacionais. A relação para com “o outro”, pautada na solidariedade constitucional, e centrada na produção colaborativa e na cooperação comunitária, no compartilhamento de deveres e responsabilidades, é a chave para a superação do racionalismo proprietário e para a redescoberta e o resgate do “comum” e do comunitário na ciência do direito.<sup>266</sup>

Estas estruturas de racionalidade fragmentada formam assim um pensamento jurídico fulcrado na construção de bens jurídicos multitudinários como “utilidades” transindividuais e difusas, porque são direcionadas para a satisfação de necessidades coletivas, seja por intermédio do aparato estatal, que promove a gestão de recursos compartilhados, seja ainda mediante organizações comunitárias pautadas pela autogestão de recursos escassos, na administração de utilidades compartilhadas, com características de indeterminabilidade de seus titulares (ou até mesmo pela ausência de titularidades) por corresponderem a imposições para aqueles que os exploram, em quaisquer dos casos, de obrigações de compartilhar benefícios e responsabilidades e garantir o acesso comum ou livre à essas utilidades fundamentais de que depende a existência da vida.

Essas intangibilidades formadas pela cooperação comunitária promovem uma relativização significativa das dicotomias modernas, a divisão do público-privado e do estado-mercado assume a partir daqui características diferenciadas, em contextos não universais, conjuntamente à relativização do paradigma das titularidades, não podendo essas dicotomias modernas mais servir como elementos unificadores do pensamento jurídico tal como fossem paradigmas universais.

#### **4.2. A verdadeira problemática relacionada à administração de recursos compartilhados: as origens do conceito do “comum” e do comunitário**

---

<sup>266</sup> Cf. BOLLIER. David. La rinascita dei commons: Successi e Potenzialità del movimento globale a tutela dei beni comuni. Ed. Stampa Alternativa, 2015, p. 20

#### 04.2.1. A teoria dos bens comuns e sua difícil interrelação com a ciência do direito.

A teoria dos bens comuns vem sendo tratada como a fuga da racionalidade moderna e do excesso de mercantilização. Apesar de não se reconhecer uma concepção jurídica para o termo, é possível se falar que os *commons* suprem necessidades coletivas fundamentais, caracterizados, portanto, dentro do raciocínio jurídico moderno, como intangibilidades que não podem ser apropriadas, na medida em que, mediante organizações coletivas ou autorregulação comunitária, servem para gerir a satisfação de necessidades fundamentais de grupos de pessoas ligadas pelo vínculo comunitário, ou mesmo de destinatários indeterminados. Daí porque são formas de organização e gestão comunitária capazes de configurar e fazer materializar utilidades fundamentais.

Apesar de não ser possível elencar uma definição jurídica a respeito dos *commons*,<sup>267</sup> é possível afirmar que são veículos de confecção de utilidades fundamentais não públicas e nem muito menos privadas,<sup>268</sup> não podem ser entendidos como bens de consumo, nem tampouco como, na lição de Ugo Mattei e Fritjof Capra, “objeto ou uma parte do espaço material ou imaterial que um proprietário, privado ou público, possa lançar no mercado para obter seu chamado valor de troca”.<sup>269</sup> Segundo esses autores:

“Um *common* pode ser qualquer ‘coisa’ que uma comunidade reconheça como capaz de **satisfazer alguma necessidade verdadeiramente fundamental** não contemplada pelas trocas de mercado. Além de espaços públicos físicos, isso também pode incluir organizações institucionais como, por exemplo, cooperativas ou grupos de pessoas

---

<sup>267</sup> Há uma dificuldade acentuada até mesmo na tradução do significado da expressão “commons” no Brasil. Segundo Sérgio Amadeu da Silveira e Rodrigo Savazoni, os Commons em inglês significam “as terras comunais, bens partilhados entre todos que precedem o processo de organização da propriedade privada que marca o início do capitalismo. Um termo, portanto, absolutamente incorporado à história político-cultural anglo-saxã. Não temos palavra correlata em português.” (SILVEIRA, Sérgio Amadeu de. SAVAZONI, Rodrigo. O conceito do comum: apontamentos introdutórios. Linc em Revista, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 5-18, maio de 2018, p. 06).

<sup>268</sup> “A distinção entre o público e o privado só serve para mascarar o fracasso da democracia atual. Em nossa condição de sociedade, situamos a democracia na esfera pública, onde a reduzimos às práticas eleitorais, e simplesmente não nos ocupamos da democracia na esfera privada. Sentimo-nos no direito de questionar a organização dessa esfera pública, mas aceitamos sem nenhum questionamento a estrutura quase ditatorial das empresas privadas modernas. Na verdade, as definições jurídicas atuais de privado e público decorrem da mesma lógica mecanicista e, como vimos, são aliadas históricas contra os commons, ao passo que a separação entre público e privado não faz nenhum sentido quando se discute a reivindicação radicalmente democrática dos commons. Uma instituição dos commons é ao mesmo tempo jurídica, política e econômica. A separação entre essas esferas, como hoje sabemos, não passa de um legado do pensamento mecanicista no alvorecer do capitalismo ocidental.” MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 214

<sup>269</sup> MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 212.

ligadas por interesses comuns, fundos fiduciários cujos beneficiários sejam as gerações futuras, recursos econômicos de pequenas comunidades, mecanismos para o compartilhamento da água e muitos outros ajustes, tanto antigos quanto atuais. **Seu valor decorre do acesso compartilhado à comunidade e das decisões tomadas coletivamente.** (...)

Os commons são reconhecidos como tais por uma comunidade que se envolve em sua administração e proteção, não apenas em seu próprio interesse, mas também no das gerações futuras. (...) os commons são o contrário da propriedade. (...) a chamada propriedade privada nada mais é do que uma exceção à regra dos *commons*, consentida de acordo com necessidades variáveis. Nesses casos, se a propriedade arrebatada aos *commons* (por exemplo, um mosteiro restaurado ou as moradias de um projeto de habitação colaborativa) for temporariamente privatizada e deixada aos cuidados e ao controle de uma pessoa, tal fato não resultará em acumulação. Quando esses espaços **não forem mais necessários para uso privado**, devem voltar à condição de *commons*, para que assim sejam cuidados e usados pela comunidade. Portanto, os commons não são inimigos da propriedade individual, mas somente dos excessos de sua acumulação. (...)" <sup>270</sup>

Para se entender a teoria portanto é imprescindível um questionamento profundo a respeito das necessidades individuais e coletivas, justificadoras das relações de pertencimento. A ciência do direito é fundada estritamente na noção de “interesse juridicamente protegido”, que nada mais é do que a correlação de uma necessidade (individual ou coletiva) com sua utilidade (cuja promoção para satisfação se dá mediante entes individualizados – como o estado – com personalidade jurídica abstrata).

A organização própria ou difusa da coletividade de referência (da comunidade, portanto) é capaz de vir a promover utilidades coletivas, ou seja, é a própria comunidade que ofertará as *utilidades certas e adequadas* – por intermédio de autogestão compartilhada - para o suprimento dessas necessidades coletivas mais fundamentais, sendo, portanto, essas utilidades (ofertadas ou pelo ente estatal, ou pela comunidade) que podem ser envolvidas nas acepções do “comum”.

Mesmo que supridas pela organização estatal (mediante suas mais diversas formas de intervenção na esfera econômica) ou mesmo que supridas por organização comunitária (aqui o que mais se aproxima a uma autorregulação da própria comunidade para gerir suas necessidades mais fundamentais), essas

---

<sup>270</sup> MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 212

necessidades fundamentais acabam sendo gestadas de modo compartilhado inclusive por agentes público e privados e também pela comunidade, em regimes de cooperação e/ou competição. Tanto em um caso como no outro, é imprescindível que essas utilidades estejam distantes das relações unívocas ligadas ao regime específico das titularidades que as acompanham, com verdadeira concepção múltipla de entes a satisfazer direitos fundamentais constitucionais, é imprescindível se pensar em regimes jurídicos multitudinários.

Desse modo, para os teóricos dos bens comuns, quando uma utilidade não for mais “necessária” para o uso individualizado, como por exemplo, o estado não mais lograr administrar de modo adequado ou mesmo quando um privado não mais conseguir gerir a contento, a preservação de suas características essenciais, essa ingerência nas tomadas de decisões compartilhadas deve retornar para a gestão comunitária, pois é lá seu lugar de origem primordial.

Agrega, portanto, o estudo dessa teoria uma auspiciosa incursão sobre as necessidades e utilidades coletivas e comunitárias, assim questionando reflexamente a própria estrutura da ciência jurídica contemporânea, que é a noção do “interesse juridicamente relevante”, pautado pelo binômio necessidade-utilidade individual ou coletiva. É inevitável assim ao tratarmos dos *commons* envolver involuntariamente na discussão as concepções de quais “interesses juridicamente protegidos” o direito deve tutelar e igualmente quais necessidades coletivas devem essas intangibilidades concorrer para satisfação, uma vez que é o constructo do conceito de bem jurídico que está no cerne dessa discussão.

A sistematização da teoria dos bens comuns é de qualquer forma bastante complexa. É possível referenciar a três linhas teóricas principais para discutir a respeito do tema, cada uma das quais, ou analisa aspectos diferentes a respeito de uma mesma ideia, ou envolve discussões políticas e ideológicas para enfrentar as relações dominantes da economia mundial, sem no entanto estabelecer com isso alguma linha conceitual principal na teoria do direito, que possa substanciar uma discussão mais acentuada por parte do jurista a respeito dos aspectos da gestão coletiva de bens ou de uma nova elaboração para a teoria dos bens jurídicos, no cenário conceitual da própria ciência jurídica.<sup>271</sup>

---

<sup>271</sup> Em qualquer análise histórica a respeito de sistemas de sobrevivência e de organização coletiva, segundo Joan Subirants e César Rendueles, parece evidente a existência de propriedade em comum, de bens comuns, com espaços de responsabilidade e de gestão compartilhada, conforme esses autores: “Para no irnos

O conceito dos *commons* em um primeiro momento sob as lentes da teoria econômica, subjaz ao aspecto material dos recursos comuns,<sup>272</sup> no seu conceito econômico, elencando como bem comum portanto apenas aquelas utilidades de aspecto material que apesar de ser dotada da característica da *não exclusividade* onde muitos podem utilizar sem serem barrados nessa utilização, é não obstante dotado de *rivalidade*, na qual o uso por alguns diminui ou limita o concomitante ou posterior uso dos demais. A exemplo dos recursos naturais, que sofrem com a superexploração uma impossibilidade fático temporal para sua própria e natural recomposição. Como se sabe na teoria econômica deixa-se de lado a questão das titularidades para se entender os bens como utilidades fruíveis, as quais detém características diretamente relacionadas a sua destinação e a seu preço, com utilização alocadas na exclusividade do acesso e na rivalidade do seu uso. Conforme N. Gregory Mankiw:

“A maioria dos bens na nossa economia são alocados em mercados, nos quais os compradores pagam por aquilo que recebem e os vendedores são pagos por aquilo que fornecem. Para estes bens, os preços são os sinais que guiam as decisões dos compradores e dos vendedores. No entanto, **quando os bens são gratuitos as forças de mercado que normalmente alocam os recursos na nossa economia não existem.** (...) Quando um bem não tem preço, os mercados privados não podem assegurar que esse bem seja produzido e consumido nas quantidades adequadas. Nestes casos a política governamental pode corrigir potencialmente a falha de mercado e aumentar o bem-estar econômico.”  
273

Assim as utilidades gratuitas na teoria econômica podem se materializar como bens públicos, utilidades não rivais e não exclusivas, e também mediante os chamados recursos comuns, que detém rivalidade apesar de serem igualmente não exclusivos, seu uso pode ser concomitante e por várias pessoas porém sua

---

demasiado atrás, se menciona a menudo a los romanos como los que trataron de organizar el tema distinguiendo diversos tipos de propiedad. Pero la cosa subsiste en todo el período feudal, como se pone de manifesto em la Carta Magna del siglo XIII em Inglaterra, o en tantas otras referencias sobre propiedades comunales aquí em España o en muchas comunidades de todo el mundo. Las tierras comunales sufrieron aquí como em muchas otras partes los impactos de las desamortizaciones o ya, más tarde, los famosos cercamientos o *enclosures* de los que tanto se habla con el inicio del capitalismo.” (RENDUELES, César. SUBIRATS, Joan. Los (bienes) comunes: oportunidad o espejismo?. Madri. Icaria. 2016, p. 15-16).

<sup>272</sup> “Os recursos comuns são rivais mas não excluíveis. Os peixes no oceano são por exemplo um bem rival: quando alguém pesca, há menos peixes para a próxima pessoa pescar. Esses peixes não são, no entanto, um bem excluível por ser quase impossível cobrar dos pescadores pelo peixe que pescam.” MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia. 2ª edição. Ed. Elsevier. 2001, p. 228.

<sup>273</sup> MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia. 2ª edição. Ed. Elsevier. 2001, p. 227.

utilização diminui ou altera o uso posterior por outros, sendo necessário um uso consciente ou sustentável a ponto de permitir que a utilidade se recomponha ou regenere em condições de tempo e afim de se evitar sua superexploração capaz de inviabilizar sua autoregeneração. É o caso dos bens ambientais, que quando super explorados de modo não sustentável tendem a desaparecer.

Com base na teoria econômica, portanto, pode-se catalogar os bens em quatro hipóteses estruturais, embasadas nas características de sua exclusividade e de sua rivalidade.<sup>274</sup> A rivalidade envolve o quanto se torna possível limitar ou não a possibilidade de várias pessoas desfrutarem do bem ao mesmo tempo e sem prejuízo de outras pessoas fazerem o mesmo em igual contexto temporal e espacial. A exclusividade parte da possibilidade fática de se poder impedir que outras pessoas tenham acesso ao bem.<sup>275</sup> Conforme N. Gregory Mankiw:

“(…) Pensando nos diversos bens da economia, é útil agrupá-los de acordo com dois critérios: O bem é excluível? Pode impedir-se as pessoas de usar o bem? O bem é rival? Poderão várias pessoas desfrutar de um bem sem prejuízo umas das outras? A exclusividade é a propriedade de um bem por meio do qual se pode impedir uma pessoa de usá-la. A rivalidade é a propriedade de um bem por meio da qual sua utilização por uma pessoa impede a outra de o utilizar. (...) bens que não são excluíveis e, por isso, gratuitamente disponíveis para todos: são bens públicos e recursos comuns”<sup>276</sup>

Com estas características a teoria econômica identifica e classifica o bem econômico em privado, quando ostenta em sua plenitude as características da exclusividade e da rivalidade, ou público,<sup>277</sup> quando ostenta as características da “não-rivalidade” e da “não-exclusividade”, ou ainda podendo ser caracterizado como

---

<sup>274</sup> Nesse sentido ver MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia. 2ª edição. Ed. Elsevier. 2001, p. 228.

<sup>275</sup> “Os bens diferem em suas qualidades de exclusividade e rivalidade. Um bem é excluível se for possível impedir alguém de consumi-lo. Um bem é rival se a sua fruição por uma pessoa impede outra de usufruí-lo. Os mercados funcionam melhor para os bens privados, que são tanto excluíveis quanto rivais. Os mercados não funcionam tão bem para outros tipos de bens.” (MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia. 2ª edição. Ed. Elsevier. 2001, p. 241).

<sup>276</sup> MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia. 2ª edição. Ed. Elsevier. 2001, p. 228

<sup>277</sup> “Os bens públicos não são nem rivais nem excluíveis. Exemplos de bens públicos são fogos de artifício, defesa nacional, e criação de conhecimento básico. Como as pessoas não pagam pelo uso dos bens públicos, elas têm um incentivo a pegar carona quando o bem é fornecido privadamente. Portanto, os governos fornecem bens públicos, baseando a sua decisão sobre a quantidade na análise custo-benefício.” (MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia. 2ª edição. Ed. Elsevier. 2001, p. 241)

recurso comum,<sup>278</sup> que ostenta a rivalidade porém não a exclusividade; ou também aqueles advindos de monopólios naturais, onde não há rivalidade mas pode advir a exclusividade, como por exemplo, os benefícios advindos do corpo de bombeiros ou de uma estrada pedagiada, em que não se pode excluir a participação de novos entrantes, porém é possível que os benefícios sejam exclusivos.<sup>279</sup> Conforme N. Gregory Mankin:

“(…) Utilizando estas duas características (rivalidade e exclusividade), classifica-se os bens em quatro categorias:

1 **Bens Privados** são excluíveis e rivais. Considere, por exemplo, uma casquinha de sorvete. Uma casquinha de sorvete é excluível porque é possível impedir uma pessoa de comê-la – basta não dá-la a essa pessoa. Uma casquinha de sorvete é rival porque se uma pessoa toma o sorvete, outra pessoa não pode comer a mesma casquinha. A maioria dos bens na economia é bem privado como as casquinhas de sorvete.

2. **Bens Públicos** não são excluíveis nem rivais. Ou seja, não se pode impedir as pessoas de desfrutar dos bens públicos, e um bem público pode ser desfrutado por várias pessoas sem prejuízo de nenhuma delas. A defesa nacional é um exemplo de bem público. Uma vez que se defende o país de agressores externos, não é possível impedir que alguma pessoa não se beneficie desta proteção. Além disso, quando uma pessoa se beneficia da defesa nacional não diminui o benefício de qualquer outra.

3. **Recursos comuns** são rivais mas não excluíveis. Os peixes do oceano são por exemplo um bem rival: quando alguém pesca, há menos peixes para a próxima pessoa pescar. Esses peixes não são, no entanto, um bem excluível por ser quase impossível cobrar dos pescadores pelo peixe que pescam.

4. Quando um bem é excluível, mas não rival, diz-se que existe um **monopólio natural** para esse bem. Considere, por exemplo, o serviço dos bombeiros numa pequena cidade. É fácil impedir pessoas de se beneficiarem deste bem: os bombeiros podem simplesmente não apagar o fogo na sua casa. No entanto, o serviço dos bombeiros não é rival. Os bombeiros passam muitas horas à espera dos incêndios, de modo que a proteção de mais uma habitação provavelmente não reduzirá a proteção disponível a outras. Em outras palavras, uma vez que uma cidade pagou ao corpo de bombeiros, os custos extras para a proteção de mais uma casa são baixos.”<sup>280</sup>

---

<sup>278</sup> “Os recursos comuns são rivais mas não excluíveis. Entre os exemplos estão as pastagens comuns, o ar puro, e as rodovias congestionadas. Como não se cobra das pessoas o uso dos recursos comuns, elas tendem a usá-los excessivamente. Portanto, os governos tentam limitar o uso dos recursos comuns.” (MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia. 2ª edição. Ed. Elsevier. 2001, p. 241).

<sup>279</sup> Nesse sentido ver: MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia. 2ª edição. Ed. Elsevier. 2001, p. 241. Também nesse sentido ver: JAMBRENGHI, Paola Caputi. Note minime su beni comuni e funzione amministrativa. In: Le riforme in una democrazia costituzionale. Fascicolo 1, 2017, p. 93-94.

<sup>280</sup> MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia. 2ª edição. Ed. Elsevier. 2001, p. 228.

Assim levando em consideração que a discussão em torno dos *commons* ou dos bens comuns<sup>281</sup> é uma discussão que possui origem na teoria econômica, mas que foi posteriormente reconduzida ao discurso jurídico, é possível estruturar três vertentes diferentes de discussão a respeito do tema, levando em consideração que independentemente da teoria explorada as características primordiais dessa forma especial de produzir utilidades comuns são o acesso compartilhado e a tomada de decisão coletiva para a gestão de bens e recursos tangíveis ou imateriais que não podem ser realizados longe de contextos comunitários.<sup>282</sup>

#### **04.2.2. As origens econômicas da teoria dos bens comuns: um raciocínio estritamente formal.**

As origens mais famosas do tema, relativo aos bens comuns, está ligada aos estudos do matemático e economista William Forster Lloyd sobre a posse comunal da terra em aldeias medievais,<sup>283</sup> nas quais a noção de comunitarismo e compartilhamento era latente e preenchia mais adequadamente a interpretação que se fazia da realidade social e seus reflexos da regulamentação jurídica ainda que não centralizada.

A questão a respeito do tema se popularizou não obstante apenas com a publicação do ensaio denominado “The Tragedy of the Commons”, de Garrent

---

<sup>281</sup> Integram a categoria dos commons, representados como bens, conteúdos complexos tidos como essenciais à manutenção da vida humana, e da própria humanidade como coletivo orgânico – e que não são apreensíveis de maneira tátil, a exemplo do meio-ambiente, do acesso à informação, da garantia ao conhecimento, entre outros.” GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha Gonçalves. Dos bens comuns aos comportamentos comuns. In: Problemas de direito civil: homenagem aos 30 anos de cátedra do Professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos. Organizadores: Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Milena Donato Olívia. 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 191. O acesso à informação é uma utilidade comum, de modo que o acesso à informação não falseada é um direito dotado de pressupostos transindividuais que apenas se realiza quando do compartilhamento de benefícios e responsabilidades, em não perpetuar informações falsas e fake news.

<sup>282</sup> “(...) As instituições ligadas aos commons funcionam por meio da capacitação jurídica direta de seus membros, na busca comum por um sentido ou tarefa generativa, e respondem a necessidades humanas reais de participação, segurança e sociabilidade. Trabalhando de baixo para cima, essas instituições têm o potencial de assumir o comando do sistema jurídico, representando uma rede capaz de conquistar o mundo não por meio da violência e da brutalidade, mas da cooperação e da parceria. Uma vez que os usuários e beneficiários dos commons (commoners) experimentam diferentes modelos de divisão do trabalho, excluída a exploração, as pessoas têm mais tempo livre para tentar convencer os outros de seus pontos de vista, organizar-se e fazer contato, o que permite que a rede cresça e assuma ainda mais fortemente o controle geral. O governo e a propriedade privada não desapareceriam necessariamente na ordem jurídico-ecológica, mas seriam controlados e limitados pelos usuários dos commons.” MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 213-214

<sup>283</sup> LLOYD, William Forster, Two Lectures on the Checks to Population. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 1833.

Hardin, publicado na revista *Science*, em 1968.<sup>284</sup> Este texto tem sido referência negativa para todos aqueles pesquisadores que defendem o “comum” como um modelo alternativo ao mercado e ao Estado,<sup>285</sup> porquanto Hardin o trata como um arranjo comunitário em que qualquer um deposita ou retira o que bem entende sem qualquer preocupação, desconsiderando assim que as comunidades podem por ela próprias promover negociações as vezes até mesmo implícitas na promoção da gestão do comum.

Hardin não leva em consideração que os seres humanos organizados em comunidade são capazes de dialogar e gerar a colaboração independente do incentivo de um agente externo. A conclusão do texto leva à apenas duas alternativas, ou a privatização, ou a uma forte regulação estatal, o que viria a servir para a contenção das externalidades negativas representativas involuntariamente ocasionadas pela exploração econômica da materialidade dos recursos comuns. Então a questão aqui envolve unicamente a análise da exploração econômica dos recursos comuns, caracterizados pela não exclusividade e sempre pela rivalidade de sua exploração.<sup>286</sup>

A solução da privatização envolve o reconhecimento de que a propriedade privada tem seus problemas, mas é somente atribuindo a responsabilidade pelos efeitos externos a forma de garantir o uso adequado do “comum” por quem tem a ele acesso, induzindo a cooperação e fatalmente inibindo a exploração abusiva. A outra solução para a tragédia dos comuns, segundo Hardin, seria a institucionalização de uma forte regulação estatal, com a imposição de sanções econômicas que tornem a

---

<sup>284</sup> HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. *Science*, vol. 162, nº 3859 (13 de dezembro de 1968), p. 1243-1248. Disponível em [http://www.garretthardinsociety.org/articles/art\\_tragedy\\_of\\_the\\_commons.html](http://www.garretthardinsociety.org/articles/art_tragedy_of_the_commons.html). Uma versão traduzida para o português encontra-se na biblioteca da USP: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3203283/mod\\_resource/content/2/a\\_trag%C3%A9dia\\_dos\\_comuns.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3203283/mod_resource/content/2/a_trag%C3%A9dia_dos_comuns.pdf). Acessos em 03/05/2021.

<sup>285</sup> “Na tese de Hardin, o ser humano é autointeressado, com foco exclusivo em competir para maximizar seus ganhos. A imagem de seu artigo que se tornou clássica é a do rebanho de ovelhas. Nele, cada pastor da comunidade buscaria encher o pasto com o máximo de ovelhas possível, pensando apenas em si e em seu rendimento. Com isso, ocupado de forma desmedida, o pasto seria destruído e todos sairiam perdendo.” SILVEIRA, Sergio Amadeu de. SAVAZONI, Rodrigo. O conceito do comum: apontamentos introdutórios. *Linc* em Revista, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 5-18, maio de 2018, p. 08. Segundo Garret Hardin, “Cada homem está preso em um sistema que o compele a aumentar seu rebanho sem limites - num mundo que é limitado. Ruína é o destino para o qual todos os homens correm, cada um perseguindo seu próprio interesse em uma sociedade que acredita na liberdade dos bens comuns. Liberdade num terreno baldio (common) traz ruína para todos” (cf. HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. *Science*, vol. 162, nº 3859 (13 de dezembro de 1968), p. 1243-1248).

<sup>286</sup> HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. *Science*, vol. 162, nº 3859 (13 de dezembro de 1968), p. 1243-1248. Disponível em [http://www.garretthardinsociety.org/articles/art\\_tragedy\\_of\\_the\\_commons.html](http://www.garretthardinsociety.org/articles/art_tragedy_of_the_commons.html). Uma versão traduzida para o português encontra-se na biblioteca da USP: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3203283/mod\\_resource/content/2/a\\_trag%C3%A9dia\\_dos\\_comuns.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3203283/mod_resource/content/2/a_trag%C3%A9dia_dos_comuns.pdf). Acessos em 03/05/2021.

exploração mais custosa que a preservação. Atente-se que, aqui, Garrent Hardin não possibilita uma solução pautada pelo fato de que a comunidade poderia vir a se unir para evitar a super exploração, a partir de acordos negociados, uma vez que para Hardin, quaisquer soluções nesse viés apenas se justificariam em condições de baixa densidade populacional, e não para um planeta com superpopulação.<sup>287</sup>

Na década de 1970, por sua vez, a economista americana e cientista política Elinor Ostrom se sobressairia com seu grupo de pesquisa na Universidade da Pensilvania. Vista por vezes como uma adversária intelectual de Garrent Hardin, Elinor analisou especificidades sobre a gestão compartilhada e comunitária de recursos comuns, a capacidade de cooperar e construir instituições e sistemas de gestão duradouros para a preservação dos comuns, embasando-se muito no conceito de confiança para justificar uma ação coletiva bem sucedida, e ainda combatendo a ideia de que apenas a intervenção estatal seria capaz de evitar o colapso das relações humanas na terra.<sup>288</sup>

Ostrom desenvolve a ideia de que no mundo atual nem o estado nem o mercado conseguiram com êxito incentivar os indivíduos a manter um uso produtivo e duradouro dos sistemas de recursos naturais, afirmando que distintas comunidades de indivíduos estão confiando nas próprias relações internas por meio de sistemas de auto-organização e de cooperação para realizar uma gestão mais eficiente dos recursos, são formas que não se parecem com o estado nem com o mercado, para regular alguns sistemas de recursos com razoável êxito e durante longos períodos, almejando uma gestão mais eficiente dos recursos do que quando

---

<sup>287</sup> Cf. HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. Science, vol. 162, nº 3859 (13 de dezembro de 1968), p. 1243-1248. Disponível em [http://www.garretthardinsociety.org/articles/art\\_tragedy\\_of\\_the\\_commons.html](http://www.garretthardinsociety.org/articles/art_tragedy_of_the_commons.html). Uma versão traduzida para o português encontra-se na biblioteca da USP: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3203283/mod\\_resource/content/2/a\\_trag%C3%A9dia\\_dos\\_comuns.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3203283/mod_resource/content/2/a_trag%C3%A9dia_dos_comuns.pdf). Acessos em 03/05/2021.

<sup>288</sup> OSTROM, Elinor. El gobierno de los bienes comunes: la evolución de las instituciones de acción colectiva. 1. Ed., Cidade de Mexico: Fondo de Cultura Económica; Cuernavaca: centro regional de investigaciones multidisciplinarias, Universidad Nacional Autónoma de México: instituto de investigaciones sociales, 2000. Ver nesse sentido também: SILVEIRA, Sergio Amadeu de. SAVAZONI, Rodrigo. O conceito do comum: apontamentos introdutórios. Lincc em Revista, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 5-18, maio de 2018, p. 08, verbis: “Ostrom combate a ideia política que evoca a figura do Leviatã hobbesiano como o único soberano capaz de evitar o colapso da vida humana no planeta terra (...) desenvolveu os design principles para o manejo de um conjunto de recursos comuns (common pools resource – CPR). São eles: 1. Fronteiras bem definidas; 2. Coerência entre as regras de apropriação e provisão com as condições locais; 3. Arranjos de decisões coletivas; 4. Monitoramento; 5. Sanções graduais; 6. Mecanismos de resolução de conflitos; 7. Reconhecimento mínimo de direitos de organização; e, 8. Alinhamento e articulação intersetorial na gestão.” (cf. SILVEIRA, Sergio Amadeu de. SAVAZONI, Rodrigo. O conceito do comum: apontamentos introdutórios. Lincc em Revista, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, maio de 2018, p. 08).

seguem as normas impositivas de algum agente exterior.<sup>289</sup> Trata-se de formas de organização que direta ou indiretamente redundam em normas institucionais para “construir uma ecologia de relações que geram ao final mais incentivos à cooperação entre os atores do que a competição”.<sup>290</sup>

Diante disso inevitável um debate entre os autores Garrent Hardin e Elionor Ostrom onde se analisa em verdade o *ethos* da exploração de um bem cuja materialidade se classifica na teoria econômica como um recurso comum, aquele bem dotado de “não exclusividade” porém sempre dotado de “rivalidade”, em que o uso por um único indivíduo já diminui ou limita o uso dos outros, sempre havendo a possibilidade de a super exploração conduzir a uma tragédia, a que Ostrom aponta alternativas por meio de uma gestão coletiva e mediante a assunção de responsabilidades recíprocas que incentivem – por meio de autorregulação - a contenção de externalidades negativas representativas na exploração do bem, envolvendo então o debate a respeito das possibilidades de autorregulação da exploração econômica do bem.

Com o avanço das discussões a respeito dos *commons*, portanto, para Ugo Mattei e Fridjof Capra, a propriedade privada e a estatal não perderão suas funcionalidades, mas apenas cederão uma parte de seus espaços para o reconhecimento de formas comunitárias e coletivas de gerir o comum. O conceito do “comum”, a partir desse ângulo, se apresenta associado a uma oposição ao neoliberalismo, e conectado à uma ideia de que é preciso reconstruir a democracia,<sup>291</sup> mas sem com ela contrastar a ponto de negar seus próprios fundamentos de existência.

Autores como Christian Laval, Pierre Dardor,<sup>292</sup> em seu livro “Comum, ensaio sobre a revolução no século XXI”.<sup>293</sup> e também como Michael Hardt e Antonio Negri,

---

<sup>289</sup> OSTROM, Elionor. El gobierno de los bienes comunes: la evolución de las instituciones de acción colectiva. 1. Ed., Cidade de Mexico: Fondo de Cultura Económica; Cuernavaca: centro regional de investigaciones multidisciplinarias, Universidad Nacional Autónoma de México: instituto de investigaciones sociales, 2000.

<sup>290</sup> Cf. RENDUELES, César. SUBIRATS, Joan. Los (bienes) comunes: oportunidad o espejismo?. Madrid. Icaria. 2016.

<sup>291</sup> “Há um campo político sendo forjado a partir do comum, baseado em um conjunto de práticas que se opõe aos modelos privados e estatal de organização. O conceito do comum, a partir desse ângulo, se apresenta associado à luta anti neoliberal, e conectado à ideia de que é preciso reconstruir a democracia.” (SILVEIRA, Sergio Amadeu de. SAVAZONI, Rodrigo. O conceito do comum: apontamentos introdutórios. Lincç em Revista, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, maio de 2018, p. 09).

<sup>292</sup> “(...) Para esses teóricos franceses, o comum é menos uma invenção conceitual e mais a fórmula encontrada pelos movimentos sociais de se opor a ‘apropriação privada de todas as esferas da sociedade, da cultura e da vida’. Não é o ressurgimento do comunismo estatista, mas sim a ‘emergência de uma nova forma de se opor ao capitalismo.’” SILVEIRA, Sergio Amadeu de. SAVAZONI, Rodrigo. O conceito do comum: apontamentos introdutórios. Lincç em Revista, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, maio de 2018, p. 10.

em seu livro Bem Estar Comum,<sup>294</sup> promovem uma visão política da discussão a respeito dos valores comuns. Estes autores foram os responsáveis por promover a passagem de uma visão de *commons* com referência ao medievo para esse comum como devir político contemporâneo. Aliaram o conceito de comum como resultante de uma prática de biopolítica da multidão, o que constitui como uma rede ‘aberta e em expansão’, múltipla e disforme, ampla e plural, que age para que possamos ‘trabalhar e viver em comum’. Esses autores não fazem uma volta ao passado para a ideia edílica de comunidade, mas promanam um novo ambiente de luta no contexto do capitalismo cognitivo, que as categorias do trabalho diferem daquelas que marcaram a era industrial, sobretudo por conta da desmaterialização dos bens e das utilidades intangíveis no contexto do capitalismo neoliberal.<sup>295</sup>

Há também os precursores e respeitáveis autores italianos que promovem um debate para contradizer o movimento das privatizações, notadamente no aspecto da água na Itália, podendo ser referenciados David Boiller, Stefano Rodotà, além do próprio Ugo Mattei, precursores da escola beni comunista italiana.<sup>296</sup> O comum para esses autores não pode ser interpretado sob a perspectiva do “ter”, no sentido de dominar uma forma de gestão comunitária que faz a comunidade se autogovernar, mas de modo mais fundado e incursionista deve ser referenciado na perspectiva do “ser”, em uma forma que pressuponha um agir mediante a cooperação e o compartilhamento de responsabilidades e de benefícios, como um verdadeiro comunheiro, “lutando contra a privatização e recuperando o comportamento cooperativo que é constantemente atacado pelo individualismo”.<sup>297</sup> O principal aspecto desses pensadores é impedir a comodificação da vida, nesse processo em que tudo se transforma em mercadoria.

---

<sup>293</sup> DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI, São Paulo, Boitempo, 2017.

<sup>294</sup> HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. Bem-estar comum. Rio de Janeiro, Record, 2016.

<sup>295</sup> HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. Bem-estar comum. Rio de Janeiro, Record, 2016. DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI, São Paulo, Boitempo, 2017. Ver nesse sentido também: SILVEIRA, Sergio Amadeu de. SAVAZONI, Rodrigo. O conceito do comum: apontamentos introdutórios. Lincc em Revista, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, maio de 2018, p. 10.

<sup>296</sup> O comum para essa escola de pensamento “não pode ser lido como ter, ou seja, como a gestão coletiva de um determinado bem por uma comunidade que se autogoverna, mas sim como ser, ou seja, pressupõe agir como um comunheiro, ‘lutando contra a privatização e recuperando o comportamento cooperativo que é constantemente atacado pelo individualismo’. O principal aspecto dessa escola é impedir a comodificação da vida, nesse processo em que tudo se transforma em mercadoria. (...)” SILVEIRA, Sergio Amadeu de. SAVAZONI, Rodrigo. O conceito do comum: apontamentos introdutórios. Lincc em Revista, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, maio de 2018, p. 12.

<sup>297</sup> MATTEI, Ugo. Bienes comunes. Un manifesto. Editorial Trota, 2013. BOLLIER, David. La rinascita dei commons: Successi e Potenzialità del movimento globale a tutela dei beni comuni. Ed. Stampa Alternativa, 2015. RODOTÀ, Stefano. El terrible derecho: Estudios sobre la propiedad Privada. Primera edicion Civitas, 1986.

Para esses autores os bens comuns não são nem públicos-estatais nem tampouco privados, mas pertencem à coletividade não individualizada e por este motivo não podem ser apropriados e nem tratados como objetos do capital. De maneira geral não é mais possível permitir que o estado resolva problemas de ordem comunitária, dado que os interesses transitórios que habitualmente ocupam o ente estatal, a depender do partido político da vez, não levam a soluções duradouras para o problema dos *commons*, e não raro ainda corporificam interesses mercadológicos que acabam apenas redimensionando as utilidades extraídas para beneficiamento de entidades individualizadas e integrantes do sistema econômico dominante.<sup>298</sup>

Os espanhóis Cesar Rendueles<sup>299</sup> e Joan Subirats<sup>300</sup> apontam a problemática no sentido de que a globalização econômica gera um forte desequilíbrio entre as instituições estatais que tem uma base territorial clara, uma vez que não conseguem se opor a um mercado dominante e global, assim gerando desequilíbrios consistentes na falta de capacidade dos Estados e dos gestores estatais em oferecer respostas autônomas e individualizadas desde cada estado para problemas que são estruturais. Para esses autores, predomina a sensação de que essa estrutura estatal burocrática tem “uma dimensão muito delegativa, de fazer em nome de outros”, o que de certa forma “desmotiva a implicação das gentes em seus próprios problemas coletivos”, não sendo correta a ideia de que confiar no Estado possa resolver esses problemas sem uma implicação pessoal de cada membro da comunidade envolvida.<sup>301</sup>

---

<sup>298</sup> El concepto de "bien/bienes" indica genericamente todo aquello que tiene (o puede tener) un valor, un interés, una utilidad, un mérito. En todo momento estos valores o intereses pueden traducirse en derechos, bienes o artefactos que merecen protección jurídica. Así, por bienes se entienden todas aquellas "cosas materiales" o "entidades intelectuales" en cuanto objetos de derecho. Vale decir, los bienes alcanzan a todo lo que sea o pueda ser jurídicamente tutelado más allá del reconocimiento expreso en la ley positiva o de sus interpretaciones. El concepto de bienes es abarcativo e incluye diversidad de "valores e intereses", de "objetos/entidades" y de "actores/grupos sociales" que pueden relacionarse, interactuar o constituirse sobre ellos. A los fines de este artículo, los bienes se clasifican para favorecer el análisis y la caracterización de los bienes comunes (VERCELLI, Ariel; THOMAS, Hernán. Repensando los bienes comunes: análisis socio-técnico sobre la construcción y regulación de los bienes comunes. Acesso em: 12 set. 2019).

<sup>299</sup> Cesar Rendueles, com seus estudos sobre as redes sociais, notadamente seu ensaio de 2013, denominado “El cambio político en la era de la utopia digital”, apontou a relevância das redes sociais e da internet na ação política, analisando a sociedade capitalista como um sistema destrutor das relações comunitárias.

<sup>300</sup> Joan Subirats refuta o capitalismo cognitivo como ambiente de desmaterialização dos bens e de novas interações sociais, promovendo a discussão de uma necessária passagem de um modelo de participação social para outro de coprodução política, em que a cidadania seja convocada a fazer e não somente a apoiar.

<sup>301</sup> Cf. RENDUELES, César. SUBIRATS, Joan. Los (bienes) comunes: oportunidad e espejismo?. Madri. Icaria. 2016, p. 13.

Estes autores denominam os bens comuns como pertencentes à toda comunidade, não sendo nem privados nem estatais, sendo aqueles que devem ser geridos e cuidados de maneira coletiva porque são escassos, e uma exploração egoística deles pode levar inevitavelmente à sua extinção. O acesso aos bens comuns é um direito de todos os membros de uma comunidade, mas por outro lado a proteção dos comuns sempre exige que haja o cumprimento de deveres inerentes – vistos como *munus*, que podem ser identificados como o compartilhamento de responsabilidades em uma gestão comunitária.<sup>302</sup>

Há ainda a possibilidade de se referir ao mesmo conceito, do bem comum, como uma espécie de *modo de produção*, em que o comum é caracterizado como uma liberdade extramercado, aberta e não regulada, com referências ao *Commons-based peer Productions* (produção colaborativa baseada em recursos comuns), que se caracteriza como um modelo de produção socio-econômica elaborado por um grande número de pessoas, geralmente através da internet, em que é possível nessa perspectiva elencar algumas características, bem delineadas por Silke Helrich:

“(…) Há muitas maneiras de contribuirmos para os comuns, se focalizarmos radicalmente em:

- **Produção descentralizada**, possibilitada por novos níveis de trabalho em rede com ferramentas digitais.
- **Cooperação em nível local e global**.
- **Diversidade de recursos**, comunidades, configurações e regras.
- **Relacionalidade** – que remete à seguinte ideia: “Eu preciso dos outros, e os outros precisam de mim.”

Tais são as ideias centrais que sustentam a mudança para uma sociedade fundamentada em comuns.(…)”<sup>303</sup>

Assim o conceito da teoria dos bens comuns é multifacetado, e envolve necessariamente o incurso em outras áreas do conhecimento, como a economia, tendo ali sua origem, agrega pressupostos para sua integral compreensão ligados à

---

<sup>302</sup> Cf. RENDUELES, César; SUBIRATS, Joan. Los (bienes) comunes: oportunidad o espejismo?. Madri. Ed. Icaria, 2016, p. 7. “Los bienes comunales son propiedades de toda comunidad, ni privados ni estatales, que acostumbran a proporcionar un bien necesario para todos sus miembros. Se trata de recursos (acuíferos, bosques, tierras...) que deben ser cuidados y gestionados de manera colectiva porque son escasos y una explotación individualista de ellos puede llevar a su extinción. El acceso a los bienes comunales es un derecho de todos los miembros de una comunidad. Por otro lado los común exige unos deberes: el trabajo y la gestión comunitaria.” ( RENDUELES, César; SUBIRATS, Joan. Los (bienes) comunes: oportunidad o espejismo?. Madri. Ed. Icaria, 2016, p. 7)

<sup>303</sup> HELRICH, Silke. Rede de Vida. In: Os bens comuns: modelo de gestão dos recursos naturais. Passerelle, nº 06/2012. Coredem, disponível em: [www.coredem.info](http://www.coredem.info), acesso em 20/02/2022, p. 15.

ciência econômica, pois resume-se a construtos comunitários que possuem o condão e a função de autoregular comportamentos. O objetivo dessa autorregulação de comportamentos é somente o incentivo para que os utentes desses recursos comuns compartilhados internalizem os custos que normalmente são socializados.

Tratam-se de construtos comunitários portanto capazes de incentivar a cooperação e o compartilhamento de recursos essenciais à vida, com a garantia do acesso às utilidades fundamentais extraídas de seu suporte material, no intuito de realizar mais efetivamente direitos fundamentais.

#### **04.2.3. Os bens comuns como construtos comunitários capazes de incentivar comportamentos cooperativos e auto regular seus efeitos externos.**

Nenhuma dessas teorias ligadas aos bens comuns, contudo, abarca toda a complexidade que o tema abrange. São estruturas comunitárias que realizam direitos transindividuais, porém com eles não se confundem.

Os direitos transindividuais como estruturas jurídicas correlacionadas com as falhas de uma economia livremente desenvolvida, em que os mercados desregulados não conseguem impor limites à expansão do individualismo, a ponto de adequadamente tutelar bens de natureza diferenciada, tal como a cultura, o entorno ou mesmo aspectos da dignidade humana, são abstrações jurídicas criadas para conter a expansão da atividade econômica e proteger valores fundamentais, notadamente de ordem coletiva.

Já os bens comuns são formas organizacionais e informais, muitas vezes distantes da regulação pública da economia, de proteger esses mesmos direitos e valores, pois afim de resguardar esses direitos não individualizáveis, de natureza metaindividual, as soluções da racionalidade moderna acabam passando pela privatização dos efeitos externos de comportamentos produtivos, e mediante a instituição de mais propriedade, buscam responsabilizar individualidades pelas externalidades de seus comportamentos, tentando solucionar, sem sucesso, o problema da superexploração dos comuns com mais propriedade.<sup>304</sup>

A discussão inerente aos comuns busca identificar que a autorregulação comunitária, mediante protocolos informais, protege mais adequadamente bens e

---

<sup>304</sup> Cf. BOLLIER. David. La rinascita dei commons: Successi e Potenzialità del movimento globale a tutela dei beni comuni. Ed. Stampa Alternativa, 2015, p. 22-23.

valores sem o auxílio da regulação pública de mercado, e sem a mercantilização de incentivos e comportamentos, pois a auto-organização comunitária é acepção distante das relações mercadológicas, e encontra efetividade na maior ou na melhor organização ligada ao *munus* compartilhado por todos os seus integrantes de auto responsabilização pelos problemas comuns.

É possível se pensar para além da contenção dos efeitos externos negativos de comportamento humanos mediante ampla regulação pública, quando práticas coletivas e comunitárias localizadas permitem que protocolos sociais colaborativos integrados e interdependentes sejam eficientes para a contenção dessas negatividades, sendo essas incursões incorporadas ao direito por meio da instituição de conceitos jurídicos vagos e cláusulas gerais, capazes de em aspectos locais, mediante o reenvio do intérprete para elementos extrassistemáticos, causar a recepção pela normatividade de realidades comunitárias e suas peculiaridades.<sup>305</sup>

Desse modo, na lição de David Bollier, a proteção do “comum”, embora certamente inclua ativos físicos e intangíveis de todos os tipos, envolve mais uma definição de práticas sociais que moldam um paradigma vinculante à comunidade, valores e costumes sociais, por meio dos quais se administra um determinado recurso, do que efetivamente um ou outro suporte que o faça material.<sup>306</sup> Em outras palavras, um bem comum, para Bollier, é o resultado de uma comunidade com protocolos sociais para proteger intangibilidades capazes de frear as forças de mercado e de proteger direitos transindividuais:

“(...) um recurso + uma comunidade + protocolos sociais. Esses três elementos constituem um todo integrado e interdependente. Nessa perspectiva, a questão a ser feita não é tanto se o lago Retba no Senegal ou os bancos de dados de sequência genômica disponível online, devem ser considerados bens comuns ou não, mas se **uma comunidade específica está seriamente motivada a gerenciar esses ativos como um bem comum**; e, portanto, **se é capaz de implementar as regras, hábitos e sanções necessárias para que este sistema funcione de forma eficaz**. Assim (...) situações compartilhadas, aparentemente improváveis, podem ser gerenciadas como verdadeiros bens comuns.<sup>307</sup>

---

<sup>305</sup> Cf. BOLLIER. David. La rinascita dei commons: Successi e Potenzialità del movimento globale a tutela dei beni comuni. Ed. Stampa Alternativa, 2015, p. 22-23.

<sup>306</sup> Cf. BOLLIER. David. La rinascita dei commons: Successi e Potenzialità del movimento globale a tutela dei beni comuni. Ed. Stampa Alternativa, 2015, p. 22-23.

<sup>307</sup> BOLLIER. David. La rinascita dei commons: Successi e Potenzialità del movimento globale a tutela dei beni comuni. Ed. Stampa Alternativa, 2015, p. 22-23.

Há de se destacar que os bens transindividuais, cujo interesse abarca sujeitos indeterminados, inclusive as futuras gerações, e seu objeto adstrito a uma abstração indivisível, a proteção de memórias, de valores coletivos, inerentes ao inconsciente coletivo da humanidade, são questões relevantes que podem ser adequadamente protegidas em uma perspectiva comunitária, cujas práticas para conservação são insuscetíveis de titularidade individualizada, passíveis de proteção e promoção apenas perante comunidades e realidades localizadas e periféricas.

O “comum” na verdade pode ser categorizado como um bem jurídico advindo da cultura, cuja manifestação normativa adentra ao direito por intermédio de conceitos jurídicos vagos previstos no artigo 216 da Constituição da República, dado que sua intangibilidade pode ser identificada mediante “formas de expressão”, em modos de “criar, fazer e viver”, constituindo como intangibilidades tomadas individualmente ou em conjunto, portadoras de referência à ação de diferentes grupos comunitários. É, portanto, uma forma de entender a normatividade construída por meio do reenvio do intérprete para elementos sociais os quais são reinseridos no sistema jurídico mediante outras fontes normativas.

Esses bens jurídicos portanto, de natureza comum, apenas se realizam coletivamente, e apenas podem se efetivar mediante práticas comunitárias, a exemplo, alguns aspectos da dignidade humana, o bem jurídico do equilíbrio ambiental, inclusive a cultura, as manifestações coletivas e os constructos comunitários no mundo digital, são utilidades que apenas podem se realizar em comunidade, são concepções como bens abstratos, valores artísticos, paisagísticos, mesmo que por vezes precisem de um suporte material, buscam um equilíbrio e igualmente uma harmonia nas interações de que participam, assim assumindo que apesar de se identificarem como bens transindividuais, envolvem na verdade uma forma de organização que apenas se realiza em comunidade e que é, não raro, melhor protegido e tutelado informalmente pela autorregulação de comportamentos afastados do oficialismo estatal.

A noção de bem jurídico em um sistema construído na modernidade não adota os mesmos pressupostos a envolver a nova noção de fornecimento de utilidades coletivas e práticas essenciais capazes de ser palco de realização de direitos transindividuais, sendo certo assim que a titularidade não pode mais ser o elemento centralizador do regime jurídico das destinações dadas pela

funcionalização dos bens,<sup>308</sup> cujo objeto não se centra mais em bens materiais e passíveis de apropriação, mas em práticas comunitárias capazes de envolver e realizar valores coletivos.

O raciocínio jurídico nessa perspectiva não pode mais desconhecer desde sua origem os bens jurídicos transindividuais, que se realizam por intermédio do “comum”, como aquelas utilidades coletivas intangíveis que estão fora do comércio e que não podem ser individualizadas nem realizadas fora de sua comunidade de referência e sem considerar as interações coletivas para sua realização. Ou seja, fogem das limitações da regulação estatal e ao mesmo tempo não são igualmente passíveis de serem mercantilizados, a ponto de se transformarem em mercadorias.

Na contemporaneidade, portanto, quanto mais se alteram as explicações para a realidade existencial, mais se modificam os pressupostos das necessidades e das utilidades humanas, e mais se modificam as concepções a respeito da instituição de bens jurídicos e seus conteúdos extraídos de utilidades múltiplas dadas a seu suporte, cada qual podendo receber regime jurídico específico e conforme as utilidades multitudinárias que dele se extrai. As configurações do interesse juridicamente relevante, portanto, que embasam as necessidades essenciais coletivas, assumem hoje novos contornos.

Cada vez mais surgem outras valorações e bens jurídicos diferenciados de perspectivas transindividuais que lutam para se conformar com as exigências do tecido social. Ainda que não sujeitos à estatalidade, e nem tampouco ligados a mercados universais e privatizados, é possível sustentar que a realização e satisfação de necessidades coletivas e transindividuais seja feita por intermédio de realidades comunitárias e suas próprias e peculiares formas de organização, até mesmo em realidades pautadas pela estruturação do “comum” que nesse contexto se situam de modo disforme e longe das dicotomia modernas, longe das esferas do

---

<sup>308</sup> Conforme bem ensina Alexandre Barbosa da Silva, “a propriedade funcionalizada é a que promove liberdade de acesso também aos não proprietários, a partir da dialeticidade, muito mais do que a simples perspectiva de limitação estatal aos bens que não tenham utilização útil à coletividade. A atuação do julgador, do intérprete, nesse contexto, não deve residir tão somente no conteúdo específico da lei e da sua interpretação a partir dos paradigmas consagrados na clássica visão da civilística. (...) Necessária, portanto a conscientização sobre a valorização do caso concreto, a partir da ideia de funcionalização, compreendendo-se as realidades de cada pessoa, visto que estas não mais se enquadram silogisticamente no standard legal, como outrora. Trata-se de considerar os fatos como dado interpretativo relevante, já que se divorciam da realidade e do Direito. A hermenêutica a orientar o intérprete, na perspectiva funcional, deve ser encarada como compreensão e ação constitutiva da pessoa.” (BARBOSA da SILVA, Alexandre. A Propriedade sem Registro: O Contrato e a Aquisição da Propriedade Imóvel na Perspectiva Civil-Constitucional. Curitiba: Biblioteca da UFPR - Repositório Digital Institucional - UFPR, 2014 (Tese de Doutorado), p. 275.

pública ou do privado e da estrutura estado-mercado, longe portanto da racionalidade proprietária da modernidade.

### **04.3. Impasses à absorção do “comum” pelas relações de mercado: A verdadeira problemática relacionada à administração de recursos compartilhados**

#### **04.3.1. A imbricação entre as relações jurídicas e a economia: o conceito do “comum” como impasse à autorregulação informal de comportamentos.**

A percepção de que a economia instrumentaliza o direito, ou de que o direito instrumentaliza as relações econômicas, é dissociada daquela visão positivista do direito vigente no início do século XX. O curso da história demonstrou que o pensamento jurídico sempre esteve de alguma forma em estrita integração com as relações econômicas. Com ou sem sucesso, sempre as formas jurídicas acabam, ainda que de forma reflexa, por expressar uma conexão com as instrumentações econômicas na organização das sociedades.

Os mercados autorreguláveis do século XIX, notadamente, foram reflexos de uma íntima conexão do direito racionalista e individualista europeu com o que se passou a desenvolver na ciência política e econômica a partir da segunda metade daquele século, exigia-se do ente estatal a posição de figura central para a manutenção da liberdade econômica e das relações de competitividade, e ignorando suas falhas, as relações desreguladas de mercado deveriam ser capazes por si só de promover o bem estar coletivo.

A concepção de que a economia pode ser regulada com instrumentalizações jurídicas capazes de direcionar ou induzir a contenção de comportamentos relevantes economicamente, de modo geral, a poucas épocas passou a deter relevância para a ciência do direito, e esse raciocínio sempre acompanhou as funções do ente estatal como promotor e coordenador das relações econômicas, seja por intermédio de políticas públicas seja pela atuação regulatória estatal da economia.

O racionalismo da modernidade em última instância redundou na construção da dicotomia do público-privado, que por sua vez moldou a separação entre estado-mercado. Essas dicotomias modernas não conseguiram alcançar ainda a

compreensão de alguns aspectos relacionados aos direitos não individualizáveis, que muitas vezes exigem instrumentações diversificadas de efetivação em coletividade, alimentando a promoção e intervenção publicística no mercado mesmo que se sustente a promoção de interesses não ligados à dominialidade estatal e não geridos pelo ente abstrato.<sup>309</sup>

Não obstante essa percepção racionalista até hoje nos induzir a compreender que aquilo que as relações de mercado não conseguem por si só proteger, incumbiria ao estado, bem como suas manifestações, gerir de modo exclusivo, é fato que a responsabilização e gestão do “comum” exige uma administração compartilhada que nem sempre engloba entidades ligadas ao formalismo das dicotomias modernas.

Muitas vezes a comunidade organizada de modo informal, mas com modelos e protocolos sociais consistentes, segundo David Bollier, seria capaz de gerir recursos compartilhados de modo conjunto, os quais foram em coletivo construídos, e em cooperação podem ser mantidos (bibliotecas, fundos, parques, sistemas sociais, plataformas digitais, etc.), visando promover com maior carga de efetividade a proteção de recursos comuns pertencentes a todos (lagos, florestas, vida silvestre, métodos de fazer e existir, etc.). Promove-se, portanto, um sistema informal que alcança derivações comunitárias capazes de formar condições e “modos de fazer” e “existir” distantes do ente estatal e nem sempre provenientes das relações de mercado. Assumem assim essas “formas de fazer” e de “existir” condições de qualificação e valoração jurídica diversas daquelas existentes no formalismo moderno, pois diferentemente de seu suporte material, não são essas intangibilidades alcançadas pelo raciocínio das titularidades.

A atribuição do regime jurídico nesses casos pode ser imputada às “formas de fazer” e de se “auto organizar”, como intangibilidades advindas da utilidade extraída do fenômeno, separada pois do recurso comum em si e do suporte material que dele sobressai, mas que certamente serve e é funcionalizada para diretamente satisfazer necessidades coletivas e transindividuais. A qualificação jurídica desses “modos de

---

<sup>309</sup> O interesse público em sentido amplo engloba uma diversidade de situações que podem se referenciar como o interesse da sociedade, alguns denominam como o interesse público primário aquele que se referencia ao social e pode ser caracterizado por uma unanimidade de aceitação e pela ausência de conflituosidade interna, como p. ex. a segurança pública.

fazer” ou “de existir” é inerente à utilidade comum extraída e não ao seu suporte (já agregado por titularidade e qualificado pelo direito formal).

Desse modo, para David Bollier, um bem comum não é o recurso comum em si, mas “um sistema de auto-gestão e de direitos de consenso (conselhos) para controlar o acesso a esse recurso e à sua utilização comum”.<sup>310</sup> Podem ser referenciados, mas não confundidos, com aqueles recursos comuns “presentes na natureza”, ou também com aquelas estruturas ligadas à implementação de “criações materiais” ou de “criações intangíveis”, mas com elas não se assemelham, eis que são formações comunitárias diversificadas de seu suporte, dotadas por vezes (mas não sempre) de qualificação separada da materialidade onde se observa a rivalidade na utilização ou a não-exclusividade do acesso.

O suporte material de uma organização comunitária ligada a um bem comum, desse modo, pode ou não ser caracterizado como um “recurso comum”, quando dotado de rivalidade na sua utilização, mas nem sempre ser dele proveniente. Há casos, segundo David Bollier, ligados à “economias de dádiva, como a ciência, que favorecem a criação e a difusão de pesquisa e informações”,<sup>311</sup> em que o bem comum não advém de um recurso escasso e cujo acesso por um não limita o acesso dos outros, são essas situações que forçam entender o “comum” como uma intangibilidade a qual beneficia muitos, mas que aqueles que o utilizam devem se robustecer por um *munus* comunitário, capaz de impor o compartilhamento de responsabilidades na sua gestão e utilização.

Normalmente os bens comuns concernentes ao ambiente digital, ostentam “recursos criados e mantidos por grupos com interesses compartilhados, desde grupos de software livre até a Wikipedia e arquivos especializados”, nesses casos, ainda segundo David Bollier, há “uma série de valores e tradições que criam uma identidade da comunidade e que ajudam na auto governança”, porém sua materialidade não se confunde com os recursos comuns, dotados de rivalidade, e igualmente seu suporte material não pode ser visto como simples utilidade pública

---

<sup>310</sup> BOLLIER, David. Os bens comuns: um setor negligenciado da criação de riqueza. Lugar comum nº 31, p. 43-54. In: Genes, Bytes y Emissiones: Bienes Comunes y Ciudadanía, organizado por Silke Helfrich. Disponível em: [http://www.boell.org/downloads/Bollier\\_Commons.pdf](http://www.boell.org/downloads/Bollier_Commons.pdf) ou em: <http://www.bienescomunes.org/archivo/bc-boell.pdf>. Acesso em 13/09/2022.

<sup>311</sup> BOLLIER, David. La rinascita dei commons: Successi e Potenzialità del movimento globale a tutela dei beni comuni. Ed. Stampa Alternativa, 2015, p. 26-27

gerida por entes estatais e sujeito à regulação pública de comportamentos relevantes.<sup>312</sup>

A estruturação do comum, portanto, ainda segundo David Bollier, é análoga a um organismo vivo que evolui em simbiose com o ambiente e com o contexto ao qual pertence, adaptando-se gradualmente a circunstâncias específicas, retirando das especificidades comunitárias em que se situa as condições inerentes para seu desenvolvimento e reprodução. Não existe o “comum” sem uma comunidade envolta em ambiente de coordenação e cooperação, capaz de imprimir um modo implícito de gerir coletivamente o acesso a recursos limitados e/ou escassos ou mesmo de usufruição livre, mas autoregulada.<sup>313</sup>

O pensamento moderno, imbricado nos dogmas adstritos à clivagem do público-privado, omite as organizações comunitárias e as concepções transindividuais, e molda para longe das dicotomias o problema das coletividades; olvida-se da natureza constitutiva do ser humano enquanto ente comunitário e daí porque afasta a essência do que é metaindividual e comum a todos, por si mesmo, indivisível e interdependente da natureza e dos seus reflexos junto à personalidade humana.

Essa omissão genética faz com que atualmente qualquer ideia ligada a um direito que detenha uma indeterminabilidade de titulares, ou mesmo que sequer se referencie a titularidades, seja incerta, insegura, e não ocupe espaço nas mentes formalistas de nossos juristas. Não há espaço para tratar do coletivo, não há espaço para compreender a verdadeira feição da esfera transindividual, não há espaço tampouco para se compreender adequadamente as perspectivas do comum. Pouco ou muito pouco se tem escrito na ciência jurídica a respeito da verdadeira dicotomia pós-moderna, que é ligada às esferas do transindividual (onde se engloba o difuso, o social, o coletivo, o público primário e secundário) e a esfera do individual e do individualizável, onde assentam quase todos os interesses e direitos a que nossa atual legislação, ainda presa à mentalidade codificada, instrumentaliza.

A ideia do “*comum*” como advindo da realidade de natureza transindividual daí vem sendo tratada como a fuga do paradigma da modernidade, que reduz todas

---

<sup>312</sup> BOLLIER. David. La rinascita dei commons: Successi e Potenzialità del movimento globale a tutela dei beni comuni. Ed. Stampa Alternativa, 2015, p. 26-27

<sup>313</sup> BOLLIER. David. La rinascita dei commons: Successi e Potenzialità del movimento globale a tutela dei beni comuni. Ed. Stampa Alternativa, 2015, p. 26-27

as relações individuais e comunitárias à candente instrumentalização cada vez maior do capital, justificado pela acumulação ilimitada de bens passíveis de apropriação pelos agentes econômicos. Os cientistas jurídicos e políticos da modernidade, segundo Ugo Mattei e Fritjof Capra, que seguiam a concepção humanista e a suposta pureza da antiguidade clássica, acabaram por:

“... negar toda legitimidade jurídica a qualquer organização humana que operasse fora do dualismo reducionista da propriedade privada e da soberania de Estado. Somente uma narrativa tornou-se dominante – aquela em que o progresso humano é descrito como um distanciamento progressivo de um estado de natureza brutal para um mundo em que as pessoas dominam a natureza e a adaptam a suas necessidades humanas. Mesmo hoje, os bens naturais de uso comum encontram-se à mercê do governo vigente, sendo tratados como propriedade do Estado soberano e não do povo; por esse motivo, esses bens podem ser livremente vendidos ou privatizados (isto é, tirados de nosso patrimônio comum) sem nenhum controle judicial”<sup>314</sup>

O *comum* nessa acepção centra-se nos limites das relações de mercantilização e de reprodução do capital,<sup>315</sup> situa-se na realidade de um sujeito agora dependente da interrelação com outros sujeitos, não enxerga a natureza como objeto, pois impassível de dominação pela técnica, mas como realidade interdependente e interrelacionada com a produção, o desenvolvimento e a reprodução da vida humana e não humana no planeta.<sup>316</sup>

---

<sup>314</sup> MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 100.

<sup>315</sup> Cf. DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo Editora, 2017.

<sup>316</sup> Segundo Enrique Dussel, é o campo da ética que analisa a relação entre sujeitos (sujeito-sujeito), e o seu fundamento é a busca pela afirmação da vida. Enuncia esse autor um critério material universal da ética por excelência: que é a vida humana concreta de cada ser humano, identificado em três momentos: a) O da produção da vida humana, nos níveis vegetativo ou físico, material e por meio e contendo as funções superiores da mente (consciência, autoconsciência, funções linguísticas, valorativas, com liberdade e responsabilidade ética, etc.), como processo inicial que é continuado no tempo pelas instituições na reprodução (histórico, cultural etc.). É o âmbito próprio da razão prático material. b) O da reprodução da "vida humana" nas instituições e nos valores culturais: vida "humana" nos sistemas de eticidade históricos motivados pelas pulsões reprodutivas. É o âmbito da razão "reprodutiva". c) O do desenvolvimento dessa vida "humana" no quadro das instituições ou culturas reprodutivo-históricas da humanidade. A mera evolução ou crescimento deixou lugar para o desenvolvimento histórico. Além disso, porém, na ética crítica (cap. 4-6), a pura reprodução de um sistema de eticidade que impede seu "desenvolvimento" exigirá um processo transformador ou crítico libertador. É o âmbito da razão ético-crítica. Então não distinguiremos, no texto, entre uma mera sobrevivência ou reprodução material física (comer, beber, ter saúde) e um desenvolvimento cultural, científico, estético, místico e ético. Nesta Ética da libertação, as palavras "produção, reprodução e desenvolvimento" da vida humana do sujeito ético 'sempre' significam não só o vegetativo ou o animal, mas também o "superior" das funções mentais e o desenvolvimento da vida e da cultura humana. Indicam um critério material a priori ou anterior a toda ordem ontológica e cultural vigente. Neste último caso, a posteriori, desempenha também a função de critério material crítico do juízo ético, do enunciado descritivo ou de fato, ou da própria ordem cultural ou sistema de eticidade dados como totalidade. A "auto conservação" do sistema terminará por opor-se a reprodução da vida humana. (DUSSEL, Enrique. Ética

Os novos caminhos para alcançar a descolonização do pensamento jurídico e avançar na superação das concepções altamente reducionistas trazidos pelo individualismo eurocêntrico, começam a ser traçados justamente nos países subdesenvolvidos, que pelos longos períodos de exploração colonial e econômica, pensam em sua libertação material e intelectual, para construir novas formas de reprodução e desenvolvimento da vida humana. O “comum” é observado justamente nos países afro-americanos, nas comunidades, nas populações tradicionais, nos faxinais, nas novas organizações comunitárias ligadas ao cooperativismo e desvinculadas da dominação do capital.

A estruturação do “comum”, portanto, não pode passar longe da construção científica de um pensamento descolonizador, de uma análise que para compreender o conceito em sua alteridade, deve o intérprete se desprender de todas as pré-compreensões modernas que ainda incrustam as mentes dos nossos juristas como reflexo de um povo colonizado, marcada por conceitos e lógicas espelhadas na dominação moderna do pensamento eurocêntrico. É o grande desafio que se impõe, a desconstrução ou desprendimento de tudo o que sustenta nossas bases científicas, notadamente na ciência do direito, havendo a necessidade de uma releitura daqueles paradigmas estanques e estruturais das dicotomias modernas e suas titularidades.

Todo o sistema jurídico é absolutamente fulcrado no paradigma das titularidades unívocas e na correspondente separação entre o público e o privado, entre o estado e o mercado, entre um sujeito e um objeto, em que a racionalidade moderna compreende os bens jurídicos ou como públicos, aqueles pertencentes ao domínio nacional das pessoas jurídicas de direito público interno, sendo todos os demais vistos como privados, sem exceções, a teor dos artigos, 99 do Código Civil Brasileiro, 810, 822 do Código Civil Italiano, e § 92 do Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch), todos os demais sendo, portanto, eminentemente particulares, seja qual for a pessoa individual a que pertençam.

Não se enxerga nessa separação aqueles bens jurídicos dotados de características de transindividualidade, de natureza intangível, como o meio ambiente (nas suas cinco acepções, natural, artificial, trabalhista, cultural e digital),

as questões estruturais, a exemplo da relevância urbanística, dos interesses consumeristas massificados, da proteção da concorrência no mercado de consumo, da proteção do vulnerável nas relações assimétricas de mercado, da tutela de valores artísticos, paisagísticos, e culturais, que não raro são englobados nas relações de capital e objetificados, como se a arte e a cultura pudessem ser dotadas de exclusividade sem a preocupação com o interesse social na sua manutenção, promoção e divulgação, portanto, não se enxergam bens jurídicos que sendo de natureza transindividual não ostentam titularidades determinadas e individualizáveis.

As relações de pertencimento para o direito agregam conceitos na maioria das vezes ficcionais, exportados de práticas originadas da antiguidade, notadamente do direito romano, que estruturou conceitos até hoje referenciados em antigas concepções pautadas ainda pela mentalidade do domínio exclusivista como submissão fática.

Mas é preciso dizer, repetindo o que já se disse no primeiro capítulo, o direito romano nunca identificou as coisas comuns como coisas passíveis de apropriação em estágio temporário de titularidade; isto foi montagem artificial da modernidade, construída para um propósito específico de justificação do empreendimento das colonizações e de todas as injustiças que o seguiram.

As novas percepções da realidade massificada albergam bens coletivos, públicos, sociais, digitais, compartilhados, de natureza transindividual, como utilidades públicas ou utilidades comuns que não podem ser individualizadas, e ainda que dotadas de imaterialidade não são instrumentalizadas internamente pelo domínio exclusivista, sendo mais adequado qualificá-las pelo acesso compartilhado, com a repartição de benefícios em sua usufruição e a cooperação na divisão de responsabilidades na sua gestão e proteção. Essas questões suscitam novas perspectivas para as relações de pertencimento, novas formas de se pensar o direito, e indagam nossos juristas de como resolver problemas práticos sem utilizar das estruturas modernas ligadas ao formalismo jurídico. Eis o grande desafio.

#### **04.3.2 O “comum” como uma intangibilidade que se destaca de seu suporte material. Distinções para com os direitos transindividuais.**

A produção comunitária para o desenvolvimento da vida humana e não humana se fixa no valor de uso das utilidades, não no valor abstrato do trabalho

para o capital, mas na garantia da universalização do direito de acesso e na obrigação do compartilhamento advinda com a exploração de utilidades comuns e essenciais à concretização de direitos fundamentais. O uso compartilhado de recursos comuns se fulcra na capacidade de auferir benefícios e de distribuí-los. A fruição compartilhada é suficiente para agregar os processos produtivos e econômicos do compartilhamento. Nem sempre uma política comunitária e a tomada de decisão coletiva formam uma estrutura ligada ao “comum”, mas quando se distanciam da mercantilização das relações sociais e por vezes impõe o compartilhamento como necessidade, aí a organização local própria e distante das estruturas modernas forma perspectivas relacionadas ao “comum”. O comunitário é a forma de escapar das normatizações do capital e de reproduzir a vida social, na medida em que estabelece relações de compartilhamento e de cooperação, única maneira autônoma de regular a produção da vida sem que haja a redução sistêmica ao capital.<sup>317</sup>

O comunitário é a chave interpretativa para fugir das relações capitalistas, na medida em que se trata de uma forma natural de reproduzir a vida centrada no valor de uso das coisas e não mais na sua “mais valia” ou mercantilização abstrata. O processo de reprodução da existência assim deve ser pautado nas relações comunitárias e no compartilhamento de benefícios e responsabilidades, e na garantia do direito de acesso às utilidades essenciais ao desenvolvimento humano.

Nas utilidades comuns há indivisibilidade de benefícios, onde se espelha um objeto indivisível e, por isso mesmo, a necessidade de compartilhamento é impositiva, dado que se houver lesão a estes bens jurídicos de natureza diferenciada, passará a se cogitar dos benefícios do ressarcimento ou recomposição desta lesão para uma parcela indeterminada de utentes (em contextos multitudinários), o que corresponde a dizer que os benefícios são obtidos e utilizados sempre de modo conjunto e compartilhado.<sup>318</sup>

---

<sup>317</sup> Gutiérrez, Raquel, y Salazar Lohman, Huáscar (2015). Reproducción comunitaria de la vida. Pensando la transformación social en el presente. El apantle. Revista de estudios comunitarios, N° 1, Puebla (México), pp. 15-50. (35 p.)

<sup>318</sup> Não a toa a sobrevivida da Súmula 652, do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que: “A responsabilidade da administração por dano ao meio ambiente decorrente de sua omissão no dever de fiscalização é de caráter solidário, mas de execução subsidiária”, impondo o reconhecimento de que a própria administração pública ostenta responsabilidade solidária pelo dano ambiental, ainda que somente possa ser executada quando o causador direto do dano seja por qualquer circunstancia, mesmo falta de solvabilidade, não puder convenientemente ressarcir e restabelecer o status quo ante do dano ambiental produzido. Cabe, portanto, ao Estado a responsabilidade (ainda que subsidiária) em restabelecer o dano ambiental já produzido.

Tais bens e utilidades são sempre passíveis de uso comum sustentável, onde se requer regras limitantes que definam o uso razoável, o uso da utilidade deve ser de tal modo que não comprometa as possibilidades de utilização por outros indivíduos e pelas gerações futuras.<sup>319</sup> Promover incentivos à cooperação capaz de conter as externalidades negativas representativas da atuação egoística e proteger assim recursos comuns de uma super ou sobre utilização é uma necessidade, pois, segundo Michel Merlet “o problema não é a existência em si de bens comuns, mas sim a ausência de regras e mecanismos para assegurar sua gestão em conformidade com o interesse geral”.<sup>320</sup>

O “comum” é normalmente posto em segundo plano pelos agentes do capital que na grande maioria das vezes dão preferência ao lucro do que à realidade social e ambiental cujos custos são socializados.<sup>321</sup> A vida humana é totalmente intrínseca à natureza, enquanto o capitalismo depende do extrativismo e do subdesenvolvimento das economias periféricas, a natureza continua sendo vista como objeto, como passível de apropriação individual pelo capital.<sup>322</sup> É preciso evoluir e entender o natural e o “comum” como manifestações de novas concepções, principalmente com a qualificação de bens jurídicos transindividuais para as culturas e para o bem ambiental, enquanto intrínsecos e diretamente relacionados com a vida.

A promoção do “comum” como forma de proteger os bens transindividuais redefine a concepção de crescimento econômico, não como aumento do consumismo, mas com a prática do “bem viver” englobando o respeito e a interrelação da vida humana e da natureza com os processos comunitários inerentes às coletividades e distantes do capital. Há uma direta relação na efetivação dos direitos fundamentais de características transindividuais com a releitura dos aparatos econômicos da sociedade e seus incentivos na não socialização de custos.

---

<sup>319</sup> Nesse sentido ver: OSTROM, Elinor. *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge University Press, 1990.

<sup>320</sup> MERLET, Michel. Propriedade da terra: um questionamento conceitual agora incontornável. In: *Os bens comuns: modelo de gestão dos recursos naturais*. Passerelle, nº 06/2012. Coredem, disponível em: [www.coredem.info](http://www.coredem.info), acesso em 20/02/2022, p. 38

<sup>321</sup> Vide nesse sentido o normal argumento utilizado pela maioria dos agentes econômicos ao tratar das questões coletivas, dado a impossibilidade de beneficiamento coletivo e o inevitável risco da tragédia dos comuns, restaria justificada a apropriação e a exploração sem levar em consideração as externalidades desta exploração.

<sup>322</sup> BLASER, Mario. Uma outra cosmopolítica é possível? Dossiê Saberes locais y territórios – o de como prospera el campo de los equívocos. *Revista de Antropologia da Universidade Federal de São Carlos*. Volume 10. Número 2. Julho-dezembro, 2018, p. 14-42

O “comum” para a ciência jurídica é uma realidade incorpórea, que não se confunde com seu suporte material, pois fulcrado em constructos comunitários. Há de se pensar na satisfação de necessidades coletivas e transindividuais por comunidades com direitos oriundos de complexos de imputação dotados de indeterminação de titulares, que produzem utilidades não individualizáveis, e materializam reflexos na manifestação de excluídos, dominados, de vítimas de um sistema em sua corporalidade, movimentos sociais oriundo de organizações coletivas ou comunitárias, não representadas pelas significações do capital.

Por isso o “comum” enquanto realidade difusa ou transindividual não é passível de individualização, mas característico de se estruturar juridicamente como um “modo de existir” e “de fazer” coletivamente, alocado como bem cultural no artigo 216 da Constituição da República do Brasil, alimentado por contextos comunitários, notadamente por não se confundir com qualquer suporte material que possa eventualmente materializar, é em essência algo coletivo, que não pode ser dividido e nem analisado em suas partes, não se realiza senão em comunidade, dado que está situado fora ou alheio à racionalidade moderna e do raciocínio proprietário.

Por certo as utilidades difusas ou coletivas (que são em essência transindividuais) quando divididas não serão vistas como uma parte do todo, mas sim como um todo em sua porção separada (parte esta que é igual ao todo, sendo ela mesma em si considerada). Ou seja, em se tratando de direitos difusos uma parte é igual ao todo, que como realidade autônoma não se confunde com a mera somatória das partes. Há uma ruptura da racionalidade moderna pois não submetido aos mesmos pressupostos e paradigmas do que os bens ou as coisas objetos do direito construídas pelas nossas codificações modernas.<sup>323</sup>

---

<sup>323</sup> Alejandro Medici aborda a questão de que o discurso jurídico político dominante agrega a determinada visão cultural específica entre a sociedade e as pessoas, e se projetam em visões da forma de se obter o progresso e o desenvolvimento. Argumenta que o discurso jurídico que identifica a ciência do direito como um sistema hierárquico, logicamente coerente e fechado, onde a Constituição é o fundamento de validade das normas inferiores, somente resulta adequado em uma sociedade homogênea, onde há o monopólio estatal na criação e na aplicação do direito. Somente esse simbolismo é adequado nas sociedades estatais, monoculturais e juridicamente monistas. Aduz que essas noções de monismo, estatalidade e sistematicidade cada vez menos servem para sociedade imbricadas pela globalização econômica financeira, com crescente deturpação de suas fronteiras culturais, emergência de espaços supranacionais políticos e econômicos integrados, e menos ainda para explicar o direito nas sociedades pós coloniais, cuja complexidade das formações sociais mostra a coexistência de distintas formas de vida, cosmovisões sobre a relação entre pessoa-sociedade e natureza. Onde há pluralismo jurídico, outros direitos para além dos estatais, o discurso da constituição no ápice do ordenamento se torna vago e de difícil aplicabilidade prática. No contexto pluricultural das diversidades latino americanas, a constituição tinha que servir para estabelecer a dimensão democrática, para a formação da unidade política, estabelecer a dimensão da liberdade, com a coordenação e a limitação do poder estatal, a dimensão social, com a configuração social das condições de vida, e a dimensão simbólica, com a legitimação político cultural para além da eficácia e ineficácia de suas disposições. MÉDICI, Alejandro. La constitución horizontal: teoría

É nesse sentido que as utilidades comuns são muito mais do que a mera somatória de bens individuais ou estatais. A noção de bem jurídico assim advém da ideia de que toda ciência deve possuir um objeto ou uma utilidade como algo externo ao sujeito que possui uma necessidade, o que afasta a imaterialidade intrínseca das relações existenciais e culturais da comunidade, pois esse “modo de fazer” e “de existir” não é externo ao sujeito, mas é internalizado na dimensão comunitária. A trajetória do “*comum*” é algo que suplanta as dicotomias modernas e o reducionismo científico, pois não serve de objeto ao capital por não ser passível de individualização nem mesmo perante o ente estatal.

É possível entender o bem comum e o direito transindividual como as duas facetas de uma mesma realidade, os dois lados de um mesmo raciocínio, que se manifestam como a percepção de uma realidade autônoma e não vinculada às dicotomias modernas. Para compreender sua complexidade é necessário ressignificação da ideia de sujeito de direito e de sua liberdade,<sup>324</sup> do direito subjetivo e do individualismo, do bem jurídico e de suas utilidades – como objeto. A ideia do “comum”, como passível de retratar utilidades não individualizáveis que interessam até mesmo as futuras gerações, é adstrita agora à realidade comunitária, da qual não se pode dispor, onde albergam não somente cidadãos (detentores de capacidade política) mas também outras culturas e povos, como elementos que se interrelacionam com a vida e as futuras gerações, em uma relação de interdependência assentam sobre a necessidade de garantir o livre desenvolvimento em equilíbrio dos processos comunitários capazes de manter a própria existência.

Ao tratar juridicamente dos pressupostos do “comum” acabamos invariavelmente tendo que nos referir a construtos comunitários que fornecem “utilidades” coletivas, seja pela incursão estatal ou por organizações comunitárias previamente delimitadas, são direcionadas essas utilidades à satisfação de necessidades coletivas e transindividuais. A linguagem jurídica, decerto, não consegue fugir da estrutura individualista, pois a concepção fulcrada no interesse

---

constitucional y giro decolonial. San Luis de Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2012, p. 119-133 (capítulo quinto). (14 p.)

<sup>324</sup> “(...) Para o direito, o sujeito moderno deve ser pensado como 'livre'; (...) a liberdade é a verdadeira 'atribuição' que a ordem faz a todos os indivíduos residentes no território nacional. E sendo a liberdade uma aptidão abstrata e permanente, atribuível a qualquer pessoa, ela não se perde mesmo quando o indivíduo, ao alienar no mercado a sua própria força de trabalho, se obriga a trabalhar na dependência dos outros.” (Barcellona, Pietro. L'individualismo proprietario. Editore Boringhieri. Torino, corso Vitorino Emanuele, 1986, p. 129).

juridicamente protegido impõe a correlação entre uma necessidade (de um ou mais sujeitos) a uma utilidade (de algum objeto, seja ele passível de apropriação ou não).

Não obstante correlacionados, é possível dizer que não podem ser confundidos, pois são efetivamente diferentes os direitos daquilo que pode ser tratado como o “comum”, sendo este ligado a organizações comunitárias que buscam realizar aqueles (os direitos), não sendo obviamente as perspectivas do “comum” as únicas formas de realizar direitos transindividuais. O ente estatal através do próprio direito administrativo e da intervenção do estado na economia, ou mesmo a atuação individual altruísta de pessoas físicas ou jurídicas interessadas, igualmente realizam direitos transindividuais. São várias as formas de se realizar direitos, mas apenas uma forma de se constituir o “comum” e de se organizar em comunidade, de modo distanciado das relações mercantis.

Portanto os direitos transindividuais, como alguns aspectos da personalidade humana que não se realizam senão coletivamente, tanto como os bens jurídicos do equilíbrio ambiental e da proteção das diversidades culturais, inclusive as manifestações digitais, não se retratam como a mera somatória de interesses individuais, justamente por não se realizarem individualmente. Dependem isto sim de um contexto comunitário para sua efetivação completa, não obstante possam ser concretizados segmentadamente em situações em que pessoas individuais altruisticamente interessadas busquem sua concretização, a qual só se efetiva se ocorrer após o entrelaçamento de inúmeras circunstâncias.

São os direitos transindividuais por isto mesmo, realidades jurídicas autônomas, notadamente porque ostentam uma atitularidade ou indeterminabilidade de interessados, um pertencimento “comum” cujo conteúdo é indivisível. São estruturas jurídicas que quando funcionalizadas quebram peremptoriamente a racionalidade intelectual da modernidade, uma vez que não são bens jurídicos sujeitos à disponibilidade patrimonial, e não podem ser funcionalizados senão por intermédio de uma comunidade de referência, em localidades assimétricas. Ugo Mattei e Fridjof Capra, a esse respeito assim elencam:

“(…) Todos os princípios ecológicos são estreitamente interligados, isto é, são aspectos diferentes de um único padrão fundamental de organização cujo trabalho consiste em criar e sustentar as comunidades ao longo de bilhões de anos de evolução. Nenhum organismo individual pode existir isoladamente. Os animais dependem da fotossíntese das plantas para

suas necessidades energéticas; as plantas dependem do dióxido de carbono produzido pelos animais, bem como do nitrogênio fixado por bactérias em suas raízes; e, em atuação conjunta, plantas, animais e micro-organismos regulam toda a biosfera e mantêm as condições necessárias à vida.

(...) a sustentabilidade não é uma propriedade individual, mas uma propriedade de toda uma rede de relações, e sempre diz respeito a toda uma comunidade. Uma comunidade humana sustentável interage com outras comunidades – seres humanos e não humanos – de maneira que cada uma possa viver e se desenvolver de acordo com sua natureza. Sustentabilidade não significa que as coisas não mudam. Trata-se de um processo dinâmico de coevolução, e não de um estado estático.”<sup>325</sup>

Uma racionalidade que omitiu desde sua origem toda a realidade dos bens jurídicos transindividuais impassíveis de incorporação ao patrimônio individual, e que tampouco podem ser incorporados pelo ente estatal, seja pela sua estrutura diferenciada que não alberga individualizações, seja pelas dificuldades e contradições em se manter operacionalizando pelas relações de mercado, e ao mesmo tempo ofertar barreiras à sua expansão.

O “comum” como estrutura comunitária não se encontra albergado pela legislação contemporânea, pois não se confunde com os direitos coletivos e transindividuais, e sim pode ser tratado como uma organização comunitária informal, propício a satisfazer necessidades coletivas sem a participação do estado. Apenas a Constituição da República no Brasil, em 1988, conseguiu reunificar esses pressupostos comunitários, ao albergar a proteção do bem jurídico cultural, no artigo 216, porém não sem suscitar contradições em sua fundamentabilidade que até hoje suscitam discussões.<sup>326</sup>

---

<sup>325</sup> MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018, p. 250.

<sup>326</sup> Por exemplo, difícil responder a pergunta se a constituição brasileira é uma constituição liberal ou intervencionista, pois ao mesmo tempo em que outorga a necessária proteção à livre iniciativa e à liberdade de concorrência, também aloca limites extrínsecos ao seu exercício com a promoção de uma função social da propriedade privada e da empresa com a proteção do meio ambiente, estabelecendo ela própria limites imanescentes para o livre exercício da autonomia privada e da autodeterminação. A autodeterminação, segundo Otávio Luiz Rodrigues Junior, “açambarcaria a autonomia privada da vontade, bem assim as escolhas individuais quanto à ideologia, ao partido político, à religião, à dita opção sexual e ao direito de renunciar à própria vida”. (...) impondo assim uma espécie de “responsabilização solidária pelo outro como um dos nossos, o que se alcança numa comunidade moral que ‘se constitui exclusivamente pela ideia negativa de abolição da discriminação e do sofrimento, assim como da inclusão dos marginalizados – e de cada marginalizado em particular -, em uma relação de deferência mútua. Essa comunidade projetada de modo construtivo não é um coletivo que obriga seus membros uniformizados à afirmação da índole própria de cada um. Antes, a inclusão do outro ‘significa que as fronteiras da comunidade estão abertas a todos – também e justamente àqueles que são estranhos um ao outro – e querem continuar sendo estranhos.” (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada, e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. Brasília, 41, n. 163, jul/set 2004, p. 126-127).

Assim diante desse raciocínio, é possível separar a compreensão entre o que sejam os chamados direitos transindividuais e o que seja o “comum”, o qual não pode ser englobado nessa mentalidade mercadológica, e por isso resta afastado e deliberadamente omitido pelo racionalismo moderno e nos institutos jurídicos clássicos espelhados na formação jurídica de todos os operadores brasileiros.

Não obstante as interações e evidente interrelação entre esses dois conceitos, tem-se que não se pode confundir as acepções do “comum” com os chamados “direitos transindividuais”, notadamente aqueles que são assim denominados por ostentarem uma titularidade indeterminada a que interessam também às futuras gerações, e cujo conteúdo ou objeto não pode ser dividido e nem muito menos individualizado, e portanto, acaso lesionado, não é possível individualizar os prejudicados mas vislumbrar a lesão apenas em coletividade.<sup>327</sup>

#### **04.4. Os direitos ligados ao “comum” e as questões transindividuais: uma pré compreensão acerca dos institutos do direito.**

##### **04.4.1 As estruturas do “comum” como constructos ligados à realidade existencial: as organizações comunitárias como fornecedoras de utilidades comuns.**

As acepções do “comum” adentram em outros pressupostos de existência relacionados à uma organização comunitária, não podem ser catalogados como simples direitos, e nem tampouco ser confundidos com recursos comuns, pois são formas pré-jurídicas de inter-relacionamento, e invocam a proteção de determinados “modos de fazer” ou de “existir”, mas que não se confundem com as estruturas jurídicas constituídas para operacionalizar o mercado. Os direitos da forma como se estruturam são “frutos” ou “reflexos” das relações de mercado, mesmo que relacionados diretamente às suas falhas, caso dos direitos transindividuais, servem para contenção de sua expansão, são estruturas constituídas no intuito de direta ou indiretamente operacionalizar as relações econômicas.

---

<sup>327</sup> Como o caso dos chamados danos sociais, decorrentes do dano moral coletivo, em que não obstante não se reconheça uma moralidade coletiva adstrita a um ente único, é possível vislumbrar que a sociedade enquanto centro de imputação ostentou um prejuízo que deve ser ressarcido pelos métodos e meios adequados a tanto.

Ou seja, não podem esses “modos de fazer” e de “existir” ser confundidos com objetos materiais ou mesmo incorpóreos, capazes de se submeterem à vontade individual ou à disposição de uma única ou de múltiplas titularidades determinadas. Sabe-se que o “comum” pode ser realizado em um ambiente pré-jurídico, e a partir do qual, pode ou não ingressar no Direito, pois as relações sociais tecem-se em ambientes ligados a relações inter-humanas, as quais nem sempre adquirem um *status* jurídico. Quando lograrem adquirir este *status*, no entanto, devem ser adequadamente catalogados como formas de organização comunitária passíveis de existir como “utilidades comuns”, uma vez que ostentam uma destinação a atender/ satisfazer determinadas necessidades coletivas.

Diferentemente dos direitos, que são frutos ou reflexos das relações econômicas, para instrumentalizar ou conter sua expansão,<sup>328</sup> como por exemplo os próprios direitos transindividuais; as acepções do comum por outro lado, existem muitas vezes em realidades periféricas, totalmente desvinculadas das relações de mercado, e assim podem ou não ser reconhecidas pelo direito. Como, p. e., as organizações indígenas as quais ostentam autodeterminação, ainda que o direito formal não as reconheça, é fato que na realidade elas ostentam condições comunitárias e adequados protocolos sociais para poderem ser qualificadas como sujeitos coletivos, bastando uma interpretação adequada dos conceitos vagos previstos nos artigos 231 e 232 da Constituição da República<sup>329</sup> para construir a normatividade capaz de recepcionar essa percepção.

A construção da normatividade conecta-se com a realidade existencial, pois eventual desconexão principalmente em épocas passadas fez ignorar os direitos transindividuais, omitir e deliberadamente afastar sua proteção por uma racionalidade que apenas enxergou objetos passíveis de apropriação individual.

---

<sup>328</sup> Ver nesse sentido o livro “A grande transformação” de Karl Polanyi, escrito na metade do século XX, sustenta em síntese a necessidade de se implementar direitos que possam conter a expansão do mercado sobre aspectos que não podem ser englobados pelo capital, para Polanyi, o trabalho, a natureza e o dinheiro, não podem ser absolvidos pelo capital, e somente o são quando transformados em ficções, por isso é necessário formar direitos que determinem uma conjuntura de limitações para conter a dominação e a expansão do mercado e das relações do capital. (Cf. POLANYI, Karl. A grande transformação: as origens de nossa época. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2000, p. 161-257).

<sup>329</sup> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo. (Constituição da República de 1988).

Sob o manto da Constituição da República de 1988, os direitos metaindividuais podem em sua essência ser reconhecidos e conectados à sua verdadeira origem, ao fato de apenas poderem ser enxergados naqueles pressupostos para os quais foram instrumentalizados, ou seja, moldar ou conter a expansão das relações de mercado na correção de suas falhas.

Os constructos comunitários por outro lado, também podem assumir essa função, não obstante existam de forma distante das relações ligadas ao capital. Se as estruturas jurídicas instrumentalizam as relações de mercado, certo que não conseguem operar os mercados sem os instrumentos jurídicos do direito ligados ao individualismo, como a propriedade exclusiva, o contrato e a autonomia da vontade. Eis porque da dificuldade em raciocinar direitos que não se operacionalizam pelas estruturas de mercado, justamente porque servem e tem como função primordial a contenção de sua expansão e a correção de suas falhas.

O sistema econômico foi capaz e suficiente para construir a ideia de que todos os objetos pertencentes à realidade objetiva extensa eram passíveis de apropriação individual. O estado de titularidade é meramente temporário, o ordenamento jurídico emoldurou os interesses individualizáveis e relegou para fora do sistema o que não é passível de se raciocinar sem individualizações. Daí adveio a concepção de que apenas podem ser tratados como objetos do direito aqueles bens ou coisas passíveis de incorporação ao patrimônio individual (ainda que estatal). A existência de bens não econômicos, portanto não subsumíveis ao patrimônio individual, a que o direito poderia estruturar como instrumento para valores ou utilidades coletivas, apenas passou a ser objeto de tráfico jurídico muito tempo depois.

Segundo o jusracionalismo da modernidade a soma das partes é sempre a exata quantificação do todo, não havendo corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado. As questões transindividuais por outro lado se traduzem como algo distinto da mera somatória de pretensões individuais, e por isso quebram a racionalidade científica da modernidade e os postulados da filosofia iluminista ao agregarem outros parâmetros, ligados às noções de comunitarismo e multiculturalismo, pautados pelo compartilhamento de benefícios e de responsabilidades.

As discussões a respeito da tutela da personalidade, notadamente alguns de seus aspectos não subsumíveis à realização individual, ou mesmo sua interrelação com a natureza e a cultura, ainda hoje não encontram abrigo claro na distinção dicotômica das situações jurídicas patrimoniais-existenciais, haja vista que a relativização da racionalidade moderna, do público-privado, e também do estado-mercado, ou mesmo do sujeito-objeto, não consegue adequadamente alocar suas características em nenhum desses lados inter distantes. Em um mundo massificado esses bens jurídicos perdem sua operacionalidade como instrumentais absolutos, fazem com que definições de base dogmática acabem sendo bastante relativizadas e fadadas a não alcançar toda a complexificação que o raciocínio jurídico contemporâneo ligados a esses interesses exige.

“(…) Também os interesses que não têm caráter patrimonial são juridicamente relevantes e tutelados pelo ordenamento. A concepção exclusivamente patrimonialista das relações privadas, fundada sobre a distinção entre interesses de natureza patrimonial e de natureza existencial, **não responde aos valores inspirados do ordenamento jurídico vigente.** (...) não faltam situações patrimoniais que, por sua ligação estrita com o livre desenvolvimento da pessoa, assumem uma relevância existencial. (...) A doutrina, utilizando categorias elaboradas para classificar situações patrimoniais, esforça-se em qualificar como direitos subjetivos ou poder jurídico (potestà), ou por vezes, como interesses legítimos. (...) Abandonada a contraposição nítida entre ‘privado’ e ‘público’, o problema da personalidade (p.ex.) deve ser apresentado em relação ao ordenamento globalmente considerado e aos valores protegidos pelo mesmo. (...) Se o ambiente é aspecto essencial do desenvolvimento da pessoa e se cada um, no seu status personae, tem direito a um habitat que garanta a qualidade da vida, deve-se reconhecer a cada um o direito de agir para que isso se realize. Esses interesses são protegidos juridicamente pelo próprio texto constitucional, porém não encontram assento adequado na base dogmática. (...) Além da tutela do patrimônio do estado, a proteção do ambiente refere-se à tutela da qualidade de vida como direito que se relaciona diretamente ao status personae.”<sup>330</sup>

A concepção de que tudo que existe no mundo do direito e por consequente na ciência jurídica pode ser categorizado como passível de individualização, faz com que inexistam, dentro do aspecto mais amplo do patrimônio público ou privado, direitos ligados a bens não passíveis de incorporação ao patrimônio

---

<sup>330</sup> PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 760-762, 800.

individual. <sup>331</sup> Os direitos derivados de bens ou de coisas imateriais afetas à coletividades, que não possuem um valor de troca (suscetíveis de alienação) ou um valor de uso (categorizados como utilidades), portanto, que não sejam passíveis de individualização, foram por longos séculos esquecidos e omitidos pela ciência do direito. <sup>332</sup>

A ideia do “comum” é perspectiva central para se compreender uma nova realidade multitudinária que jamais antes havia adentrado no universo jurídico, “um modo implícito de gerir coletivamente o acesso a recursos limitados e escassos”. <sup>333</sup> Surgem novas concepções valorativas para a técnica jurídica e para o raciocínio exclusivista no pertencimento, com a interdependência relacional e o interrelacionamento recíproco, servindo essas novas concepções na contenção da mercantilização das relações sociais a serviço do capital, buscando conter a racionalidade da apropriação absoluta da natureza e das culturas que redundam na sua superexploração.

Percebe-se atualmente que a criação de riquezas, conforme a lição de David Bollier, não ocorre somente e exclusivamente no contexto de mercado, em relações entre indivíduos isolados e egoístas, mas a riqueza, tal como é, de modo verdadeiro, localiza-se no patrimônio comunitário e na intrincada teia de relações sociais das quais a própria comunidade depende para sua subsistência e reprodução,<sup>334</sup> unindo esses bens jurídicos como indissociáveis e interdependentes (natureza, cultura, dignidade humana, tutela das vulnerabilidades, entre outros bens coletivos que apenas se realizam em comunidade).

---

<sup>331</sup> A definição de patrimônio, derivada das expressões latinas “pater” (pai) e “monium” (condição, estado, ação) é tida como uma universalidade de direitos. Sua definição para a doutrina abalizada é retratada como “um complexo de relações jurídicas economicamente apreciáveis de uma pessoa. Reúne os seus direitos e obrigações, formando uma unidade jurídica (...) Apresenta três elementos característicos: a *unidade* do conjunto de direitos e obrigações, sua *natureza pecuniária*, e sua atribuição a *um titular*. Compreende os créditos e débitos de uma pessoa. (...) Dele não participam os direitos personalíssimos (vida, liberdade, honra etc.), os direitos de família puros, as ações de estado e os direitos públicos que não tem valor econômico. Integram-no, ainda, as expectativas de direito de valor econômico, (...) por isso que os atos de disposição somente se referem a direitos. O patrimônio forma-se, na verdade, apenas de direitos (CC, art. 91).” (AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 7ª ed., Renovar, 2008, p. 375).

<sup>332</sup> Não está aqui a se referir a direitos afetos ao conteúdo extrapatrimonial, mas individualizado, de situações existenciais, tais como aqueles “intransmissíveis e insuscetíveis de transação ou disposição, como ocorre nas questões relativas ao estado das pessoas, legitimidade do matrimônio, poder familiar, relações pessoais entre cônjuges, filiação, enfim, matéria pertinente aos direitos personalíssimos, aos direitos familiares e às ações de estado.” A transferibilidade constitui, aqui, um caráter normal apenas para os direitos patrimoniais, mas não das situações existenciais, ainda mais quando não se relacionam com questões transindividuais. (cf. AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 7ª ed., Renovar, 2008, p. 378).

<sup>333</sup> BOLLIER. David. La rinascita dei commons: Successi e Potenzialità del movimento globale a tutela dei beni comuni. Ed. Stampa Alternativa, 2015, p. 26.

<sup>334</sup> BOLLIER. David. La rinascita dei commons: Successi e Potenzialità del movimento globale a tutela dei beni comuni. Ed. Stampa Alternativa, 2015, p. 21.

A necessidade de romper com os sistemas políticos e oligárquicos interligados a interesses econômicos dominantes <sup>335</sup> faz com que se pense em novas concepções de utilidades não individualizáveis ligadas ao uso compartilhado de bens, aptas e suficientemente capazes de promover a manutenção das formas de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana e não humana em contextos comunitários, mediante peculiares modos de organização e gestão do essencial. <sup>336</sup>

As novas concepções científicas devem sofrer ressignificação, pois a ciência enquanto técnica é direcionada à produção de relações entre sujeitos e a natureza melhorada pelo homem, a técnica que modifica a natureza, ligada à

---

<sup>335</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo Editora, 2017.

<sup>336</sup> Ricardo Marcelo Fonseca traça paralelos entre as inúmeras formas que vivenciam o poder nas sociedades do controle e na sociedade disciplinar. As estruturas da biopolítica e da sociedade de controle moldam outras relações de poder que ou se escondem ou se misturam com as relações de poder estatal, mas que este poder não consegue realizar o seu controle, principalmente nas novas formas massificadas de relações sociais da contemporaneidade. É de se diferenciar assim o mundo da norma e o mundo do direito correlacionando as normatividades como advindas da realidade factual e não possuindo em princípio relação direta com a estrutura normativa estatal. A norma é criada para além do estado e isso constitui uma constatação que nem mesmo a sociedade nem mesmo o estado é capaz de conter estas relações de poder e sujeições aos indivíduos. Haveria, portanto, um poder do Estado, em que se materializa na ideia trabalhada por juristas, onde existe um soberano (de onde provém toda a autoridade) que detém o poder. A partir dele, numa relação descendente (e este é o único sentido e a única direção assumida pelo poder), os súditos ou cidadãos são pacientes do poder e sofrem a sua incidência. O poder aqui, portanto, tem um detentor, um local, e um sentido muito próprios. A lei e o soberano são, por excelência, faces deste poder soberano, são formas assumidas pelo aparato estatal para controlar e regular a vida das pessoas, são as manifestações exemplares do poder do Estado. De outro lado, elucida o autor, há um poder normalizador (disciplinar e biopolítico), que ao inverso do poder da soberania, se exerce continuamente, usa um sistema de vigilância intermitente, um aparato de regras, de normalizações, de controle onde não há a ameaça de sanção institucionalizada. O poder normalizador, portanto, é distinto daquele ocupado pelo Estado. Tratar-se-ia de um poder que emana de todas as relações sociais e contém relações de poder que se manifestam em discursos legitimadores, em que há a união entre a disciplina e o biopoder com aquelas formas sem necessariamente se interligarem. Os indivíduos estão sujeitos e assujeitados às estratégias disciplinadoras da sociedade disciplinar, ao mesmo tempo que incursionados nas estruturas do poder, tal modo a se concluir, segundo o autor, que “o direito depois de sua ilusão megalômana ocorrida a partir dos finais do século XVIII e início do XIX no sentido de que o Estado seria o fundante e fundador de um “poder exclusivo e excludente que fosse expressão da razão infalível do soberano (onde o Código de Napoleão é o ícone representativo), deve, nesse momento, se defrontar com outras realidades com concretude histórica e que lhe demonstram que os constrangimentos sobre os sujeitos se encontram sobretudo em outro lugar, que vem de fora do direito eventualmente coloniza, de certo modo, esse mesmo direito” (p. 278). O sujeito e as formas de sujeição e de exercício de poderes se desprendem do ente estatal, e cada vez mais se aproximam de sujeitos reais, com menos autonomia política, e menos autonomia intelectual, para desatar-se do caráter sistêmico das diversas racionalidades que o envolvem, cada vez mais envolto em dispositivos e tecnologias de poder que o tornam mais controlados, disciplinados e normalizado. Há segundo o autor na atualidade uma teia de exercício de poderes sobre os sujeitos concretos que os limitam, sem necessitar do aparato estatal. Há outras formas de sujeição de submissão e de controle que os sujeitos de direito sofrem. O direito é apenas um veículo eventual dessas formas de poder (mas não seu instituidor), não consegue identificar e nem sequer entender nem menos dessujeitar os seus destinatários. A união entre o campo da soberania e da realidade de multiplicidade de poderes entre direito e norma entre as formas de intervenção e de controle biopolíticas e disciplinares que operam à margem do direito e ao mesmo tempo por meio do direito. É preciso, portanto, segundo o autor, diferenciar o sujeito de direito abstrato, e o sujeito real, que vivencia relações jurídicas privadas e públicas na vida real e sofre inúmeras formas de controle e sujeição através da norma. É preciso, pois, começar a pensar o poder para além do Estado. (cf. FONSECA, Ricardo Marcelo. O poder entre o direito e a 'norma': Foucault e Deleuze na Teoria do Estado “in” FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). Repensando a teoria do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2004, págs. 259/281).

produção, faz com que a natureza modificada pelo homem adquira valor econômico e sirva de objeto de trocas no mercado de consumo, sendo super explorada a ponto de não mais permitir sua recomposição. A natureza modificada pelo trabalho humano passa a ostentar significado e em essência grande dimensão na experiência humana, mas é em realidades comunitárias localizadas que encontra aptidão para viabilizar sua recomposição sem infirmar a vida, a relação entre sujeitos advinda da *práxis*, em contextos coletivos de compartilhamento de experiências, memórias e saberes, é suficientemente capaz de alcançar a proteção desses recursos comuns de modo mais efetivo do que na realidade do mercado, normalmente despossuído de limites morais.<sup>337</sup>

Identificar as utilidades não passíveis de apropriação particular, ajuda a melhor implementar e desenvolver a reprodução da vida humana, ligando-as mais com a ética do que com a técnica, fazendo reviver as concepções comunitárias esquecidas, derivadas das relações sujeito-sujeito, concebendo com que a técnica não interfira na *práxis*, não desprenda a natureza e as culturas a ponto de que a sua fruição, utilização e beneficiamento seja tão intensa que se inviabilize a própria e natural reconstituição das utilidades necessárias à reprodução e desenvolvimento da vida humana e não humana.

Não é possível mais reduzir a experiência humana a uma relação sujeito-objeto. Desde nossa concepção, dependemos de outro sujeito para nos alimentar, nos ensinar a caminhar, a comer, em essência a primeira relação humana advinda da *praxis* é o que nos permite viver. Todo nosso processo de crescimento,

---

<sup>337</sup> As regras de mercado estão cada vez mais afluentes e profusas, tal como exemplifica Michael Sandel, *verbis*: “Há coisas que o dinheiro não compra, mas, atualmente, não muitas. Hoje quase tudo está à venda. (...) hoje não faltam maneiras de ganhar dinheiro. Se você está precisando ganhar algum a mais, aqui vão algumas possibilidades inovadoras: - alugar espaço na testa (ou em outra parte do corpo) para publicidade comercial: US\$ 777. A Air New Zeland contratou trinta pessoas para raspem a cabeça e usem tatuagens temporárias com o slogan ‘Precisando mudar? Vá para a Nova Zelândia’. - Servir de cobaia humana em testes de laboratórios farmacêuticos para novas medicações: US\$ 7.500. A remuneração pode ser maior ou menor; depende da agressividade do procedimento usado para testar o efeito da nova droga, assim como do desconforto envolvido. - Combater na Somália ou no Afeganistão num contingente militar privado: US\$ 250 por mês a US\$ 1.000 por dia. O pagamento varia de acordo com a qualificação, a experiência e a nacionalidade. (...) - Barriga de aluguel indiana: US\$ 6.250. Os casais ocidentais em busca de uma mãe de aluguel recorrem cada vez mais à terceirização na Índia, onde a prática é legal e o preço corresponde a menos de um terço das taxas em vigor nos Estados Unidos. - Direito de ser imigrante nos Estados Unidos: US\$ 500.000. Os estrangeiros que investem US\$ 500.000 e geram pelo menos dez empregos numa região de alto nível de desemprego recebem o green card que lhes dá direito de residência permanente. - O direito de lançar uma tonelada métrica de gás carbônico na atmosfera: € 13 (aproximadamente US\$ 18). A União Européia mantém um mercado de emissões de gás carbônico que permite às empresas comprar e vender o direito de poluir. - Matrícula do seu filho numa universidade de prestígio? Embora o preço não seja divulgado, funcionários de certas universidades de primeira linha disseram ao wall street journal que aceitam alunos não propriamente brilhantes cujos pais sejam ricos e suscetíveis de fazer doações financeiras substanciais. (...)” (SANDEL, Michael. O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p.10-11).

nascemos e precisamos terminar de nos formarmos, nos alimentamos da secreção de outro sujeito, do leite materno, somos acolhidos por uma comunidade (por uma família, por uma escola, por um agrupamento de pessoas), que nos protege dos riscos do meio em que estamos inseridos, para que possamos sobreviver, e aprender a sobreviver. Quem nos acolhe na essência da vida, em seu início, é uma totalidade construída por outros sujeitos. A primeira experiência humana nesse sentido como totalidade é uma relação sujeito-sujeito. Surgimos e somos formados de relações práticas.<sup>338</sup>

Daí porque justificado que todas as ciências advindas da racionalidade, todo o pensamento científico não pode infirmar a vida, não se adstringe a relações sujeito-objeto. A matemática, a biologia, a física, a química, e até mesmo a sociologia, estudam a relação do ser humano com a natureza, vista como objeto, e melhorada ou modificada pelo homem em sua dimensão de dominação pela técnica, mas nem por isso devem se contradizer para infirmar a necessidade de desenvolver e reproduzir a vida.

#### **04.4.2 A colonialidade do poder e as reivindicações do pensamento decolonial pelos latinos americanos: um novo parâmetro com a filosofia do “bem viver”.**

Toda a experiência científica é direcionada a melhor buscar o remanejamento da técnica, a melhor dominar a natureza, na busca pela sobrevivência, sendo contradição em si mesma se indiretamente venha a deturpar a natureza a tal ponto de não permitir sua própria reconstituição. A experiência de buscar firmar a vida é o fundamento da ética, um ato é bom quando busca desenvolver a vida, mas é mal quando não permite viver, e a ética para Enrique Dussel é a afirmação da corporalidade, dado que ato é bom quando se busca consolidar a vida, ou seja, *dar de comer a um faminto, dar de beber ao sedento, dar de vestir ao desnudo*, é a ética na corporalidade.<sup>339</sup>

A dominação da natureza, da realidade, por meio da técnica, não pode servir de fim para alcançar a sobrevivência com a negação da vida humana. Toda a ciência busca manejar a realidade para firmar a vida. Paradoxalmente, está aí a

---

<sup>338</sup> Cf. DUSSEL, Enrique. *Filosofia der Sur, descolonización e transmodernidad*. Ed. Akal. Colección Inter Pares, 2015.

<sup>339</sup> Cf. DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Ed. Vozes, Petrópolis, 2002, item 4.5, p. 301.

grande contradição posta em todo o pensamento eurocêntrico relacionado à ciência, pois é a excessiva dominação da natureza e a falta de capacidade dela de se recompor do excesso de exploração<sup>340</sup> que potencialmente está a colocar em risco a livre reprodução e desenvolvimento da vida humana e não humana no planeta.<sup>341</sup>

A ciência deve ser uma mediação para a afirmação da vida humana em comunidade, e não servir de instrumento para o acúmulo de capital, ou de instrumento de justificação do lucro exacerbado e individual. A mercantilização das relações comunitárias é um problema que vem sendo exposto cada vez mais candentemente. A produção comunitária se fixa no valor de uso, e não no valor abstrato do trabalho para o capital. A capacidade de tomar decisões coletivas é que representa a política comunitária e pode se opor ao intento capitalista de mercantilização das relações sociais. Para garantir a reprodução social basta a tomada de decisões comunitária.<sup>342</sup>

O comunitário é a forma de escapar das normatizações do capital e de reproduzir a vida social, na medida em que estabelece relações de compartilhamento e de cooperação, única maneira autônoma de regular a produção da vida através do tempo sem que haja a redução sistêmica ao capital. O processo de reprodução da existência assim não se subordina ao capital, na medida em que

---

<sup>340</sup> Nesse sentido ver a falha metabólica do capitalismo, em: FOSTER, John Bellamy. O conceito de natureza em Marx: materialismo e natureza. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p.118-128, "*a teoria da falha metabólica em Marx*", subitem do capítulo 5º.

<sup>341</sup> Nas palavras de Eugênio Zaffaroni, "(...) Hoje a coisa está muito mais clara. Temos um poder financeiro mundial com imensas corporações transnacionais, com um volume econômico que supera o de muitos países. Isso está virando uma pulsão totalitária. Não digo que ela esteja já dominando tudo plenamente, mas se trata de uma pulsão de domínio que quer ocupar o lugar da política. Essas corporações não estão nas mãos do capital produtivo. No período do capitalismo produtivo, o explorador precisava da existência do explorado. O que temos hoje é outra coisa. Quem comanda são os Chief Executive Officer (CEO's), que são gerentes tecnocratas cuja única missão é obter a maior renda no menor tempo possível. (...) Neste cenário, vão caindo limites éticos, morais e legais, o que faz com que esse poder vá virando um poder criminoso em nível mundial. Quando falo "criminoso" não estou falando metaforicamente. Se analisarmos a crise de 2008, o que temos é um estelionato astronômico. A exploração do trabalho escravo à distância é outro crime. Se pensarmos no endividamento dos países e o que se faz com aquela minoria que compra os papéis da dívida desses países e depois os extorque, temos outro crime. É uma organização criminosa. O objetivo desses interesses é impor sociedades com 30% de incorporados e 70% de excluídos. A vinculação já não é entre explorador e explorado, como nos tempos de Henry Ford, quando o Estado podia atuar como mediador nessa relação com a produção e o capital. Agora, não podemos mais fazer isso porque do lado do capital não temos mais ninguém, só tecnocratas que querem a maior renda possível no menor tempo. O objetivo dessa pulsão totalitária do capital financeiro é enfraquecer os Estados que são o lugar da política. Eles querem ocupar esse lugar da política" (ZAFFARONI, Eugênio. Poder financeiro mundial virou uma organização criminosa. Disponível em: [https://sul21.com.br/entrevistasz\\_areazero/2018/08/eugenio-raul-zaffaroni-poder-financeiro-mundial-vice-uma-organizacao-criminosa/](https://sul21.com.br/entrevistasz_areazero/2018/08/eugenio-raul-zaffaroni-poder-financeiro-mundial-vice-uma-organizacao-criminosa/). Acesso em 05/04/2021).

<sup>342</sup> CORONIL, Fernando. Natureza do pós-colonialismo: do eurocentrismo ao globocentrismo. (In LANDER, Edgar et alii. A colonialidade do Saber: eurocentrismo e ciências sociais. Buenos Aires; CLACSO. 2005).

relega ao âmbito privado a realização da gestão coletiva em busca de um superior bem comum.<sup>343</sup>

O capital abstratiza os valores de uso das coisas, para sujeita-las a relações mercantis, e as relações humanas são geradas através de interação coletiva, e do mundo natural, inclusive carregam uma história de ensinamentos pretéritos que ajudam a transformar as coisas produzidas, enquanto relações comunitárias. No capitalismo o progresso e o desenvolvimento têm a ver com a aceleração vertiginosa da produção de mercadorias. O trabalho comunitário não fica subordinado a nenhuma determinação abstrata de lapsos medidos pelo trabalho abstrato, nem pelo valor de troca, senão pela única finalidade de reproduzir a vida comunitária.<sup>344</sup>

Deve-se pensar, na esteira do pensamento de Raquel Gutiérrez e Lohman Salazar,<sup>345</sup> que o capital abstratiza os valores de uso das coisas, para sujeitá-las às relações mercantis, afastar a interação coletiva, o mundo natural, inclusive carrega uma história de ensinamentos pretéritos que ajuda a transformar as coisas produzidas, enquanto relações comunitárias. O trabalho comunitário não fica subordinado ao trabalho abstrato, sua única finalidade é reproduzir a vida comunitária, agrega o *munus* comunitário de desenvolvimento comum, com a garantia do direito de acesso às utilidades fundamentais e a necessidade de compartilhamento de benefícios e de responsabilidades com todo o ambiente coletivo.

A vida comunitária não concede direitos, mas encargos, não somente de participar das decisões coletivas, como também de assumir o *munus* capaz de impor o compartilhamento de benefícios e de responsabilidades, e mais, de cumprir os acordos coletivos e os protocolos informais, não há o monopólio da decisão coletiva, e por isso ninguém pode delegar sua capacidade de produzir, e de tomar as decisões, gerando assim relações igualitárias e equidistantes, gerando assim utilidades coletivas que ostentam destaque da estrutura material que as sustenta.<sup>346</sup>

---

<sup>343</sup> CORONIL, Fernando. Natureza do pós-colonialismo: do eurocentrismo ao globocentrismo. (In LANDER, Edgard et alii. A colonialidade do Saber: eurocentrismo e ciências sociais. Buenos Aires; CLACSO. 2005).

<sup>344</sup> Cf. CORONIL, Fernando. Natureza do pós-colonialismo: do eurocentrismo ao globocentrismo. (In LANDER, Edgard et alii. A colonialidade do Saber: eurocentrismo e ciências sociais. Buenos Aires; CLACSO. 2005).

<sup>345</sup> Gutiérrez, Raquel, y Salazar Lohman, Huáscar (2015). Reproducción comunitaria de la vida. Pensando la transformación social en el presente. El apantle. Revista de estudios comunitarios, N° 1, Puebla (México), pp. 15-50. (35 p.)

<sup>346</sup> Cf. Gutiérrez, Raquel, y Salazar Lohman, Huáscar (2015). Reproducción comunitaria de la vida. Pensando la transformación social en el presente. El apantle. Revista de estudios comunitarios, N° 1, Puebla (México), pp. 15-50. (35 p.)

O “comum” não pode ser alcançado pela racionalidade moderna proprietária, é preciso abstrair dos dogmas reducionistas para se enxergar sua verdadeira essência e sua contrafação abstrata forjada nos direitos de ordem transindividual, assumindo assim a necessidade de promover uma interpretação constitucional e constitucionalizante das relações sociais, com base na solidariedade, capaz de alcançar toda a complexidade que esses conceitos exigem.

As necessidades do mundo moderno ao não entender as culturas como ciência e não recepcionar o comunitário, tornam insignificantes as entidades que se situam fora do mundo econômico, é preciso recepcionar a realidade das vítimas, dos outros, para melhor compreender outras formas de se fazer existir no mundo. Daí porque Mario Blaser aponta que as várias visões da melhor forma de reproduzir a vida tanto das comunidades tradicionais como da sociedade ocidental, para que se situem em equilíbrio,<sup>347</sup> de modo a tornar factível a reprodução da vida comunitária, como uma forma de “bem viver”.

Veja-se que, nesse sentido, Alberto Acosta delinea formas de entender a expressão “bem viver”, como algo contrário ao neoliberalismo e como forma de reproduzir a vida de modo coletivo, para o fim de desarmar a meta universal do progresso em razão do produtivismo e da devastação cada vez mais acelerada da natureza.<sup>348</sup>

O desenvolvimento não é a única direção da economia, e o crescimento econômico não é a única saída mundial para se libertar da pobreza, muito pelo contrário. O “bem viver”, uma nova concepção de vida aposta nas constituições latino americanas,<sup>349</sup> tem sido interpretado como capaz de entender que o progresso não é linear, não há um único entendimento de como a vida possa se materializar de forma digna, com a soma das práticas de resistência ao colonialismo, e às suas

---

<sup>347</sup> BLASER, Mario. Uma outra cosmopolítica é possível? Dossiê Saberes locais y territorios – o de como prospera el campo de los equívocos. Revista de Antropología da Universidade Federal de São Carlos. Volume 10. Número 2. Julho-dezembro, 2018, p. 14-42

<sup>348</sup> Cf. ACOSTA, Alberto. O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos. São Paulo: autonomia literária, Elefante, 2016, p. 69-141.

<sup>349</sup> O preâmbulo da Constituição do Equador de 2008 aponta o “buen vivir” como Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana -sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y, En ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente. CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.

sequelas, é preciso construir um modo de vida não absorvido pela modernidade capitalista e nem pela mercantilização das relações sociais.<sup>350</sup>

O “bem viver” é descolonizar, é preciso descolonizar intelectualmente, politicamente, socialmente, economicamente e culturalmente. Buscar as raízes comunitárias, não capitalistas, é o eixo aglutinador para alcançar a relacionaridade e complementariedade entre todos os seres vivos. É preciso relevar a interculturalidade, as lógicas democráticas comunitárias, e o “bem viver” como alternativa ao “desenvolvimento” que leva à desigualdade. A convivência cidadã é relativizada com a harmonia da natureza, o “bem viver” é o lema que “ninguém ganha se o vizinho não ganha” - enquanto que no capitalismo o lema é “para ganhar, o resto do mundo precisa perder”. Há uma intrínseca relação de solidariedade e cooperação entre a humanidade em si e com a natureza, nas relações ligadas ao “bem viver”, advinda do comunitarismo.<sup>351</sup>

O “bem viver” é mais do que as concepções trazidas da Europa porque é feito pelos latinos americanos. A vida é como parte de uma realidade vital maior e trata-se de correlacionar sujeitos somente (vistos de forma não isolada), humanos e não humanos, seres vivos, sem relacioná-los de modo primevo com objetos nem adentrar na apropriação exclusivista e egoística. É um pensamento contrário às visões do liberalismo de acumulação e competição entre indivíduos agindo para seu benefício próprio. As soberanias autossuficientes são sustentadas pelo individualismo e a agenda secreta do desenvolvimento é a ocidentalização do mundo.

O “bem viver” é, na visão de Alberto Acosta, subversivo, propõe saídas descolonizadoras, em todos os âmbitos da vida humana, é transformador, procura desconstruir a matriz colonial que desconhece a diversidade, afasta a ideia de estado monocultural, reputa a deterioração da qualidade de vida, as sucessivas crises econômicas e ambientais, a perda da soberania dos territórios para o neoliberalismo, e procura uma “vida melhor”, que não implica que outros “vivam pior”. A lógica não é acumular para viver, viver bem aqui e agora, sem colocar em risco a vida das próximas gerações, é preciso diminuir concentração de renda e

---

<sup>350</sup> Cf. ACOSTA, Alberto. O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos. São Paulo: autonomia literária, Elefante, 2016, p. 69-141.

<sup>351</sup> Cf. ACOSTA, Alberto. O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos. São Paulo: autonomia literária, Elefante, 2016, p. 69-141.

redistribuir riqueza, a visão humanista e anti-utilitarista deve preponderar. É preciso o bom conviver, dos seres humanos com as comunidades, das comunidades com outras comunidades, e de indivíduos e comunidades com a natureza.<sup>352</sup>

As relações mercantis do capitalismo global e eurocêntrico que individualizou a atividade produtiva ostentam estrita relação com a colonialidade do poder e com a racionalidade moderna.<sup>353</sup> O racionalismo da modernidade implícita ou explicitamente não enxerga a destruição da natureza como obstáculo à apropriação individual de tudo o que não seja humano. A ciência e a dominação da natureza pela técnica buscam estabelecer de modo artificial a harmonia nos espaços sociais, expulsando, segundo Carlos Marés, a natureza da interrelação com as sociedades habitadas e artificiais. E a consequência dessa expulsão é a crise ambiental, que está presente nas “enchentes, nas secas, nos furacões; está presente no caos do trânsito urbano, nas pandemias gripais, na obesidade, na extinção de espécies e de paisagens, na mudança do clima, no lixo acumulado”<sup>354</sup>

O racionalismo da modernidade entendeu que há duas categorias de seres: os humanos e o resto da natureza, que foi tratado como coisas a serviço do homem. Os “grandes” teóricos da modernidade separaram o natural do ser humano, e o colocaram em um espaço diferente da natureza, como se dela não fossem interdependentes.<sup>355</sup> O equilíbrio ambiental e a complexidade dos biomas, pela sua própria constituição ontológica, devem ser vistos como bens não passíveis de apropriação pelo homem (nem pelo estado, nem pelo particular), por se tornarem parte integrante e interdependente da criação e manutenção da vida no planeta.<sup>356</sup> O

---

<sup>352</sup> Cf. ACOSTA, Alberto. O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos. São Paulo: autonomia literária, Elefante, 2016, p. 69-141.

<sup>353</sup> Cf. LUGONES, María. Colonialidad y género. In: MIÑOSO, Yuderlys Espinosa, CORREAL, Diana Gómez; MUÑOZ, Karina Ochoa. Tejiendo de otro modo: Feminismo, epistemología y apuestas descoloniales en Abya Yala. Popayán: Editorial Universidad del Cauca, 2014, 57-73

<sup>354</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. De como a natureza foi expulsa da modernidade. Revista Crítica do Direito, n. 5, vol. 66, ago. dez. 2015. p. 90.

<sup>355</sup> “As novas análises científicas que vêm sendo realizadas no campo da ciência socioambiental, embasadas notadamente no que vem se denominando de ecologia profunda, logram por alcançar a compreensão de que o homem e a natureza (compreendendo-se como seres vivos todos aqueles pertencentes ao mundo natural) ostentam íntima relação cotidiana, devendo viver em plena harmonia, na medida em que formam partes de um todo e neste sentido são indissociáveis uns dos outros. Não se pode assim analisar o homem sem a natureza que o abriga e sustenta, da mesma forma que não se pode pensar em perpetuação da vida sem uma íntima correlação entre a natureza e todos os seres que a habitam e integram, junto à noção de ecossistemas” (CAVEDON, Ricardo. Teoria Geral dos Direitos Coletivos. Ed. Juruá. 2015, p. 201).

<sup>356</sup> Não obstante estas certezas inerentes ao inconsciente coletivo dos povos tradicionais desde muito tempo, a ciência moderna desenvolvida em suas bases por René Descartes, Galileu Galilei, Francis Bacon e Isaac Newton fulcra-se na concepção racionalista do ser humano como parte dissociada do todo, e independente por si mesma da natureza, fazendo com que o homem se torne superior a qualquer meio que habite, e por consequência aspire a pretensão de poder possuir ou dominar, se assim quiser, todas as criaturas (oriundas do mesmo criador) que com ele formam partes indissociáveis do todo. Isto faz com que se perca a noção de inter-

entorno (natural, artificial, digital), a cultura, cujo interesse abarca sujeitos indeterminados, inclusive as futuras gerações, a cujo objeto é adstrito uma abstração indivisível, a proteção da memória, dos valores coletivos, inerentes ao inconsciente coletivo da humanidade, são utilidades comuns relevantes que devem ser vistas como bens jurídicos transindividuais insuscetíveis de titularidade individualizada. Alguns aspectos da concorrência de mercado, da cooperação entre agentes, os valores comunitários, culturais, artísticos, paisagísticos são novas utilidades comuns que devem ser encaradas como referenciadas a bens jurídicos dotados de uma atitularidade ou titularidade indeterminada, que interessam a todos inclusive às futuras gerações.

A sociedade hegemônica e anti hegemônica, bem como os seres vivos e não vivos, sencientes e naturais, a todos interessam o equilíbrio do ser humano com a natureza, de modo que aqui merece ser dado uma interpretação evolutiva e teleológica aos artigos 216, 225 e 231 da Constituição da República, próprios a agregar a percepção de uma nova concepção de bem jurídico, que possui uma indeterminação de beneficiários e conteúdos indivisíveis, agregam em sua exploração econômica a imposição de correspondentes e contrapostas obrigações de compartilhamento dos benefícios de sua exploração e de suas responsabilidades pelo seu beneficiamento, para com toda a comunidade e também as futuras gerações para que tenham garantido o direito de acesso a estas utilidades fundamentais.

Entender as nuances do compartilhamento de deveres e responsabilidades na exploração e beneficiamento de utilidades comuns não passíveis de serem individualizadas, é o grande desafio que devemos enfrentar. Reinterpretar conceitos jurídicos já ultrapassados dotando-os de novas funcionalidades e agregando-lhes fundamentalidades distintas é um objetivo que deve ser direcionado a necessidade de se perpetuar e promover a livre produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana.

---

relacionamento recíproco, e, com esta desagregação, destrói-se a natureza de tal modo a não lhe permitir a capacidade para recuperação, haja vista a apropriação cada vez maior dos recursos naturais esgotáveis e finitos desde sua origem. O homem destrói e destrói-se a si mesmo quando destrói a natureza, e sem perceber, perde-se em seu próprio desequilíbrio, gerado por ele mesmo na ânsia do endeusamento do dinheiro e dos objetos técnicos. O desequilíbrio gerado é manifesto, porquanto a idealização jurídica do bem ambiental o faz não interessar a um só indivíduo isoladamente, tampouco a todos os habitantes do planeta conjuntamente, mas também às futuras gerações, não podendo pois ninguém isoladamente dele dispor. (CAVEDON, Ricardo. Teoria Geral dos Direitos Coletivos. Ed. Juruá. 2015, p. 319).

Para se entender as novas perspectivas deste cenário revelador, é necessário antes de tudo buscar resgatar a ideia do “comum”, daquilo que ficou esquecido, do comunitário e do coletivo, do transindividual, percepções essas que dentro de um cenário de economia compartilhada e de uma sociedade massificada, se fazem imprescindíveis para melhor estruturar o raciocínio jurídico atual.

A partir das ponderações traçadas nesse capítulo é possível alcançar uma melhor compreensão a respeito da noção das utilidades comuns como referenciadas a bens jurídicos transindividuais, aliando-as à ideia de indeterminação de seus beneficiários e na finalidade de correção de falhas de mercado, com consequente satisfação de interesses metaindividuais, de onde se extraem direitos cujas características não podem ser individualmente apropriadas pelo sujeito moderno.

O bem jurídico como utilidade não individualizável é a evolução de um conceito que deve ser alargado, para englobar toda a realidade circunstancial, não somente a dimensão trazida pela técnica e pelo modelo científico de desenvolvimento, mas deve envolver também a dimensão ética, de produção, desenvolvimento e manutenção da vida humana e não humana, de modo a moldar a noção de alteridade em uma perspectiva relacional, de um bem jurídico não individualizável como ligado à interpelação e à empatia que devem possuir todos os seres vivos e tudo que se relaciona com a manutenção do desenvolvimento da vida humana e não humana, em uma dimensão de inter-relacionamento e interdependência recíproca.

Em uma dimensão de interpelação recíproca com a natureza e com os outros seres vivos enquanto inseridos em comunidade, busca-se superar não somente a dimensão do sujeito abstrato criado pela modernidade, mas também entender a noção de bem jurídico como reelaboração e evolução daquele constructo fruto da modernidade racionalista. Surge daí a aceitação do “comum” e da dimensão transindividual como relevante e possivelmente englobado na ideia de utilidade comum como bem jurídico dotado de uma multiplicidade de estatutos, aceitando as novas subjetividades que delas exsurgem como passíveis de enfrentar frontalmente a captura pelo capital, tratando-se de recepcionar o cooperativismo e a existência baseada na solidariedade e na realidade comunitária.

São os novos desafios que a ciência contemporânea deve enfrentar para entender o “comum”, não como mero destaque de estruturas racionais e

reducionistas, mas como totalidade advinda de perspectivas transindividuais que não ostentam configurações incorporadas ao argumento econômico. É o futuro que se descortina e deve ser descoberto e melhor interpretado, ainda que como consequência demande novas fundamentabilidades e reelaborações interpretativas para antigos conceitos anteriormente estanques.

## **05. AS NOVAS FRONTEIRAS PARA AS RELAÇÕES DE PERTENCIMENTO NA ERA DO ACESSO: NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DE DIFERENTES ESTATUTOS PROPRIETÁRIOS PARA SE ENTENDER O “COMUM”.**

### **05.1. A relação jurídica adstrita aos bens jurídicos transindividuais: o direito de acesso e sua implementação em realidades comunitárias.**

#### **05.1.1. A instrumentalização dos direitos transindividuais e o direito de acesso às utilidades essenciais à vida: Uma possível interpretação evolutiva.**

A instrumentalização dos bens jurídicos inerentes à natureza, à cultura<sup>357</sup> à dignidade da pessoa humana, às intangibilidades de mercado - como a proteção da concorrência, aos valores artísticos, estéticos, históricos, paisagísticos, entre outros, é caracterizada não por um pertencimento exclusivista, mas pelo acesso compartilhado aos benefícios e utilidades que oferecem. São relações jurídicas que possuem como conteúdo interno direitos que não se realizam individualmente, adstritos a outra racionalidade, impõe a incursão em diferentes estatutos proprietários aptos a conectar os pressupostos do pertencimento às exigências de funcionalização desses bens jurídicos em consonância com a atual normativa constitucional.

São bens jurídicos cujo conteúdo é em essência indivisível, e por isso denotam uma destinação ou utilização relacionada à satisfação de necessidades que apenas podem ser completamente atendidas quando em realidades comunitárias. Não se realizam, portanto, longe de ambientes coletivos, seus benefícios não são individualizados e muitas vezes por isso não podem ser caracterizados pela disponibilidade no mercado.<sup>358</sup> Sua satisfação pode advir de

---

<sup>357</sup> As expressões culturais, conforme a Convenção sobre a Proteção e a Promoção das Diversidades Culturais, como resultado da criatividade humana individual ou coletiva, foram incorporada no ordenamento brasileiro pela Emenda Constitucional nº 48 de agosto de 2005, que estabeleceu no artigo 215, §3º, da Constituição da República, o denominado Plano Nacional da Cultura, para a defesa e a valorização do patrimônio cultural brasileiro, com a produção, promoção e difusão de bens culturais, devendo o Estado brasileiro democratizar o acesso aos bens de cultura, passando a se interpretar as expressões culturais como resultado da natureza humana, sendo a diversidade cultural um patrimônio comum da humanidade. Assim a dimensão cultural é mais do que a soma dos bens culturais protegidos pelo atual contexto do direito autoral, assumindo uma conotação autônoma, consistente em um bem jurídico de conotação diversificada daquela mentalidade individualista do século XIX, de característica de transindividualidade.

<sup>358</sup> É vasta a discussão a respeito da indisponibilidade dos direitos da personalidade. Pietro Perlingieri divide inclusive sua análise em direitos patrimoniais que se traduzem por expressão pecuniária caracterizados por situações jurídicas patrimoniais, e por direitos que não ostentam essas características, relacionando-se com situações jurídicas existenciais. (cf. PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil

utilidades gestadas em ambientes cuja organização interna seja dotada de protocolos sociais que incentivem a cooperação e o compartilhamento de responsabilidades, com a internalização de custos anteriormente socializados. O ambiente comunitário incentiva a internalização de externalidades negativas representativas de comportamentos produtivos individuais para adequadamente atender necessidades coletivas e realizar direitos fundamentais. Trata-se de bens jurídicos que quando funcionalizados em suas características essenciais adotam um *munus* comunitário adstrito aos ambientes em que se realizam.

Os direitos decorrentes da dignidade, como ensina Stefano Rodotà, não são apenas direitos individuais, mas também englobam direitos “dos outros”, que por assim dizer se traduzem em direitos transindividuais inseridos em comunidades e em um contexto marcadamente de alteridade, que agrega a seu exercício um *munus*.<sup>359</sup> A natureza, a cultura e as intangibilidades de mercado, do mesmo modo, traduzem-se em direitos que se instrumentalizam pelo acesso compartilhado, independentemente, conforme ensinam Tepedino, Renteria e Monteiro Filho, de um sistema de titularidades, pois logram por romper “com a lógica da propriedade como instrumento indispensável à realização das liberdades fundamentais”<sup>360</sup>

O acesso às utilidades essenciais da vida desse modo constitui-se como elemento instrumental das novas configurações nas relações de pertencimento. Liga-se a uma evolução de sua estrutura normativa que se operacionaliza justamente no intuito específico de suprir necessidades vitais do ser humano e de coletividades. Cabe construir pela interpretação de reenvio as vertentes da incidência dessa normatividade com base em casos concretos, mediante interpretação evolutiva do conceito de pertencimento, fulcrado na Constituição da República como pauta de valores, para tornar a ciência jurídica permeável à realidade transindividual e comunitária. Conforme Tepedino, Renteria e Monteiro Filho:

---

Constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002). Stefano Rodotà também analisa a existência de um mercado de direitos, em que se misturam direitos com expressão econômica daqueles considerados direitos fundamentais, que são alheios à lógica do intercâmbio, muitas vezes sendo observada uma irrestrita submissão do direito ao mercado, inclusive de bens jurídicos considerados existenciais e alheios à essa lógica (cf. RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 74).

<sup>359</sup> Cf. RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho*. Madrid: Editorial, Trotta, 2010.

<sup>360</sup> TEPEDINO, Gustavo. MONTEIRO FILHO, Carlos edison do Rêgo. RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do Direito Civil: Direitos Reais*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 568.

“(...) Surge (...) a noção de acesso não necessariamente instrumentalizada à aquisição do título de propriedade. Acesso e propriedade se tornam categorias autônomas, potencial ou efetivamente em conflito. Advoga-se o acesso a bens essenciais **para o aproveitamento de sua utilidade, sem atribuição da titularidade proprietária**. Nessa direção, o acesso pode ser compreendido como instrumento que permite satisfazer o interesse ao uso do bem **independentemente de sua apropriação exclusiva**. Abre-se o que se tem designado como ‘terceira via’ entre propriedade privada e pública. Mais: os bens comuns criam condição institucional de indiferença em relação ao sujeito que é o seu titular.”<sup>361</sup>

O elemento comunitário é em essência indisponível por relacionar-se com indeterminados sujeitos, resta fora da realidade econômica e da individualização mercadológica, e, portanto, não pode ser representado por ficções jurídicas ainda adstritas ao sistema individualista. Por isso mesmo o direito de acesso, decorrente das utilidades essenciais à vida humana, deve ser extraído de normatividades diferentes da estrutura formalista pautada como razão unívoca da racionalidade proprietária. Assume por assim dizer uma conotação de direito transindividual não subjetivável, o que corresponde a dizer, não há um direito de acesso individual e subjetivo de cada cidadão, mas um *munus* comunitário imposto não somente aos proprietários mas à todos os que com a comunidade se inter relacionam, como elementos dela interdependentes, de funcionalizar suas relações de pertencimento às normativas constitucionais, construídas com base nos arquétipos estruturais,<sup>362</sup> de modo a alcançar o sentido mais pleno de garantia na maior medida possível do acesso de todos às utilidades e benefícios essenciais que possam ser deles extraídos.

Como bem reportou Eroulhts Cortiano Junior, “a titularidade da situação proprietária passa a implicar, para o seu titular, o concomitante respeito às crescentes situações não proprietárias”,<sup>363</sup> e isso gera um duplo estatuto, “um de garantia, vinculado aos ditames sociais, e outro, de acesso”. Assim o não proprietário, na esteira desse autor, “não é mais apenas o sujeito passivo universal,

---

<sup>361</sup> TEPEDINO, Gustavo. MONTEIRO FILHO, Carlos edison do Rêgo. RENTERIA, Pablo. Fundamentos do Direito Civil: Direitos Reais. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 568

<sup>362</sup> Carl Jung vê a definição de arquétipo como uma forma construída pela recalitrância de comportamentos preexistentes no inconsciente coletivo, algo em muito similar aos instintos, oriundos não de individualidades, mas herdados do meio comunitário no qual os elementos se unem para além das existências individuais. (Cf. JUNG, Carl Gustav (1875-1961). Os arquétipos e o inconsciente coletivo. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 53-54)

<sup>363</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulhts. O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas, ed. Renovar, 2002, p. 153.

titular de um dever genérico de abstenção, mas se insere numa situação jurídica complexa, a qual envolve uma rede de interações não delimitadas subjetivamente. Assim não só os indivíduos, mas também a própria comunidade, como ente ficcional, ostenta o direito não individual de “exigir de quem proprietário é o cumprimento da função social da propriedade”, cabendo às estruturas jurídicas assegurar de modo indistinto as “condições materiais de aceder à propriedade”.<sup>364</sup>

Há assim, na lição de C. B. Mcpherson, duas vertentes advindas da propriedade individual, uma através da qual advém o “direito de excluir outrem”, outra por intermédio da qual exsurge o direito de “não ser excluído por outrem”. Esta segunda vertente, segundo o autor, praticamente desapareceu com o predomínio das relações de livre mercado, tendo na modernidade a noção de propriedade ficado praticamente “reduzida apenas ao direito de excluir outrem”.<sup>365</sup> O direito de não ser excluído por outrem, principalmente no tocante ao acesso às utilidades fundamentais da vida humana, é igualmente um aspecto que vai para além da perspectiva individual e individualizável, sendo suficientemente capaz de agregar uma conotação de direito transindividual – tal qual o direito de acesso – que em uma realidade massificada suplanta as individualizações.

O direito de não ser excluído do acesso às utilidades essenciais, de manter as condições mínimas para o desenvolvimento da vida, o mínimo vital, é uma das vertentes ligadas à necessidade de se universalizar os direitos não proprietários, com perspectivas transindividuais, pois para ser racionalizado não necessita de ficções e nem tampouco ser mercantilizado. É, pois, um direito sem sujeito determinado e cujo conteúdo não pode ser dividido, sendo por isso um direito que tem a função de limitar a expansão da mercantilização da vida humana, e a comodização da natureza.

As relações de mercado não obstante assumirem uma universalização muito grande na sociedade atual, reabsorvendo toda a realidade existencial em uma percepção individualizada, não alcançam as concepções transindividuais justamente porque são instrumentalizadas na finalidade de corrigir suas falhas e barrar sua

---

<sup>364</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas, ed. Renovar, 2002, p. 153.

<sup>365</sup> MACPHERSON, C. B., 1911- , 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. 108

expansão.<sup>366</sup> O excesso de mercantilização, decerto, quando não contido pelo direito, acaba sendo reabsorvido pela estatalidade, que transforma – ainda que artificialmente – todos os elementos de natureza metaindividual em individualizações passíveis de se submeterem às regras do mercado. Acaba sendo dominado pela destinação dada ao ente abstrato e seus complexos meios de tomada de decisão, capturado pelos interesses do capital, cuja destinação nem sempre verdadeiramente observa as aspirações massificadas de comunidades locais despossuídas de visibilidade mercadológica.

Enxergar o “comum” e a esfera do transindividual implica em uma alteração cultural profunda, de modo a tomar as necessidades da pessoa humana e alocá-las novamente nas relações comunitárias, como verdadeiro limite à abstração proprietária, recepcionando arquétipos sociais capazes de colaborar na formação de normatividades que suplantam a expansão do mercado e exigem a observância de um *munus* comunitário na constituição fundante do ser humano. A interpretação de reenvio assim presta grande importância nesse intento.

As compensações econômicas que afetam biomas naturais, culturas, e alguns aspectos da dignidade humana, como expressão socioambiental de inter relacionamento homem-natureza, entre outras intangibilidades de mercado, tendem a ser impassíveis de representação segmentada no social. O oficialismo estatal não é apto nem consistente para uma adequada representatividade desses interesses, tratam-se de bens jurídicos que, mesmo sendo vistos pela Constituição da República como fundamentais, não se submetem à disponibilidade de seu suporte nos mesmos moldes do que determinados bens públicos ou privados, que podem ser dotados de características inerentes ao clássico raciocínio proprietário. São indisponíveis portanto, não de modo representativo, mas constitutivo, justamente por

---

<sup>366</sup> “(...) quando decidimos que determinados bens podem ser comprados ou vendidos, estamos decidindo, pelo menos implicitamente, que podem ser tratados como mercadorias, como instrumentos de lucro e uso. Mas nem todos os bens podem ser avaliados dessa maneira. O exemplo mais óbvio são os seres humanos. A escravidão era ultrajante por tratar seres humanos como mercadorias, postas à venda em leilões. Esse tratamento não leva em conta os seres humanos de forma adequada – como pessoas que merecem respeito e tratamento condigno, e não como instrumentos de lucro e objeto de uso. Algo semelhante pode ser dito a respeito dos bens e práticas que nos são valiosos. Não colocamos crianças à venda no mercado. Ainda que os compradores não maltratassem as crianças compradas, a existência de um mercado de crianças estaria expressando uma maneira errada de tratá-las. As crianças não são bens de consumo, mas seres que merecem amor e cuidados. Ou então, vejamos a questão dos direitos e das obrigações da cidadania. Se você for convocado a participar de um júri, não poderá contratar um substituto. E os cidadãos tampouco têm o direito de vender seus votos, embora não falte quem esteja ansioso por comprá-los. Por que não? Porque consideramos que os deveres cívicos não devem ser encarados como propriedade privada, mas como uma responsabilidade pública. Terceirizá-los significa aviltá-los, tratá-los de maneira errada.” (SANDEL, Michael. O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p.15).

manifestarem a amálgama de interesses não individualizáveis e indivisíveis, essencialmente realizados em ambientes comunitários.

### **05.1.2. O excesso de mercantilização da vida e da natureza, e a absorção do “comum” e do transindividual pela racionalidade proprietária.**

Os direitos de natureza transindividual não detém uma instrumentalização que os definam apropriadamente no atual sistema jurídico, uma vez que acabam se manifestando por meios e métodos repassados por individualizações para se fazerem concretos, o que torna sua defesa na grande maioria das vezes despossuída de maiores graus de efetividade.<sup>367</sup> A idealização do sujeito de direito abstrato é de fato a manifestação máxima da individualização das estruturas jurídicas espelhadas na modernidade, e a dificuldade e omissão para se pensar em uma titularidade para os direitos difusos sempre foi uma pauta muito pouco explorada, ante as limitações sistêmicas de um modelo jurídico fulcrado em individualizações abstratas.

O raciocínio jurídico nas suas bases não se estruturou na dicotomia individual e transindividual. Pelo contrário, foi individualizado e se constituiu por meio de ficções, moldando a pessoa jurídica<sup>368</sup> e o próprio estado como entidades que manejam interesses individualizáveis assim representados por objetos-mercadorias. Tudo o que não é sujeito para a racionalidade moderna é objeto-mercadoria. A própria personalidade jurídica do ser humano, como sujeito de direito, foi uma criação do direito que não detém correlação com a natureza, e não raro é equiparada a objetificações mercadológicas. A separação artificial entre subjetividade e a corporalidade do ser humano, permitiu que a personalidade jurídica

---

<sup>367</sup> Veja o caso de demandas ambientais que chegam às cortes superiores. Dada as dificuldades de efetivação de postulados constitucionais e ambientais, acabam encerrando-se mediante acordos que não raro sedimentam uma já estabelecida degradação ambiental significativa. Sempre os interesses e direitos de ordem difusa acabam prejudicados pela dificuldade de serem adequadamente tutelados. A exemplo o case julgado no Recurso Especial nº 650.728/SC, em que o judiciário determinou a recuperação ambiental de um manguezal que na prática já se encontrava sufragado por concreto, suprimido por calçamento, havendo o restabelecimento da obrigação se convertido na fase da execução em medidas de compensação ambiental, dada a impossibilidade fática de retorno ao *status quo ante*. Em razão da demora nos julgamentos dos tribunais é bastante comum essa situação na prática forense, o que corresponde uma violação clara das normativas constitucionais.

<sup>368</sup> A vontade do ente abstrato é “distinta da vontade individual dos membros componentes; seu patrimônio, constituído pela afetação de bens, ou pelos esforços dos criadores ou associados, é diverso do patrimônio de uns e de outros; sua capacidade, limitada à consecução de seus fins pelo fenômeno da especialização, é admitida pelo direito positivo. E, diante de todos os fatores de sua autonomização, o jurista e o ordenamento jurídico não podem fugir da verdade inafastável: as pessoas jurídicas existem no mundo do direito e existem como seres dotados de vida própria, de uma vida real.” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. Vol. 1, 33ª ed., rio de Janeiro, Forense, 2020, p. 264).

fosse reconhecida somente quando a ordem legal a concedesse, e da mesma forma, fosse negada quando bem lhe conviesse, ou seja, quando o ordenamento jurídico a recusasse, a exemplo dos escravos ou mesmo dos índios e populações tradicionais nos países colonizados.

Alguns aspectos dos direitos inerentes à dignidade humana, ditos no âmbito internacional como direitos humanos, refletem-se como direitos que não se realizam individualmente, e por isso, ostentam características de direitos transindividuais. Sofrem uma dificuldade em se compreenderem como não afetos às regras de mercado, sendo impassíveis de transitarem no tráfico jurídico, não obstante a cada vez maior apropriação desses valores pelo capital.<sup>369</sup> Conforme Michael Sandel:

(...) os mercados e o pensamento pautado pelo mercado (no mundo pós guerra fria) passaram a desfrutar de um prestígio sem igual, e muito compreensivelmente. Nenhum outro mecanismo de organização da produção e distribuição de bens tinha se revelado tão bem sucedido na geração de afluência e prosperidade. Mas, enquanto um número cada vez maior de países em todo o mundo adotava mecanismos de mercado na gestão da economia, algo mais também acontecia. Os valores de mercado passavam a desempenhar um papel cada vez maior na vida social. A economia tornava-se um domínio imperial. Hoje, a lógica da compra e venda não se aplica mais apenas a bens materiais: governa crescentemente a vida como um todo. (...)

A chegada do mercado e do pensamento centrado nele a aspectos da vida tradicionalmente governados por outras normas é um dos acontecimentos mais significativos da nossa época.

Veja-se por exemplo a proliferação de escolas, hospitais e prisões inseridos no sistema da busca de lucro, assim como a terceirização da guerra a empresários militares privados. (No Iraque e no Afeganistão, as forças de fornecedores privados tornaram-se mais numerosas do que as tropas militares americanas).

Veja-se o eclipse das forças policiais públicas por empresas de segurança privada – especialmente nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, onde o número de guardas particulares chegou a mais do que o dobro do número de policiais da força pública.

Veja-se, ainda, o agressivo marketing adotado pelos laboratórios farmacêuticos para a venda de remédios aos consumidores nos países ricos. (...) Ou então veja-se a invasão das escolas públicas pela publicidade comercial; a venda de 'direitos de nome' a parques e espaços cívicos; a comercialização de óvulos e esperma 'de grife' para a reprodução humana assistida; a terceirização da gravidez da mãe de aluguel no mundo desenvolvido; a compra e venda, por parte de empresas e países, do direito de poluir; um sistema de financiamento de

---

<sup>369</sup> Ver nesse sentido: SANDEL, Michael. O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

campanhas eleitorais que chega perto de permitir a compra e venda de eleições.

Essas formas de utilização do mercado para fornecimento de saúde, educação, segurança pública, segurança nacional, justiça penal, proteção ambiental, recreação, procriação e outros bens sociais praticamente eram desconhecidas há trinta anos. Hoje, praticamente passaram a fazer parte da paisagem.”<sup>370</sup>

A transformação da pessoa em uma dualidade,<sup>371</sup> em que seu próprio corpo é objeto de propriedade e, portanto, suscetível de se tornar uma mercadoria,<sup>372</sup> hoje no mundo massificado, um produto exposto ao mercado de consumo, é o reflexo claro de que a estruturação da racionalização moderna moldou as relações sociais por intermédio do raciocínio proprietário.<sup>373</sup> A pessoa é dual, pois em uma acepção abstrata é o “ser” sujeito detentor de subjetividade, noutra é o “corpo” e a corporalidade passível de ser objeto de propriedade. A concepção do homem dual dá sentido à vida humana, pois segundo Alain Supiot:

“(…) de um ponto de vista jurídico, nós o consideramos um sujeito, dotado de razão e titular de direitos inalienáveis e sagrados. Mas, de um ponto de vista científico, nós o consideramos um objeto de conhecimento, cujas leis de comportamento a biologia, a economia, as ciências sociais etc. permitem descobrir e explicar. Essas duas vertentes, subjetiva e objetiva, do ser humano são as duas faces de uma mesma medalha. Pois cumpre primeiro ter pensado o espírito para considerar o corpo uma coisa. As noções de sujeito e de objeto, de pessoa e de coisa, de espírito e de matéria se definem por oposição mútua. Uma não é concebível sem a outra e jamais a ciência positiva poderia ter nascido sem elas.(…)  
(…) o homem é um sujeito capaz de razão para que a ciência seja possível. E essa definição do ser humano não resulta de uma demonstração científica, mas de uma afirmação dogmática; é um produto

---

<sup>370</sup> SANDEL, Michael. O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 11.

<sup>371</sup> SUPIOT, Alain. Homo juridicus : ensaio sobre a função antropológica do direito | Alain Supiot; tradução Maria Ennantina de Almeida Prado Galvão. - São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.13.

<sup>372</sup> A Constituição da República estabeleceu a vedação expressa de comercialização de órgãos humanos, conforme artigo 199, no sentido de que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, sendo que a lei deverá dispor sobre “as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, **sendo vedado todo tipo de comercialização**” (artigo 199, §4º, da Constituição da República).

<sup>373</sup> “(…) o mundo formado e sustentado pela sociedade de consumidores fica claramente dividido entre as coisas a serem consumidas e os que as escolhem; as mercadorias e seus consumidores: as coisas a serem consumidas e os seres humanos que as consomem. Contudo, a sociedade de consumidores é o que é precisamente por não ser nada desse tipo. O que a separa de outras espécies de sociedade é exatamente o embaçamento e, em última instância, a eliminação das divisões citadas acima. Na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável. (BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 20).

da história do Direito e não da história das ciências. (...). Cumpria pensar o homem como um objeto material para conceber a medicina como uma ciência e o trabalho como um bem negociável. A ciência e a economia modernas não poderiam ter nascido sem essa configuração jurídica própria do Ocidente, a pessoa humana (...)" <sup>374</sup>

Na sociedade marcada pelo racionalismo proprietário da modernidade, conforme a visão de Zygmunt Bauman, todos habitam o mesmo espaço social conhecido como mercado (um único mercado), <sup>375</sup> e ninguém pode se tornar sujeito sem antes virar mercadoria, ninguém "pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável". <sup>376</sup> A subjetividade do sujeito, e a "maior parte daquilo que essa subjetividade possibilita ao sujeito atingir", concentra-se num esforço sem fim para que ela própria se torne, e permaneça, de modo não transitório, uma mercadoria vendável. Assim a característica mais marcante dessa sociedade, na visão de Bauman, é a transformação de consumidores e subjetividades em mercadorias, a invisibilidade para essas relações de mercado é equivalente à morte, <sup>377</sup> por isso sendo sempre exigida a "recomodificação constante, ininterrupta", o que é para a mercadoria, tal qual, também para os consumidores, equivalente "ao que é o metabolismo para os organismos vivos". <sup>378</sup> Conforme Baumann:

"(...) a sociedade de consumidores é com muita frequência representada como se estivesse centralizada em torno das relações entre o consumidor, firmemente estabelecido na condição de sujeito cartesiano, e a mercadoria, designada para o papel de objeto cartesiano, ainda que nessas representações o centro de gravidade do encontro sujeito-objeto seja transferido, de forma decisiva, da área da contemplação para a

---

<sup>374</sup> SUPIOT, Alain. Homo juridicus : ensaio sobre a função antropológica do direito | Alain Supiot; tradução Maria Ennantina de Almeida Prado Galvão. - São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.13-14.

<sup>375</sup> "(...) Não importa a rubrica sob a qual seja classificado (...), a atividade em que todos estão engajados (por escolha, necessidade, ou, o que é mais comum, ambas) é o marketing. O teste em que precisam passar para obter os prêmios sociais que ambicionam exige que remodelem a si mesmos como mercadorias, ou seja, como produtos que são capazes de obter a atenção e atrair demandas e fregueses." (BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 13).

<sup>376</sup> BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 20

<sup>377</sup> "(...) se tornar uma mercadoria notável, notada e cobiçada, uma mercadoria comentada, que se destaca da massa de mercadorias, impossível de ser ignorada, ridicularizada ou rejeitada (...) numa sociedade de consumidores, tornar-se uma mercadoria desejada e desejável é a matéria de que são feitos os sonhos e contos de fadas". BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 22.

<sup>378</sup> BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 21-22.

esfera da atividade. Quando se trata de atividade, o sujeito cartesiano pensante (que percebe, examina, compara, calcula, atribui relevância e torna inteligível) se depara – tal como ocorreu durante a contemplação – com uma multiplicidade de objetos espaciais (de percepção, exame, comparação, cálculo, atribuição de relevância, compreensão), mas agora também com a tarefa de lidar com eles: movimentá-los, apropriar-se deles, usá-los, descartá-los. (...) os consumidores são removidos e colocados fora do universo de seus potenciais objetos de consumo. (...) o mundo formado e sustentado pela sociedade de consumidores fica claramente dividido entre as coisas a serem consumidas e os que as escolhem; as mercadorias e seus consumidores: as coisas a serem consumidas e os seres humanos que as consomem”<sup>379</sup>

A operacionalização dos direitos modernos se deu por estruturas passíveis de serem individualizadas. A pessoa jurídica é fortemente exemplo dessa afirmação. Tanto o ente estatal (pessoa jurídica de direito público interna) quanto a pessoa ficcional que abarca uma coletividade de indivíduos privados, são exemplos de ente criados artificialmente muitas vezes para operacionalizar direitos impassíveis de realização não individualizada, e coletividades que não poderiam ser instrumentalizadas senão por intermédio do raciocínio proprietário exclusivista. Ao manejar por meio do ente estatal a proteção da tutela ambiental, cultural e até mesmo de aspectos da dignidade humana, ou intangibilidades de mercado, estamos a tratar especificamente de representatividade incompleta ou inacabada, porquanto não é viável que a tomada de decisão a respeito desses bens indisponíveis venha a se fazer longe das camadas sociais comunitárias das quais são esses interesses intrínsecos.<sup>380</sup>

Vista em essência como uma resultante de diversificadas manifestações de vontades individuais,<sup>381</sup> em tese a pessoa jurídica, assim como o estado, nada mais

---

<sup>379</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 20

<sup>380</sup> Hoje busca-se retornar à essa concepção no momento em que a tomada de decisão coletiva por exemplo para a regulação de mercado ou dos destinos de questões ambientais seja relevada apenas mediante ampla participação popular, como por exemplo, audiências públicas capazes de representar procedimentos democráticos representativos de adequadas delineações que envolvem o alcance das finalidades desses bens jurídicos de natureza diferenciada.

<sup>381</sup> A pessoa jurídica, para a doutrina tradicional, nas palavras de Tepedino, nada mais é do que a “resultante” de diversas forças, sendo essas as próprias manifestações volitivas. Vale ressaltar que não é qualquer reunião de indivíduos que constitui uma pessoa jurídica, de forma que, além do fato externo desta unidade, é necessário que se estabeleça uma vinculação jurídica específica, possibilitando que haja uma verdadeira unidade orgânica a partir deste encontro de vontades. (TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. 2 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 109). Por fim os requisitos da pessoa jurídica, para Caio Mario da Silva Pereira, são três, a conjunção da “vontade humana criadora”, a observância das condições legais de sua formação e a liceidade de seus propositos” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil*. Vol. 1, 33ª ed., rio de Janeiro, Forense, 2020, p. 254).

são do que manifestações volitivas individuais conjugadas e enaltecidas a ponto de adquirirem importância normativa e atuarem individualmente. Há a princípio nessa ideia, como bem atesta Caio Mario da Silva Pereira, um desvio de perspectiva, pois a vontade “não se destaca do indivíduo como um ser independente, mas a personificação da vontade, como elemento autônomo é que se destaca das pessoas componentes da pessoa jurídica, o que para este autor configura “um atentado contra a realidade das coisas.”<sup>382</sup>

A teoria estrutural que explica a existência da pessoa jurídica é a da realidade técnica, que separa as manifestações volitivas da pessoa abstrata daqueles órgãos que a exprimiram, adotando perfeita similitude com a pessoa natural, distinguindo sua essência subjetiva daquela corporalidade material que a sustenta.

Em última instância, tanto a pessoa física como a pessoa jurídica possuem uma existência meramente abstrata e desvinculada de sua corporalidade, sendo entes ideais constituídos direta ou indiretamente pela vontade individual para a finalidade de atuarem de modo autônomo no mercado.<sup>383</sup>

Ainda que na doutrina se destaque a personificação dos entes abstratos como uma manifestação da vontade coletiva do grupo, separada das vontades individuais dos participantes, de tal forma que o querer do ente abstrato é uma resultante e não a mera justaposição de manifestações volitivas isoladas;<sup>384</sup> é certo

---

<sup>382</sup> Cf. PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. Vol. 1, 33ª ed., rio de Janeiro, Forense, 2020, p. 262.

<sup>383</sup> Conforme Roberto Espósito: “(...) o domínio sobre o objeto não se funda na distância que o separa do corpo mas sim no movimento da sua incorporação. O corpo é o lugar primeiro da propriedade porque é o lugar da propriedade primeira, isto é, daquela que cada qual tem sobre si próprio. O mundo é-nos dado por Deus em comum mas o corpo pertence apenas ao indivíduo que ao mesmo tempo é constituído por ele e o possui antes de qualquer outra apropriação, isto é, de forma originária. É nesta troca, ao mesmo tempo desdobramento e duplicação – entre ser e ter o próprio corpo que o indivíduo lockiano encontra o fundamento ontológico e jurídico, onte-jurídico, de todas as subsequentes apropriações: possuindo a própria pessoa corpórea ele é dono de todas as suas prestações, a começar por aquela que, transformando o objeto material, se apropria dele por propriedade transitiva.” (ESPOSITO, Roberto. Bios: biopolítica e filosofia. Lisboa: Edições 70, 2010, págs. 100).

<sup>384</sup> São enormes as divergências e teorias a respeito da caracterização jurídica da pessoa abstrata. A doutrina autorizada (por todos, PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. Vol. 1, 33ª ed., rio de Janeiro, Forense, 2020, p. 257-264) agrupa essas divergências em quatro teorias, a da ficção, da propriedade coletiva, da realidade e a teoria institucional. A primeira (teoria da ficção) explica a existência do ente abstrato como uma simples ficção, uma mera criação legal, artificial, portanto, uma vez que a qualidade de sujeito da relação jurídica é prerrogativa exclusiva do ser humano. Abstrai-se, portanto, o ente abstrato dos seus criadores, ficando uma controvérsia muito significativa na relação de existência do ente estatal, que não pode se traduzir como produto fictício dependente da preexistência de algo que o reconhecesse (a lei). A pessoa jurídica é criada por lei, mas a lei emana do Estado, ficando sem explicação a personalidade estatal. A teoria da propriedade coletiva se assenta na ideia de que cada associado detém o domínio conjunto do acervo de bens, sem, contudo, conferir aos seus titulares os poderes inerentes ao domínio. Contemporaneamente não é condizente porque há personificação de entes abstratos que independem da cogitação patrimonial, sociedades recreativas ou associações literárias. A teoria da instituição, por sua vez, imagina o ente moral como organizações sociais que exatamente por atenderem finalidades não individualistas

que essa conjunção de vontades formativas da pessoa jurídica acaba por concretizar manifestações e interesses individualizáveis, determinados e divisíveis, em nada referenciando-se nas difusas aspirações sociais e comunitárias de minorias não previamente delimitadas,<sup>385</sup> resumindo-se assim à mera justaposição de interesses e de perspectivas que não transcendem de maneira alguma os interesses e perspectivas individualizadas de um sujeito de direito abstrato.

Ainda que contemporaneamente se possa dizer que se criam pessoas jurídicas com finalidades sociais e que visam ao atendimento de necessidades coletivas e transindividuais, isto somente é realizado a partir de uma resultante derivada de vontades individuais conjungadas, ou a partir de patrimônio destinado a este fim. A gênese de tudo é a vontade individual. Fora da individualização, e da manifestação volitiva individual, os interesses comunitários e difusos, quedam-se omitidos e ignorados, pois somente se instrumentalizam pelo compartilhamento e pela cooperação em comunidade, vertentes da solidariedade constitucional, pressupostos que se distanciam da racionalidade proprietária moderna. Apenas podem ser adequadamente representados se houver uma cisão ou relativização das dicotomias modernas (sujeito-objeto, estado-mercado, público-privado, etc). A fissura que surgiu após a segmentação e instrumentação dos direitos difusos e coletivos é deveras relevante e até hoje tal situação ainda não se definiu.

---

(de cunho social) é que são personificadas. Esquece-se, contudo, que há personalidade jurídica nas sociedades “que se organizam sem a finalidade de prestar um serviço ou preencher um ofício”. A teoria realista, finalmente, a mais aceita, distingue a ideia que se manifesta daqueles órgãos que a exprimem, em perfeita similitude com a pessoa natural, que também manifesta a sua vontade através de seus órgãos. “Tanto as sociedades e associações como as fundações são envolvidas pela identidade de conceituação doutrinária, pois que numas e noutras existe um corpus, que administra e mantém a entidade em contato com o mundo, e um animus que é a ideia dominante, manifestada nas associações e nas sociedades pela vontade do grupo componente e nas fundações pela de seu criador” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: Introdução ao direito civil: Teoria geral de direito civil. Vol. 1, 33ª ed., rio de Janeiro, Forense, 2020, p. 261-262).

<sup>385</sup> Importante referenciar a inviabilidade de por exemplo se criar uma associação jurídica no intuito de representação de direitos e interesses indígenas ou da natureza, uma vez que o ente coletivo precisa anteriormente a qualquer intervenção em sua autonomia cultural, segundo as próprias normativas internacionais e diretrizes constitucionais (art. 231 e 232, da CF), destinatário de um procedimento adequado de **consulta prévia** às respectivas comunidades, conforme as expressas delimitações do artigo 27 da Convenção 169, da Organização Mundial do Trabalho, que assim dispõe: 1. Os programas e os serviços de educação destinados aos povos interessados deverão **ser desenvolvidos e aplicados em cooperação com eles a fim de responder às suas necessidades particulares**, e deverão abranger a sua história, seus conhecimentos e técnicas, seus sistemas de valores e todas suas demais aspirações sociais, econômicas e culturais. 2. A autoridade competente **deverá assegurar a formação de membros destes povos e a sua participação na formulação e execução de programas de educação**, com vistas a transferir progressivamente para esses povos a responsabilidade de realização desses programas, quando for adequado. 3. Além disso, os governos deverão reconhecer **o direito desses povos de criarem suas próprias instituições e meios de educação**, desde que tais instituições satisfaçam as normas mínimas estabelecidas pela autoridade competente em consulta com esses povos. Deverão ser facilitados para eles recursos apropriados para essa finalidade (Convenção 169 da OIT).

A estruturação do público (representado pela somatória dos interesses individuais) - como aquilo que se encontra fora do mercado, e que dá as condições de segurança e sustentação ao mercado - fez com que todo o sistema jurídico se embasasse em essência pelo pensamento econômico individualista e mercadológico. Olvidou-se ou fez-se irrelevante a ideia do transindividual que perpassa a somatória de interesses individuais, adquirindo viés autônomo, desvinculado não de sua origem, mas de qualquer conexão com as realidades individuais paralelas. O mercado não fornece por si só o acesso à essas utilidades comuns justamente porque servem como um elemento para barrar sua expansão. É por isso o transindividual diferente da mera somatória dos interesses individuais, assumindo a concepção de aspiração social massificada indeterminada, que agrega uma conotação absolutamente diversa e muitas vezes sequer perfeitamente representada ou identificada pelo ente estatal, dado seu caráter conflituoso de internalizações de interesses. As realidades comunitárias muitas vezes não são compatibilizadas e nem tampouco adequadamente representadas no oficialismo do ente público e do processo democrático vigente.

Um direito transindividual surge de uma correlação, não de uma justaposição. O direito de acesso não está atrelado ao mercado dado porque justamente se interrelaciona com suas falhas, notadamente a impossibilidade de fornecimento de bens coletivos, não auxilia na sua implementação mas justamente em barrar sua expansão, contendo o excesso de mercantilização da vida humana. Por isso o acesso não é um direito subjetivo, porquanto não depende do comportamento de um único sujeito passivo, mas sim de um incentivo a um número indeterminado de sujeitos mediante políticas públicas ou organizações capazes de regular a atividade comportamental de um conjunto indeterminado de sujeitos. É assim o direito de acesso um instrumento de correção da falha de mercado consistente na impossibilidade de fornecimento pelo mercado de bens coletivos.

É a essência dos direitos transindividuais desvinculada e autônoma a qualquer correlação com a representatividade democrática vigente, pois liga-se à aspectos comunitários locais, cujas estruturas se compõe por uma indeterminação de seus destinatários e pela indivisibilidade de seus conteúdos. Agrega valores e princípios afetos a manifestações sociais massificadas e difusas, com a funcionalização instrumentalizada no livre acesso às utilidades essenciais, a bens

fundamentais para o desenvolvimento da vida digna e no compartilhamento de benefícios e responsabilidades da exploração produtiva individualista, com a internalização de custos sociais anteriormente socializados.<sup>386</sup>

A estruturação do acesso como direito fundamental é o novo paradigma da contemporaneidade, reconhecido como direito de terceira geração, é garantido por ferramentas estruturais de concretização que se legitimam mediante procedimentos democráticos de legitimação que impõe a incursão regulatória pautada por decisões coletivas participativas. A tomada de decisão não exclusivista assume a condição de moldar a funcionalidade dos bens jurídicos, mediante inéditas formas de regulação, ninguém podendo dele isoladamente dispor das utilidades fornecidas, pois a disposição por um implica na disposição por todos, inclusive dos não-sujeitos, dos excluídos dessa categoria abstrata, ou daqueles que, às margens do sistema econômico, acabam tendo sua participação negligenciada ou indefinida, em última *ratio* sem ostentar condições materiais para, mediante o compartilhamento responsável, acessar as utilidades fundamentais para o desenvolvimento da vida sem necessitar de ser titular.

### **05.1.3. A fissura da racionalidade moderna e os novos arranjos do pertencimento ligados à realidade comunitária.**

A fissura da racionalidade moderna reside nos novos arranjos para as relações de pertencimento pautadas no acesso às utilidades essenciais, inerentes à interesses não individualizáveis e sua complexa definição legal. A técnica legislativa para esses interesses deve ser diversificada, recheada de conceitos vagos e

---

<sup>386</sup> Conforme bem expõe Marcos Alberto Rocha Gonçalves, “inegável que a funcionalização da propriedade, nos moldes do inciso XXIII do artigo 5º, constitui ferramenta de concretização da propriedade como acesso, tratando-se, nesta medida, de conceito mediador da realização do programa constitucional enunciado pela Constituição. De fato, a partir da inserção do direito de propriedade e da função social no rol dos direitos e das garantias fundamentais, inverte-se o fluxo dos conceitos, impondo a função social como elemento prévio do direito de propriedade. Vale dizer, portanto, que o atendimento da função social é objetivo inicial da garantia do direito de propriedade, sendo as intenções individuais necessariamente submissas a esse elemento prévio. Assim afirma-se que a ordem constitucional brasileira estabelece um modelo econômico de livre mercado em que a apropriação privada da propriedade se funcionaliza à luz da garantia do acesso para concretização da dignidade da pessoa humana. (...) À luz da tutela da dignidade humana e em conjugação com as demais garantias fundamentais, é imperioso conferir ao signo propriedade indicado no caput do artigo 5º sentido amplificado, afirmando-se que **o que se garante como direito fundamental é o acesso aos bens necessários à vida digna.**” (GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha Gonçalves. Dos bens comuns aos comportamentos comuns. In: Problemas de direito civil: homenagem aos 30 anos de cátedra do Professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos. Organizadores: Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Milena Donato Olivia. 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 188).

instrumentalizada por conteúdos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais.<sup>387</sup> A pauta constitucional garante o acesso às utilidades essenciais ao desenvolvimento da vida digna de todos indistintamente, reforça a ordem normativa fundada no “ser” e não mais no “ter”, nas relações para com os objetos e na apropriação privada para fundar a existência humana.<sup>388</sup>

A construção legislativa oitocentista se estruturou em concepção abstrata com prévia delimitação de hipóteses e de consequências, sempre aferíveis e previsíveis pelos métodos científicos modernos. As consequências dos atos humanos em um mundo controlado pela técnica na visão da modernidade são sempre passíveis de prévia determinabilidade científica.<sup>389</sup> A construção legislativa pautou-se em uma racionalidade que cooptou fatos da realidade e os estruturou em uma dimensão de mundo pré-determinada, suscetível de prévia e plena previsibilidade científica, o que afastou da realidade as questões transindividuais, compreendidas pelos interesses massificados e das futuras gerações, o coletivo e o difuso.

É possível se pensar em uma amplificação do conteúdo normativo da função social no direito, notadamente para que possa representar instrumento de

---

<sup>387</sup> Ver nesse sentido: CAVEDON, Ricardo. As cláusulas gerais, uma perspectiva histórico-constitutiva do direito privado contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 31, p. 322-354, 2017.

<sup>388</sup> Como diz Marcos Alberto Rocha Gonçalves “se à luz dos conceitos típicos da modernidade o centro de irradiação normativa era a tutela da apropriação, ou seja, o valor e no trânsito econômico dos bens tomados em conceito estanque, tal lugar é tomado pela tutela do sujeito em carne e osso. (...) É certo que o entendimento hodierno de bem jurídico não se resume às coisas suscetíveis de apropriação. Assim, não ressurgiu adequado imaginar que categorias jurídicas que tutelam o acesso aos bens, independentemente de sua corporalidade, possam ter sua incidência afastada aos casos concretos que demandam solução à luz da Constituição. (...) ‘numerosos são os interesses, especialmente os coletivos e difusos, que se tornam dignos de proteção mesmo incidindo sobre bens insuscetíveis de comercialização’, revelando a amplitude do conceito de bem jurídico” (GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha Gonçalves. *Dos bens comuns aos comportamentos comuns*. In: *Problemas de direito civil: homenagem aos 30 anos de cátedra do Professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos*. Organizadores: Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Milena Donato Olívia. 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 189).

<sup>389</sup> O sociólogo alemão Ulrich Beck aponta para os antecedentes de uma sociedade de riscos, com o início do pensamento científico e o começo da era industrial, no que denomina de uma primeira modernidade, onde os perigos, outrora vinculados tão somente às forças externas e naturais, são agregados a dimensão de plena previsibilidade científica, podendo não só ser entendidos como controlados pela ciência moderna, mas inclusive vistos como ameaças fabricadas, produzidas pela humanidade, fazendo surgir a noção de riscos de efeitos concretos. Os riscos que passam a existir na sociedade industrial, de natureza concreta, diante dos avanços científicos, tornam-se passíveis de predeterminação de seus efeitos potenciais pelo pensamento científico. Com resultados plenamente calculáveis, a era industrial acaba por espelhar essencialmente um contexto circunscrito e estável, oriundo de uma dimensão objetiva de espaço-tempo, ou seja, as ameaças fabricadas e os riscos advindos do processo de modernização na sociedade industrial são passíveis de parametrização perante os elementos científicos até então existentes, porquanto ligados às características da instantaneidade de suas causas, a refletir um sistema de segurança confiável, que faria com que as decisões se resolvessem unicamente no âmbito institucional. Ao contrário de uma sociedade de risco em que as ameaças fabricadas criam riscos abstratos e impassíveis de controle pelos aparatos científicos e institucionais existentes, não sendo atualmente possível identificar um sistema de segurança confiável capaz de lidar com o mundo massificado e complexo. (cf. BECK, Ulrich. *Risk Society and the Provident State*. In: LASH, Scott; SZERSZYNSKI, Bronislaw; WYNNE, Brian (Orgs.). *Risk, environment & modernity: towards a new ecology*. Londres: Sage Publications, 1998. p. 30-31).

materialização do acesso não apenas a bens corpóreos mas fundamentalmente a todas as utilidades metaindividuais que se concretizam em realidades comunitárias, assim o que se denomina de patrimônio comum, como aquilo que é em essência transindividual e compartilhado coletivamente, mesmo englobado pela soberania estatal,<sup>390</sup> torna-se impassível de ser submetido a uma única titularidade, pois padece de adequada representação e de ser visualizado pelo sistema e instrumentalizado mediante modalidades ou formas de realização insuscetíveis de controle estatal, tal como políticas públicas comunitárias ou a própria regulação multifacetada de comportamentos relevantes, visando sempre a proteção de interesses comunitários.

As estruturas burocráticas construídas no século XIX já não são mais suficientes para abordar a proteção do comunitário e do transindividual nesse novo modelo de sociedade. É preciso pensar em novas formas de atuação do judiciário e de regulação dos comportamentos massificados para se proteger o comum e o transindividual. Direitos que não obstante ignorados pelas antigas estruturas jurídicas modernas, agora lutam para transparecer e instrumentalizar novos arranjos jurídicos ligados às relações de pertencimento. Suas concepções não podem ser dissociadas de estudos regulatórios propícios para a proteção do coletivo, do transindividual e do comum. Sobre essa questão a lição de Pablo Malheiros e Everilda Brandão:

“(...) Os novos arranjos normativos propostos para a apropriação de bens, tanto em sua titularidade quanto no exercício de tal direito, vem atender a uma demanda social que busca rupturas no modelo individual clássico. A tendência é permitir que os mencionados arranjos normativos aumentem o acesso aos bens materiais e imateriais, para além do uso exclusivo, como se demonstra nas relações jurídicas praticadas na ambiência da economia colaborativa, como nos casos de contrato firmado pelo *sítio* AIRBNB e a multipropriedade.

Trata-se da possibilidade de outros mecanismos para as relações de apropriação, para além da titularidade proprietária exclusiva, ora trazidos pelo legislador no atendimento da função social (...)

Novos modelos sociais, entretanto, ainda não encontram o devido enquadramento no ordenamento jurídico. **Tal situação desafia a literatura jurídica a encontrar os contornos possíveis para uma relação de pertencimento complexa, que põe em xeque a utilização**

---

<sup>390</sup> Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens públicos: função social e exploração econômica: O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2009, p. 82.

**exclusiva da propriedade e amplia o acesso aos bens pelos sujeitos não proprietários.**

Novos centros de posições jurídicas ligadas ao pertencimento ensejam novos bens jurídicos, e conseqüentemente, novas estruturas ligando os titulares. É inevitável perceber que cada vez mais **o pertencimento caminha para o compartilhamento, a multiplicidade de titulares e maior direito de acesso pelos não proprietários. (...)**<sup>391</sup>

Atualmente o mercado assumiu uma dominância das relações sociais, a que apenas a proteção do transindividual e a estruturação do “comum” é capaz de se opor. A mercantilização das relações sociais é uma realidade, e com a complexificação dos processos de massificação e a crescente reivindicação pelo reconhecimento dos direitos transindividuais, essa situação vem fazendo com que a dicotomia clássica da divisão entre o estado e o mercado passe cada vez mais a se relativizar; as dificuldades em se integrar dentro dessa racionalidade aspectos ficcionais que acabam sendo interpretados dentro das limitações reducionistas do raciocínio proprietário, acabam ocasionando distorções de difícil assimilação e que geram insuficiências jurídicas capazes de redundar em fissuras no raciocínio moderno sistematizador.

Cada vez mais surgem novas perspectivas que não agregam entidades individualizadas, representam uma nova forma de satisfação de aspirações massificadas, não podem ser reduzidas a percepções isoladas e estáticas capazes de se justificar enquanto existentes em um único fenômeno, mas em coletividades não delimitadas. As organizações comunitárias ou entidades multitudinárias, tal como os movimentos social ou as representatividades comunitárias, como entidades não individualizadas, não submetidas a regulação pública de comportamentos, e, portanto, situadas muitas vezes às margens do sistema econômico, agregam interesses coletivizados, promanam novas formas de satisfação de necessidades coletivas e de realização de direitos fundamentais para longe das estruturas estatais. A satisfação dessas necessidades transindividuais não advém de entes isolados, mas de um conjunto multitudinário de agentes que tenham condições de conter e parametrizar a mercantilização da vida e da sociedade e a comodização de processos ligados ao inter-relacionamento humano.

---

<sup>391</sup> GUILHERMINO, Everilda Brandão. CUNHA FROTA, Pablo Malheiros da. Novos Arranjos jurídicos ligados ao pertencimento: uma análise sobre o princípio da função social. In: JUNIOR, Marcos Ehrhardt. LOBO, Fabiola Albuquerque. A função social nas relações privadas. Ed. Fórum, 2019, p. 03-04.

“Tendo em vista as multiplicidades de relações sociais nas quais a forma proprietária atua como mecanismo de regulação, fica cada vez mais clara a inadequação da referência a uma ‘propriedade’ como conceito unitário. Em cada caso, a disciplina concretamente incidente varia conforme diversos fatores, como a localização do bem, a nacionalidade do titular, etc., de modo que as exigências juridicamente postas em cada relação são diferentes. É nesse espírito que da ideia de uma ‘propriedade’ passe-se às ‘propriedades’, o que em grande medida corresponde a uma dissociação semântica entre a ‘propriedade’ compreendida como objeto do direito – historicamente confundido com bens imóveis, especialmente os rurais – e **as ‘propriedades’ como esquemas de regulação das possibilidades de gerenciamento do uso e fruição privados normativamente instituídos pelo direito.**” <sup>392</sup>

O início do século XXI é o momento em que se observa a passagem das análises atribuídas aos indivíduos para aquelas análises estruturais relacionadas às coletividades. Uma sociedade de produtores, em que a capacidade de trabalho é equiparada a mercadoria, passa a ser tratada como uma sociedade de consumidores, e em última instância uma sociedade do consumismo, em que a própria subjetividade é tratada como mercadoria.<sup>393</sup> É a passagem da sociedade do consumo natural e individual para o fenômeno do consumismo coletivo, um novo atributo da sociedade capaz de criar de modo fictício a comodificação da própria subjetividade, sem perceber que notadamente, por possuir aspectos transindividuais, a subjetividade (e a dignidade humana), assim como a natureza e as culturas, não podem assumir características ficcionais, não podem mais ser tratadas como mercadorias. Reside aí a grande contradição do novo século, a necessidade de conter a comodificação da vida e a transformação da subjetividade humana em mercadoria. <sup>394</sup>

---

<sup>392</sup> RENTERIA, Pablo. DANTAS, Marcus. Notas sobre os bens comuns. In: O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira, e Vitor Almeida (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.140-141.

<sup>393</sup> Ver nesse sentido: BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

<sup>394</sup> De acordo com Zigmann Baunam é equívoco e errôneo: “(...) o hábito de, por ação ou omissão, ignorar ou esconder a interação humana por trás do movimento das mercadorias. Como se estas, por conta própria, travassem entre si a despeito da mediação humana. A descoberta da compra e venda da capacidade de trabalho como a essência das ‘relações industriais’ ocultas no fenômeno da ‘circulação de mercadorias’, insistiu Marx, foi tão chocante quanto revolucionária: um primeiro passo rumo à restauração da substância humana na realidade cada vez mais desumana da exploração capitalista.

Um pouco mais tarde, Karl Polanyi, abriria outro buraco na ilusão provocada pelo fetichismo da mercadoria: sim, diria ele, a capacidade de trabalho era vendida e comprada como se fosse uma mercadoria como qualquer outra, mas não, insistiria Polanyi, **a capacidade de trabalho não era nem poderia ser uma mercadoria ‘como’ outra qualquer.** A impressão de que o trabalho era pura e simplesmente uma mercadoria só podia ser uma grande mistificação do verdadeiro estado das coisas, já que a ‘capacidade de trabalho’ não pode ser comparada nem

Assim, faz-se necessária a contenção dos contextos de comodização da vida humana com o incentivo à cooperação e à internalização de efeitos externos dos comportamentos produtivos, assumindo a propriedade a condição de um esquema de regulação do acesso. A maior participação democrática na instituição de políticas públicas sociocêntricas, que fomentem a cooperação, o objetivo de parametrizar a expansão dos mercados e também dos reflexos desta expansão sobre os bens jurídicos diferenciados, ajudam a estruturar formas diferentes e complexas de organização comunitária não estatal, ou mesmo mediante inovações tecnológicas capazes de promover novas formas de inter relacionamento humano por plataformas digitais, capazes de satisfazer necessidades coletivas sem a necessidade da intermediação estatal.

Tais circunstâncias passam a assumir, no século XXI, uma maior relevância, para que se instrumentalizem políticas que possam separar o domínio econômico da opção regulatória, que possam separar o ente estatal implementador do mercado, da sociedade civil, assumindo assim a sociedade civil novas condições de compor autonomia na gestão comunitária suficiente a implementar inéditas modalidades de relacionamento ligadas ao “comum”.

A relativização da acepção econômica anteriormente estratificada na suma divisão do modelo público-privado, distante da realidade social por ignorar o coletivo e o comunitário, eis que não raro as necessidades e interesses da população cada vez mais se distanciam dos interesses daqueles que ocupam temporariamente as estruturas estatais estratificadas, é uma necessidade no mundo contemporâneo. É fácil perceber que algo fica fora dessa estrutura individualizada, não raro manipulada por setores e grupos localizados. As comunidades buscam mediante manifestações difusas corrigir dissociações. A introdução da consciência do comunitário e a percepção de que há interesses transindividuais, que não se representam nem podem ser representados por entidades individualizadas (como por exemplo, os

---

vendida em separado de seus portadores. De maneira distinta de outras mercadorias, os compradores não podem levar sua compra para casa. **O que compraram não se torna sua propriedade exclusiva e incondicional, e eles não estão livres para *utere et abutere* (usar e abusar) dela à vontade, como estão no caso de outras aquisições.** A transação que parece ‘apenas comercial’ (...) inevitavelmente liga portadores e compradores num vínculo mútuo e numa interdependência estreita. No mercado de trabalho, um relacionamento humano nasce de cada transação comercial; cada contrato de trabalho é outra refutação do fetichismo da mercadoria, e na sequência de cada transação logo aparecem provas de sua falsidade, assim como da ilusão ou autoilusão subsequente. Se foi o destino do fetichismo da mercadoria ocultar das vistas a substância demasiada humana da sociedade de produtores, é papel do fetichismo da subjetividade ocultar a realidade demasiado comodificada da sociedade de consumidores. (BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 21-22-23).

interesses de preservação das culturas diversificadas, dos ciclos naturais dos biomas, etc.), faz com que fique de fato reduzida e inoperante a clivagem anteriormente pregada como dogma.

Ladislau Dowbor aponta algumas dessas dissociações, afirma que:

“... O setor público, a máquina do Estado, com os seus ministérios, secretarias, divisões de poder, direito público administrativo e outras heranças institucionais estão sendo pressionados pela chamada modernidade. É significativo que quase todos os países disponham hoje de ministérios ou departamentos de reforma administrativa, pois **com a expansão das políticas sociais, a urbanização generalizada e o poder das novas tecnologias de informação e comunicação**, os pontos de referência estão se deslocando radicalmente. Sentimos os arranjos institucionais existentes como congelados no tempo. Bastante mais precário ainda, no entanto, é o referencial jurídico e administrativo das organizações da sociedade civil, e de forma geral emerge como desafio a dimensão participativa das nossas democracias. Quando vemos manifestações como as de junho de 2013 no Brasil, mas também mobilizações semelhantes nos mais variados países, com milhões de pessoas saindo à rua para fazer política – centrada nos protestos contra os bancos privados e Wall Street ou contra os governos, reclamando regulação financeira ou saúde e mobilidade urbana, ou ainda democracia na gestão dos recursos em geral – aparece claramente **a fragilidade das correias de transmissão, digamos assim, entre as necessidades e interesses das populações e os aparelhos administrativos estatais.**”

395

Nesse atual modelo de sociedade massificada uma cultura imediatista cria necessidades artificiais, fomenta o enfraquecimento e a fragmentação dos vínculos humanos comunitários, afasta da solidariedade as pessoas, ignora e exclui a comunidade, e eleva os ideais consumeristas a outro patamar fundador das relações sociais e humanas. Afastar o comunitário que repousa no compartilhamento de responsabilidades e na dependência e alteridade entre cidadãos é o projeto moderno que se fulcra no racionalismo proprietário. A mercantilização do próprio indivíduo e de sua subjetividade dentro de um processo de auto fabricação e de exposição constante, que reinventa o ser humano, e reedita sua relação com o coletivo, é fruto de uma nova ideação de antigas concepções individualistas.

---

<sup>395</sup> cf. DOWBOR, Ladislau. Bens comuns: da privatização à democracia real. Disponível em: <https://outraspalavras.net/sem-categoria/bens-comuns-da-privatizacao-a-democracia-real/>. Acesso em 26.02.2021.

“(…) No caso da mercadoria na sociedade de produtores, foi o ato de comprar e vender sua capacidade de trabalho que, ao dotá-la de um valor de mercado, transformou o produto do trabalho numa mercadoria – de uma forma não visível (e sendo oculta) na aparência de uma interação autônoma de mercadorias. No caso da subjetividade na sociedade de consumidores, é a vez de comprar e vender os símbolos empregados na construção da identidade – a expressão supostamente pública do ‘self’ que na verdade é o ‘simulacro’ de Jean Baudrillard, colocando a ‘representação’ no lugar daquilo que ela deveria representar -, a serem eliminados da aparência do produto final.

A ‘subjetividade’ dos consumidores é feita de opções de compra – opções assumidas pelo sujeito e seus potenciais compradores; sua descrição adquire a forma de uma lista de compras. O que se supõe ser a materialização da verdade interior do self é uma idealização dos traços materiais – ‘objetificados’ – das escolhas do consumidor”.<sup>396</sup>

Passa-se assim a questionar os elementos estruturais do estado burocrático centralizador e detentor do legítimo monopólio do poder da força e da representatividade popular. A lógica do raciocínio proprietário desse modo, quando cotejado com os problemas práticos do mundo massificado, passa a ser objeto de incongruências, com uma cada vez maior presença e percepção da existência de falhas na economia de livre mercado que diretamente se inter relacionam com a violação de bens jurídicos transindividuais. Os bens jurídicos de natureza diferenciada assumem intrínseca relação com aspectos da dignidade humana e possui interrelação com a natureza e cultura. As declarações de respeito ao meio ambiente e de proteção da natureza, a incorporação da tutela do consumidor,<sup>397</sup> a defesa da concorrência,<sup>398</sup> a estruturação do direito urbanístico,<sup>399</sup> entre outros interesses difusos e coletivos, ostentam uma íntima correlação com a contenção das falhas de mercado e com a necessidade de internalização dos efeitos externos dos

---

<sup>396</sup> BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 21-24.

<sup>397</sup> Inserido pela Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, durante o mandato do então presidente da República Fernando Collor, fruto de uma expressa determinação constitucional (art. 5º, inciso XXXII, e artigo 170, inciso V, da Constituição), a defesa do consumidor visou preencher uma lacuna legislativa existente nas obsoletas legislações de Direito Comercial que não atentavam para a existência de direitos difusos e coletivos das grandes massas.

<sup>398</sup> O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, modelo historicamente sustentado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, e pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC). Hoje sua atuação é orientada pela Lei 12.529/2011.

<sup>399</sup> O direito urbanístico pode ser identificado com o estudo das atividades destinadas a ordenar os espaços habitáveis e a produção do espaço social urbano. Envolve o desenvolvimento de um direito fundamental de terceira geração que é as vertentes do meio ambiente artificial, e da função social das cidades.

comportamentos produtivos. A necessidade de incentivo em comportamentos colaborativos passa a deter extrema importância na sociedade contemporânea.<sup>400</sup>

## **05.2. Aspectos para a relativização da racionalidade proprietária moderna: uma relacionalidade possível.**

### **05.2.1. A relação jurídica e a regulação de comportamentos multitudinários: um contexto relacional.**

O conceito de relação jurídica é um instrumento jurídico que evoluiu com o tempo, desde perspectivas ligadas ao racionalismo jurídico do século XIX fulcradas em individualizações, com pressupostos estritos aportados em polos bem definidos, com sujeitos ativos e passivos bem delimitados, até as perspectivas multitudinárias, onde se estruturam relações jurídicas que não afetam apenas indivíduos ligados pelo vínculo mútuo, mas regulações jurídicas que alcançam multidões e parametrizam comportamentos massificados, alcançando até mesmo regulação de comportamentos futuros.

---

<sup>400</sup> Um exemplo dessa questão é o recente embate nos Tribunais pátrios a respeito de qual regulação jurídica haveria de prevalecer entre proprietários de bens imóveis em condomínio. De um lado a regulação jurídica afeta à natureza da convenção condominial, que ostenta características mais do que contratuais, pois está ligada à convergência de vontades que se dissocia de sua origem e se aplica indelevelmente a quem dela não participa na sua formação. De outro lado a força de uma autorregulação que pode vir a suplantar os antigüísimos efeitos internos do direito de propriedade, fomentado pelas plataformas digitais, que permitem ao proprietário dispor de seu imóvel junto ao mundo digital sem restrições, independentemente de se tratar de imóvel regulado em condomínio. É a partir daí que se precisa aprofundar as nuances do direito regulatório, pois cabe ao julgador estatal determinar que se altere a autorregulação das plataformas digitais a ponto de alcançar outros casos futuros e evitar violações à direitos já regulados em convenções condominiais. É dizer, será que pode o estado obrigar empresas, que fornecem serviços de plataforma digital e intermediação negocial online, a regular suas atividades de modo a proteger coletividades não determinadas? Há violação à liberdade de iniciativa das empresas fornecedoras desse serviço? Há aqui efetivamente o embate entre a proteção da liberdade de iniciativa e de concorrência no mercado, e a tutela de interesses e direitos não individualizáveis, concretizados como direitos e interesses de natureza transindividual. Recentemente a corte superior brasileira, entendeu ser possível ao condomínio proibir o proprietário de utilizar os serviços das plataformas, anotando que: “O direito de o proprietário condômino usar, gozar e dispor livremente do seu bem imóvel, nos termos dos arts. 1.228 e 1.335 do Código Civil de 2002 e 19 da Lei 4.591/64, deve harmonizar-se com os direitos relativos à segurança, ao sossego e à saúde das demais múltiplas propriedades abrangidas no Condomínio, de acordo com as razoáveis limitações aprovadas pela maioria de condôminos, pois são limitações concernentes à natureza da propriedade privada em regime de condomínio edilício. 8. O Código Civil, em seus arts. 1.333 e 1.334, concede autonomia e força normativa à convenção de condomínio regularmente aprovada e registrada no Cartório de Registro de Imóveis competente. Portanto, existindo na Convenção de Condomínio regra impondo destinação residencial, mostra-se indevido o uso de unidades particulares que, por sua natureza, implique o desvirtuamento daquela finalidade (CC/2002, arts. 1.332, III, e 1.336, IV). Não obstante, ressalva-se a possibilidade de os próprios condôminos de um condomínio edilício de fim residencial deliberarem em assembleia, por maioria qualificada (de dois terços das frações ideais), permitir a utilização das unidades condominiais para fins de hospedagem atípica, por intermédio de plataformas digitais ou outra modalidade de oferta, ampliando o uso para além do estritamente residencial e, posteriormente, querendo, incorporarem essa modificação à Convenção do Condomínio.” (STJ, REsp nº 1.819.075-RS, Rel. p/acórdão Min. Raul Araújo, julgado em 20/04/2021).

As novas configurações jurídicas moldam inéditas modalidades de comportamentos econômicos que exigem formas diferenciadas de racionalização jurídica. Adotam novas definições e perspectivas, nas palavras de Pietro Perlingieri, denominadas de relacionais, pois embasadas na preocupação com o “outro”. Estão a atender uma visão moderna do ordenamento jurídico vigente e encontram seu fundamento em princípios constitucionais, notadamente na solidariedade constitucional.

Agregam aos poderes atribuídos aos sujeitos “alguns deveres específicos (obblighi) correlacionados a interesses dos outros”,<sup>401</sup> considerando a relevância de interesses de terceiros e da sociedade nas qualificações das relações de pertencimento, encontram outros sentidos até mesmo para a racionalização do direito das coisas. Segundo Pietro Perlingieri, trata-se a perspectiva relacional de um raciocínio que “não se limita à análise de cada direito e cada obrigação, mas examina as correlações entre elas”.<sup>402</sup> Conforme este autor:

“(...) a concepção individualista tem raízes em ideologias de matriz oitocentistas que colocavam a vontade do sujeito no centro do ordenamento. Com o advento de concepções realistas e sociais o indivíduo passa a ser representado em contínua relação ou contraposição, **mas sempre em coligação, com outros centros de interesses**. Em uma visão conforme os princípios da solidariedade social, o conceito de relação representa a superação da tendência que exaure a construção dos institutos civilísticos em termos exclusivos de atribuições de direitos. O ordenamento não é somente um conjunto de normas, mas também um sistema de relações: o ordenamento, no seu aspecto dinâmico, não é nada mais que o nascimento, a realização, a modificação e a extinção de relações jurídicas, isto é, o conjunto das suas vicissitudes”.<sup>403</sup>

A normatividade do direito retorcesse para se adequar à evolução que o tecido social – dinâmico e moldável, impõe às estruturas normativas dos institutos clássicos do direito, notadamente da racionalidade que a ampara. A concepção individualista é notadamente relevante nas relações jurídicas patrimoniais, nas quais, como diz Pietro Perlingieri, “exista uma *res* que constitua o seu ponto de referência objetivo”, contudo não pode servir para as relações jurídicas da

---

<sup>401</sup> PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p. 728.

<sup>402</sup> PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p. 728-729.

<sup>403</sup> PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p. 728-729.

personalidade ou as que envolvam complexidades transindividuais, em que muitas vezes o sujeito sequer chega a ser degradado, substancialmente, ao papel de objeto.<sup>404</sup> Para esse autor a perspectiva que considera a relação jurídica uma ligação entre interesses múltiplos, e indo além, considera a relação jurídica como uma ligação entre situações complexas, é mais adequada, dado que na atualidade nem mesmo o sujeito atual é essencial à existência da situação jurídica. Segundo Perlingieri:

“(...) A ligação essencial do ponto de vista estrutural é aquela entre centros de interesses. O sujeito é somente um elemento externo à relação jurídica porque externo à situação: é somente o titular, às vezes ocasional, de uma ou de ambas as situações que compõe a relação jurídica, de maneira que não é indispensável referir-se à noção de sujeito para individuar o núcleo da relação jurídica. O que é essencial é a ligação entre um interesse e um outro, entre uma situação, determinada ou determinável, e uma outra. É preferível, portanto, a doutrina que define a relação jurídica como ligação entre situações subjetivas complexas.”<sup>405</sup>

O universo de situações jurídicas complexas presentes em um mundo massificado exige uma nova referibilidade a estes inéditos centros de interesses difusos presentes na atualidade, que nem sempre ostentam determinabilidade de seus polos.<sup>406</sup> Nem mesmo a referibilidade subjetiva é em todos os casos presente, dado que há situações jurídicas que não ostentam uma subjetividade imanente, determinada ou mesmo determinável. As situações jurídicas sob o perfil estrutural podem agregar a característica de complexas, por muitas vezes ostentarem mais de dois polos, agregando coletividades de interesses não previamente identificáveis. E

---

<sup>404</sup> “(...) a concepção da relação jurídica como ligação entre sujeito e coisa não é válida para todas as hipóteses: essa concepção no máximo poderia valer para as relações jurídicas patrimoniais nas quais exista uma res que constitua o seu ponto de referência objetivo, mas não para as relações jurídicas da personalidade ou as de trabalho subordinado. Mesmo assim, chega-se a considerar o sujeito e o seu corpo como pontos de referência objetiva: na relação jurídica de trabalho, a energia laboral como bem jurídico e, nas relações jurídicas da personalidade, a integridade psicofísica do sujeito, isto é, o seu corpo. O sujeito é degradado, substancialmente, ao papel de objeto.” (PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p. 730).

<sup>405</sup> PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p. 734)

<sup>406</sup> “(...) existem numerosas hipóteses de relações que não têm sujeitos individuados e determinados, ou existentes do ponto de vista jurídico formal. (...) Se existe um sujeito que é titular de uma situação de propriedade, existe de outra parte não um sujeito determinado, mas a coletividade, que tem o dever de respeitá-la, de não interferir. (...) a atualidade do sujeito não é essencial à existência da situação, significa que pode existir uma ligação juridicamente relevante entre dois ou mais centros de interesses sem que ela se traduza necessariamente em ligação entre sujeitos. (...) portanto na relação jurídica a ligação é entre situações subjetivas, ainda que confluentes na titularidade de um mesmo sujeito; (...)” (PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p. 734)

igualmente as relações jurídicas que dela se extraem,<sup>407</sup> sob o perfil funcional, podem vir a disciplinar “centros de interesses opostos ou mesmo coligados, tendo por objetivo a composição desses interesses”,<sup>408</sup> devendo assumir assim o papel de “regulamentação” ou mesmo de “regulação” para os inúmeros interesses multitudinários que lhes adentram na composição.

Não é adequado assim dizer que a perspectiva coletivista se sobreponha aos interesses individuais, à autonomia privada e ao livre desenvolvimento da personalidade humana,<sup>409</sup> pois é fato que as situações jurídicas complexas observadas na realidade massificada com o passar do tempo exigem outra regulação, para que possam ser juridicizadas, cada vez mais devem incorporar novas perspectivas para a racionalização de pressupostos inerentes à ciência do direito.

A evolução social nos faz questionar a relação do direito e sua dimensão normativa com os aspectos metaindividuais que a massificação social agora apresenta, necessitando se adequar à novas perspectivas diretamente relacionada com a estrutura social massificada,<sup>410</sup> sem descuidar que o maior valor centrado em

---

<sup>407</sup> “Entre situação subjetiva e relação jurídica existe contextualidade: se existe a situação, existe também uma relação jurídica. Não é possível conceber um direito ou um dever fora de uma relação jurídica. A conexão das situações subjetivas na relação jurídica exprime a exigência de valorar o comportamento não somente no momento estático, que é a descrição do efeito (nascimento, modificação ou extinção das situações subjetivas), mas também no momento dinâmico, como regulamento dos interesses, realização concreta do programa predeterminado na disciplina do fato jurídico”. PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p. 735.

<sup>408</sup> PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p. 737. “A relação jurídica é regulamento dos interesses na sua síntese: é a normativa que constitui a harmonização das situações subjetivas. Ela se apresenta como o ordenamento do caso concreto; não é casual, de fato, a definição do ordenamento como sistema de relações jurídicas. A relação jurídica, como regulamento, é um conjunto de cláusulas, preceitos, prerrogativas, atribuições. O perfil tipicamente normativo conflui para aquele funcional.” (PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p. 737)

<sup>409</sup> (...) mostra-se inadmissíveis as opiniões que, levando às últimas consequências o argumento antiindividualista, sobrepõem o utilitarismo à autonomia privada, instrumentalizando a pessoa humana ao serviço de interesses coletivos supostamente superiores. Tal visão encontra-se na contramão do direito pátrio, que, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como valor supremo, assegura ao indivíduo os espaços de liberdade indispensáveis ao pleno desenvolvimento de sua personalidade. Daí a afirmação, no direito contemporâneo, de uma renovada concepção das relações privadas, que, (...) reconhece a pluralidade dos fundamentos axiológicos da autonomia privada. Todo direito subjetivo, por expressar tanto a liberdade individual como a solidariedade social, é reconhecido pela ordem jurídica para a tutela de interesses não apenas do titular, mas também da coletividade. Todos esses interesses participam da sua essência, contribuindo para a identificação de sua função social e dando origem a uma situação subjetiva complexa, que é composta tanto por poderes quanto por deveres, obrigações e ônus.” (RENTERIA, Pablo. Direito Real e Relação de Cooperação. In: In: Problemas de direito civil: homenagem aos 30 anos de cátedra do Professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos. Organizadores: Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Milena Donato Olívia. 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 784).

<sup>410</sup> “(...) a estrutura social – particularmente a estrutura social – é constituída por funções planejadas de modo a coordenar as ações dos indivíduos para a realização de fins específicos. As funções dividem os indivíduos, definindo modalidades limitadas de comportamento, adequadas a uma posição em particular, mas os indivíduos nem sempre aceitam de boa mente as imposições de uma função. Um dos aspectos da sociedade pós-industrial, por exemplo, é a crescente burocratização da ciência e a cada vez maior especialização do trabalho intelectual

interesses metaindividuais é exatamente a construção da dignidade da pessoa humana, por agregar interesses em composição que não se realizam de modo isolado, mas apenas em coletividade. A realidade comunitária é essencial portanto para se dar efetividade à tutela da dignidade como elemento unificador das relações privadas centradas na solidariedade constitucional.

As formas do exercício da propriedade e do domínio mediante a exclusividade de seus benefícios e sua estruturação normativa foram aos poucos sendo relativizadas tanto no aspecto teórico, quanto pela crescente discussão a respeito da necessidade de preservação de interesses de terceiros e da sociedade, com a tutela socioambiental do entorno e a proteção de interesses não proprietários. As falhas de mercado diretamente relacionadas aos efeitos não previstos do exercício exclusivista da propriedade invariavelmente mitigam interesses metaindividuais, e sua correção vai ao encontro de aos poucos e em consonância com as alterações da dimensão normativa, direta ou indiretamente, relativizar os interesses proprietários exclusivistas e agregar normatividades que necessitam para sua efetividade do compartilhamento de benefícios e responsabilidades em sua exploração.

Da mesma forma que o raciocínio proprietário é relacional, é também o tempo tido como uma realidade não unificada, não uniforme, e que ostenta estrutura diversa dos moldes tridimensionais e, acima de tudo, agrega características de relatividade.<sup>411</sup> O tempo é relativo e diretamente proporcional ao seu observador. Segundo Albert Einstein,<sup>412</sup> o tempo não é uniforme e não se desenvolve linearmente em diferentes contextos espaciais. Todo corpo de grande massa desacelera o tempo nas suas proximidades, tendo ao longo das épocas se percebido que há uma relacionalidade temporal diferente por entre as modificações da curvatura do espaço-tempo causados pela matéria. É dizer, o “sol e a terra

---

em partes muito definidas. (...)” (BELL, Daniel. O advento da sociedade pós-indústria: uma tentativa de previsão social. Ed. Cultrix, p. 26).

<sup>411</sup> “(...) Paro e não faço nada. Nada acontece. Não penso em nada. Ouço o passar do tempo. O tempo é isso. Familiar e íntimo. Sua força nos arrasta. A sucessão de segundos, horas e anos nos projeta na vida, depois nos arrasta para o nada... Vivemos nele como peixes na água. O que somos, somos no tempo. Sua cantiga alimenta, descortina o mundo, perturba, assusta, acalenta. O universo se transforma levado pelo tempo, segundo a ordem do tempo.” (ROVELLI, Carlos. A ordem do tempo. Tradução Silvana Cobucci Leite. Ed. Objetiva, p.10).

<sup>412</sup> Nesse sentido ver: EINSTEIN, Albert. Einstein's manuscript on the special theory of relativity. In: Klein, M.; Kox, A. J.; Renn, J. & Schulmann, R. (Ed.). The collected papers of Albert Einstein. Princeton: Princeton University Press, 1995 [1912]. v. 4: The Swiss years: writings 1912-1914. p. 9-108. STACHEL, John. Einstein's 1912 manuscript as a clue to the development of special relativity. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S1678-31662005000400003>. Acesso 28.02.2019. Ainda, ver: ROVELLI, Carlos. A realidade não é o que parece: a estrutura elementar das coisas. Tradução Silvana Cobucci Leite. Ed. Objetiva.

modificam o espaço e o tempo em volta deles, como um corpo, ao mergulhar na água, desloca o líquido ao seu redor”<sup>413</sup>

O raciocínio proprietário, embasado unicamente no dogma do domínio exclusivista, da mesma forma, é relacional, e ostenta delineamentos difusos em diferentes contextos espaciais e temporais, porquanto ao mesmo passo que perscruta o interesse individualizável de seus detentores, afeta automaticamente e de modo relativo outros interesses nem sempre previamente identificados e devidamente sistematizados pela ciência do direito.

Muitas vezes fenômenos econômicos externos e representativos de negatividades advindas da atuação individual ficam afetados pelo exercício exclusivista da propriedade. Ditos interesses de terceiros não identificáveis previamente e da própria sociedade, por gozarem de características não individualizáveis e com custos e prejuízos socializáveis, ou seja, compartilhados socialmente inclusive com as futuras gerações, não gozam de correta identificação e representação perante as estruturas jurídicas formatadas em institutos que protegem e enxergam majoritariamente e de modo central apenas direitos e interesses individualizáveis e operacionáveis em contextos locais e temporalmente delimitados.

Não obstante esta chamada relacionalidade nos direitos transindividuais, é possível afirmar que nem sempre é linear a relação e o trato dos interesses sociais, coletivos e difusos, com o raciocínio proprietário, pois é fato que há a necessidade atualmente de se pensar em novos arranjos normativos para as relações de pertencimento, por se enxergarem efetivamente rupturas no modelo individual clássico, sendo necessário novas perspectivas que permitam uma maior universalização do acesso às utilidades extraídas de bens jurídicos transindividuais, acesso livre ou comum para uma cada vez maior implementação de uma vida digna à humanidade, sem exclusões, na efetivação de direitos e garantias fundamentais.

#### **05.2.2. As relações de pertencimento e a perspectiva relacional: a atribuição de regime jurídico ligada às utilidades extraídas da *res*.**

Relativizando o modelo exclusivista da racionalidade proprietária, com base na solidariedade constitucional, é possível se concluir que igualmente não existe

---

<sup>413</sup> ROVELLI, Carlos. A ordem do tempo. Tradução Silvana Cobucci Leite. Ed. Objetiva, p.19

uma “simultaneidade absoluta”<sup>414</sup> nas relações de pertencimento em contextos locais e temporais previamente delimitados. A exclusividade do raciocínio proprietário pode existir apenas em determinadas situações locais e temporais, dado que em outras determinadas situações jurídicas deve haver uma correlação do pertencimento com o compartilhamento de benefícios e responsabilidades na disciplina jurídica específica a depender da utilidade extraída de cada bem. O regime jurídico, portanto, não acompanha o suporte material atrelado à titularidade, mas deve ser apostado na utilidade extraída a depender do contexto temporal e espacial de sua destinação.

Esse raciocínio impõe entender que há uma relacionalidade probabilística nas mutações normativas da ciência jurídica, a depender do uso e da afetação dada à res.<sup>415</sup> É possível agregar regimes jurídicos diversificados às utilidades dela extraída. A caracterização da regulamentação jurídica e da normatividade deve ser direcionada à utilidade, a depender das necessidades coletivas que estão sendo satisfeitas, e da regulação que lhe é atribuída para os comportamentos multitudinários, não se agregando o regime ao suporte material do bem, que continuará ostentando uma titularidade pública ou privada, irrelevante contudo para a definição e qualificação da destinação.

A relacionalidade no raciocínio exclusivista da propriedade ostenta uma conexão de máxima importância com os diversos estatutos proprietários nas relações de pertencimento, cada qual a conectar-se com novas modalidades de interação econômica, com os novos arranjos para as relações de pertencimento, a afetar interesses multitudinários, convivendo entre si as relações de acesso às utilidades, com o domínio do suporte, ainda que relativizado. Estes interesses

---

<sup>414</sup> “(...) Em termos técnicos, diz-se que Einstein compreendeu que não existe a “simultaneidade absoluta”, ou seja, não existe um conjunto de eventos no Universo que sejam todos existentes “agora”. O nosso “agora” existe apenas aqui. O conjunto de eventos no Universo não pode ser descrito corretamente como uma sucessão de presentes, um subsequente ao outro; sua estrutura é mais complicada...” (ROVELLI, Carlos. A realidade não é o que parece: a estrutura elementar das coisas. Tradução Silvana Cobucci Leite. Ed. Objetiva, p.49).

<sup>415</sup> A teoria da afetação “(...) concebe uma espécie de separação ou divisão do patrimônio pelo encargo imposto a certos bens, que são postos a serviço de um fim determinado. Não importa a afetação na disposição do bem, e, portanto, na sua saída do patrimônio do sujeito, mas sua imobilização em função de uma finalidade. Tendo sua fonte essencial da lei, pois não é ela possível senão quando imposta ou autorizada pelo direito positivo, aparece toda vez que certa massa de bens é sujeita a uma restrição em benefício de um fim específico. (...) existem bens destacados do patrimônio do seu titular, e vinculados a uma destinação, que pode ser de garantia, de transferência ou de utilização. (...) Separados do patrimônio, e afetados a um fim, são tratados como bens independentes do patrimônio geral do indivíduo. (...) eles se prendem a um fim, porém continuam encravados no patrimônio do sujeito. Não há, pois, razão para romper com a concepção tradicional da unidade do patrimônio, com a qual se concilia a ideia de poderem existir, no patrimônio, massas de bens objetivamente considerados: bens de ausentes, bens da herança, bem de família etc.” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. Vol. 1, 33ª ed., rio de Janeiro, Forense, 2020, p. 339).

coletivos e transindividuais omitidos pela universalização do raciocínio proprietário moderno, necessitam agora de identificação e sistematização, e pairam sob uma proteção decorrente de vertentes extraídas da solidariedade constitucional. São caracterizados em sua maioria por cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Da mesma forma que o raciocínio proprietário é relacional, igualmente a estrutura representativa do tempo, segundo Carlos Rovelli, não ostenta univocidade, na medida em que “ainda não sabemos como o tempo funciona de fato. A natureza do tempo talvez continue sendo o maior mistério de todos. Estranhos fios o conectam a outros grandes mistérios não resolvidos: a natureza da mente, a origem do universo, o destino dos buracos negros, o funcionamento da vida.”<sup>416</sup> De fato há um mistério imanente nas relações entre o tempo e o espaço, mas o fato é que dessa relação é possível se tirar conclusões probabilísticas que alcançam determinadas observações intrigantes, capazes de explicar alguns aspectos relacionados ao mundo em que vivemos.<sup>417</sup> A relação do raciocínio proprietário com a dinâmica da normatividade e sua mutação com o correr do tempo, é igualmente dotada de perspectivas probabilísticas e que muitas vezes não ostentam pressupostos dotado de universalidade. É dizer, não existe uma simultaneidade absoluta entre as relações de pertencimento capaz de fazer com que se monte e estruture uma regulamentação unívoca capaz de sistematizar adequadamente as diversas situações jurídicas proprietárias.

O cotejamento entre o raciocínio proprietário pautado na exclusividade de benefícios e responsabilidades, sua utilização em uma sociedade de massas, afeta deliberada e inevitavelmente interesses coletivos e difusos, e por isso deve agregar novos arranjos nas relações de pertencimento para poder lidar adequadamente com toda a complexidade que essas relações jurídicas suscitam. As conclusões que se retiram para parametrizar essas relações são apenas probabilísticas e casualistas, impondo uma mutação ainda não inteiramente observada no raciocínio proprietário exclusivista, a depender da situação de sua utilidade e destinação.

---

<sup>416</sup> “O aumento do conhecimento levou a uma lenta desintegração da noção de tempo. O que denominamos “tempo” é uma complexa coleção de estruturas e de camadas. À medida que o estudo do tempo avançou, essas camadas se perderam, uma depois da outra, um pedaço após o outro.” (cf. ROVELLI, Carlos. A ordem do tempo. Tradução Silvana Cobucci Leite. Ed. Objetiva, p. 12).

<sup>417</sup> Vide nesse sentido a teoria da relatividade geral de Albert Einstein, e os modelos adstritos à mecânica quântica, notadamente a sua unificação pertencente à teoria das cordas ou teoria de tudo, explicadas pelo renomado físico e estadunidense Edward Witten.

É dizer a cada utilidade extraída da *res*, novos elementos de fato e relacionais são observados no seio social e nos reflexos do pertencimento, sendo por isso possível sustentar que agregam as utilidades, elas em si, regimes jurídicos destacáveis de seu suporte, e assim sua importância assume relevância quando a construção iterativa de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, dotados de vagueza semântica, fazem do intérprete da norma legal um instrumento de reenvio para criar a normatividade em cada situação de pertencimento a que é direcionado.

Elementos extra-sistemáticos, nessa perspectiva, são essenciais para se entender a relativização de estruturas normativas anteriormente intocadas, que acabam sendo paulatinamente incorporados ao sistema mediante a atividade jurisprudencial, doutrinária ou mesmo pela prática dos usos e costumes.<sup>418</sup>

A proteção de bens de natureza comum e de interesses coletivos e transindividuais, passa cada vez mais a ganhar importância e deter maior espaço em legislações e intenções legislativas futuras. Talvez a consciência da desagregação de sua utilidade extraída da *res*, com regime jurídico diverso, possa auxiliar nas novas molduras jurídicas das relações de pertencimento sob cenários inovadores, diante de inéditos comportamentos econômicos, notadamente com as novas tecnologias, principalmente a internet.<sup>419</sup>

O correr do tempo possui características diferenciadoras, capazes de modificar a estrutura normativa de conceitos jurídicos estruturais em plena conexão com as modificações e especificidades do tecido social. As alterações substanciais efetivamente existentes na realidade, notadamente com os novos cenários comportamentais de um mundo massificado, podem induzir pressuposições que venham a modificar a significação normativa de velhos institutos jurídicos, não só por agregar elementos culturais ou sociais anteriormente não albergados, mas

---

<sup>418</sup> Nesse sentido ver: MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

<sup>419</sup> “O desenvolvimento da economia moderna tornou-se possível (...) graças ao computador. Os computadores serviram de ponte entre o corpo da teoria formal e as amplas bases de dados destes últimos anos; daí derivaram a moderna econometria e a orientação política da economia. Uma das áreas mais importantes tem sido a dos modelos de interdependência entre as indústrias, como a das matrizes de dados de entrada e de saída desenvolvidas por Wassily Keontieff, que simplifica o sistema de equilíbrio geral de Walras e mostra empiricamente as transações entre indústrias ou setores, ou regiões. A matriz de entrada e saída da economia americana é um crivo de 81 indústrias, crivo que vai da indústria de calçados e de outros produtos de couro até retalhos, e artigos usados e de segunda mão, agrupados nos seguintes setores da economia: produção, distribuição e serviços. (...)” (BELL, Daniel. O advento da sociedade pós-industrial: uma tentativa de previsão social. Ed. Cultrix, p. 36).

também por alterar os pressupostos de preenchimento normativo anteriormente já incorporados em velhos institutos jurídicos e em antigos paradigmas. A mudança da racionalidade proprietária e de seus pressupostos é um desses elementos que se alteram com o correr do tempo e com as modificações sociais inerentes à evolução social.

### **05.2.3. Um novo conceito de domínio para as relações de direitos difusos, atrelado à utilidade, e que não afeta o regime atribuído ao suporte material da res.**

Por séculos o conteúdo econômico do domínio ostentou como elemento interno a exclusividade e o poder de excluir todos, formando a relação jurídica mediante uma abstração do sujeito passivo universal (elemento externo do domínio), ficcional e abstrato. O elemento instrumentalizador do domínio sempre foi a exclusividade.<sup>420</sup> Toda a categoria dos direitos reais detém como elemento interno do domínio a relação da exclusividade como pressuposto, e como elemento externo, aquilo que a projeta para terceiros, formando a relação jurídica com um abstrato e ficcional “sujeito passivo universal”.<sup>421</sup>

O paradigma das titularidades como instrumento de desenvolvimento econômico e o instituto da propriedade são significativos exemplos que sofreram modificações em seu conteúdo normativo com o correr do tempo.<sup>422</sup> O direito de

---

<sup>420</sup> O artigo 527 do Código Civil de 1916, apontava que o domínio é sempre dotado da exclusividade e sempre ilimitado, até prova em contrário. As codificações oitocentistas agregaram aos textos legais uma racionalidade moderna de formação do pensamento jurídico herdadas da escola da exegese e da pandectista alemã.

<sup>421</sup> “(...) É possível conceber o domínio como o poder direto do sujeito sobre a coisa, o elemento interno do direito real. Emerge daí um elemento externo, de origem obrigacional, que é a relação jurídica entre o sujeito proprietário e o denominado sujeito passivo universal, relação essa que fundamenta eticamente o dever de abstenção da coletividade e que, dialeticamente, limita o exercício dos poderes dominiais, com o reconhecimento de que a propriedade também obriga seu titular. Tal aspecto se revela como titularidade formal, ou seja, pelo reconhecimento de um elemento externo que se diferencia do poder direto do titular sobre o bem, situando a propriedade em um âmbito de abstração que prescinde da apreensão do bem. O direito real a que se denomina propriedade possui dois elementos: um elemento interno – o domínio, que se exerce sobre a coisa – e um elemento externo, que se projeta perante os terceiros não titulares daquele bem, impondo-se por meio de uma titularidade formal – relação jurídica que se forma com o sujeito passivo universal.” (FACHIN, Luiz Edson. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord). Comentários ao Código Civil. Parte Especial. Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 15, p. 169). Nesse sentido ver também: GUILHERMINO, Everilda Brandão. CUNHA FROTA, Pablo Malheiros da. Novos Arranjos jurídicos ligados ao pertencimento: uma análise sobre o princípio da função social. In: JUNIOR, Marcos Ehrhardt. LOBO, Fabiola Albuquerque. A função social nas relações privadas. Ed. Fórum, 2019. ARONNE, Ricardo. Propriedade e Domínio: a teoria da autonomia. Titularidades e Direitos Reais nos Fractais do Direito Civil-Constitucional. 2.ed. Atualização Simone Tassinari. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2014.

<sup>422</sup> Já no século XX passa-se a verificar importante processo de revisão dos institutos jurídicos, eis que se queda relativizada, conforme Pablo Renteria, a perspectiva que justifica a proteção jurídica conferida ao ato de autonomia com base na suposta força jurídica da vontade humana, defendendo-se em vez disso, que todo ato de autonomia é tutelado na medida (e apenas na medida) em que se orienta à realização de interesses socialmente relevantes. Tais críticas alcançam o seu extremo no final do século XIX e nas primeiras décadas do

propriedade, segundo Gustavo Tepedino, agora deve ser compreendido pela interação indissociável entre dois aspectos, o seu aspecto estrutural e seu aspecto funcional.<sup>423</sup> Dois núcleos de poderes atribuídos ao proprietário, que compõe seu conteúdo econômico e jurídico, moldam a construção conceitual do domínio.<sup>424</sup> A expressão do núcleo interno ou núcleo econômico do domínio, para Tepedino, é dado pelas faculdades do proprietário de usar, gozar e dispor, e sua utilidade econômica é justamente aquilo que o autor denomina de poder do *dominus*.<sup>425</sup> E este poder Carvalho Santos identifica como o poder de “excluir tudo que interfira com o aproveitamento da coisa, assim atual como futura, se efetivamente ameaça restringir a condição jurídica do proprietário”.<sup>426</sup>

Segundo Carvalho Santos, “um direito real se exerce *adversus omnes*”, isto é, de tal maneira a presumir-se ao seu titular o exercício ilimitado do direito de afastar aquilo que é seu de qualquer ação de pessoa estranha. O que se presume é que o domínio seja pleno, vale dizer, na esteira de Carvalho Santos, “o proprietário tem em suas mãos todos aqueles direitos que formam a essência da propriedade” sendo pois plena a propriedade “quando todos seus direitos elementares se acham reunidos no proprietário”.<sup>427</sup> O domínio ou a propriedade, para esse autor, “não deixa de ser pleno ou ilimitado, por estar sujeito a certas restrições impostas pelos interesses de ordem social, ou resultantes dos direitos de vizinhança”.<sup>428</sup>

---

século XX com as correntes de pensamento próximas ao positivismo sociológico, que afirmam a prioridade da realidade social sobre as abstrações jurídicas – como a do homem livre e autônomo – e o primado dos deveres dos laços de solidariedade social sobre os direitos subjetivos. Nessa perspectiva, defende-se que tais direitos são reconhecidos aos indivíduos para que possam desempenhar o seu papel na sociedade, desincumbindo-se, assim, do dever de contribuir para o bem estar do grupo social. A propriedade, direito individualista por excelência, torna-se função social, protegida pela ordem jurídica em razão da sua relevância para o funcionamento da ordem econômica do Estado.” (RENTERIA, Pablo. Direito Real e Relação de Cooperação. In: In: Problemas de direito civil: homenagem aos 30 anos de cátedra do Professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos. Organizadores: Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Milena Donato Olivia. 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 783).

<sup>423</sup> TEPEDINO, Gustavo. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. RENTERIA, Pablo. Fundamentos do Direito Civil: Direitos Reais. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 91.

<sup>424</sup> TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: Temas de Direito Civil. 4ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 323.

<sup>425</sup> TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: Temas de Direito Civil. 4ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 323.

<sup>426</sup> CARVALHO SANTOS, J. M. Código Civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático, vol. VII, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1987, p. 313.

<sup>427</sup> CARVALHO SANTOS, J. M. Código Civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático, vol. VII, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1987, p. 314.

<sup>428</sup> CARVALHO SANTOS, J. M. Código Civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático, vol. VII, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1987, p. 316.

A extensão dessa exclusividade é dada abstratamente pela delimitação do critério normativo vago da “utilidade” ao proprietário.<sup>429</sup> Conforme Carvalho Santos:

“O domínio presume-se exclusivo... O direito real, como se sabe, traduz uma relação direta e imediata entre a pessoa e a coisa, em face de quem quer que seja. Desdobrando-se este conceito, deparamos dois elementos: a) a relação do sujeito com a coisa, que lhe permite, somente a ele, **tirar da coisa a utilidade que lhe apraz**, cabendo, assim, ao sujeito um poder autônomo. É este o elemento interno, **o conteúdo econômico ou estático do direito real**; b) a obrigação, por parte de terceiros, de não perturbar aquela relação autônoma e direta entre o sujeito e a coisa; **uma obrigação, portanto, de conteúdo negativo, que acarreta para os terceiros um dever de abstenção** e, de outro lado, o direito para o titular de exigir aquela abstenção. É este o elemento externo ou dinâmico, isto é, a relação jurídica determinada pelo direito real.”<sup>430</sup>

Com o novo paradigma do acesso compartilhado e a superveniência dos bens jurídicos transindividuais, estamos a observar uma migração desses componentes, para a relação interna do domínio enquanto elemento de sujeição temporária, não perpétuo, mas contendo o tempo como elemento primordial, dado que as relações voláteis e fluídas do novo século vêm assumindo uma grande relevância a ponto de levar a mudanças normativas a concepção clássica do domínio exclusivo.<sup>431</sup> As utilidades fruíveis se destacam enquanto relação de pertencimento transitórias, temporárias, modificando a função econômica do paradigma da exclusividade, açambarcando novas perspectivas nas relações de pertencimento capazes de alterar uma dimensão normativa já sedimentada em séculos de formalismo jurídico.

Na ciência do direito notadamente no direito civil raciocinamos as estruturas jurídicas mediante a lógica do individualismo jurídico, que embasa a máxima de que

---

<sup>429</sup> TEPEDINO, Gustavo. MONTEIRO FILHO, Carlos edison do Rêgo. RENTERIA, Pablo. Fundamentos do Direito Civil: Direitos Reais. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 93

<sup>430</sup> CARVALHO SANTOS, J. M. Código Civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático, vol. VII, 11ª edição, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1987, p. 315.

<sup>431</sup> Carvalho Santos, citando Sá Pereira, afirma que o legislador não levou em conta que, embora traduzindo a mesma ideia, cada um desses vocábulos (domínio e propriedade) indica uma confirmação especial, sendo a palavra domínio, geralmente, empregada no sentido subjetivo, como poder de agir sobre a coisa, e o vocábulo – propriedade, empregado no sentido objetivo, como exteriorização desse poder no vincular a coisa à pessoa (...). Também à palavra propriedade se dá uma acepção mais ampla, compreensiva de todos os direitos que compõem o nosso patrimônio, e do domínio uma acepção restrita, qualificativa a pessoas do direito que têm por objeto direto e imediato as coisas corpóreas (...) Pelo que quando se fala em domínio, geralmente, se quer referir ao conjunto dos direitos reais, e quando se fala em propriedade, se quer referir ao conjunto de todos os direitos que exercemos sobre as coisas corpóreas e também sobre as incorpóreas.” CARVALHO SANTOS, J. M. Código Civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático, vol. VII, 11ª edição, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1987, p. 314.

para cada sujeito há um objeto externo passível de submissão fático-jurídica, a formar o conteúdo de uma relação jurídica. Os bens jurídicos nessa perspectiva são precisamente os objetos (ainda que mediatos)<sup>432</sup> desta relação jurídica individualista, aos quais um sujeito proprietário individual ostenta o interesse primordial e a legitimidade para decidir sobre a sua destinação. No raciocínio jurídico clássico o regime jurídico acompanha a qualificação aposta pela titularidade, a qual é definida na exclusividade da decisão a respeito da destinação centrada no titular proprietário do suporte material do bem.

O proprietário privado individual possui o interesse jurídico primordial (retratado pelo binômio necessidade-utilidade) e a exclusividade da tomada de decisão a respeito da destinação a que entender adequada ao bem apropriado. Os desdobramentos da limitação do acesso, da gestão individual, da fruição egoística, e do uso exclusivo, fazem com que se potencialize os reflexos individuais e por outro lado se socializem os custos externos (ou externalidades) da atividade produtiva que possa ser extraída do bem, sem, no entanto, integrá-los como características intrínsecas ao conceito. Primordialmente se valoriza o raciocínio das titularidades em detrimento da funcionalidade dos bens jurídicos.<sup>433</sup>

Ao se abordar as questões transindividuais não é possível delimitar ou distribuir as parcelas de responsabilidade para cada um dos entes envolvidos na administração ou na gestão responsável dos recursos compartilhados. Assim a concepção do domínio deve assumir um aspecto interno relacionado à universalização do acesso temporário, e realização de direitos fundamentais pelo acesso, ainda que transitório, às utilidades essenciais à vida, e no aspecto externo transmutar-se à regulação de comportamentos massificados, como imposição de deveres comunitários à uma universalidade indeterminada de pessoas.

A estrutura do domínio no aspecto das utilidades comuns dessa forma se transforma, do elemento interno anteriormente pautado na exclusividade individualista passa a incorporar elementos capazes de democratizar o acesso ainda

---

<sup>432</sup> O objeto imediato de uma relação jurídica é a prestação, e o objeto mediato é o bem da vida, móvel ou imóvel. “Toda relação jurídica tem um objeto, seja este um bem ou uma coisa. E, inversamente, toda coisa, como objeto de direito, sofre a dominação do sujeito. Mas há coisas que não são objeto de uma relação jurídica, ou porque são insuscetíveis de apropriação ou porque ainda não foram apropriadas” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. Vol. 1, 33ª ed., rio de Janeiro, Forense, 2020, p. 343).

<sup>433</sup> As externalidades da tomada de decisão são somente posteriormente discutidas, porém sem nunca colocar em questão a validade ou legitimidade da titularidade.

que transitório às utilidades essenciais, que realizam direitos fundamentais, e o elemento externo da abstração do sujeito passivo universal, transforma-se na relação jurídica como regulação de comportamentos, baseados nos pressupostos do compartilhamento de benefícios e responsabilidades pela utilização ainda que temporária do essencial.

E justamente por esse motivo é que ao invés de pensar em resolver o problema das externalidades negativas representativas no acesso às utilidades essenciais, mediante o estabelecimento de mais propriedade exclusivista, deve-se passar a pensar no estabelecimento de responsabilidades compartilhadas e na garantia de universalização do acesso aos benefícios e utilidades desses bens jurídicos diferenciados, devendo ser pensado essa questão dentro do cenário da referibilidade da comunidade envolvida. É imprescindível que se trate aqui, diga-se, de um conceito de comunidade que interligue seus integrantes de modo a possuírem responsabilidades e obrigações compartilhadas, não no sentido de pertencimento e sim de um *munus* comunitário diante de sua coletividade de referência.

Isso notadamente em cenários virtuais é possível de se pensar na prática, quando por exemplo o desfrute de determinados bens virtuais, cite-se aqui a exemplo os *creative commons*, que experimentam grande êxito global, com o chamado “código aberto” (Linux), a enciclopédia Wikipedia, ou o intercâmbio *peer to peer*, em que tendo em consideração os aspectos difusos e referentes às interligações relacionadas a interesses comuns, pode ser direcionado o compartilhamento de responsabilidades àqueles que desfrutam de seus código abertos.<sup>434</sup>

Aferir as perspectivas do comum portanto quando envolver bens jurídicos de características transindividuais se faz de enorme relevância,<sup>435</sup> notadamente

---

<sup>434</sup> Segundo Ugo Mattei, os *creative commons* ou outros recursos online compartilhados, ainda que estejam oferecendo um ataque importante ao sistema dominante da propriedade intelectual ( eminentemente individualista), é fato que não estão conseguindo superar seus próprios pressupostos jurídicos individualistas e contratualistas. Para esse autor, “o perigo, na verdade, é que dentro da imagem de comunidade virtual criativa – os *creative commons* - se esconda uma variante extrema de liberalismo ‘nozickiano’ solipsista, etnocêntrico, otimista e com traços inclusive de narcisismo, (...). Nessa perspectiva, a imagem da internet como novo bem comum global, e a própria potencialidade emancipatória das comunidades virtuais – de facebook a twitter – devem abordar-se com grande cautela, já que encarnam valores políticos cuja compatibilidade com o ideal comunitário não pode dar-se por inexistente.” (cf. MATTEI, Ugo. Bienes comunes. Un manifesto. Editorial Trota, 2013, p. 17).

<sup>435</sup> “(...) os comuns são formas de prosperidade compartilhada; ou, como diz Wolfgang Sachs: quando falamos dos comuns, falamos de um “segredo escondido de nossa prosperidade”. Tal mensagem é forte, mas simples. “Os comuns são uma rede de vida”, afirma Vandana Shiva. Na verdade, os comuns são a rede da vida em sua esfera natural, social, cultural e digital. Quando falamos dos comuns, falamos de qualidade de vida, do nosso futuro e do futuro de nossos filhos. O problema é que os comuns estão em toda parte, mas muitas vezes ficam

quando o fazemos em uma perspectiva essencialmente global capaz de situar o centro do problema no acesso igualitário.<sup>436</sup> Mas há de se pensar também na depredação dos recursos naturais, nos cenários afetos ao meio ambiente, não somente natural, artificial, e cultural, mas também nos cenários digitais e comportamentais, notadamente diante de condições econômicas de livre desenvolvimento dos mercados. Esses recursos comuns pelo vínculo que possuem com o desenvolvimento da vida humana e da dignidade da pessoa correlacionam-se com os aspectos do entorno de forma a complementar o cenário socioambiental pela força da cooperação.<sup>437</sup>

### **05.3. Os regimes jurídicos das utilidades destacáveis da titularidade no novíssimo cenário massificado da economia do compartilhamento**

#### **05.3.1. As novas perspectivas para as relações de pertencimento. Em busca de uma síntese representativa.**

A construção conceitual do tempo e do espaço nas comunidades tecnológicas assume novas perspectivas. A produção de valores de uso comum e o compartilhamento de bens, espaços e instrumentos, geralmente intermediadas por plataformas de internet, assumem a feição de modificar significativamente as expectativas e comportamentos das relações econômicas e sociais. Os usuários buscam o acesso à utilidade das coisas em detrimento de sua titularidade. As perspectivas do compartilhamento e do acesso ganham desta forma cada vez maior importância.

As relações concorrenciais já não almejam o câmbio de propriedades, mas assumem outras características cada vez mais perenes e fluídas. Em sociedades e

---

invisíveis para nós. Podem então se perder e, conseqüentemente, cair no esquecimento. Eles se perdem pela força bruta (ou seja, por nós mesmos, (...)) ou pela força do dinheiro (ou seja, pelo mercado), ou pela ação do capitão (isto é, pelo Estado). O resultado desse processo é uma erosão dos comuns. Assim, a verdadeira “tragédia dos comuns” (uma conhecida metáfora cunhada por G. Hardin) é que só tomamos consciência deles e de seu enorme valor para nós quando estão quase desaparecendo. (...)” (HELDRICH, Silke. Rede de Vida. In: Os bens comuns: modelo de gestão dos recursos naturais. Passerelle, nº 06/2012. Coredem, disponível em: [www.coredem.info](http://www.coredem.info), acesso em 20/02/2022).

<sup>436</sup> MATTEI, Ugo. Bienes comunes. Un manifesto. Editorial Trota, 2013, p. 17

<sup>437</sup> Para Ugo Mattei é a força da cooperação social que dá valor aos bens e recursos comuns, e também o que produz riqueza para quem logo venha a se apropriar de suas utilidades, porém não é essa a vertente principal da discussão que deve importar, pois ‘ a acumulação individualista dos bens comuns é antes de tudo um processo ideológico de construção, naturalização, conservação e ampliação de um imaginário individualizado capaz de conquistar constantemente novos espaços, lugares comuns, de cuja existência pouco a pouco se perde a consciência. (MATTEI, Ugo. Bienes comunes. Un manifesto. Editorial Trota, 2013, p. 18)

comunidades conectadas por plataformas digitais não mais se almeja a propriedade pesada, excludente e onerosa, mas se procura perenemente agora o simples acesso à fruição das utilidades, de modo rápido, célere e descomplicado. Quanto mais se democratiza o acesso, mais rápido e fluído ficam os custos do compartilhamento. É o futuro que se descortina de modo cada vez mais impactante. A titularidade hoje é secundária e nem sempre desejada, de modo que a estruturação do pensamento jurídico na exclusividade resta cada vez mais defasada.

Nas novas comunidades digitais bens e valores não utilizados são ineficiências a barrar a racionalidade da exploração econômica. Criam-se agentes econômicos agora ávidos não mais em titularizar bens e serviços, mas a se materializar como meros usuários passageiros de uma plataforma digital. Há nessas novas perceptivas tecnológicas e virtuais uma massa de consumidores que almejam não mais a titularidade de bens, mas o mero acesso a utilidades de modo temporário e passageiro.

A trajetória da propriedade e das titularidades na sociedade contemporânea assim chega a um novo paradigma. A linguagem advinda dos pressupostos da modernidade não é mais suficiente para albergar os conceitos jurídicos de “acesso”, “compartilhamento” e “pertencimento inclusivo”. Idealizar a noção de bem jurídico hoje é entender que há bens jurídicos que não possuem uma única titularidade exclusiva, mas que devem ser compreendidos com base em ideias multitudinárias que envolvem não somente a sociedade, os comuns, mas também as futuras gerações e uma nova perspectiva de comunidades virtuais.<sup>438</sup> A atividade econômica nos cenários pós-industriais massificados, em contextos multilaterais, permeia-se de atuações e decisões que não dependem mais de uma única vontade individual.

Anteriormente vista como uma relação jurídica unívoca e com efeitos absolutos entre a coisa e seu titular, a propriedade exclusivista hoje vem sendo tratada como adstrita a um fluxo de interesses multitudinários, um feixe de direitos individuais e metaindividuais que não se esgota na relação da coisa com seu titular,

---

<sup>438</sup> “(...) Os comuns são essenciais para nós, sejam os naturais, os sociais, ou os comuns do conhecimento. ‘Os comuns naturais são necessários para nossa sobrevivência, enquanto os comuns sociais garantem a coesão social, e os comuns culturais, por sua vez, são indispensáveis para dirigirmos nossas paixões com autonomia.’ (fonte: Manifest: Gemeinguter Starke. Jetzt! (Manifesto: Fortalecimento dos comuns. Já!). HELRICH, Silke. Rede de Vida. In: Os bens comuns: modelo de gestão dos recursos naturais. Passerelle, nº 06/2012. CoreDEM, disponível em: [www.coredem.info](http://www.coredem.info), acesso em 20/02/2022, p.12).

mas agrega terceiros e a própria coletividade com manifestações difusas de seus interesses socialmente relevantes. Uma nova definição jurídica para as relações de pertencimento nas comunidades virtuais se faz imprescindível. Não se discutem apenas os interesses determinados de titulares, mas também uma porção de interesses multitudinários que forçam e deformam as perspectivas unívocas do racionalismo jurídico oitocentista. Agregam-se ao pertencimento, como categorias jurídicas destacáveis, as utilidades a que os bens são destinados, com regimes jurídicos específicos para cada destinação e diferenciados da agregação jurídica dada ao seu suporte material.

Diante disso é que as destinações a que são deflagrados os bens passam a afetar, independentemente de seu suporte, regimes jurídicos diversificados muitas vezes não condizentes com aquele regime jurídico unívoco afeto às titularidades. A exemplo dos novos regimes jurídicos trazidos pelas tecnologias disruptivas de compartilhamento se destacam as perspectivas das utilidades dos bens jurídicos com seu maior relevo sobre o valor de uso, tornando-se cada vez mais ineficientes os bens que mantêm a exclusividade fática ao seu suporte.

Os bens jurídicos de caráter transindividual, ou seja, aqueles destinados a utilidades de interesse coletivo, notadamente quando perfazem destinações que afetem diretamente interesses não individualizáveis, possuem assim a qualificação jurídica, ou seja, a atribuição de um regime jurídico específico à determinada utilidade ou destinação, o regime jurídico de um bem não acompanha necessariamente a titularidade de seu suporte material, mas por vezes pode se fazer afeto à regulação dada à sua destinação.

Ocorre uma silenciosa mudança na estrutura jurídica do capital e por consequente na noção de propriedade. Há de se repensar os conceitos de propriedade, de bens jurídicos, das utilidades e serviços públicos, dada as novas configurações que atualmente a realidade do século XXI descortina. A teoria dos bens jurídicos necessita nesse cenário reformular seus pressupostos, pois o valor econômico é cada vez mais agregado às utilidades fruíveis por multidões de usuários, diretamente proporcional ao compartilhamento de conexões, do que efetivamente ao suporte material que agrega um bem.

Os antigos paradigmas exclusivistas fulcrados demasiadamente nas titularidades já não ostentam tão significativa importância, quando comparados ao

valor econômico alcançado pelas utilidades compartilhadas. A ciência jurídica do século XXI impõe raciocinar para além dos contornos da dicotomia do público-privado e da racionalidade moderna, dado que o raciocínio embasado nas conceituações universais já não é mais suficiente para enfrentar os problemas complexos da sociedade contemporânea.

A economia do compartilhamento descortina-se como uma nova faceta das relações econômicas, com novos modelos negociais. Para além dos interesses exclusivistas e individuais, superando-se a visão de grande parte dos economistas modernos,<sup>439</sup> é que a tecnologia nos logrou uma nova forma de constituir as relações econômicas.

Criam-se agentes econômicos agora ávidos não mais em titularizar bens e serviços mas a se materializar como meros usuários passageiros de uma plataforma digital. A temporalidade e a universalização do acesso e uso compartilhado são questões fundamentais para uma nova teoria e releitura do direito das coisas.

Na nova sociedade digital bens e valores não utilizados são ineficiências a barrar a racionalidade da exploração econômica. Atualmente uma propriedade temporalmente desocupada, ou um veículo temporariamente inutilizado, podem ser identificados como ineficiências capazes de ser combatidas pela racionalidade do argumento econômico.

O desperdício de eficiência agora possui íntima conexão com o tempo, dado que a maximização da fruição temporária é a destinação principal procurada pelos agentes econômicos, que não mais pretendem nem almejam titularizar quaisquer bens ou serviços. Evitar a ociosidade dos bens é a nova meta buscada pela sociedade digital. O pertencimento temporário é o novo paradigma que a ciência jurídica precisa incorporar para se adaptar à realidade do século XXI.

É preciso compreender a interrelação que possui o homem com a comunidade, com os fatores sociais e massificados, para se entender que os seres vivos e não vivos devem compartilhar as utilidades da existência em equilíbrio, na

---

<sup>439</sup> A visão e abordagem da maioria dos economistas, segundo Capra, são fragmentárias e reducionistas, e hoje as falhas do pensamento econômico contemporâneo são cada vez mais evidentes. Os economistas geralmente deixam de reconhecer que a economia é apenas um aspecto de todo o tecido ecológico e social. Eles negligenciam essa interdependência social e ecológica, tratando todos os bens do mesmo modo, sem levar em consideração as muitas maneiras por meio das quais esses bens estão relacionados como o restante do mundo, e reduzindo todos os valores a um único critério privado para a obtenção do lucro." CAPRA, Fritjof. LUISI, Pier Luigi. A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São Paulo, Cultrix, 2014, p. 84.

conceituação de que a ciência do direito do século XXI compreenda não somente aquilo que pode ser apropriado individualmente mas também tudo o que deve ser transindividual, utilidades compartilhadas, e assegurado a todos o direito de acesso à utilidades fundamentais necessárias para a coexistência em equilíbrio. O compartilhamento do acesso às utilidades fundamentais faz parte da livre produção, reprodução e desenvolvimento de uma vida digna, sendo portanto fundamento constitucional ancorado na solidariedade.

Com o cenário da nova “Economia do Compartilhamento” (sharing economy) surgem novas ferramentas tecnológicas que permitem criar inéditas modalidades de interação econômica, propiciando a organização de agentes econômicos em “redes” ou “comunidades” (intermediadas por plataformas eletrônicas), que rompem com a lógica dos modelos de negócios anteriormente estabelecidos.

Com ênfase no “uso compartilhado” em detrimento da posse e da propriedade exclusivista, ser proprietário hoje, ou ser titular de um bem, deixando-o ocioso por lapsos temporais ainda que exíguos, torna-se oneroso e ineficiente diante as facilidades do uso compartilhado e da necessidade de se contribuir e existir perante a comunidade digital.

Passa-se a valorizar novos conceitos como o direito de acesso compartilhado, com maior ênfase para as ideias multitudinárias do pertencimento, as transações comerciais realizadas em mercados multilaterais online, o incentivo ao consumo colaborativo, o feedback dos usuários compartilhados de forma aberta (resultando em maior confiança), fazem da existência digital um meio necessário para se explorar e sobreviver no mercado, e impõe mutações normativas significativas para conceitos jurídicos anteriormente estanques.

No novo cenário comportamental da economia do compartilhamento o acesso e as novas formas de utilidade e fruição rápida e fluída de bens e negócios são perspectivas centrais. São agora postos em evidência inéditos padrões colaborativos que fogem dos limites definidos pela teoria clássica do direito de propriedade e seus derivados do direito das coisas. O compartilhamento e o uso comum impactam profundamente as relações negociais e também a teoria jurídica contemporânea.

As denominadas tecnologias disruptivas lograram por corrigir independentemente da função estatal as deficiências de uma economia

desregulada. As nominadas falhas de mercado, notadamente as externalidades negativas da atividade produtiva, e a assimetria da informação entre os agentes econômicos, passam a ser muito frequentemente suplantadas pelas novas tecnologias, que não raro fornecem inéditas utilidades aos bens capazes de trazer eficiência econômica ligada diretamente ao seu potencial de compartilhamento e de acesso pelo maior número possível de usuários.

A economia do compartilhamento transforma cada vez mais a necessidade de titularizar bens em fruição de serviços compartilhados. Não é preciso mais ser titular de bens para ter o acesso às utilidades essenciais da vida. As inovações tecnológicas centradas no compartilhamento de benefícios e de responsabilidades e na universalização do direito de acesso às utilidades fundamentais ao livre desenvolvimento de uma vida digna, geram novos modelos de negócios que conseguem reduzir os custos de transação e fricção do sistema a ponto de haver ganho econômico para todos os envolvidos, corrigindo a assimetria da informação entre os agentes econômicos.

É preciso regular a atividade econômica para garantir o correto funcionamento de setores e serviços privatizados, e incentivar os agentes econômicos a tornar cada vez mais acessível os serviços de interesse geral. As inovações disruptivas, segundo Floriano Marques, facilitam “o domínio comunitário, a produção localizada, a cooperação, os pequenos empreendimentos e a regeneração da abundância econômica e natural’ (...) Em um contexto de bens escassos, a eficiência econômica não está atrelada à propriedade dos bens, mas ao seu uso temporário e compartilhado por diversas pessoas”.<sup>440</sup>

Este cenário impacta profundamente não somente as relações negociais<sup>441</sup> mas também a teoria jurídica contemporânea. Aproximam-se consistentes

---

<sup>440</sup> Cf. POSEN. Regulating Uber, NR 42, página 412. Ver nesse sentido também: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-109, out./dez. 2016, p. 22.

<sup>441</sup> É possível extrair alguns dos mensuráveis impactos da nova economia do compartilhamento, como impactos positivos, uma maior facilidade de acesso a ferramentas e outros recursos materiais úteis; melhores resultados ambientais (menor produção e menos bens são necessários); mais disponibilidade de serviços para cada vez mais pessoas; maior capacidade de viver sem fluxo de caixa (com menor necessidade de poupança para poder usar os bens). Passa-se a valorizar novos conceitos como o “direito de acesso” e o “uso compartilhado”, com maior ênfase para a ideia das multititularidades e transações comerciais realizadas em mercados multilaterais online, com incentivo ao consumo colaborativo, e feedback dos usuários compartilhados de forma aberta (resultando em maior confiança). Maior capacidade de viver sem fluxo de caixa (com menor necessidade de poupança para poder usar os bens); grande incentivo à maximização na utilização dos bens, evitando-se sua subutilização; menos oportunidades de abusos de confiança, em razão dos feedbacks diretos e públicos compartilhados pelos aplicativos; criação de economias secundárias (motoristas de Uber entregando bens e

mudanças no regime proprietário, notadamente na noção de exclusividade da propriedade imaterial e na conceituação de bens jurídicos incorpóreos e suas relações de titularidade e representatividade perante realidades comunitárias.<sup>442</sup>

### **05.3.2. A desmaterialização da riqueza e a qualificação das intangibilidades: uma evolução para a teoria dos bens jurídicos.**

Uma riqueza liquefeita atualmente não raro representa mais consistência do que as ineficiências dos bens de raiz. Uma nova noção de riqueza imaterial cada vez mais significativa que nos faz repensar atualmente alguns conceitos da vida moderna, e que pode ser refletida nas constatações feitas por Klaus Schwab, por exemplo, de que hodiernamente a maior varejista do mundo não possui uma única loja (Amazon); o maior fornecedor de quartos não possui um único hotel (Airbnb); ou ainda o maior provedor de transporte não possui um único carro (Uber).<sup>443</sup> Há de se repensar os conceitos de propriedade, de bens jurídicos, de bens e serviços públicos, dada as novas configurações que atualmente a realidade do século XXI descortina.

---

alimentos).<sup>441</sup> Outros exemplos da economia compartilhada no setor de transportes, podem ser retratados com a empresa *Zipcar* oferece um método para as pessoas compartilharem o uso de um veículo por curtos períodos de tempo, de forma mais ágil e mais razoável do que as tradicionais locadoras de carros. A empresa *Relay Rides* oferece uma plataforma para localizar e pegar emprestado veículos particulares por um tempo determinado. E a *Audi*, a *Tesla*, a *Google*, entre outras empresas, já testam carros semiautônomos controlados por softwares via internet. Há possibilidade concreta de impactos de curto prazo na indústria automobilística e na perda de postos de trabalho (p.ex. caminhoneiros). Como impactos negativos da economia do compartilhamento, é possível identificar ainda conforme as observações pertinentes de Klaus Schwab, uma menor resistência financeira da população após a perda de emprego (por causa da poupança menor); mais trabalhos contratados/baseados em tarefas (em vez do emprego de longo prazo, normalmente mais estável); menores recursos de capitais de investimento disponível no sistema; maior dificuldade de regular a atividade econômica de empresas gestoras desse modelo (na maioria das vezes multinacionais sem patrimônio físico definido); maior dificuldade na responsabilização dessas empresas por eventuais danos à coletividade. Responsabilização patrimonial liquefeita. Havendo ainda de se ressaltar a existência de alguns impactos desconhecidos ou ocultos, que poderão no futuro vir a serem catalogados ou como positivos ou como negativos, que são principalmente na esfera jurídica. SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Ed. Edipro, São Paulo, 2016.

<sup>442</sup> O patrimônio cultural imaterial, por exemplo, é transmitido de geração a geração e constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de sua interação com a natureza e sua história, gerando um sentimento de continuidade. As expressões culturais tradicionais (ECTs), bem como a propriedade intelectual de povos, são produtos intelectuais dotados de criatividade, e que são passados por gerações, de forma oral ou mesmo imitada. São elementos que refletem a identidade sociocultural de um povo, podem ser feitos por autores anônimos, ou mesmo por pessoas reconhecidas e autorizadas pela comunidade. (cf. WACHOWICZ, Marcos. *Direito autoral e arte indígena*. Disponível em <https://youtu.be/KGeYwbIMyJA>, acesso em 12/06/2022). Apesar de se constituírem como elementos de direitos transindividual necessitam de algum contorcionismo jurídico para serem reconhecidas como direito intelectual autoral das comunidades, como obras intergeracionais sendo evidente que esse reconhecimento gera benefícios econômicos e sociais para as próprias comunidades. É preciso atualizar as legislações vigentes para que incorporem esses direitos transindividuais tal como a autoria dessas obras coletivas ou individuais, dando-as principalmente quando envolvidos expressões de conteúdo étnico, a feição e o status de direitos humanos intergeracionais.

<sup>443</sup> Cf. SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Ed. Edipro, São Paulo, 2016.

São impactos sociais desconhecidos ou ocultos, na lição de Klaus Schwab, a falta de clareza sobre o que significa 'riqueza material' e sobre o que significa 'liquidez patrimonial' de empresas de tecnologia; ou ainda as dificuldades na estruturação de conceitos jurídicos, pois o direito é voltado integralmente para a teoria de bens e serviços materiais, utilidades coisificadas, ainda não estando muito bem definido os reflexos dos bens e serviços virtuais na ciência jurídica.

Há outros impactos significativos de menor clareza do cenário da economia do compartilhamento sobre o que constitui a 'relação de trabalho' no atual mundo digital, pois a interação tecnológica permite novas formas de organizações laborais, mais horizontais do que verticais, e mais pautadas na liberdade da criação e do controle do tempo. E evidente que essas novas configurações laborais e sociais devem ser acompanhadas por ajustes no direito e na regulação, tanto civil coletiva, quanto na própria necessidade de ajustes da tributação e de regulamentos baseados na propriedade/vendas para modelos com base no uso compartilhado e no direito de acesso,<sup>444</sup> o que ainda gera grandes desafios a se vencer.

Notadamente sob o aspecto do regime proprietário, parece ser mediante a harmonização de diferentes estatutos proprietários que se poderá formular de modo abrangente as novas percepções a respeito da ideia do compartilhamento e do direito de acesso às utilidades fundamentais que melhor contribuem para a realização de uma vida digna e para efetivação da solidariedade constitucional.

O conceito de bem jurídico hoje adquire uma diferenciada noção de bem incorpóreo, não necessariamente passível de valoração econômica, engloba bens imateriais, virtuais e difusos (patrimônio histórico e ambiental), uma realidade a que a ciência jurídica contemporânea precisa se adaptar.

Isso implica em reconhecer uma diferente dimensão normativa que vai além da dicotomia estanque do público-privado, e também suplanta a dimensão sujeito-objeto, fora do individualismo proprietário e da tradicional gestão pública dos bens coletivos. Criar uma nova percepção a respeito da ideia do compartilhamento e pertencimento inclusivo, e novas perspectivas para o domínio útil é algo bastante atual e necessário, devendo ser compreendido como bens incorpóreos transindividuais aqueles que englobam os direitos fundamentais de terceira geração e a necessidade de serem resguardados. Funcionalizar os bens compartilhados à

---

<sup>444</sup> Cf. SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Ed. Edipro, São Paulo, 2016, p. 1460.

concretização dos direitos fundamentais dentro da lógica de mercado do século XXI é o grande desafio.

A reestruturação das cadeias produtivas transfere o foco dinâmico dos elos relacionados à produção e às relações de trabalho para aqueles vinculados a atividades intensivas ligadas à serviços técnicos, marketing digital e relacionamento com o cliente-usuário. As novas ferramentas tecnológicas criam inéditas modalidades de interação econômica, com a organização de agentes econômicos em “redes” ou “comunidades” (intermediadas por plataformas eletrônicas), enfraquecendo ou substituindo indústrias, empresas e produtos anteriormente estabelecidos no mercado, com a superação de velhos modos de produção de bens e serviços para atividades mais dinâmicas geralmente fulcradas nas facilidades trazidas pela internet.<sup>445</sup>

A economia do compartilhamento também gerou, segundo Klaus Schwab, a capacidade, geralmente possibilitada pela tecnologia, de que entidades (indivíduos ou organizações) compartilhem tanto o uso de um bem quanto um serviço, o uso de um bem/ativo físico, ou a prestação conjunta de um serviço, em um nível de eficiência que, anteriormente, era muito mais baixo ou talvez impossível. A partilha de bens ou serviços, para esse autor, é geralmente possibilitada e viabilizada por mercados on-line, serviços dos aplicativos, de localização do celular ou mesmo de outras plataformas tecnológicas, mas que sempre permitem novas modalidades de interação digital que são tão eficientes quanto seu ineditismo. Essas novas modalidades de interação tecnológica certamente reduzem tanto os custos de transação e fricção do sistema econômico a ponto de haver ganhos tanto individuais quanto coletivos para todos os envolvidos.<sup>446</sup>

A lição de Arun Sundararajan também explicita um contexto amplamente baseado nas facilidades do mercado online, onde se possibilita a troca de bens e o surgimento de novos serviços com dinamismo e agilidade, resultando em níveis potencialmente mais altos de atividade econômica. Além disso observa-se um

---

<sup>445</sup> “(...) a Internet tem o potencial de modificar dramaticamente o cenário das telecomunicações. A Internet cria novas formas de competição, valiosos serviços para os usuários finais e benefícios para a economia. A abordagem governamental quanto à Internet deveria, portanto, partir de duas premissas: evitar regulação desnecessária e questionar a aplicabilidade das regras tradicionais” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-109, out./dez. 2016, p. 30).

<sup>446</sup> SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Ed. Edipro, São Paulo, 2016, p. 1460.

capital de alto impacto, onde a economia compartilhada abre novas oportunidades para que tudo, desde bens e habilidades até tempo e dinheiro, seja utilizado a níveis próximos de sua capacidade máxima.<sup>447</sup>

Estruturam-se em redes baseadas em multidões em vez de instituições centralizadas ou hierárquicas. A oferta de capital e mão-de-obra derivada de multidões descentralizadas de indivíduos em vez de agregados de empresas ou Estados; trocas futuras podem ser mediadas por ambientes de mercado distribuídos baseados em multidões em vez de terceiros centralizados.<sup>448</sup>

O contexto estabelece linhas tênues entre o pessoal e o profissional, com a oferta de mão-de-obra e serviços frequentemente comercializados e dimensionados por meio de atividades *peer-to-peer*, como dar uma carona a alguém ou emprestar dinheiro a alguém, atividades essas que costumavam ser consideradas ‘pessoais’.

449

Há linhas tênues entre o trabalho com vínculo de emprego e o casual, entre o emprego independente e o dependente, entre o trabalho e o lazer: muitos trabalhos tradicionalmente de tempo integral são suplantados por trabalhos contratados que apresentam diversos níveis de comprometimento de tempo, granularidade, dependência econômica e empreendedorismo.<sup>450</sup>

As facilidades advêm do uso compartilhado, com transações comerciais sendo realizadas em mercados multilaterais online. A posse perde sentido, transforma cada vez mais produtos em serviços.<sup>451</sup> O regime das titularidades

---

<sup>447</sup> Cf. SUNDARARAJAN, Arun. *The Sharing Economy*. Cambridge: The MIT Press, 2016. p. 27.

<sup>448</sup> SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Ed. Edipro, São Paulo, 2016, p. 1460.

<sup>449</sup> “A economia compartilhada tem vários ingredientes, características ou descritores. Ela é possibilitada pela tecnologia, pela preferência do acesso à propriedade, ponto a ponto (*peer-to-peer*), partilha de bens pessoais (em vez de bens corporativos), facilidade de acesso, maior interação social, consumo colaborativo e feedback do usuário compartilhado de forma aberta (resultando em maior confiança). Mas nem todos esses ingredientes estão presentes nas transações da economia compartilhada.” (SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Ed. Edipro, São Paulo, 2016, p. 1460.

<sup>450</sup> Cf. SUNDARARAJAN, Arun. *The Sharing Economy*. Cambridge: The MIT Press, 2016. p. 27.

<sup>451</sup> Klaus Schwab descreve o que entende por impactos positivos e negativos da economia do compartilhamento. Anota que os **impactos positivos** são: - maior facilidade de acesso a ferramentas e outros recursos físicos úteis; - Melhores resultados ambientais (menor produção e menos bens são necessários); - disponibilidade de serviços mais pessoais; - Maior capacidade de viver sem fluxo de caixa (com menor necessidade de poupança para poder usar os bens); - Melhor utilização dos bens; - Menos oportunidades de abuso de confiança, possíveis pelos feedbacks diretos e públicos; - criação de economias secundárias (motoristas de Uber entregando bens e alimentos). E os **impactos negativos** são: - Menor resistência após a perda de emprego (por causa da poupança menos); - Mais trabalhos contratados/baseados em tarefas (em vez do emprego de longo prazo que normalmente é mais estável). – Diminuição da capacidade de mensurar essa economia potencialmente cinza; - Mais oportunidade para abusos de confiança de curto prazo; - Menos capital de investimento disponível no sistema. Elenca ainda os **impactos desconhecidos, ou positivo ou negativo**: - Mudança em relação à propriedade dos bens; - Mais modelos com base em assinatura; - Menos poupança; - Falta de clareza sobre o que significa ‘riqueza’ e ‘bem de vida’; - Menor clareza sobre o que constitui ‘trabalho’; - Dificuldade para mensurar essa economia potencialmente ‘cinza’; - ajuste da tributação e dos regulamentos baseados na

exclusivistas passa a ser objeto de questionamento.<sup>452</sup> As novas formas de organização do trabalho, mais horizontais do que verticais, levam à mutualização de bens, espaços e instrumentos. Os bens ou serviços com regime de exclusividade passam a ser sinônimo de ineficiência. As inovações tecnológicas centradas no compartilhamento de informações geram novos modelos de negócios que não apenas corrigem algumas das falhas de mercado, como a assimetria da informação e diminuem os custos de transação, mas também produzem novos modelos de interação em comunidade capazes de melhor realizarem direitos transindividuais (como a proteção da concorrência, proteção do meio ambiente, proteção do consumidor, etc.). É preciso regular a atividade econômica para garantir o correto funcionamento de setores e serviços privatizados, e incentivar a realização de direitos dos cidadãos de tornar acessível os serviços de interesse geral.

Com essa nova forma de entender as relações econômicas é que se passa a observar as mudanças relevantes no modo de organização e interação econômica, com os conceitos anteriormente estanques de “titular” e “possuidor exclusivo” dos bens a ser relativizados. A análise das titularidades deve ser mais aprofundada para se compreender os desdobramentos da exclusividade acerca da destinação dos bens.

A comunicação e as informações passam a ser transferidas por entre continentes em poucos segundos. Bens jurídicos de alta relevância e importância econômica assumem condições de imaterialidade, com simples informações tornando-se de importância significativa em um mercado complexo e competitivo, com conteúdos notadamente relevantes, cujo acesso assume o status de utilidade imaterial despreendida inclusive de seu veículo transmissor.

Aliado a isto a dimensão dos tratos econômicos perpassa para uma perspectiva relacional e amplamente abstrata. A concorrência na macroeconomia agora é vista não só como protetora de interesses coletivos mas também como produtora de novas tecnologias que ampliam e democratizam o uso e o acesso às

---

propriedade/vendas para modelos com base no uso.” (SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Ed. Currency, New York, p. 146-147).

<sup>452</sup> Advém da titularidade as competências para definir e delimitar a destinação dos bens jurídicos. E segundo Egon Bockmann, “são as competências que definem a pessoa titular do poder-dever de prestar os serviços, bem como identificam outros sujeitos que possuem tarefas e atribuições para além do titular. Para qualquer um deles, não se trata de opção, mas do dever de atingir os objetivos previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional. Para isso que a competência é legislativamente definida: não é competente quem quer, mas aquele que recebeu a determinação legal de cumprir o dever de bem prestar o serviço.” (BOCKMANN, Egon. Competência e governança no setor de saneamento: quem faz o que?. Revista FGV Ceri, abril de 2021)

utilidades que antes eram monopólio do ente estatal, mas que agora devem ser providas em regime de cooperação e solidariedade por todos.<sup>453</sup>

A desmaterialização da riqueza é um fenômeno que vem ocorrendo de modo incontestado no novo cenário econômico do início do século XXI. A riqueza vem sendo cada vez mais desmaterializada, o valor de uso dos bens antes secundário assume cada vez maior relevância sobre o valor de troca. Não que a troca não seja ainda relevante, mas muitas vezes e em muitas circunstâncias desse novo tempo não se faz ela tão eficiente economicamente quanto antes, principalmente diante das modificações na conjuntura econômica com as novas modalidades de interação advindas do novíssimo cenário da economia do compartilhamento.

As empresas e os consumidores estão abandonando a realidade central da vida econômica moderna, conforme Jeremy Rifkin, a troca de bens materiais entre vendedores e compradores no mercado passa a ser cada vez menos importante do que as utilidades transformadas em serviços. Isso obviamente, como alerta Rifkin, “não significa que a propriedade irá desaparecer no início da era do acesso. Ao contrário, a propriedade continuará a existir, mas com uma probabilidade bem menor

---

<sup>453</sup> O Estado brasileiro muitas vezes não fornece mais bens e serviços, mas os delega, e incumbe-se de regular sua execução. Assim é um ente estatal que une perspectivas, congrega os setores público e privado por meio de autorizações, e com isso cria ativamente, um regime de concorrência. Há situações de monopólios ou monopsonios estatais em que por só haver um comprador, a administração pública, é preciso que o próprio ente estatal por intermédio da regulação incentive e promova a concorrência, principalmente em setores como de obras públicas, a exemplo dos portos, aeroportos, ferrovias, estradas, telecomunicações, o estado envolve internamente (regime de licitações, de funcionalismo ou ainda do processo administrativo) uma relação própria de direito público, porém externamente, mesmo em setores não concorrenciais, por meio de autorizações, concessões, parcerias público-privada, consórcios, há uma concorrência incentivada pelo estado e na exata medida de buscar um serviço ou uma obra mais condizente com o poder financeiro e a eficiência da iniciativa privada. Muitas vezes em alguns setores, por exemplo, da água e saneamento por ser inviável duas infraestruturas paralelas, e também por impossível o compartilhamento de infraestruturas, acabam representando hipóteses de monopólio natural intransponível. Há uma quebra da exclusividade estatal, uma desagregação vertical e horizontal, em que o próprio ente estatal faz uma simulação de concorrência, ou uma concorrência anterior para eleger qual entidade vai assumir a prestação do serviço sob forte regulação. Já o novo marco do saneamento implementado pela Lei 14.026/20 teve por “objetivo claro de política pública de longo prazo (...) garantir disponibilidade e gestão sustentável de água e saneamento para todos”. (...) Os pilares do novo marco são promoção de entrada e atração de capitais privados para que, em complementação aos investimentos públicos, sejamos capazes de acelerar nosso déficit civilizatório com o saneamento. A coexistência harmônica de parceiros públicos e privados é articulada pela regulação. E o papel da ANA (agência nacional de água e saneamento) é singular. Diferentemente da experiência do setor elétrico, a agência federal não é apenas regulador. Tem ainda a atribuição de produzir e disseminar conhecimento e sólida cultura de regulação. Não se trata de escolha subjetiva: a estrutura dos ministérios não conta com instrumentos para promover melhorias contínuas, articuladas e aceleradas na regulação do saneamento. Não é boa prática de governança regulatória atribuir competência a um departamento ministerial para definir normas a pautar a atuação de reguladores subnacionais. A adoção dessa hipótese tem grande potencial de causar ruídos interfederativos. Além das dificuldades de implementação, a expansão dos poderes políticos federais tem grande probabilidade de ser contestada na prática. Ademais, afronta a própria rationale da regulação, que busca criar ambiente adequado para a prestação dos serviços e realização de investimentos em ativos com longa vida útil e grande nível de especificidade, visando proteger operadores dos caprichos dos governos que se alternam no poder. (DUTRA, Joice. MOREIRA, Egon Bockmann. Até quando abusará, Estado Brasileiro, do saneamento básico? Revista Conjuntura Econômica, Janeiro 2023, p. 52-55).

de ser trocada em mercados. Em vez disso, os fornecedores detêm a propriedade na nova economia e fazem *leasing*, *alugam* ou *cobram* uma taxa de admissão, pela assinatura ou pela associação a curto prazo. A troca de bens entre vendedores e compradores, o aspecto mais importante do sistema de mercado moderno, dá lugar ao acesso a curto prazo entre servidores e clientes que operam em redes”.<sup>454</sup>

A esfera dos bens passa cada vez mais a ser tratada como a esfera das utilidades, das destinações, aquilo que anteriormente era tratado como “comum a todos”, como de características inexauríveis e de uso livre, distancia-se da satisfação pela lógica da estrutura estatal, ou seja, não é mais o estado o responsável exclusivo pelo fornecimento dos bens coletivos e pelo suprimento de necessidades transindividuais, e nem por outro lado, tampouco são os bens transindividuais os únicos que não podem ser providos pelo mercado. A cooperação em comunidade atualmente é de relevância e significativamente eficaz na satisfação de necessidades coletivas.

O mercado da procura pelo interesse individual e da precificação de todo comportamento vem passando cada vez mais a um ambiente em que o livre acesso e a universalização do compartilhamento são características essenciais para alcançar a eficiência econômica. Isso corresponde a dizer que a materialidade dos bens não é mais tão significativa, quanto aquilo que pode ser extraído dele, a utilidade independente da titularidade.

O compartilhamento da utilidade e a universalização do acesso aos usuários, passa a requalificar o regime jurídico dos bens, para alcançar não sua materialidade mas sua utilidade que muitas vezes não é única. Assim o regime jurídico dos bens passa a se tratar na verdade do regime jurídico das utilidades. As características da destinação e da utilização dos bens nesse sentido é a classificação principal e determinante para uma teoria das utilidades comuns, daí sendo independente se de pertencimento privado ou mesmo público seu suporte material.<sup>455</sup>

Ainda que as dimensões da titularidade sejam tratadas com similaridade e compreendidas no mesmo grau de enlace teórico, há essencialmente algo importante a ser inserido notadamente quando envolve a teoria que muitos vêm

---

<sup>454</sup> RIFKIN, Jeremy. A era do acesso: a transição de mercados convencionais para networks e o nascimento de uma nova economia. Ed. Makron Books, Pearson Education do Brasil, 2001, p.04

<sup>455</sup> Por todos nesse sentido ver: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens públicos: função social e exploração econômica: O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2009

atualmente referindo como dos *Commons* ou a teoria dos bens comuns. Trata-se de teoria que possui amplo se não integral embasamento na teoria econômica, a qual de fato qualifica e cataloga as utilidades advindas dos bens como relevantes a ponto de gerar uma estruturação teórica, o que assume importância nesse novo cenário massificado notadamente na nova era do acesso e das tecnologias disruptivas.<sup>456</sup>

Assim a propriedade, anteriormente vista como uma relação jurídica unívoca e com efeitos absolutos entre a coisa e seu titular, hoje vem sendo tratada como adstrita a um fluxo de interesses multitudinários, um feixe de direitos individuais e metaindividuais que não se esgota na relação da coisa com seu titular, mas agrega terceiros e a própria coletividade como manifestação difusa de interesses socialmente relevantes.

Não se discutem apenas os interesses determinados de titulares, mas também uma porção de interesses multitudinários que forçam e deformam as perspectivas unívocas do raciocínio jurídico contemporâneo. A esta constatação alia-se como categoria jurídica destacável, pelo menos para efeito deste trabalho, as utilidades a que os bens são destinados, e que agregam regimes jurídicos específicos para cada destinação, notadamente se a utilidade assume características transindividuais, o que obviamente difere da agregação jurídica dada ao suporte material do bem jurídico.

A exemplo dos avanços trazidos pela tecnologia disruptiva do compartilhamento com as plataformas digitais se destacam, atualmente, as perspectivas das utilidades dos bens jurídicos com seu maior relevo sobre o valor de uso, tornando-se cada vez mais ineficiente os bens que mantêm a exclusividade do acesso a seu suporte. Um veículo utilizado para transporte individual de passageiros, por exemplo, ostenta uma regulação diversa em sua utilidade daquela que viabiliza sua destinação para fins particulares, fazendo com que os interesses multitudinários que afetem a utilidade metaindividual do bem moldem um regime

---

<sup>456</sup> “(...) a teoria dos bens comuns demonstra a insuficiência da apropriação dos bens como direito de exclusão para afirmar a necessidade do estabelecimento da propriedade inclusiva, com o reconhecimento da legitimidade de que se investem sujeitos e interesses diversos em relação a um mesmo bem. (...) a construção da teoria dos bens comuns leva à superação do individualismo proprietário – como razão de ser e limite da definição do objeto do direito de propriedade – para se assentar no sentido de acesso. (...) a explicitação dos commons permite ‘aperfeiçoar a tutela privilegiada das situações existenciais mediante o reconhecimento de bens – constitutivos da pessoa e de sua cidadania – cuja acessibilidade não se subordina à disponibilidade de recursos financeiros, retirada, portanto, da lógica do mercado.” (GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha Gonçalves. Dos bens comuns aos comportamentos comuns. In: Problemas de direito civil: homenagem aos 30 anos de cátedra do Professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos. Organizadores: Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Milena Donato Olívia. 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 191).

jurídico diverso para a utilidade, vista como um bem jurídico de características transindividuais e destacado de seu suporte material.<sup>457</sup>

É dizer, os bens jurídicos de caráter transindividual, confundidos com a utilidade de interesse coletivo, notadamente quando perfazem destinações ao bem que afetam diretamente interesses não individualizáveis, devem receber uma qualificação jurídica diretamente relacionada à utilidade ou destinação a que sejam direcionados. Trata-se de entender que o regime jurídico de um bem não acompanha necessariamente a titularidade de seu suporte, mas por vezes pode agregar a necessidade de regulação de sua destinação, pois seu valor de uso é determinante para afetar regimes jurídicos multitudinários afetos às utilidades dele extraídas; e isso de modo independente de seu suporte material, dele destacado.

A exploração econômica dos bens jurídicos de características transindividuais, assim, demanda para entender esses bens não como afetos à materialidade ligada à exclusividade do titular proprietário, mas efetivamente, desmaterializando-se de seu suporte, como um agregado diretamente relacionado à destinação ou utilidade dele extraída, passando a ostentar um regime jurídico mais ligado às utilidades, que se destinam a atender necessidades coletivas e por isso podem ser vistas como utilidades comuns a todos, em que todos devem resguardar deveres e responsabilidades no compartilhamento de sua usufruição.

---

<sup>457</sup> A regulação do UBER é dada pela Lei de Política Nacional de Mobilidade Urbana – alterada pela Lei 13.640/2019, que em seu artigo art. 4º, inciso X, considera o (...) **transporte remunerado privado individual** de passageiros um serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede. Essa mesma lei, no inciso VIII, do mesmo dispositivo legal, considera **transporte público individual** o serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas. A lei federal dispôs que cabe aos Municípios (e DF) regulamentar e fiscalizar os serviços privados do UBER (transporte individual privado), observando as diretrizes da Lei Federal, que impõe que: - Os destinatários são individualizáveis e finitos. Só usuários cadastrados, não aberto ao público - O motorista em princípio pode recusar passageiro, porque é contrato civil (art. 730, CC). - A intermediação ocorre por plataforma virtual (art. 3º, VIII, do Marco Civil da Internet). Devem ser observado as seguintes diretrizes: a) Os serviços de transporte por aplicativos devem ser prestados com eficiência, eficácia, segurança e efetividade; b) a cobrança dos tributos municipais devidos pela prestação do serviço (ISS e taxas); c) a contratação de seguro de Acidentes Pessoais a Passageiros (APP) e do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT); d) que o motorista seja inscrito como contribuinte individual do INSS (art. 11, V, “h”, da Lei nº 8.213/91). Requisitos mínimos para prestar esse serviço: I - possuir CNH na categoria B ou superior que contenha a informação de que exerce atividade remunerada; II - conduzir veículo que atenda aos requisitos de idade máxima e às características exigidas pela autoridade de trânsito e pelo poder público municipal. III - emitir e manter o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV); IV - apresentar certidão negativa de antecedentes criminais

## **06. AS UTILIDADES COMUNS COMO PARADIGMA DAS NOVAS PERSPECTIVAS MULTITUDINÁRIAS NAS RELAÇÕES DE PERTENCIMENTO.**

### **06.1. A propriedade com múltiplos estatutos: Diversas utilidades a envolver a teoria dos bens jurídicos.**

#### **06.1.1. Os bens públicos e a desvinculação da utilidade de seu suporte material: um raciocínio para além das titularidades.**

A dogmática jurídica tradicional<sup>458</sup> estruturada pela racionalidade moderna ocidental, <sup>459</sup> cooptou fatos da realidade e os moldou em uma compreensão limitada das relações existenciais. Fulcrada em uma concepção atomizada da sociedade europeia do século XIX, apenas enxergou parcela da realidade que é passível de ser valorada enquanto relacionada à alguma necessidade humana direta e proporcionalmente ligada a utilidades fornecidas por entidades individualizadas, olvidando de estruturas comunitárias capazes de igualmente satisfazer necessidades coletivas sem necessitar da intermediação estatal.

As relações de pertencimento na esfera do direito comum são diferenciadas da estrutura proprietária na esfera pública, porquanto nestas a destinação dada a *res* para satisfação de necessidades e aspirações coletivas pode advir independentemente da tomada de decisão exclusivista de um único titular. A esfera da utilização e da destinação de um bem é desvinculada da sua

---

<sup>458</sup> O termo dogmática jurídica, conforme Tércio Sampaio Ferraz Junior, é um termo polissêmico no direito, e serve como retórica para várias perspectivas. Normalmente a dogmática acaba se ligando à atividade única do estado, advinda da jurisdição. O Estado desde a modernidade é o único ente estatal a justificar a ciência do direito, e isso não muda com a ideia de positividade do direito. A positividade não se confunde com o positivismo, e não identifica a positividade com a lei. Geralmente a ideia de dogmática é presa ou mais em grande medida à ideia de lei, porém para esse autor a dogmática não é sinônimo de lei, na medida em que a positividade delimita a ideia de positividade. É dizer a dogmática então é uma técnica, e não se confunde com a lei. Ela serve para a ação e não para revelar a verdade, na medida em que o direito perde essa referencia da verdade, permite-se que a lei se altere e consiga se adequar às possibilidades de fato sem se adequar à realidade. Por esse motivo é preciso um outro nível de recepção da dimensão social, pois para reduzir as expectativas normativas criadas pela sociedade criam-se instrumentos identificadores de sentido, que são os papéis dos valores, as pessoas, na medida em que o direito é um mecanismo de coordenação entre as várias dimensões, o direito é o nome dado às expectativas generalizadas congruente de realizações de sentido. É, portanto, necessária a diferenciação entre a dogmática e a zetéica, na medida em que o fenômeno jurídico não se resume a dogmática mas vai além, vai até a dimensão social que questiona a redução do direito unicamente à lei, devendo agregar a dimensão social e os arquétipos inerentes à realidade. (cf. FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2015, pp. 83-117).

<sup>459</sup> "(...) o processo de racionalização constitui o princípio fundamental para a compreensão da mudança ocorrida no mundo ocidental, que passou da sociedade tradicional para a moderna: avaliação racional, tecnologia racional, ética econômica racionalista e a racionalização da maneira de viver. (BELL, Daniel. *O advento da sociedade pós-industrial: uma tentativa de previsão*. Trad. Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Cultrix, 1973, p. 23-24).

titularidade e da exclusividade da tomada de decisão acerca da destinação e dos benefícios dele extraídos.<sup>460</sup>

As utilidades públicas não podem ser raciocinadas com base no domínio exclusivista, porquanto quem usufrui do acesso e da destinação da *res publicae* não é o titular. Há um acesso comum direcionado a terceiros, ocorrendo, frequentemente, o desmembramento entre a utilização e a titularidade. Quando se qualifica juridicamente essa utilização a ela se agrega um regime jurídico que é não raro independente da estrutura material que o subjaz.

Os bens públicos retratam-se, portanto, como instrumentos, como infraestrutura material ou intelectual da função pública (estatal ou não), vista por Marçal Justen Filho como meio para realização de um fim que transcende ao interesse pessoal do sujeito.<sup>461</sup> O vínculo jurídico entre o Estado e o bem público, apesar de fulcrado na titularidade, nem sempre representa a mesma relação de disponibilidade do bem privado,<sup>462</sup> haja vista que se liga a um interesse fluído que transcende a determinabilidade e individualização.

Desde as legislações civilistas (de 1916, no artigo 65 e de 2002, no artigo 99) ficou estabelecido que são públicos todos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios, compreendendo-se todos os demais como particulares, seja qual for a pessoa a que pertençam. Há, contudo, bens jurídicos que não pertencem a nenhuma das institucionalidades individualizadas. A floresta amazônica, a mata atlântica, a serra do mar, o pantanal mato-grossense, a zona costeira, etc., são patrimônio nacional, mas não pertencem à União (art. 225, §4º, da CF). Todos os entes federativos (competência comum – art. 23, IV, CF) e também a coletividade tem o dever de preservá-los e protegê-los (STF, RE 300244-9-SC).

A legislação civilista caracteriza como bens públicos os de *uso comum do povo*, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças, sem especificar qualquer

---

<sup>460</sup> O bem jurídico é uma qualificação dada ao interesse juridicamente protegido que o subjaz, não se confunde pois com o conteúdo do direito que carrega, “sendo certo que um mesmo bem pode servir de referência objetiva para direitos com conteúdos distintos”, de cada um dos quais se extrai a utilidade que propicia determinado aproveitamento econômico (cf. TEPEDINO, Gustavo. OLIVA, Milena Donato. Teoria Geral do Direito Civil. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 185).

<sup>461</sup> Cf. FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 27. Daí portanto a identificação dos bens públicos com a realização do interesse transindividual.

<sup>462</sup> Especificamente, “o vínculo jurídico entre o Estado e o bem público não se configura exatamente como uma relação de domínio própria do direito privado. Grande parcela dos bens públicos não comporta que o Estado deles use, frua, e disponha – aspectos essenciais da definição de propriedade privada contida no artigo 1.228 do Código Civil.” (FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 1017).

distinção entre eles, não obstante sua evidente diferenciação, ligadas à possibilidade ou não de disponibilidade. Uma praça pode ser desafetada e alienada, diferentemente dos mares, ou de um rio, que por ser inexaurível e sujeito a um equilíbrio sistêmico, não pode ser por si só submetido a uma dominialidade exclusiva e disponibilização sem afetar outros interesses coletivos.

Classificam-se como de *uso especial*, os que estão afetados à uma destinação pública, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal, inclusive suas autarquias. E se classificam como dominicais, os que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, de cada uma dessas entidades, ou seja, aqueles bens patrimoniais disponíveis que, desafetados, poderão vir a ser alienados. Consideram-se ainda *dominicais* os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado, daí segue que os bens de empresas estatais seriam qualificáveis como públicos a depender da sua vinculação à uma função pública.<sup>463</sup>

Os bens de uso comum do povo são aqueles destinados ao uso coletivo, à utilização geral pelos indivíduos, podendo ser utilizados por todos em igualdade de condições, independentemente de consentimento individualizado por parte do Poder Público.<sup>464</sup> Os bens de uso especial são utilizados pela Administração para a prestação dos serviços administrativos e dos serviços públicos em geral, ou seja, utilizados pela Administração para a satisfação de seus objetivos, e os bens

---

<sup>463</sup> “O primeiro fundamento para a qualificação do bem como público é a sua instrumentalidade para o desempenho de função pública (administrativa ou não). O exercício das funções estatais exige uma infraestrutura material, composta por bens imóveis, móveis, direitos e assim por diante. Como exemplo, pode ser referida a figura dos edifícios em que se localizam repartições públicas. O segundo fundamento para a qualificação de um bem como público é a existência de atributos, utilidades ou condições especiais e diferenciadas, que exigem um regime diferenciado e a vedação à apropriação segundo o direito privado. Existem bens que devem ser utilizados de modo conjunto por toda a Nação (por exemplo, as vias públicas). Há outros bens cuja utilização deve ser preservada para assegurar a sobrevivência dos seres humanos (tais como as nascentes de água). (...) O regime jurídico dos bens públicos é próprio do direito público. Isso significa a não aplicabilidade dos institutos do direito privado, a começar pela propriedade. Até se pode afirmar que o bem público está no ‘domínio’ ou ‘propriedade’ de uma pessoa de direito público, mas isso não acarreta a aplicação do regime de propriedade privada. Por exemplo, a pessoa de direito público titular do bem público não está investida na faculdade de usar o bem como melhor lhe aprouver ou lhe dar a destinação que quiser.” (FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 1018).

<sup>464</sup> “(...) Os bens de uso comum do povo são entendidos como propriedade pública. Tamanha é a intensidade da participação do bem de uso comum do povo na atividade administrativa que ele constitui, em si, o próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração. 4. Ainda que os bens do domínio público e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, sujeitam-se, na situação a que respeitam os autos, aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários à prestação de serviço público. A imposição dessa restrição não conduzindo à extinção de direitos, dela não decorre dever de indenizar (...)” (STF, RE 581947, Relator Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2010, publicado em 27/08/2010).

dominicais são os que não estão sendo utilizados para nenhuma destinação pública, estando desafetados abrangem o denominado domínio privado do Estado.

Na definição do direito italiano, diferenciam-se os bens dominiais daqueles que contenham conteúdo patrimonial. Os bens dominiais pertencem ao domínio público (*demaniali*), e são insuscetíveis de valoração econômica não podendo ser alienados (art. 822 do Código Civil Italiano).<sup>465</sup> Assemelham-se no direito brasileiro com alguns daqueles bens de *uso comum do povo* insuscetíveis de patrimonialização, ou seja, que não podem ser apropriados pelo particular. É possível se falar ainda no direito brasileiro também dos bens de *uso comum do povo* que podem ser desafetados por lei, como por exemplo, as praças e as ruas, somente aí, portanto, transformando-se em dominicais e podendo ser alienados. No direito italiano, diferenciam-se os bens pertencentes ao domínio público, os **bens patrimoniais disponíveis** (artigos 826 e 827, do Código Civil Italiano),<sup>466</sup> similares àqueles dominicais no Brasil pois passíveis de alienação; e os **indisponíveis**, caracterizados como aqueles inalienáveis em razão da sua destinação (afetação) e que aqui no Brasil se assemelham aos que poderiam se caracterizar como bens de uso especial.<sup>467</sup>

Os bens públicos, para Marçal Justen Filho, podem ser caracterizados como instrumentais à atividade administrativa na satisfação de direitos fundamentais, notadamente aqueles direitos transindividuais que ostentam destinatários indeterminados e um objeto indivisível.<sup>468</sup> Daí a dificuldade em se estabelecer um

---

<sup>465</sup> O artigo 822 do Código Civil Italiano define que pertencem ao Estado e fazem parte do domínio público (*demanio pubblico*), o leito do mar, as praias, as baías e os portos; os rios, córregos, lagos e outras águas definidas como públicas pelas leis e as obras destinadas à defesa nacional. As estradas, rodovias e ferrovias também pertencem ao domínio público, se pertencerem ao Estado; os aeródromos; os aquedutos; propriedades reconhecidas como de interesse histórico, arqueológico e artístico, de acordo com as leis relevantes; coleções de museus, galerias de arte, arquivos, bibliotecas; e, finalmente, os outros ativos que estão sujeitos ao sistema de propriedade pública por lei.

<sup>466</sup> Diz o artigo 827 do Código Civil Italiano que os imóveis vagos pertencem aos ativos do estado. Já o artigo 828, elenca que os bens que constituem o patrimônio do Estado, das províncias e dos municípios estão sujeitos às regras específicas que lhes dizem respeito. Os ativos que fazem parte dos ativos indisponíveis não podem ser removidos de seu destino, exceto nas formas estabelecidas pelas leis que lhes dizem respeito.

<sup>467</sup> Ver nesse sentido: CERULLI Irelli, Vincenzo, e Vito De Lucia. Beni comuni e diritti collettivi. *Politica del Diritto*, n. 1 (2014): 16-46; CEVOLIN, Guglielmo. La valorizzazione di beni e attività culturali. *Integrare cultura, turismo e identità ai tempi delle crisi economiche e delle riforme.* AmbienteDiritto.it - Rivista giuridica, 2018, 1-21; CORTESE, Fulvio. Che cosa sono i beni comuni? In: M. Bombardelli (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione.*, 37-61.

<sup>468</sup> "(...) O serviço público destina-se ao atendimento de necessidades de sujeitos indeterminados. Trata-se de um serviço ao público em geral. Não é serviço público a atividade em que os beneficiários não sejam oferecidos a um número indeterminado de potenciais beneficiários (...) A atividade de serviço público é um meio de realizar fins indisponíveis para a comunidade. Os direitos fundamentais não podem deixar de ser realizados. Por isso, as atividades necessárias à sua satisfação direta e imediata são subordinadas ao regime de direito público. (...) a aplicação do regime de direito privado desnatura o serviço público. A expressão 'serviço público sob regime de direito privado' indica serviços privados subordinados a uma regulação jurídica intensa. Existe um conjunto de

critério com base na titularidade, uma vez que o ente estatal nem sempre possui o “domínio exclusivo” do bem público, no aspecto privatístico, mas tem o dever de regular seu uso a fim de assegurar a exploração de todo seu potencial econômico, visando maximizar o bem estar coletivo e as possibilidades de custeio das atividades estatais.<sup>469</sup>

O uso desses bens não advém de uma relação direta entre titular e objeto, pois seus beneficiários não se confundem com a entidade proprietária ou detentora do domínio. Há um conteúdo próprio nesses bens que os diferencia daqueles presentes no direito comum, porquanto os pressupostos, por exemplo, de um uso comum<sup>470</sup> ou de uma utilização livre a todos, muito comumente correspondem a nada menos do que a prestação de um serviço essencial, que incumbiria ao estado prestar à população.

Conforme Thiago Marrara:

**“(...) o uso comum de certos bens configura um serviço público essencial para a vida em sociedade. É preciso haver vias sobre as quais todos possam circular; é preciso haver águas que todos possam consumir para sobreviver e assim por diante. Não por outro motivo, com precisão, Ruy Cisne Lima sustentava que o uso comum do povo é um serviço público em si. O serviço consiste, pois, em prover a coletividade com bens essenciais para sua integração cultural e social, para a satisfação de suas necessidades vitais e, por consequência, para a concretização de inúmeros direitos fundamentais.”**<sup>471</sup>

---

atividades (que pode ser referido como serviços de interesse econômico geral) que não se configura como serviço público, mas que se subordina a uma regulação estatal muito intensa.” (FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 635).

<sup>469</sup> Marçal Justen Filho assevera “não se pode admitir a ociosidade de bens públicos, mesmo dominicais. O Estado deve aplicar todos os seus recursos móveis e imóveis para promover o desenvolvimento, incentivar a atividade econômica e assegurar a obtenção de recursos para implantar e desenvolver um amplo conjunto de atividades necessárias ao bem-estar da comunidade. (...) o patrimônio público é a base material de promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos. (FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 1020).

<sup>470</sup> “(...) os poderes do proprietário estatal (pessoa jurídica de direito público interno) sobre os bens de uso comum do povo são fortemente reduzidos e, portanto, distintos dos poderes gerais do proprietário do direito privado e mesmo do proprietário estatal em relação a outros tipos de bem público. (...) tais bens não apresentam o mesmo conteúdo da propriedade privada (usar, fruir e dispor de modo absoluto, exclusivo e perpétuo), mas sim uma substância própria que consiste fundamentalmente em poderes de gestão do bem que deve ser posto ao uso comum do povo. (...) MARRARA, Thiago. Uso de bem público. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/31/edicao-1/uso-de-bem-publico>. Acesso em 14.06.2022, p. 10-11

<sup>471</sup> MARRARA, Thiago. Uso de bem público. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São

Aos bens públicos não se aplicam os mesmos fundamentos do direito de propriedade privada, eis que inviável a apropriação mediante relação de domínio exclusivista, não obstante serem atribuídos à titularidade do Estado. O ente estatal não promove o seu próprio interesse na fruição, gestão e disposição dos bens que pertencem à toda coletividade. Sempre se está a tratar, segundo Marçal Justen Filho, de uma “utilização dos bens para promover os direitos fundamentais da população”.<sup>472</sup>

Assim a correlação com os “comuns” perfaz do mesmo objetivo, que é a promoção e universalização do acesso às utilidades fundamentais extraídas de uma *res*, capaz de agregar regime jurídico autônomo e diverso de seu suporte material, mas independentemente da incursão regulatória estatal, pois suficiente a promover o compartilhamento de benefícios e responsabilidades de modo totalmente desvinculado do oficialismo estatal, derivado da cooperação e da solidariedade entre membros de uma mesma realidade comunitária.

Os bens públicos são atribuídos ao Estado para fins de sua proteção e para fruição democrática e adequada de suas utilidades. Há na verdade um vácuo jurídico quando se tenta analisar de modo aprofundado esse tema, eis que os bens públicos são categorizados similarmente segundo suas titularidades, sem embargo de, na prática, não possuírem os mesmos pressupostos e não se agregarem às mesmas definições clássicas elaboradas no século XIX com base no paradigma racionalista e individualista da ciência jurídica.

O uso a ser dado para um bem público, assim como múltiplas formas de utilidades, pode se caracterizar pela outorga ao particular (de bens dominiais) ou pela sua afetação pública, como de uso especial ou de uso comum do povo. A destinação de um bem há sempre de ser definida pela compatibilidade à sua conservação e preservação, mesmo que privativa ou ainda comum, há sempre de se reger pela melhor instrumentalização à satisfação de direitos fundamentais e à maximização de sua eficiência econômica.

Com as modificações no contexto social e econômico do final do último século, e as relevantes alterações comportamentais e organizacionais advindas da

---

Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/31/edicao-1/uso-de-bem-publico>. Acesso em 14.06.2022, p. 10-11.

<sup>472</sup> FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 1023.

descoberta de novas tecnologias, notadamente a internet,<sup>473</sup> a incursão no tema relacionado a inéditas modalidades de destinação e utilização de bens ligados ao pertencimento compartilhado, fez aparecer outras perspectivas capazes de invocar uma nova teoria para os bens jurídicos e para as utilidades comuns.

A redefinição da concepção dos bens jurídicos parece se fazer necessária, pois o cenário da novíssima economia do compartilhamento e da cultura online vem alterando significativamente as formas das relações de pertencimento e de organização coletiva e social, e principalmente as formas de satisfação de necessidades coletivas por intermédio cada vez mais de aparatos organizacionais distantes da burocracia estatal.

As inéditas modalidades de organização comunitária, muitas vezes intermediadas por plataformas online, produzem protocolos sociais e costumes que invariavelmente corrigem com maior nível de eficiência, antigas falhas estruturais da economia de livre mercado, com maior efetividade do que a própria estrutura estatal.

Essas inéditas tecnologias modificam substancialmente os comportamentos econômicos e corrigem incongruências estruturais de mercado, moldam aglomerações de interesses massificados capazes de, conjuntamente, virem a melhor implementar direitos transindividuais e realizar direitos fundamentais.

A nova realidade massificada impõe a superação da teoria triparte dos bens públicos, que espelha concepção ultrapassada, estruturada ainda nos pressupostos econômicos neoclássicos e sem conhecer outra racionalidade presente na complexidade social da contemporaneidade. Notadamente as mudanças produzidas pela novíssima economia do compartilhamento, na finalidade de não mais catalogá-los com base na titularidade, mas nos pressupostos de suas múltiplas destinações, agregam às utilidades coletivas (extraídas da res) regimes jurídicos diversificados de sua estrutura material, e fazem com que se diferencie a interpretação a respeito da teoria dos bens jurídicos no cenário jurídico e econômico do século XXI.

---

<sup>473</sup> “(...) As redes sociais permitidas pelas tecnologias sem fios (...) criam uma realidade virtual de interligação instantânea, em que o insignificante e o significativo são divulgados à mesma velocidade, sem carga valorativa ou distinção cultural, qualquer que seja, que diferencie um do outro, o que tudo conduz à perda de sentido do humano. Não admira que as ideias que circulam nessas redes se decomponham, se misturam, tenham vida efêmera, e os valores tendam a evaporar-se sob o manto de uma tolerância que esqueceu que ela própria também tem limites ou a exacerbar-se gerando intoleráveis fanatismos”. (GARCIA, Maria da Glória. Despertar para o bem comum!. In: Bem comum Público e/ou Privado?, Luísa Schmidt. João Pato e Maria Eduarda Gonçalves (organizadores). Ed. ICS, p.44-45).

### **06.1.2. Os múltiplos estatutos proprietários ligados ao acesso compartilhado: um novo conceito para o bem jurídico.**

Em um cenário em que as tecnologias disruptivas estão cada vez mais presentes, exige-se a construção de mecanismos e instrumentais jurídicos atualizados para melhor compreender a relação entre a função e a estrutura dos bens e utilidades na teoria jurídica no século XXI. A regulação de inéditos comportamentos econômicos relevantes se faz não raro distante do aparato estatal, as múltiplas destinações dadas aos bens jurídicos com base não mais nos dogmas clássicos de épocas passadas, partem a se tornar pressupostos estruturantes das relações de pertencimento na contemporaneidade.

A estrutura de um direito se diferencia de sua funcionalização, caracteriza sua titularidade individualizável e seu suporte com conteúdo dotado de divisibilidade, torna passível de patrimonialização, mas apenas a esfera da funcionalização do pertencimento agrega novas perspectivas ligadas ao compartilhamento de suas utilidades. A funcionalização do pertencimento faz não raro com que o acesso às utilidades essenciais extraídas da *res* seja operacionalizado por usuários que compartilham, que cooperam e que, de modo absolutamente independente da exclusividade de seu suporte, conseguem operacionalizar o seu aproveitamento econômico em favor de toda uma coletividade a qual se encontra interconectada. A interdependência entre homem e natureza, entre o pertencimento e o entorno, entre a sociedade e o meio ambiente, é apenas operacionalizada na esfera da funcionalização dos bens jurídicos.

É imprescindível a assunção de um *munus* comunitário àquele que se propõe a aproveitar o acesso aos benefícios do compartilhamento em sociedade, em mercados multilaterais online ou mesmo em realidades comunitárias distantes do aparato estatal e da regulação pública da economia. É imprescindível que as novas modalidades econômicas, ao incentivarem o consumo colaborativo, por intermédio do feedback de usuários, promovam a existência digital e o aperfeiçoamento das utilidades extraída da *res* com maior eficiência e de forma mais adequada a sobreviver ao mercado, impondo limitações ao domínio exclusivista e à expansão da mercantilização, relativizando a estrutura dogmática da propriedade clássica, sem, contudo, a ela se opor.

As limitações a essa mentalidade proprietária derivada unicamente da vontade individual passam a ser cada vez mais objeto de estudos e aprofundamentos, mas não deixam de conviver harmonicamente com as novas perspectivas do pertencimento. As inéditas acepções do compartilhamento não ferem e nem prejudicam os novos delineamentos do acesso compartilhado, posto não se tratar o acesso de um direito subjetivo ou subjetivável, mas de um direito transindividual que se operacionaliza pela regulação de comportamentos multitudinários.

Por esse motivo é que o direito de propriedade não se resume mais a um único estatuto. É importante adequadamente caracterizar o direito de propriedade e as múltiplas utilidades extraídas da *res* como reflexos de situações jurídicas complexas que não mais importam em uma visão unitária da propriedade exclusivista, mas multiforme, não adstrita a bens jurídico unívocos em sua materialidade, mas a utilidades multitudinárias que se extratificam, exigindo novos delineamentos mais condizentes com as realidades substanciais e relacionais a que estão inseridas, ligadas a localidades e especificidades periféricas. Conforme Calixto Salomão Filho, “não há mais que se falar em um direito de propriedade, mas em feixes de direitos (bundles of rights) compondo a propriedade”<sup>474</sup> Conforme bem leciona esse doutrinador:

“(...) Esses feixes merecem especial atenção em sua enumeração e classificação. Alguns direitos referem-se à apropriação dos próprios bens ou recursos deles advindos; outros relacionam-se à utilização dos próprios bens. Essa enumeração e classificação é importante, pois, (...), terá diferentes efeitos quanto aos principais problemas econômicos identificados em relação aos bens: as dificuldades de exclusão e a possibilidade de subtração de uso (subtractability of use). Dentre os vários direitos incluídos no feixe de direitos de propriedade podem ser identificados: **o direito de acesso ao bem**, o direito de **retirar produtos ou recursos** (withdrawal rights) de uma fonte ou propriedade, o **direito de administrar** (management) – ou seja: o direito de **transformar a propriedade e/ou regular padrões internos de uso** -, o direito de **exclusão** (exclusion) – ou seja, o direito de decidir quem terá direito de acesso, retirada ou administração -, o direito de **uso** – ou seja: o direito de **utilizar economicamente o próprio bem** (não se confundindo com a retirada de seus frutos) – e o **direito de disposição** – ou seja: o poder de alienar o bem. A esses se adiciona ainda, hoje, no caso de muitos bens

---

<sup>474</sup> FILHO, Calixto Salomão. Direito Concorrencial. 2ª edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2021, p. 275.

(sobretudo os bens consumíveis), o **direito de decisão sobre o destino final do subproduto da utilização** dos referidos bens.”<sup>475</sup>

Assim é preciso vincular as inúmeras e multiformes utilidades extraídas dos bens jurídicos, com a oportunização massificada de um acesso compartilhado às utilidades essenciais deles extraídas, a depender de sua destinação, e quando ela for direcionada a realizar direitos transindividuais, não se opõe essa racionalidade à propriedade como um direito subjetivo, mas pauta-se na correlação entre os direitos transindividuais e a correção de falhas de mercado suficientes a implementar, mediante o incentivo à cooperação e a autorregulação comunitária, as melhores formas de propiciar o adequado aproveitamento econômico da *res*.

Tanto os proprietários quanto os não-proprietários terão a vantagem econômica e exponencial do compartilhamento, que melhor operacionaliza os relacionamentos em comunidade, sem que a exclusividade relegue à ineficiência determinadas formas de utilização da *res*. A garantia da universalização do direito de acesso a utilidades essenciais propiciadas pela *res*, dessa forma, não pode e não é caracterizada como um direito individualizado e subjetivo, mas pelo contrário, operacionaliza-se como um direito transindividual, pois serve justamente para implementar uma adequada regulação dos comportamentos econômicos relevantes em ambientes massificados, assim melhor instrumentalizando o compartilhamento sem revalorar ou ferir de morte a estrutura proprietária principal, pois tudo depende da destinação dada e de seu relevante interesse coletivo.

Uma convivência harmônica entre as reivindicações massificadas e os poderes proprietários não é somente possível, como necessária, pois faz com que a existência de uma terceira via entre o público e o privado não seja algo que deflagre ou desmorse com o aparato legislativo e dogmático construído em séculos de experimentação, proporciona isto sim o necessário equilíbrio entre o melhor aproveitamento econômico dos bens e de suas múltiplas utilidades e incentiva concomitantemente a cooperação comunitária, para melhor estruturar e aprimorar a realização de direitos fundamentais sociais e coletivos.

O “comum” e o transindividual assim são entendidos como relacionados aos direitos e deveres decorrentes do compartilhamento de responsabilidades e de benefícios, sendo impositiva a recepção dos múltiplos regimes jurídicos ligados não

---

<sup>475</sup> FILHO, Calixto Salomão. Direito Concorrencial. 2ª edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2021, p. 275

ao suporte material dos bens, mas às suas destinações, capazes de formar meios suficientes a promover a garantia do compartilhamento e da universalização do acesso à essas utilidades essenciais para a necessária satisfação de direitos fundamentais.

As relações de pertencimento portanto assumem aqui novos paradigmas multitudinários. A ideia da destinação do bem a suas múltiplas utilidades de relevante interesse coletivo adequadamente prepara o direcionamento da satisfação de “necessidades essenciais ou secundárias da coletividade”,<sup>476</sup> independentemente da titularidade, constituindo o novo pressuposto do sistema, um bem gera múltiplas utilidades, e o aproveitamento delas deve conviver harmonicamente com o interesse de terceiros, dos proprietários de seu suporte, e da coletividade, incrementando benefícios econômicos a todos os envolvidos e melhor realizando direitos fundamentais.

A satisfação de necessidades coletivas assim, por intermédio do compartilhamento das múltiplas utilidades advindas de um bem, deve ser operacionalizada pela regulação de comportamentos relevantes a depender de cada destinação, seja por intermédio da incursão regulatória estatal, seja por autorregulação comunitária, é possível incrementar o compartilhamento de benefícios e responsabilidades e a universalização do direito de acesso à essas utilidades essenciais.

A prestação de serviços públicos relevantes sob o estigma do oficialismo estatal,<sup>477</sup> não é a única forma solução relevante para a satisfação de necessidades coletivas. A complexidade do novo século, impõe a incursão regulatória estatal ou comunitária na finalidade de produzir utilidades comuns, capazes por exemplo de, mediante múltiplos agentes econômicos ou mesmo organizações comunitárias autônomas e informais, melhor satisfazer necessidades coletivas.

---

<sup>476</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 31ª ed., Malheiros, p. 326.

<sup>477</sup> Os serviços públicos, conforme leciona Celso Antonio Bandeira de Mello, são “atividades materiais **que o Estado**, inadmitindo que possam ficar simplesmente relegadas à livre iniciativa, **assume como próprias**, por considerar de **seu dever prestá-las ou patrocinar-lhes a prestação**, a fim de satisfazer necessidades ou comodidades do todo social, reputadas como fundamentais em dado tempo e lugar. Por essa razão as submete a uma disciplina jurídica específica, preordenada a garantir proteção aos interesses coletivos nelas encarnados, de sorte a facilitar-lhes a viabilização, assim como defendê-las não apenas contra terceiros ou contra as pessoas que ele próprio haja habilitado a prestá-los, mas também contra omissões ou desvirtuamentos em que o próprio Estado possa incorrer (...)” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 627).

Classicamente, a atribuição primordial do estado é justamente oferecer utilidades aos cidadãos, não se justificando a presença do Estado, conforme Hely Lopes Meirelles, senão para “prestar serviços à coletividade.”<sup>478</sup> Na esteira da lição de Marya Silvia Zanela di Pietro:

“(...) As primeiras noções de serviço público surgiram na França, com a chamada Escola de Serviço Público, e foram tão amplas que abrangiam, algumas delas, **todas as atividades do Estado**. Leon Duguit, por exemplo, acompanhado de perto por Roger Bonnard, considerava **o serviço público como atividade ou organização, em sentido amplo, abrangendo todas as funções do Estado**; ele chegou ao ponto de pretender substituir a noção de soberania pela de serviço público, dizendo que o Estado é uma cooperação de serviços públicos organizados e fiscalizados pelos governantes. Para ele, **em torno da noção de serviço público gravita todo o direito público**.”<sup>479</sup>

Contemporaneamente, contudo, a satisfação de necessidades coletivas vem ocorrendo por intermédio de complexas estruturas multitudinárias, mediante a qualificação jurídica da destinação a que cada bem é direcionado. Ao agregar novos conceitos para o bem jurídico antes não existentes, deixa de apegar-se demasiadamente às titularidades e alcança uma concepção moderna de bens e serviço capaz de sustentar um novo paradigma na satisfação de necessidades coletivas. Assim não é somente o estado a pessoa jurídica competente e responsável pela realização de interesses transindividuais e realização de direitos fundamentais, mas as complexas organizações comunitárias almejam mediante cooperação – inclusive com a participação estatal, ainda que não preponderante – igualmente satisfazer essas necessidades, muitas vezes até mesmo longe da regulação pública da economia.

Diante dessas peculiaridades é que é possível dizer que o conceito de bem jurídico passou a ser adaptado, tendo com a evolução social agregado contornos de interesses juridicamente relevantes fulcrados em utilidades e necessidades fundamentais individuais ou coletivas. Passou a poucas épocas a deter estrita delimitação com os denominados direitos fundamentais dos cidadãos. Segundo Tepedino, a “ideia da utilidade tem variado de acordo com as diversas épocas da cultura humana” e “tal variação se verifica em razão das diversas necessidades

---

<sup>478</sup> Para Hely Lopes Meirelles “(...) a atribuição primordial da Administração Pública é oferecer utilidades aos administrados, não se justifica sua presença senão para prestar serviços à coletividade.” (cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 31ª ed., Malheiros, p. 326).

<sup>479</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 86-87.

porque o homem tem passado”.<sup>480</sup> O interesse juridicamente relevante teve como base estrutural o pensamento jurídico do sujeito de direito abstrato desvinculado de um cenário massificado de organização econômica, que somente passou a ser observado após a segunda metade do século XX.

A titularidade como elemento central desse pensamento foi correlacionada com o atendimento de necessidades determinadas e individuais de sujeitos abstratos e de sua relação com objetos passíveis de submissão fática e dominação material. O suprimento de necessidades não individuais de um ou mais sujeitos abstratos, apenas poderia ser realizado pelo ente estatal junto ao oficialismo estatal, órgão incumbido de legítimamente tutelar, incorporar e centralizar a satisfação das necessidades essenciais mediante a prestação de serviços diretos que fornecessem bens essenciais ao desfrute da vida digna em sociedade.

Aquilo que era efetivamente adstrito aos postulados da utilidade e da necessidade ao indivíduo humano é que se qualificou como interesse juridicamente relevante, e embasou a criação clássica do conceito de bem jurídico. As necessidades e utilidades comuns extraídas de objetos capazes de servir a coletividades, foram deixadas de lado desde sua origem para serem supridas a cargo do ente estatal, entidade legítima e centralizadora do fornecimento de bens e utilidades e realização do interesse público, mediante a prestação de serviços considerados essenciais à população em geral.

Com o mundo massificado e os novos modelos econômicos da segunda metade do século XX, o interesse juridicamente protegido viu-se objeto de alterações e correspondentes mutações normativas, diretamente relacionadas ao correr do tempo e as consequentes modificações da estrutura social.

Há uma relacionalidade nas modificações das necessidades humanas, em estrita conexão com as novas utilidades exigidas por uma sociedade massificada, que suplanta inéditas modalidades de comportamentos econômicos anteriormente não antevistas. Utilidades de ordem coletiva que o ente estatal isoladamente não consegue mais suprir dada a cada vez mais complexa estrutura social massificada, notadamente se for levado em consideração as difusas exigências e peculiaridades de comunidades localizadas e periféricas.

---

<sup>480</sup> TEPEDINO, Gustavo. BARBOSA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodim de. In: Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. 2ª edição, p. 174.

As conclusões probabilísticas entre o suprimento de necessidades artificiais de uma sociedade em pauta de se tornar massificada, em estrita correlação com exigências não lineares de comunidades localizadas, agregam pressupostos de relacionalidade que alcançam no mundo do direito novas formas de satisfação de necessidades difusas e transindividuais a que o ente estatal isoladamente não vem mais conseguindo suprir.

Novos modelos de serviços e de fornecimento de bens e utilidades que rompem com a lógica econômica anteriormente sedimentada surgem em um ritmo avassalador, refutando as antigas concepções tradicionais do raciocínio jurídico pautado nas dicotomias modernas.

Inovações ditas disruptivas que rompem com modelos de negócios já existentes, não representam a melhora do que já existe, nem se materializam como inéditas utilidades, mas são categorizados como novas formas de utilização da tecnologia mediante exteriorizações de utilidades que os criadores originais dessas facilidades sequer imaginavam ser possível oferecer.

Veja o caso das tecnologias de telecomunicações, que nos últimos trinta anos com o advento da internet sofreram uma verdadeira revolução, antes supridas pelo oficialismo estatal mas que nas últimas décadas necessitaram assumir uma condição de multiplicidade de agentes públicos e privados que mediante regime de concorrência são capazes de satisfazer as aspirações sociais massificadas de forma mais eficiente e benéfica para a coletividade. O regime jurídico de uma linha telefônica hoje é dado de acordo com a destinação da sua utilização, podendo não vir a pertencer integralmente nem à operadora nem ao usuário, a depender da destinação e do cumprimento das regras da regulação a que esteja submetida.<sup>481</sup>

---

<sup>481</sup> Há uma controvérsia a respeito do pertencimento das linhas e planos de numeração da telefonia, pois as operadoras por efetuarem o pagamento das taxas administrativas relacionadas a todos os seus números ativos, reivindicam as prerrogativas absolutas sobre a disposição decorrente do direito adquirido sobre as numerações, até em virtude de serem concessionárias/permissionárias do serviço de telecomunicações. Porém, há por outro lado, sob a ótica do consumidor, a interpretação de que a numeração é mero instrumento de acesso ao serviço de telefonia móvel, seguindo inclusive padrões internacionais, no caso das ligações telefônicas internacionais, cuja metodologia é definida pela UIT - União Internacional de Telecomunicações. Nesse contexto, o número não pertence a operadora de telefonia, mas ao consumidor, notadamente quando ele requisita a portabilidade, tem o direito de transferir para outra operadora seu número, desde que mantenha o mesmo DDD. Há, contudo, relativização desses pressupostos, na medida em que, caso o consumidor faça o cancelamento sem pedido de portabilidade, ou diante da falta de recarga em um chip pré-pago, ou descumprimento das normativas administrativas, pode vir o consumidor a perder o número que novamente será alocado a qualquer outra empresa operadora mesmo diversa daquela a qual deu a primeira destinação à numeração. Seria até certo ponto adequado dizer assim que o número apesar de ser visto como instrumento de acesso ao serviço de telefonia e do direito de portabilidade ao consumidor, **a depender da utilização por ele conferida, pode não pertencer a**

Esse regime de concorrência teve que ser instaurado pela própria regulação estatal, pois tratava-se de um setor que vinha por longos anos em um regime de monopólio estatal estanque, mas que mediante uma regulação própria e direcionada foi levada à concorrência provocando benefícios incontáveis para a população em geral.

Essas inéditas modalidades de utilidades que a tecnologia vem nos legando, como novas formas de exploração de modelos econômicos, não podem ser analisadas individualmente, fazem sentido quando analisadas em comunidade e principalmente em perspectivas coletivas. Os regimes jurídicos multitudinários e as utilidades extraídas de seu suporte são perspectivas inovadoras que o raciocínio jurídico precisa recepcionar, promovem a releitura de clássicos conceitos da ciência do direito, como o conceito de interesse juridicamente protegido e também a própria estrutura conceitual do bem jurídico, a ponto de provocar mutações normativas que anteriormente não poderiam ser antevistas.

### **06.1.3. A reformulação do conceito de bem jurídico pautado nas múltiplas utilidades extraídas da *res*.**

As estruturas relacionadas aos postulados das necessidades individuais e coletivas vão com o passar do tempo se desintegrando, igualmente vai-se fazendo possível compreender que o interesse individualista e o raciocínio proprietário não mais se quedam analisados separadamente de todo um contexto de multiplicidade de interesses ligados ao comum e às utilidades de perspectivas coletivas e massificadas que mediante cooperação ou competição melhor realizam direitos fundamentais.

Há uma infinidade de interesses transindividuais que pairam sobre as decisões exclusivistas e se interpenetram, trazem a correlação não somente entre o público e o privado, mas também entre comunidades afastadas e periféricas que

---

**nenhum dos agentes econômicos envolvidos nas transações comerciais**, vez que ninguém tem a sua integral disponibilidade, mas apenas um direito ao uso quando considerado ativo. Outra controvérsia significativa é a ausência de incursão regulatória estatal (pela Anatel, no caso) na utilização de aplicativos nos smartphones que são considerados de valor agregado (WhatsApp, Skype, entre outros) por serem vistos como serviços, não compete à Anatel promover ingerência sobre o assunto, porém da mesma forma a depender da destinação conferida pelo consumidor pode não oferecer a disponibilidade a nenhum dos agentes econômicos envolvidos em seu uso e fruição, sendo a regulação nesse caso única e exclusiva da comunidade ou da empresa que oferece o serviço, o agente econômico fornecedor, não tendo assim qualquer subserviência em princípio com a regulação pública da atividade econômica.

nem sempre se pautam pelas relações mercandológicas em seus interesses mais essenciais.

Dia após dia surjem novas modalidades de interações econômicas que não mais necessitam da assistência e da forte incursão regulatória do setor público para que assumam o papel de, absolutamente desvinculadas do oficialismo estatal, promover a satisfação dessas necessidades transindividuais.

A complexidade dos interesses difusos e coletivos faz pensar o raciocínio proprietário não mais de forma exclusivista, mas relacional, as relações de pertencimento não mais como fundadas nas dicotomias do sujeito-objeto e estado-mercado, mas em uma perspectiva ligada a situações jurídicas complexas que envolvem coletividades e seus difusos interesses.

A construção de novas perspectivas para as utilidades e necessidades coletivas logra alcançar inéditos conceitos para os institutos jurídicos, notadamente o de bem jurídico, fundados em interesses eminentemente diversos daqueles que anteriormente existiam e se faziam condescendentes a figurar como objetos de relações jurídicas no direito privado.

A atuação de entidades não estatais em setores públicos ou privados da economia vem cada vez mais buscando suprir necessidades não individuais, coletivas, ou transindividuais, cujo atendimento se dá não pela simples prestação de serviços públicos,<sup>482</sup> mas pela exploração econômica de utilidades em perspectiva coletiva, adotando uma conceituação relacional, em que suas estruturas exigem agregados de dimensões e características que fogem de suas limitações ligadas à dicotomia clássica da separação entre o estado e o mercado, atuando em contexto multitudinários e em consonância com a cooperação entre os múltiplos setores do mercado.

Essas novas utilidades de caráter coletivo agregam isto sim uma dimensão autônoma e totalmente independente de seu suporte, desvinculado da *res material*.

Considerar a mera tipificação de certos bens jurídicos como públicos ou como privados, para encontrar seu regime jurídico, atualmente não é mais

---

<sup>482</sup> Muitos países atualmente sequer possuem mais o conceito de serviço público como estrutura básica do direito administrativo, haja vista que o elevado nível de atividade econômica reinante por exemplo, na Alemanha, na Inglaterra, ou em outros países europeus, faz com que seja desnecessário em pensar em uma titularidade única para suprir necessidades essenciais da população. Atualmente já elaboram conceitos mais avançados como o de Serviços econômicos de interesse geral, responsáveis muitas vezes por satisfazer interesses transindividuais mediante uma multititularidade de entidades, públicas e privadas, em muitas situações em atuação concertada e porque não dizer mediante cooperação e harmonia.

suficiente. As utilidades extraídas da *res*, distantes de seu suporte, não têm mais um único regime jurídico de atuação, senão vários.

Por certo que ainda há regimes estruturais, vinculados a titularidades, porém há igualmente outros regimes jurídicos diversos, ligados isto sim à funcionalidade dos bens, ou seja, ligados às múltiplas utilidades extraídas de seu suporte.<sup>483</sup>

Eis porque o conceito de bem jurídico como utilidade pode se desvincular de seu objeto transmissor dotado de individualidade, e agregar a possibilidade de afetar satisfação de necessidades transindividuais, ostentando um suporte de origem desvinculada dos interesses meramente intersubjetivos que os subjazem.

A estrutura estatal é desvinculada da esfera pública (ou social),<sup>484</sup> a qual alberga os interesses coletivos e difusos que não encontram assento objetivo no pensamento da racionalidade burocrática, servem para encontrar uma complexidade de interesses distantes da construção dos dogmas tradicionais ligados às dicotomias modernas do público-privado e do estado-mercado, notadamente porque não podem ser realizados individualmente.

Assim diante dessa nova realidade ligada aos interesses difusos e coletivos não mais se pode falar em uma mera intervenção do estado na economia, mas de uma efetiva convivência dos entes públicos e privados no cenário econômico massificado, bem como de comunidades, nas relações econômicas relevantes e periféricas, a sustentar uma multiplicidade de interesses nem sempre individualizáveis e passíveis de titularização unívoca.

Superam-se as antigas dicotomias modernas para elencar novas formas de comportamento econômico a conviver em mercados díspares, não unificados nem

---

<sup>483</sup> Cf. MARRARA, Thiago. Uso de bem público. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/31/edicao-1/uso-de-bem-publico>. Acesso em 14.06.2022, p. 07.

<sup>484</sup> É possível se afirmar em conformidade com a doutrina publicista que "...a expressão 'bens estatais' não é sinônima de 'bens públicos', pois representa um conjunto patrimonial muito mais abrangente. (...) No direito brasileiro existem duas grandes categorias de bens quanto à pessoa: os bens do Estado e os bens de pessoas não estatais, físicas ou jurídicas. À luz desse critério os bens estatais ora são públicos ora são privados. (...)” e isso porque “nem sempre o estado atua por uma entidade de direito público interno. Há casos por exemplo em que desempenha suas atividades por meio de associações privadas (estatais), empresas (estatais), fundações privadas (estatais) e assim por diante. Daí porque seus bens não são todos públicos. **Há bens estatais públicos ou privados.**” (MARRARA, Thiago. Uso de bem público. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/31/edicao-1/uso-de-bem-publico>. Acesso em 14.06.2022, p. 04-05).

mesmo individualizados como se fossem racionalmente circunscritos. Aponte-se que a extração das múltiplas utilidades de um mesmo bem jurídico é de qualquer modo completamente avessa a um imbricamento unívoco entre titular e seu domínio, pois principalmente quando em voga a definição legal de bens jurídicos de natureza pública, seus destinatários específicos sequer são as entidades detentoras de personalidade jurídica de direito público interno, assim portanto até pode se falar em um pertencimento jurídico, porém não se trata de uma utilização fática ou empírica, de modo primário, pelo ente “proprietário”, mas sim por terceiros muitas vezes sequer individualizados.

Quando envolve a esfera pública ou social a utilização da *res* é em benefício de muitos, é comum ou livre. Há assim uma distinção importante dessa perspectiva em relação ao raciocínio proprietário clássico e à relação de domínio estrutural do direito privado.<sup>485</sup>

O hemisfério público da economia, mediante a utilização de atos administrativos negociais ou por meio de contrato administrativos, mediante autorizações, permissões ou concessões, ou ainda o estado exercendo a atividade econômica por intermédio de empresas estatais (empresa pública e sociedade de economia mista), não mais consegue, no chamado oficialismo estatal, satisfazer adequadamente as novas exigências massificadas de ordem transindividual, e promover adequada e satisfatoriamente a realização de direitos fundamentais.

A satisfação de necessidades essenciais, hoje, é ligada inevitavelmente à mais ampla cooperação entre todos os setores da economia e agentes econômicos, entre eles e à própria iniciativa privada e a sociedade civil. O compartilhamento de benefícios e responsabilidades e a necessidade cada vez maior de universalização do acesso às utilidades fundamentais a desenvolvimento da vida digna dentro do cenário das economias em rede, é o novo paradigma que a ciência jurídica tem que operacionalizar.

---

<sup>485</sup> O uso do bem no direito administrativo, segundo Thiago Marrara, “é completamente avesso a esse imbricamento entre titular e objeto, típico do direito privado. A definição legal prevê um destinatário específico que não é o proprietário. Em outras palavras, tais bens pertencem a entidades de direito público interno, porém não se destinam de modo primário ao uso por essas entidades proprietárias, senão por terceiros incluídos no conceito de povo.” (MARRARA, Thiago. Uso de bem público. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/31/edicao-1/uso-de-bem-publico>. Acesso em 14.06.2022, p. 08)

As inovações tecnológicas, chamadas de tecnologias disruptivas, quebram com a lógica pretérita de um mercado unívoco e determinante das relações comunitárias. É dizer rompem muitas vezes com aquele modelo anterior de negócio que fez da realidade estatal então vigente algo relevante a ponto de parametrizar uma regulação única fulcrada em uma titularidade exclusiva que tivesse como finalidade a prestação de determinados serviços e o fornecimento de determinados bens em caráter exclusivo, mediante o oficialismo estatal e a legitimidade da representação popular por meio de representantes legitimamente eleitos.

Promove-se no âmbito da estrita liberdade econômica, em vigência plena da liberdade de iniciativa e da livre concorrência com a mesma amplitude para todos os agentes econômicos, e em regimes de concorrência com o próprio hemisfério público da economia, a satisfação de necessidades coletivas e transindividuais amplificando suas potencialidades em um ambiente propício de mercados sem a adoção de barreiras de entrada trazidas pela regulação estatal unívoca, a alcançar um maior grau de satisfação de necessidades coletivas essenciais.

As atividades submetidas a um unívoco regime jurídico de direito público não raro não conseguem acompanhar a evolução de um ambiente tecnológico não submetido à regulação estrita; assim modulando comportamentos econômicos em realidades comunitárias locais, capitaneadas de modo a melhor atender ao interesse coletivo e a suprir com mais adequação as necessidades essenciais não individuais, isto sem qualquer intervenção ligada ao oficialismo estatal, melhor implementando interesses não unívocos e construindo mais adequadamente a multiplicidade de regimes jurídicos em adequação com especificidades locais.

É necessário portanto a cooperação entre os setores a fim de satisfazer as necessidades coletivas e transindividuais, construindo a noção de bem jurídico não com base no suporte material da *res*, mas amparando-se nas múltiplas utilidades dele extraídas, abrindo-se para uma ampla e notória evolução que a sociedade impõe às perspectivas normativas dos bens jurídicos.

O conceito de bem jurídico, naturalmente histórico e relativo,<sup>486</sup> pelo correr do tempo e pelas mutações a se verificar engendrando na realidade social,

---

<sup>486</sup> Ver nesse sentido: AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 7ª ed., Renovar, 2008, p. 347.

principalmente com a massificação social e as novas tecnologias, vem alterando substancialmente sua construção normativa, buscando cada vez mais elementos afetos à concretude social, recepciona cada vez mais interesses coletivos e difusos em sua estruturação normativa e funcional, e utilidades capazes de se destacar de seu suporte, com regimes jurídicos diversos de sua base estrutural, conforme bem apontou Francisco Amaral:

“As coisas úteis e apropriáveis dizem respeito à vida orgânica e material dos indivíduos. Com a evolução da espécie humana e o desenvolvimento da vida espiritual, expresso na arte, na ciência, na religião, na cultura, enfim, surgiram novas exigências **e novas utilidades**, passando a noção de bem a ter sentido diverso do que tinha primitivamente.”<sup>487</sup>

Aliás, na contemporaneidade, é de fato exigido uma nova compreensão dos bens jurídicos e conseqüentemente da mentalidade proprietária, e isto em razão do impacto que as novas tecnologias vem ocasionando nos comportamentos humanos, com modificações na interação econômica coletiva e principalmente na ciência do direito que é dela reflexo. É possível vislumbrar, nesse aspecto, novas modalidades na teoria dos bens jurídicos, em razão da evolução científica e tecnológica, verifica-se alterações substanciais no que pode, efetivamente, ser compreendido como objeto das relações jurídicas.

Caracterizam-se como bens jurídicos, portanto, todas as porções da realidade que possam satisfazer alguma necessidade humana individual ou coletiva, muitas vezes desvinculadas de seu suporte. O conceito liga-se à utilidade em si mesma considerada. A categoria dos bens jurídicos pode adotar características de não ser apropriável individualmente, quando o regime em si é da utilidade destacável, sendo possível de se falar em um bem jurídico não sujeito à dominação individual, tal como as utilidades destacadas das novas tecnologias, ou mesmo o equilíbrio ambiental, os biomas, a tutela da concorrência, o bem jurídico das manifestações culturais, entre outros.

Os bens adentram no mundo jurídico por meio de uma valoração normativa, devem ser vistos como necessários e úteis à vida humana individual ou à coletividades ou comunidades (enquanto categorizada como sujeito de direitos coletivos). São portanto utilidades materiais ou imateriais que podem ser passíveis

---

<sup>487</sup> Cf. AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 7ª ed., Renovar, 2008, p. 347.

de uma valoração jurídica, ainda que no mundo anímico, mesmo sendo inapropriáveis, dado que a “noção de esfera jurídica de interesses transcende a economicidade e a materialidade dos bens jurídicos”.<sup>488</sup>

É indubitosa a existência de relações jurídicas, protegidas pelo ordenamento jurídico, mesmo quando o objeto não reflita valor econômico ou mesmo quando o objeto, apesar de enfeixar valor pecuniário, não admita apropriação material,<sup>489</sup> ou ainda se limite à valorações ideais, perscrutando situações que podem vir a incidir na faculdade de agir de algum sujeito de direito. Conforme leciona Orlando Gomes:

“A noção jurídica de bem é mais ampla do que a econômica. **Compreende toda utilidade**, física ou ideal, que possa incidir na faculdade de agir do sujeito. Abrange as coisas propriamente ditas, suscetíveis de apreciação pecuniária, e as que não comportam essa avaliação, **as que são materiais ou não**. Todo bem econômico é jurídico, mas nem todo bem jurídico é econômico.”<sup>490</sup>

A noção de bem compreende, ainda segundo Orlando Gomes, também aquilo que pode vir a ser objeto do direito mesmo sem valor econômico (ex. vida, liberdade, etc.), enquanto que a noção de coisa restringe-se àquilo que deve ter utilidade patrimonial, isto é, que possua valor pecuniário.<sup>491</sup>

O bem jurídico, também para Caio Mario da Silva Pereira, é tudo aquilo capaz de satisfazer um desejo ou uma exigência humana, quando amparado pela ordem jurídica. Para esse autor os bens jurídicos são não somente os de natureza patrimonial, pois “a ordem jurídica envolve ainda outros bens inestimáveis economicamente, ou insuscetíveis de se traduzirem por um valor pecuniário”.<sup>492</sup> Contudo muitos autores ainda apenas entendem como bens jurídicos somente aqueles “elementos da riqueza suscetíveis de apropriação”, o que decerto ainda se

---

<sup>488</sup> ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB. 11ª edição. Ed. Juspodivm, p. 503.

<sup>489</sup> ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB. 11ª edição. Ed. Juspodivm, p. 503.

<sup>490</sup> GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 10ª edição. Forense, Rio de Janeiro, 1993, p.205.

<sup>491</sup> GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 10ª edição. Forense, Rio de Janeiro, 1993, p.206.

<sup>492</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. Vol. 1, 33ª ed., rio de Janeiro, Forense, 2020, p. 341. “Bens jurídicos sem expressão patrimonial estão portas adentro do campo jurídico; o estado de filiação, em si mesmo, não tem expressão econômica; o direito ao nome, o poder sobre os filhos, não são suscetíveis de avaliação. Mas são bens jurídicos, embora não patrimoniais. Podem ser, e são, objeto de direito. Sobre eles se exerce, dentro dos limites traçados pelo direito positivo, o poder jurídico da vontade, e se retiram da incidência do poder jurídico da vontade alheia.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. Vol. 1, 33ª ed., rio de Janeiro, Forense, 2020, p. 341

prende a uma racionalidade moderna reducionista.<sup>493</sup> Tal racionalidade deve ser superada, pois não é mais possível pautar nosso pensamento pelas dicotomias modernas (sujeito-objeto, estado-mercado, etc).

Os bens assim especificamente considerados, distinguem-se das coisas, pois segundo Caio Mario da Silva Pereira, as coisas são apenas aquilo que ostentem materialidade,<sup>494</sup> enquanto que se cuida de designar os bens imateriais ou abstratos como mais amplos, em sentido estrito.<sup>495</sup> A distinção entre bens e coisas é apenas considerada sob o aspecto de sua materialidade, porém, alerta Caio Mario, “nem tudo que é corpóreo e material é coisa”.<sup>496</sup> Conforme Caio Mario da Silva Pereira:

“... o corpo humano não é, apesar de sua materialidade, porque o ser humano é sujeito de direitos, e não é possível separar a pessoa humana, dotada do requisito da personalidade, de seu próprio corpo. Depois da morte, porém, o cadáver é uma coisa, da mesma forma que são coisas as partes destacadas do corpo sem vida, como os ossos, as peças anatômicas preparadas, as quais, por isto mesmo, podem ser objeto de alguma relação jurídica, ou ser objeto de negócios jurídicos restritos.”<sup>497</sup>

Um objeto de uma relação jurídica é sempre, para Caio Mario, ou um bem jurídico ou uma coisa, esta que ainda quando utilizável por todos, pode ter seu uso regulado.<sup>498</sup> E inversamente ainda sustenta o autor, “toda coisa, como objeto de

---

<sup>493</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. Vol. 1, 33ª ed., rio de Janeiro, Forense, 2020, p. 341

<sup>494</sup> Não obstante a opinião de Caio Mario, muitos autores sustentam que há coisas imateriais. Segundo Francisco Amaral, “a noção de coisa liga-se primariamente à de substância. Consiste em algo fisicamente delimitado, existente no mundo da natureza, e que interessa ao direito, não em si mesma, mas como objeto do poder dos sujeitos. (...) Coisa é tudo aquilo que tem existência material e que é suscetível de medida de valor. É coisa tudo o que existe no universo e que, sendo útil para a satisfação das necessidades humanas, se torna valioso e, por isso mesmo, objeto de apropriação. (...) O Código Civil brasileiro não faz limitação, usando bem para designar valores materiais e imateriais, (...) abrangendo coisas e direitos. Para Clóvis Bevilacqua, ‘bens são valores materiais ou imateriais que servem de objeto a uma relação jurídica. É definição correta, abrangendo coisas de existência material, as de existência imaterial, como as diversas formas de energia, e as ações ou comportamento humano, e também os direitos, quando objeto de outros direitos’ (AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 7ª ed., Renovar, 2008, p. 347-348).

<sup>495</sup> “Uma casa, um animal de tração são coisas, porque concretizado cada um **em uma unidade material e objetiva**, distinta de qualquer outra. Um direito de crédito, uma faculdade, embora defensável pelos remédios jurídicos postos à disposição do sujeito em caso de lesão, diz-se, com maior precisão, ser um bem”. PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. Vol. 1, 33ª ed., rio de Janeiro, Forense, 2020, p. 342

<sup>496</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. Vol. 1, 33ª ed., rio de Janeiro, Forense, 2020, p. 342

<sup>497</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. Vol. 1, 33ª ed., rio de Janeiro, Forense, 2020, p. 342

<sup>498</sup> Caio Mario denomina de coisas comuns aquelas insuscetíveis de apropriação, assim elencando: “(...) há coisas que não são objeto de uma relação jurídica, ou porque são insuscetíveis de apropriação ou porque ainda não foram apropriadas. As primeiras são as chamadas coisas comuns, porque **podem ser utilizadas**

direito, sofre a dominação do sujeito”. Esse autor ainda diz que as coisas não sujeitas à apropriação, ou porque não foram ainda apropriadas ou porque são naturalmente inapropriáveis, não podem formar objeto em uma relação jurídica.<sup>499</sup>

As coisas assim são pedaços da realidade suscetíveis de apropriação ou utilização de modo material ou ideal por um sujeito de direito para satisfazer uma necessidade.<sup>500</sup> Como ensina Giuseppe Lumia, coisa é qualquer porção material do mundo externo que pode ser usada pelo sujeito para satisfazer uma necessidade.<sup>501</sup> No entanto, nem todas as coisas são bens e nem todos os bens são coisas. As coisas que não estão sujeitas à apropriação não são bens, como as estrelas, a luz e o calor do sol, a água dos oceanos, exceto, eventualmente, as porções delas separadas ou contidas em um recipiente (como o ar comprimido em cilindros ou amostras de água do mar ou corpos extraterrestres extraídos para fins de estudo). As energias naturais, como o gás, a energia elétrica, a energia térmica, as ondas de rádio, enquadram-se na categoria de coisas que constituem propriedade no sentido jurídico, na medida em que são perceptíveis pelos sentidos - diretamente ou por meio de instrumentos apropriados para captá-las - e capazes de apropriação.<sup>502</sup>

---

**por qualquer pessoa**, embora não dominadas. Estão nesta categoria o ar atmosférico, o mar, as águas correntes dos rios públicos. Ninguém pode fazê-las objeto de uma relação jurídica. Mas podem ser captadas porções ou quantidades limitadas delas, e então passam a ser objeto de direito; por processos químicos, comprimem-se, em recipientes fechados, gases separados do ar ou obtêm-se ar liquefeito; a água dos mananciais é captada pela Administração e fornecida para serviço doméstico pelas municipalidades; em lugares não abastecidos por serviço público de água, particulares recolhem-na e vendem-na. **Existe nesta apropriação de parcelas do todo comum uma transformação sua em bem jurídico**, e, portanto, conversão em objeto de relação jurídica. No estado de coisas comuns, o ar, o mar, embora não pertençam a ninguém, podem ser subordinados à regulamentação no seu uso, de forma que a utilização por um não embarace o tráfego aéreo, fluvial ou marítimo, o que significa que **a coisa comum, utilizável por todos, nem por isto deixa de ter seu uso limitado ou disciplinado.**” PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. Vol. 1, 33ª ed., rio de Janeiro, Forense, 2020, p. 343

<sup>499</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. Vol. 1, 33ª ed., rio de Janeiro, Forense, 2020, p. 343.

<sup>500</sup> GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 10ª edição. Forense, Rio de Janeiro, 1993, p.206.

<sup>501</sup> LUMIA, Giuseppe. Lineamenti di teoria e ideologia del diritto. Terza edizione, Milano, Giuffrè, 1981; ou Princípios de Teoria e Ideología del Derecho, Traducción ALFONSO RUIZ MIGUEL, ediciones Olejnik, p. 96.

<sup>502</sup> “Cosa es cualquier porción material del mundo externo susceptible de ser utilizada por el sujeto para la satisfacción de una necesidad. Sin embargo, ni todas las cosas son bienes ni todos los bienes son cosas. No son bienes las cosas que no son susceptibles de apropiación, como las estrellas, la luz y el calor del sol, el agua de los océanos, salvo, eventualmente, las porciones de ellas separadas o contenidas en un recipiente (como el aire comprimido en bombonas o las muestras de agua marina o de cuerpos extraterrestres extraídos con fines de estudio). En la categoría de las cosas que constituyen bienes en sentido jurídico entran las energías naturales, como el gas, la energía eléctrica, la energía térmica, las ondas de radio, en cuanto son perceptibles por los sentidos -directamente o por medio de instrumentos apropiados para captarlas- y susceptibles de apropiación.” (LUMIA, Giuseppe. Lineamenti di teoria e ideologia del diritto. Terza edizione, Milano, Giuffrè, 1981; ou Princípios de Teoria e Ideología del Derecho, Traducción ALFONSO RUIZ MIGUEL, ediciones Olejnik, p. 96).

A ciência jurídica moderna moldou uma mentalidade de que toda a realidade do mundo extenso pode ser vista como objeto, e por esta característica ser titularizado a um sujeito de direito. Essa compreensão da realidade reduziu por assim dizer todo o pensamento científico da época à uma concepção objetiva da realidade, adstrita às dicotomias modernas, em que todas as situações jurídicas subjetivas são embasadas por um interesse juridicamente relevante, na compreensão da necessidade-utilidade do objeto para um único sujeito de direito.

Toda essa estrutura conceitual é insuficiente para a compreensão adequada dos bens e das utilidades transindividuais como destacadas de seu suporte, estas quais possuem como intrínseco um *munus* comunitário que impõe a necessidade de compartilhamento de benefícios e responsabilidades e a garantia da universalização do acesso livre ou comum às utilidades fundamentais para que possam se direcionar à sua funcionalidade essencial, que é a concretização dos direitos fundamentais.

Assim quando em voga os bens e as utilidades transindividuais como destacadas de seu suporte, tanto a previsão legislativa quanto a construção da normatividade no caso concreto apresentam uma estruturação particularmente diferenciada, sendo necessário compreender melhor os aspectos e definições da funcionalidade desses direitos (a esfera de sua utilidade) para poder aproximar uma conceitualização do que sejam e como se configuram no ordenamento jurídico brasileiro.

## **06.2. A revisão da categoria proprietária e a instrumentação das relações de pertencimento embasadas no compartilhamento: O regime jurídico das utilidades.**

### **06.2.1. As utilidades comuns como forma de satisfação de necessidades coletivas: o “comum” como intangibilidade.**

A gênese do conceito de interesse juridicamente protegido se deu na razão direta daquilo que poderia ser útil ao espírito humano. Ainda que por intermédio de ficções, qualificou-se o bem jurídico como parcela de realidade passível de se incorporar ao domínio e à submissão de um sujeito de direito abstrato.

O interesse jurídico de um sujeito de direito portanto é o que qualifica um bem jurídico, na medida em que possa ele ser reduzido à objeto de uma situação jurídica subjetiva. O bem jurídico é advindo de um ponto de referência de determinado interesse humano, em relação ao qual corresponde uma situação jurídica atribuída ao titular.

O conceito de bem jurídico é mutável e depende estritamente de uma variação significativa durante as épocas a respeito da ideia de utilidade-necessidade que encontra ressonância com a estrutura social, pois com a evolução das espécies surgem novas utilidades, novas formas de satisfação de necessidades coletivas, inclusive há uma evolução das modalidades de relacionamento humano pautados em riquezas imateriais.

O bem jurídico assim não se identifica com a coisa em sentido jurídico, nem tampouco com o conteúdo do direito que representa, também não se confunde com o benefício econômico que de seu suporte se extrai. Há proteção jurídica independente da destinação da intangibilidade, por exemplo, na criação artística ou estética, é tutelado o direito do autor independentemente de sua finalidade,<sup>503</sup> ou na invenção técnica protegida pela propriedade industrial, o bem jurídico protegido - a criatividade humana – é objeto de proteção pelo direito – com a exclusiva - independentemente de sua destinação ou proveito econômico que possa ou não ser com ela obtido.

Não é possível se falar o mesmo a respeito dos beneficiados dessa tutela, na medida em que não é apenas o criador individual (apesar de somente ele gozar dos frutos econômicos da exclusiva) que se beneficia da proteção jurídica das intangibilidades, dado que essa proteção é direcionada necessariamente ao atendimento e à satisfação de necessidades coletivas e de ordem transindividual, pois a origem estrutural das intangibilidades é na maioria das vezes a esfera da liberdade e do domínio público.

---

<sup>503</sup> “(...) Do ponto de vista estético, o valor de uma obra deve ser apreciado independentemente de sua utilidade. A obra artística ultrapassa a realidade, buscando uma intensidade de efeito que não se encontra na natureza. A beleza da arte é, assim, uma criação puramente humana. Pode-se dizer que a arte transforma e personaliza a realidade. a forma criada pelo artista pode ser emprestada pelo mundo exterior, mas é animada pelo sentimento que inspira o homem interior. (...) a utilidade de uma obra não exclui necessariamente seu caráter artístico (...) Não importa que se achem acumuladas, na mesma obra ou no mesmo suporte material, criações de vários gêneros, pois não é a natureza do suporte material que vai determinar a natureza da criação e, em consequência, a lei aplicável” (SILVEIRA, Newton. Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito do autor, software, cultivares, nome empresarial, título de estabelecimento, abuso de patentes. 6ª ed., ed. Manole, 2018, p. 03-04).

As criações intelectuais assim constituem-se como bens jurídicos que são direcionados a produzir benefícios para toda a coletividade, ainda que se reserve a exclusiva ao seu criador, a finalidade principal da proteção jurídica é fomentar a evolução humana ou o deleite de beneficiários indeterminados, assim contribuindo com o desenvolvimento social e das sociedades.

Na Convenção de Berna de 1886<sup>504</sup> e na Convenção de Paris de 1883<sup>505</sup>, ambas as tutelas, respectivamente, da propriedade industrial e das obras literárias e artísticas, são direcionadas à proteção e promoção de interesses metaindividuais, pois as obras advindas da criatividade humana ostentam em sua origem, uma concepção que não se confunde com a materialidade de seu suporte, ainda que seja nela expressada, mas que com ela não se assemelha, pois o bem jurídico protegido beneficia uma coletividade não individualizada de destinatários, que tem livre acesso e ampla liberdade para colher e desenvolver os mesmos caminhos e alcançar os mesmos frutos advindos da obra do autor, contribuindo assim direta ou indiretamente para o desenvolvimento e a evolução humana, e para o aprimoramento social.

Com a Lei da propriedade industrial de 1996,<sup>506</sup> a Lei dos Cultivares de 1997,<sup>507</sup> a Lei do software<sup>508</sup> e a Lei dos direitos autorais,<sup>509</sup> ambas estas de 1998,

---

<sup>504</sup> Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975.

<sup>505</sup> Promulgada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 78, de 31 de outubro de 1974, a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, foi revista em Estocolmo a 14 de julho de 1967, e atualizada pelo Decreto nº 635, de 21 de agosto de 1992.

<sup>506</sup> Trata-se da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, e estabelece que essa proteção, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; II - concessão de registro de desenho industrial; III - concessão de registro de marca; IV - repressão às falsas indicações geográficas; e a V - repressão à concorrência desleal (conforme artigo 2º da Lei 9.279/96).

<sup>507</sup> A Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997, que institui a Lei de Proteção de Cultivares, estabelece que a proteção dos direitos relativos à propriedade intelectual referente a um cultivar se efetua mediante a concessão de Certificado de Proteção de Cultivar, considerado este como um “bem móvel para todos os efeitos legais e única forma de proteção de cultivares e de direito que poderá obstar a livre utilização de plantas ou de suas partes de reprodução ou de multiplicação vegetativa, no País”. (conforme artigo 2º da Lei nº 9.456/97).

<sup>508</sup> A Lei do software (Lei 9.609/98) estabelece que um “programa de computador” é “a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados”. E estabelece que o “regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o mesmo conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País” (conforme artigos 1º e 2º da Lei 9.609/98).

<sup>509</sup> A Lei dos direitos autorais, Lei nº 9.610/98 protege as obras intelectuais derivadas de criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro. Essa Lei estabelece que esses direitos reputam-se, para os efeitos legais, como bens móveis. E elenca exemplificativamente, as seguintes obras derivadas da criatividade humana: I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; III - as obras dramáticas e dramático-musicais; IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; V - as composições musicais, tenham ou não letra; VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; VII - as obras fotográficas e as produzidas por

estabeleceu-se o direito do criador intelectual à “exclusiva”, de usar sua obra ou autorizar seu uso, bem como de obter rendimentos dessa obra ou de transmiti-la a terceiros por um tempo determinado, estabelecendo-se também aquilo que não poderia ser objeto de exclusiva, e que portanto poderia formar em seu conteúdo o chamado domínio público. O que não é objeto da proteção da chamada “exclusiva”, encontra-se em um regime jurídico de livre acesso e ampla liberdade de utilização e criação,<sup>510</sup> estando pois no domínio público “todos os elementos da criação humana não cobertos pelo direito de exclusiva”, e também aquilo que se denominou de *res communis omnis*, que são bens que por sua natureza não se submetem a nenhuma apropriação individualizada, conforme bem explicitou Denis Borges Barbosa:

“(…) Não é o fato de que tais bens estejam naturalmente livres de propriedade que os caracterizam como tais: os peixes e a caça, igualmente livres, são apropriados por quem os capture; as praças públicas podem ser utilizados com exclusividade, ainda que precariamente, por exemplo, por bancas de jornal.

Mesmo considerando que possa haver uma vertente fática na livre apropriação (o ar é inapropriável pois que, no momento, não existem meios para controlar seu fluxo) o determinante na incomerciabilidade dos bens é **a preexistência de uma apropriação coletiva**, que é distinta da apropriação pelo Estado, (...). O que definiria esse espaço é **a livre utilização de seu conteúdo por todos**, o ser *res communi omnium*, **coisa que a todos pertencem e de que ninguém pode apropriar-se**. O uso livre comporta tanto a fruição – de um leitor ou espectador – quanto a transformação criativa; neste caso, pode haver a apropriação dessa, deixando a matéria prima transformada em completa liberdade para outras transformações e fruições.”<sup>511</sup>

---

qualquer processo análogo ao da fotografia; VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; XII - os programas de computador; XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual (conforme artigos 3º e 7º da Lei 9.610/98).

<sup>510</sup> A Lei dos direitos autorais, Lei nº 9.610/98, estabelece em seu artigo 8º, aquilo que não é objeto de proteção do direitos autorais, elencando: I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; VI - os nomes e títulos isolados; VII - o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras. São tudo o que pertencem ao domínio público e não podem ser dele retirados com base em uma ficção jurídica, como a exclusiva.

<sup>511</sup> BARBOSA, Denis Borges. Tratado de Propriedade Intelectual: tomo I, 2ª ed., Rio de Janeiro, ed. Lumen Juris, 2017, p.95.

Desse modo a origem das intangibilidades é o domínio público, de livre utilização ou de utilização comum, é portanto uma localidade que ostenta ampla liberdade de acesso às intangibilidades, de onde se possa extrair a fundamentabilidade dos bens jurídicos imateriais, tendo sido essa origem natural ligada ao acesso livre ou comum, não obstante, enclausurada pela racionalidade moderna, ao imputar-lhe a definição de público, para a finalidade de imputar uma dominialidade ou um poder de direção ou regulação pela entidade estatal,<sup>512</sup> quando da confecção do cenário econômico de livre mercado e dos incentivos comportamentais para se criar escassez artificial a fim de desenvolver o equilíbrio na lei da oferta e procura.

Assim desde que o direito tomou conhecimento de uma nova classe de bens de natureza imaterial, e buscou por intermédio de ficções ligá-los à pessoa do autor

---

<sup>512</sup> A prerrogativa geral de ascendência do poder público sobre todas as coisas, reflete, na visão de Marques Neto, a ideia de que tudo o que é materialmente existente dentro dos lindes de um território, seja natureza artificial ou trabalhada, cultural, ou mesmo aspectos da subjetividade ou dignidade humana ou comunitária, são passíveis de ser submetidos à autoridade estatal, mas não significam que podem ser objetos de propriedade. Cuida-se muito mais, na visão desse autor, de uma relação de autoridade do poder político sobre seu território do que propriamente da propriedade destes bens, eis que a noção proprietária envolve outros requisitos internos e externos. Assim se pode dizer que o domínio eminente não confere qualquer titularidade sobre os bens materiais ou imateriais existentes no território, mas em alguma medida submete todos os titulares do domínio destes bens à uma autoridade estatal centralizada. É sem dúvida, para Marques Neto, um legado do Estado absolutista que se traduz na outorga de um domínio abstrato do Estado sobre todas as coisas ou bens contidos em seu território, não sendo porém decorrente da submissão fática ou jurídica, mas diretamente atrelada ao atributo da soberania, do poder do Estado de concentrar autoridade, da prerrogativa de que o poder público possui ascendência sobre pessoas e coisas dentro do seu território. Do domínio eminente decorre não a propriedade sobre todas as coisas contidas no território, mas a “prerrogativa de ordenar e disciplinar o exercício desta propriedade”. É a expressão de um poder supremo sobre o território, vinculando-se à noção de soberania, que se exerce, potencialmente, sobre todos os bens situados dentro do Estado, mesmo que se trate do domínio privado ou público estatal ou ainda da propriedade de particulares administrados. O domínio eminente é, segundo Miguel Marienhoff, “a expressão político jurídica da soberania interna” (cf. MARIENHOFF, Miguel. Tratado del Dominio Público. Buenos Aires: Argentina, 1960, p. 37). Atualmente a teoria do domínio eminente é aplicada não mais como subscrita a um poder absoluto do soberano, mas como adstrita ao exercício do domínio sobre todos os bens de um território, por todos os seus detentores, nos limites de uma função social da propriedade. Ou seja, não é mais relacionada à titularidade de bens, como no mundo oitocentista, mas detém escrita conexão com o exercício desta titularidade e seus condicionantes, ligando-se diretamente à sujeição do direito de propriedade com os deveres inerentes ao cumprimento de uma função social. cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens públicos: função social e exploração econômica: O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2009, p. 79. É preciso ressaltar ainda segundo Marques Neto, que não há uma propriedade estatal na ocupação por exemplo das faixas de fronteira, ainda que possam ocorrer restrições a que pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras tenham a propriedade de imóveis situados nessa faixa, tais condicionantes não defluem de uma propriedade estatal dessas terras, mas de “uma disciplina do direito de propriedade”, uma “decorrência do domínio eminente (mecanismo de preservação da soberania) que não conduz automaticamente ao domínio – propriedade – estatal desses bens, os quais seguem sendo em regra objeto de propriedade pública ou privada. Assim paira sobre a titularidade, seja pública ou seja privada, uma ascendência hierárquica no exercício do poder por parte do ente centralizado, porém ainda assim, mesmo que submetido à uma autoridade central, há bens materiais e imateriais que não se instrumentalizam por uma fruição meramente individualizada, de modo que, muitos desses bens por vezes até intangíveis não são passíveis de individualização exclusiva, e portanto não se submetem à uma artificial escassez, mesmo que possam estar sob o manto de uma autoridade ou poder central soberano, detendo efetivamente um caráter de bem ou utilidade transindividual, com um regime jurídico próprio para essa utilidade destacável e que por vezes pode ser até mesmo diverso do regime jurídico afetado ao seu suporte material ligado à estrutura da titularidade. (Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens públicos: função social e exploração econômica: O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2009, p. 79-82).

da mesma forma que alguém detém um direito exclusivo sobre as coisas materiais que lhe pertencem, foi que se concebeu as intangibilidades como artificialmente passíveis de apropriação pela racionalidade proprietária, na finalidade de criar artificialmente uma escassez no mercado e fomentar sua criação.<sup>513</sup> Seus beneficiários diretos e indiretos – como destinatários primordiais desses bens, contudo, são coletividades indeterminadas, pois as intangibilidades satisfazem necessidades de ordem metaindividual ligadas à comunidades nem sempre envolvidas em relações de mercado unívocas.

Não obstante o destinatário e beneficiário indireto da proteção dessas intangibilidades ser a coletividade, pois representa em verdade utilidades voltadas para a satisfação de necessidades indeterminadas, é fato que o bem jurídico incorpóreo, não obstante seja expressão da criatividade humana, nem sempre pode ser passível de apropriação pelo seu titular, dado que os bens ideais em si, não são suscetíveis de apropriação exclusiva, e o que é intangível não pode ser faticamente submetido à dominação material, não sendo natural a racionalidade proprietária buscar individualizar uma intangibilidade que é em sua essência fruto de uma convenção coletiva e que não paira sobre uma realidade mercadológica unificada, haja vista as inúmeras especificidades econômicas que essas intangibilidade podem se assentar.

A criatividade humana desse modo apesar de ser expressão individual de um talento, após materializada em um suporte, não pode seu autor, sem o auxílio de uma ficção jurídica, impossibilitar que outros utilizem a mesma ideia ou a livremente desenvolvam, pois sua natureza estrutural é ligada ao domínio comum e coletivo. Faticamente não há meio de se impedir que alguém copie ou aprimore uma obra intelectual, não obstante se possa estabelecer modos e formas de

---

<sup>513</sup> SILVEIRA, Newton. Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito do autor, software, cultivares, nome empresarial, título de estabelecimento, abuso de patentes. 6ª ed., ed. Manole, 2018, p. 12. “Todo homem possui, em maior ou menor grau, um potencial criativo. Ao exercer sua criatividade, acresce ao mundo coisas novas, cujo surgimento se deve a ele, a uma operação de caráter intelectual que resulta em uma nova realidade que vem enriquecer o mundo dos homens e ampliar seus limites. Fundamentalmente, o trabalho criativo é de uma só tipo, seja no campo das ideias abstratas, das invenções ou das obras artísticas. O que se protege é o fruto dessa atividade, quando ela resulta em uma obra intelectual, ou seja, uma forma com unidade suficiente para ser reconhecida como ela mesma. O fundamento do direito sobre tais obras se explica pela própria origem da obra: o indivíduo. A obra lhe pertence originalmente pelo próprio processo de criação; só a ele compete decidir revelá-la pondo-a no mundo, e essa decisão não destrói a ligação original entre obra e autor.” SILVEIRA, Newton. Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito do autor, software, cultivares, nome empresarial, título de estabelecimento, abuso de patentes. 6ª ed., ed. Manole, 2018, p. 12

sanção pela sua utilização indevida e não autorizada, ligadas ao direito de exploração econômica exclusiva do seu criador por determinado lapso de tempo.

O bem jurídico protegido dessa forma, resulta em um processo de individualização artificial, pois apesar da criação ser de livre acesso e de utilização comum, destina-se os frutos de sua exploração econômica, ao seu criador, de modo a determinar, no campo da realidade objetiva, uma qualificação jurídica apenas à utilidade que é extraída do bem jurídico em si, caracterizada como parcela autônoma e unitária sobre a qual recai a proteção da intangibilidade. Assim não é o bem jurídico em si que suporta o regime jurídico, mas a utilidade dele extraída que agrega uma qualificação jurídica peculiar própria para artificialmente lhe garantir a proteção.

Portanto, os interesses subjacentes cuja tutela justifica sua qualificação como bem jurídico são deveras indeterminados, difusos, coletivos e transindividuais. As intangibilidades assim, diferem-se de todo modo de sua utilidade e destinação econômica, estas sim extraídas da realidade tangível (suporte fático de incidência do direito), e que agregam conteúdos e contornos inteiramente diversos da realidade material, compatíveis com a função a que se destinam.<sup>514</sup> O bem jurídico protegido portanto nas criações intelectuais não poderia ser outro do que a própria criatividade humana, que não obstante seja expressão individualizada de uma atuação humana, é por certo uma estrutura de direito que não se realiza fora de uma realidade comunitária e coletiva, mas que é deveras diversificada da utilidade ou destinação a que é direcionada a criação intelectual dela advinda, a qual pode vir a, artificialmente, receber proteção jurídica e tornar-se propriedade, ainda que temporária.

Não obstante todos detenham o acesso aos bens ideais sendo livre ou comum a usufruição de seus conteúdos e o compartilhamento de seu desfrute, uma vez divulgada a obra literária ou artística ou a criação intelectual, o fruto da criatividade humana comunica-se por natureza a todos os que dela tem acesso, não podendo estar ela própria submetida ao domínio exclusivo de um só indivíduo proprietário, pois é de sua natureza estrutural a submissão ao compartilhamento da situação fática que limita os pressupostos da propriedade, diferentemente,

---

<sup>514</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo. Livro (eletrônico) e o perfil funcional dos bens jurídicos na experiência brasileira. Disponível em: [http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Livro\\_Eletronico\\_Perfil\\_Funcional\\_Bens\\_Juridicos\\_fls\\_269-287.pdf](http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Livro_Eletronico_Perfil_Funcional_Bens_Juridicos_fls_269-287.pdf). Acesso 15/03/2019, p. 270.

portanto, da sua destinação ou utilização, que poderá ser barrada a terceiros caronas, desde que implementado regime jurídico diverso e específico à essa destinação e usufruição econômica do bem intelectual.<sup>515</sup>

### **06.2.2. As utilidades comuns como bens incorpóreos: um raciocínio que não abarca a exclusividade.**

No tocante aos bens incorpóreos, é possível sustentar que sua natureza essencial não possui nem suporta a exclusividade, esta se trata de um atributo externo à sua estrutura, se trata em verdade de uma ficção criada sobre a sua utilização. Acrescer à existência no direito contemporâneo dos bens intelectuais uma qualificação de sua destinação ou utilização é, em si, qualificar o bem jurídico com regime jurídico específico relacionado à sua destinação, ainda que possam ser múltiplas as utilidades extraídas, não obstante se trate em si de intangibilidades imateriais, vê-los como coisas em sua estrutura não é adequado, pois é a destinação a que promanam que vai determinar sua qualificação jurídica.

Por isso as intangibilidades não se submetem à apropriação exclusiva, segundo Paulo Lobo, apenas o “suporte material da criação (a tela, o livro, por exemplo), revela, mas não atrai ou absorve a criação, que, em si mesma, é inapropriável”.<sup>516</sup> A coisificação desses bens jurídicos ideais, portanto, é fruto de uma racionalidade proprietária moderna, incompatível com os fundamentos de nosso direito, é desvelo de um mecanicismo reducionista que refundou a concepção de mundo e inclusive de nossa existência terrena. Intentar transformar em mercadoria sua estrutura não é adequado, haja vista que apenas sua destinação ou utilidade externa é que acaba sendo qualificada e sofre valoração jurídica.

A natureza dessas intangibilidades é, portanto, em si mesma, inapropriável e de origem comum, diversamente de seu atributo externo, que aloca uma ficção criada sobre a sua utilização. A exclusiva é apenas atributo externo incapaz de alterar a origem e a natureza comum da intangibilidade. A exemplo do software,<sup>517</sup>

---

<sup>515</sup> Cf. LOBO, Paulo. Direito Civil: Coisas. 2ª edição. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 41.

<sup>516</sup> LOBO, Paulo. Direito Civil: Coisas. 2ª edição. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 41.

<sup>517</sup> A Lei do software (Lei 9.609/98) no seu artigo 4º, e incisos, dispõe que pertencem ao empregador (contratante de serviços ou órgão público), salvo estipulação em contrário, e com **exclusividade**, os direitos relativos ao programa de computador, desde que desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos. Mas ressalva no seu §2º, que pertencerão ao

em que não obstante o direito assegure a exclusividade de exploração ao seu criador e o recebimento dos benefícios econômicos de seu compartilhamento,<sup>518</sup> a ficção criada pelo direito fez impor um regime jurídico diverso da natureza da criação intelectual à sua utilização ou destinação, que limita o acesso de terceiros e proíbe a alteração ou a implementação de seus modos de fazer ou criar sem a autorização de seu criador, mesmo que fruto da mesma inspiração.<sup>519</sup>

Também os desenhos e modelos industriais, a informação veiculada pela mídia, os chamados bens informáticos, como intangibilidades imateriais, são bens na verdade denominados de bens intelectuais,<sup>520</sup> os papéis e valores do mercado imobiliário, os elementos utilizados para a fertilização assistida, os recursos comuns do meio ambiente, entre outros,<sup>521</sup> são bens intangíveis que não obstante ostentem exclusividade como atributo externo de sua exploração, assumem em sua funcionalidade uma condição de individualização externa que não obstante abarca uma estrutura não passível de realização isolada, por apenas se concretizarem em coletividades e em realidades comunitárias.

Podem deter exclusividade temporária na sua exploração, ou ainda possuir um regime jurídico específico ligado diretamente à ampla liberdade na sua exploração e desenvolvimento, como a exemplo o software livre, originado do

---

empregado, com exclusividade, os direitos concernentes a programa de computador **gerado sem relação com o contrato de trabalho**, desde que gerado sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, da empresa ou entidade com a qual o empregador mantenha contrato de prestação de serviços ou assemelhados, do contratante de serviços ou órgão público.

<sup>518</sup> Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei. (...) § 5º Inclui-se dentre os direitos assegurados por esta Lei e pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País aquele direito exclusivo de autorizar ou proibir o aluguel comercial, não sendo esse direito exaurível pela venda, licença ou outra forma de transferência da cópia do programa. (Lei 9.609/98)

<sup>519</sup> A Lei 9.609/98, em seu artigo 6º, é expressa em isentar daqueles que entendem não constituir ofensa aos direitos do titular de programa de computador: I - a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda; II - a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos; III - a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão; IV - a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu.

<sup>520</sup> Os bens informáticos ou bens intelectuais, podem ostentar a proteção do direito intelectual, como os programas de computador, as bases de dados, gifs, games, jogos, etc., ou ainda podem gozar de proteção legal do direito industrial, como os equipamentos de informática os celulares, chips, os textos gerados por inteligência artificial ou mesmo divulgados e elaborados por entidades públicas ou privadas.

<sup>521</sup> Ver nesse sentido: AMARAL, Franciso. Direito Civil. Introdução. 7ª ed., Renovar, 2008, p. 347. PIETRO Perlingiere e RUSCELLO, Francisco. Manuale di diritto civile, Napoli, ESI, 1997, p. 170 e ss.; AURICCHIO, Alberto, La individuazione dei beni immobili, Napoli, Jovene, 1960.

copyleft, os quais possuem atributos externos não limitados pela ficção moderna da exclusividade.

Tratam-se de bens jurídicos que se realizam coletivamente e que dependem para seu amplo desenvolvimento da liberdade em sua utilização, envolvendo, como assevera César Rendueles, indivíduos “em uma gama de atividades cooperativas sem que isso implique dependências pessoais de nenhum tipo. O copyleft nos conduziria, enfim, a um círculo virtuoso de liberdade e criatividade individual, solidez comunitária e desenvolvimento econômico”.<sup>522</sup>

Sobre o software livre, leciona César Rendueles:

“(…) Em 1983, o programador Richard Stallman anunciou seu projeto de desenvolver um ambiente compatível com o Unix – um sistema operacional robusto e muito utilizado – que não apenas fosse desenvolvido com espírito cooperativo, mas também garantisse que não pudesse ser privatizado no futuro. Por isso o projeto devia contar com uma licença especial que assegurasse que qualquer usuário pudesse ‘executá-lo, copiá-lo, modificá-lo e distribuí-lo e, além disso, bloqueasse a possibilidade de futuras restrições desses direitos. A ideia ficou conhecida como copyleft. O copyleft é um sistema de quatro liberdades de uso interligadas: a liberdade de executar o programa; a liberdade de estudar como o programa funciona e modificá-lo; a liberdade de redistribuir cópias com ou sem fins lucrativos; e a liberdade de distribuir cópias de suas versões modificadas a terceiros. As quatro liberdades têm caráter ‘viral’. Qualquer pessoa pode exercer essas liberdades sobre os produtos assim licenciados, mas está obrigada a manter a mesma licença nos produtos derivados. O copyleft não se limita ao software, pode aplicar-se a qualquer tipo de propriedade intelectual. Se, por exemplo, alguém decide editar e vender uma versão melhorada em papel da Wikipedia, pode fazê-lo sem pedir licença a ninguém, mas essa edição deverá permitir a mesma liberdade de uso que a obra original.”<sup>523</sup>

O software livre foi caracterizado, segundo César Rendueles, pela ampla liberdade de modificação, o que envolveu repercussões não apenas legais mas técnicas, uma vez que se impunha a obrigação de permitir o acesso livre ao código-fonte dos programas. Assim repercutiu em um compromisso que eliminaria definitivamente as barreiras que limitavam o fluxo, em sentido amplo, da informação, por se entender que isso seria de alguma forma nocivo,

---

<sup>522</sup> Cf. RENDUELES, César. *Sociofobia: mudança política na era da utopia digital*. São Paulo, ed. SESC, 2016, p. 99.

<sup>523</sup> Cf. RENDUELES, César. *Sociofobia: mudança política na era da utopia digital*. São Paulo, ed. SESC, 2016, p. 83-84.

independentemente de sua finalidade. Por isso, como diz Rendueles, “o copyleft em sentido estrito inclui a liberdade de difundir materiais licenciados com qualquer objetivo, inclusive comercial”, e assim “bloqueia as possibilidades de privatização de um bem comum”.<sup>524</sup>

É certo que um bem criado de modo colaborativo e inserido em realidades comunitárias, desde que eliminadas as restrições ligadas à propriedade intelectual, acaba por incentivar “a criação de espaços de produção em que a coordenação emerge espontaneamente por meio da confluência em redes colaborativas”.<sup>525</sup> A produção colaborativa é característica específica e única dos regimes de liberdade, conforme aponta Rendueles:

“(...) a internet é um espaço no qual confluem fragmentos de inteligência que se agrupam até compor uma espécie de mente-colmeia. Os dois exemplo, unanimemente citados, são a Wikipedia e o desenvolvimento colaborativo não comercial de software livre. (...) O primeiro, um projeto editorial cooperativo, do qual participa em igualdade de condições uma grande massa de redatores anônimos ajudados por uma série de ferramentas técnicas e algumas regras de edição. A mecânica do Wikipedia é muito simples: qualquer usuário pode alterar um artigo ou criar um novo, se achar necessário. Os demais usuários podem, por sua vez, rejeitar, retificar ou retomar esse trabalho, e assim por diante. A pessoa procura um verbete e, se não o encontrar, ou se a informação que contém lhe parecer deficiente – incompleta, pouco rigorosa, mal redigida,..., pode criá-lo ou modificá-lo. (...) as discussões sobre o conteúdo são horizontais, e um catedrático tem o mesmo direito de editar um artigo que um estudante. (...) a Wikipedia prova que na rede cada um de nós contribui para o conhecimento agregado com os fragmentos de conhecimento específico que possui (...)”<sup>526</sup>

Não se trata assim, o software livre, segundo Marcos Wachowicz, de algo ligado à gratuidade, tampouco à isenção de preço em sua exploração, mas é caracterizado por um conjunto de liberdades, que consistem em: a) liberdade de executar o programa para qualquer propósito; b) liberdade de estudar o programa, como ele funciona adaptando-o às suas necessidades; c) liberdade de redistribuir cópias, que passam a ajudar outros usuários também a desenvolvê-lo; e d)

---

<sup>524</sup> Cf. RENDUELES, César. Sociofobia: mudança política na era da utopia digital. São Paulo, ed. SESC, 2016, p. 87.

<sup>525</sup> Cf. RENDUELES, César. Sociofobia: mudança política na era da utopia digital. São Paulo, ed. SESC, 2016, p. 90.

<sup>526</sup> Cf. RENDUELES, César. Sociofobia: mudança política na era da utopia digital. São Paulo, ed. SESC, 2016, p. 92

liberdade de aperfeiçoar o programa de modo que toda a comunidade dele se beneficie. A liberdade de distribuição do software livre encontra-se sedimentada por intermédio de uma licença denominada de General Public License (GPL), a qual estabelece essas liberdades de modificação, inovação e de livremente estudar, copiar, ou aperfeiçoar o software, não se restringindo, portanto, à mera comercialização.<sup>527</sup>

Assim, a exclusiva é atributo externo e que busca artificialmente criar uma escassez do que é comum, é concedida para o uso do direito intelectual ou sua exploração em caráter temporário, por exemplo, ao envolver o direito do autor, é concedido o direito à exclusividade de sua exploração por um prazo de setenta anos após a morte de seu idealizador, após o que passará ao chamado domínio público,<sup>528</sup> conforme dispõe o artigo Art. 41 da Lei 9.610/98.<sup>529</sup>

O domínio público, segundo Denis Borges Barbosa, tem natureza estrutural e não episódica nem incidental, é visto como uma ficção criada pela racionalidade moderna a fim de superar o problema da natureza intangível, indivisível e inexaurível das criações intelectuais; se não fosse ele, em contraposição à exclusiva, seria inarrendável que as criações intelectuais poderiam ser copiadas por caronas que “não compartilharam os custos e os riscos do esforço criativo”.<sup>530</sup> Foi espelho da clivagem moderna dos bens materiais a criação da ficção do domínio público em contraposição com a exclusiva.

É uma ficção porque pode significar um poder estatal sobre os bens intangíveis, ou ainda pode também significar a própria condição desses bens, “a mesma expressão pode ainda ser tomada como o conjunto de bens destinados ao uso público (direto ou indireto – geral ou especial – *uti singuli* ou *uti universi*), como pode designar o regime a que se subordina esse complexo de coisas afetadas de

---

<sup>527</sup> Cf. WACHOWICZ, Marcos. De quem é o software?. Disponível em: <https://youtu.be/DODC5xkswIM>. Acesso em 12/06/2022.

<sup>528</sup> Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público: I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores; II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais. (Lei 9.610/98).

<sup>529</sup> A Lei nº 9.279/96, em seu artigo 41, é expressa em asseverar que “os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

<sup>530</sup> BARBOSA, Denis Borges. Tratado de Propriedade Intelectual: tomo I, 2ª ed., Rio de Janeiro, ed. Lumen Juris, 2017, p.89-90.

interesse público”,<sup>531</sup> mas é fato que parametriza utilidades comuns as quais não podem ser realizadas senão por intermédio do compartilhamento.

O domínio público se trata em verdade da construção de uma artificialidade, com superação da exclusiva, que produz uma escassez artificial para o usufruto das criações intelectuais, pois o uso livre das criações, a mera apropriação ou mesmo o desfrute de posições alheias, quando inexistente vantagem patrimonial, pode não caracterizar violação a essas intangibilidades, tampouco possa acarretar desvantagem para a destinação da sua utilização, porquanto o regime normal e natural dos bens intelectuais é o da liberdade em seu desfrute, desde que isso não cause impacto na esfera de direito de seu criador.<sup>532</sup>

Conforme Denis Borges Barbosa:

---

<sup>531</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 31ª ed., Malheiros, 2005 p. 511. “O domínio público em sentido amplo é o poder de dominação ou de regulamentação que o Estado exerce sobre os bens do seu patrimônio (bens públicos), ou sobre os bens do patrimônio privado (bens particulares de interesse público), ou sobre as coisas inapropriáveis individualmente, mas de fruição geral da coletividade (res nullius). Neste sentido amplo e genérico o domínio público abrange não só os bens das pessoas jurídicas de Direito Público Interno como as demais coisas que, por sua utilidade coletiva, merecem a proteção do Poder Público, tais como a água, as jazidas, as florestas, a fauna, o espaço aéreo e as que interessam ao patrimônio histórico e artístico nacional. Exterioriza-se assim o domínio público em poderes de Soberania e em direitos de propriedade. Aqueles se exercem sobre todas as coisas de interesse público, sob a forma de domínio eminente; estes só incidem sobre os bens pertencentes à entidades públicas, sob a forma de domínio patrimonial.” MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 31ª ed., Malheiros, 2005, p. 511

<sup>532</sup> A Lei nº 9.279/96, em seu artigo 2º, inciso V, elenca que “a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante entre outras, a repressão à concorrência desleal. Também elenca em seu artigo 195, as hipóteses de crimes de concorrência desleal, asseverando que quem: I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem; II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem; III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos; V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências; VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento; VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve; VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave; IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador; XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser; XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos. E a Lei ainda em seu artigo 209, aponta que o prejudicado tem o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

“(...) se distingue o domínio público, na acepção de coisa comum a todos, do fundo comum da cultura e do conhecimento. No fundo comum estariam os bens incorpóreos e outros elementos de informação (ideias, dados brutos, conteúdo de notícias, etc) que jamais foram objetos de um direito de exclusiva. Por exemplo, a obra de (Lucio) Apuleio (escritor grego) que jamais foi protegida por direito autoral, nem a primeira invenção da pólvora por qualquer patente.(...) No domínio público, por outro lado, estariam as criações intelectuais de todo gênero que, após proteção, tivessem esgotado a exclusiva. Sobre este corpo de bens incorpóreos, a sociedade teria pago seu preço devido, e a constituição da disponibilidade geral, assim, atenderia algum senso de justiça e equidade.(...)”<sup>533</sup>

Há um limite temporal para seu desfrute econômico do direito do autor, que é setenta anos após a morte do criador, porém mesmo antes disso o acesso e a utilização por terceiros de obra divulgada é lícita, e o autor não pode proibir o desfrute intelectual de outros.<sup>534</sup> O bem ideal não pode ser atribuído ao titular como seria característico da propriedade,<sup>535</sup> pois o acesso e o compartilhamento por terceiros, continua lícito, podendo ser dito que há aqui efetivamente um interesse social no bem ideal, assumindo característica inerente aos bens transindividuais, dado a destinação social que sofrem em razão de suas características funcionais.

Eis porque a noção de bem jurídico é relativa e mutável, na medida em que somente se forma quando em interlocução com um interesse juridicamente protegido, ligado a uma necessidade-utilidade, que se altera de acordo com o contexto sócio econômico, pois mudam as formas de relacionamento e de organização econômica de uma sociedade, mudam as formas de valoração econômica dos objetos postos no mundo extenso, e assim deve igualmente mudar o reflexo dessas interações entre humanos e coletividades, alterando-se nessa

---

<sup>533</sup> BARBOSA, Denis Borges. Tratado de Propriedade Intelectual: tomo I, 2ª ed., Rio de Janeiro, ed. Lumen Juris, 2017, p.91.

<sup>534</sup> Conforme diz Paulo Lobo, o autor até pode não autorizar a reprodução em casos extremos, por até mesmo retirar do mercado os exemplares, mas isto diz respeito à materialização da obra, e não à obra em si (...) a obra em si é inapropriável ou expropriável. As restrições legais atingem as atividades, que são tendencialmente livres; só são reservadas as que levam à exploração econômica da obra. Não há um único direito do autor, há direitos de autor.” (cf. LOBO, Paulo. Direito Civil: Coisas. 2ª edição. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 41).

<sup>535</sup> Por isso não há posse de direitos autorais nem de bens jurídicos intelectuais, ou transindividuais, pois nenhum dos princípios que regem a propriedade se aplicam à produção intelectual, justamente por não ser coisa, suscetível de poder de fato, sendo por este motivo enunciada a Súmula 228 do STJ, verbis: “É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral”. Conforme Paulo Lobo: “A propriedade, tal como é delineada nas nossas leis, pressupõe o caráter material do objeto e a suscetibilidade de atos de posse em relação a este, o que não acontece no direito do autor, que não é suscetível de apropriação exclusiva, não podendo, portanto, originar uma propriedade.” (cf. LOBO, Paulo. Direito Civil: Coisas. 2ª edição. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 41).

mesma medida as utilidades essenciais à promoção e ao desenvolvimento de uma vida digna.

### **06.2.3. Uma outra percepção para o conceito de bem jurídico: Um novo estatuto proprietário ligado às múltiplas utilidades extraídas da res.**

A quantidade de bens jurídicos na vida moderna pode ser cada vez mais alargada, por vezes uma simples utilização de uma criação intelectual ou um conhecimento associado, é capaz de desfrutar de uma existência jurídica autônoma destacada de seu suporte material. O bem incorpóreo pode ser destinado a uma finalidade econômica, mas esta finalidade como intangibilidade acaba por agregar outro regime jurídico, diverso de seu suporte, sendo realidade destacável, situa-se efetivamente fora do sistema e da racionalidade individualista da modernidade.

É o caso por exemplo da utilização para exploração econômica do patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado, em que a entidade que os explora deve compartilhar seus benefícios com a comunidade de referência, assumindo assim esta específica utilização e destinação, regime jurídico diverso daquele empregado para a intangibilidade em si mesma considerada.<sup>536</sup>

Da mesma forma um veículo particular, quando empregado na atividade econômica do transporte individual de passageiros (Uber, Blablaba car, Zipcar, 99 app, etc), agrega regime jurídico específico e ligado diretamente a essa utilização, conforme a Lei 13.640/2019, que incorporou na Lei de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/12) o artigo 11-B, e dispôs as condições para o motorista individual poder realizar essa destinação, caso opte por explorar o transporte individual de passageiros.<sup>537</sup>

---

<sup>536</sup> Conforme artigo 17, da Lei 13.123/2015, quem se beneficia do acesso ao patrimônio genético está sujeito a repartir benefícios resultantes da exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de espécies encontradas em condições *in situ* ou ao conhecimento tradicional associado, ainda que produzido fora do País, **devendo promover a repartição de benefícios de forma justa e equitativa**, (...) com a comunidade de referência, independentemente de quem tenha tido o acesso anterior. Essa situação é regulada de modo amplo pela Lei da Biodiversidade, em seu artigo 17 e ss.

<sup>537</sup> Conforme artigo 11-B, da Lei Federal de Mobilidade Urbana nº 12.587/12, o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros (...) somente será autorizado ao motorista que cumprir as seguintes condições: I - possuir Carteira Nacional de Habilitação na categoria B ou superior que contenha a informação de que exerce atividade remunerada; II - conduzir veículo que atenda aos requisitos de idade máxima e às características exigidas pela autoridade de trânsito e pelo poder público municipal e do Distrito Federal; III - emitir e manter o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV); IV - apresentar certidão negativa de antecedentes criminais.

A obra artística, a criação intelectual, o conhecimento tradicional, entre outros, como vertentes de uma criatividade ainda que não individual, não se encontram materializadas em um suporte (no livro, artigo científico, etc, p.e.), mas dele se desprendem como uma abstração valorada pelo direito, incorporada no mundo jurídico, a cuja destinação agrega-se muitas vezes um regime jurídico autônomo, apesar de em alguns casos temporariamente poder ser reduzido a exclusiva, sua fruição econômica e destinação acaba por abranger a necessidade do compartilhamento de benefícios e de responsabilidades para operacionalizar adequadamente seu aproveitamento econômico.

Os frutos advindos de um trabalho literário ou de uma obra de arte ostentam vida autônoma, desprendem-se, pois, de seu autor e de sua decisão exclusiva, estão a merecer portanto proteção diversa da qual recebem as individualidades no campo jurídico, igualam-se a qualquer outra utilidade qualificada juridicamente como elemento do patrimônio comum ou individual, mas, apesar de poderem temporariamente atrair exclusividade na sua fruição econômica, como intangibilidades, são suficientemente autônomas para agregar regime jurídico diverso daquele outorgado ao titular de seu suporte.

Os pressupostos de uma utilização de natureza comum (que abarca interesses transindividuais), por outro lado, não nascem de individualizações, mas de organizações comunitárias compartilhadas, é dizer, estão fora da esfera estatal e mercadológica, porquanto localizadas em práticas comunitárias alheias à regulação pública estatal, possuindo assim estrita ligação com a existência de práticas locais, com uma normatividade própria que reconhece protocolos sociais, a destinação de interesse comum comporta uma qualificação jurídica diversa daquela relacionada ao seu suporte material, público ou privado, dado que sua comodização não afasta e não se confunde com a essência da destinação ou da origem comunitária que possui.

Para alcançar o regime jurídico adequado às questões transindividuais, é preciso utilizar-se de uma interpretação ou de uma hermenêutica de reenvio, para incorporar no sistema elementos que se situam originalmente fora dele, é preciso que sejam reinseridos postulados principiológicos por meio de cláusulas gerais e conceitos indeterminados que fazem alusão à necessidade do compartilhamento de benefícios e de responsabilidades, produzindo concomitantemente no sistema

mutações normativas adstritas e interconectadas com novas modalidades de interação e interrelação econômica entre grupos massificados capazes de modificar os pressupostos da mentalidade proprietária.

As utilidades comuns assim possuem íntima correlação com os direitos transindividuais, mas com eles não se confunde, pois o que é metaindividual deve assumir uma gestão direcionada ao social, sua utilização é em benefício da comunidade, e sua exploração assume uma gestão favorável a todos, pois por meio de protocolos sociais e elementos consuetudinários incentiva o direcionamento de comportamentos destinados a internalizar externalidades negativas representativas, fazendo com que se extraía o máximo de utilidades sociais de determinado suporte, sem socializar custos, e portanto sem afetar o bem estar coletivo.

Pauta-se por práticas comunitárias e relações harmônicas de cooperação entre coletividades, pois quanto mais se direciona o uso múltiplo e sustentável de seu suporte, mais incentiva a internalização de custos e a produção de múltiplas utilidades capazes de maximizar os benefícios sociais extraídos dos bens jurídicos.

As múltiplas utilidades extraídas da *res* se correlacionam com o interesse transindividual, isto é, ao adquirirem importância normativa, devem respeitar a sustentabilidade, a proteção ambiental, ser direcionadas à promoção social e ao crescimento econômico e desenvolvimento da vida humana e não humana.

A gestão dos usos múltiplos extraídos dos suportes dos bens, do mesmo modo, pode ser gerida como intangibilidades separadas, deve aliar a proteção de interesses coletivos, ambientais, sociais e econômicos, e coibir o esgotamento de fornecimento de utilidades essenciais ou redução indevida da satisfação de necessidades coletivas, pois o interesse transindividual exige que se continue a garantir o acesso a utilidades essenciais para as futuras gerações no implemento da dignidade humana e na produção do bem estar coletivo.

Assim um único usuário não tem o poder subjetivo de ao acoplar o bem à sua destinação de interesse coletivo, retirar dele o regime jurídico que lhe impõe o *múnus* comunitário de compartilhar responsabilidades, dado que essa destinação – quando aposta – se faz para a comunidade e não pode ostentar disposição individual.

Ainda que possa o proprietário do suporte material optar por não o alocar a determinada atividade, por exemplo, o proprietário de um veículo não precisa necessariamente utilizá-lo como UBER, <sup>538</sup> o proprietário de um apartamento não precisa necessariamente locá-lo pelo AIRBNB; mas se o fizer, estará sujeito ao regime jurídico adequado para essa utilidade, devendo sofrer a incursão regulatória adequada àquela destinação a que livremente escolheram alocar.

O contraponto de um direito racionalista moderno estratificado na dualidade público-privado, exige que se compreenda como passível de tutelar intangibilidades de natureza comum separadas de um suporte material, mesmo quando sua base tangível possa ser apropriada e incorporada ao patrimônio individual de um sujeito de direito. <sup>539</sup> As intangibilidades de natureza comum, apesar de se estruturarem como o contraponto daquelas molduras parametrizadas pelas codificações oitocentistas, não podem ser apropriadas por um único sujeito de direito, <sup>540</sup> dado sua natureza comunitária e coletiva, não podem ostentar exclusividade como pressuposto interno do domínio, não obstante seus suportes poderem existir em realidades materiais e inseridos na titularidade e na dicotomia público-privada.

As suas múltiplas utilidades, por outro lado, derivadas da destinação de seu suporte, podem vir a agregar usos não concretizados por individualidades, mas por realidades comunitárias, havendo por vezes, ainda que concomitantemente, de servirem à satisfação de necessidades coletivas e transindividuais e direcionadas a

---

<sup>538</sup> Conforme pesquisa do Datafolha/2017, o sistema Uber, blablaba car, 99, entre outros, atenderam uma demanda reprimida para modais de integração às linhas do transporte público. Demanda essa antes não atendida pelos táxis. Quase 60% do uso é para “chegar” ou “sair” de estações de metrô, pontos de ônibus, ou trens. O Número de carros nas ruas diminuiu. Um menor número de pessoas passou a usar veículo próprio, contribuindo para a diminuição do trânsito. Houve impacto positivo no meio ambiente, com a diminuição da quantidade de veículos em circulação, a melhoria do trânsito nas cidades, e a redução da emissão de poluentes. Portanto se tratou de um modal que contribuiu para o bem coletivo geral.

<sup>539</sup> “... a construção discursiva da teoria dos bens comuns guarda assento na ressignificação da propriedade como direito ou, mais bem explicitada, com a ressignificação do direito de propriedade. Da mesma forma, o que a Constituição designa como ‘função social’ a ser atendida pela propriedade deve ser compreendido dentro deste sistema, interpretando-se a função a partir da totalidade significativa do ordenamento.” (cf. GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha Gonçalves. Dos bens comuns aos comportamentos comuns. In: Problemas de direito civil: homenagem aos 30 anos de cátedra do Professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos. Organizadores: Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Milena Donato Olívia. 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 191).

<sup>540</sup> Ver nesse sentido: BAILO Gonzalo L., BONET DE VIOLA, Ana Maria. MARICHAL, Maria Eugenia. Bienes comunes en los primeros códigos civiles latino-americanos. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322018000200775&lng=pt&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322018000200775&lng=pt&nrm=iso&tlng=es). Acesso em 15/03/2019.

finalidades não econômicas, assim não sendo transformadas em mercadorias, mas de qualquer forma aproveitadas em coletividade.<sup>541</sup>

É possível assim perceber que há utilidades advindas de bens jurídicos que não derivam de uma única titularidade exclusiva, mas que devem ser compreendidos com base em uma multiplicidade de interesses, derivados portanto de realidades comunitárias, que envolvem não somente a sociedade, os “comuns”, mas também as futuras gerações. Não obstante possam elas ostentar um suporte inteiramente ligado à uma titularidade individualizada, ainda assim não podem elas ser confundidas com aqueles regimes uníssonos albergados pela exclusividade, pois englobam regimes jurídicos distintos de seu suporte.

As múltiplas utilidades dessa forma podem por vezes agregar interesses multitudinários, assim se qualificando para suprirem necessidades coletivas, acabam invariavelmente agregando regimes jurídicos ligados ao compartilhamento de benefícios e responsabilidades, pois interrelacionados diretamente com valores não apropriáveis, como a natureza, a cultura, aspectos da dignidade humana, as intangibilidades de mercado, havendo a necessidade nesses casos de universalizar o acesso à essas utilidades essenciais.

Não se olvide que a dignidade agrega uma dimensão de interrelação entre seres vivos e não vivos, sencientes e naturais, com a natureza e as culturas, a todos interessando o equilíbrio do homem com a natureza, de modo que aqui merecem essas organizações comunitárias que satisfazem necessidades coletivas serem referenciadas mediante uma interpretação mais ampliativa e teleológica dos artigos 216, 225 e 231 da Constituição da República, a envolver não somente as culturas, as realidades digitais, o equilíbrio da interrelação homem-natureza e entorno artificial

---

<sup>541</sup> Conforme Thiago Marrara: “(...) a função primária, por exemplo, dos bens de uso comum do povo reside em satisfazer interesses privados (individuais e coletivos) e públicos (primários e secundários). Cada pessoa os utiliza para atender diferentes tipos de interesses e, de modo geral, isso ocorre simultaneamente, sem exclusividade ou separação temporal. **Os usos fáticos que se fazem desses bens são variados, múltiplos, voltados a distintos tipos de interesse dos usuários.** Desde que alinhados à afetação, ora servem à vida doméstica, ora a interesses dos agentes econômicos ou das entidades públicas. A associação dos bens ao uso comum não retira da entidade que o detém a faculdade, em alguns casos, de outorgar usos privativos, de natureza exclusiva, a determinadas pessoas. (...) Se o uso privativo do bem for compatível com a afetação comum ao povo e configurar uma infraestrutura essencial, então o Estado poderá ser compelido a ceder o uso para não negar efeito a princípios constitucionais da ordem econômica. MARRARA, Thiago. Uso de bem público. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/31/edicao-1/uso-de-bem-publico>. Acesso em 14.06.2022, p. 11.

e cultural, mas agregar a uma amálgama de valores capaz de implementar melhor os contornos da realização de direitos fundamentais.

Há nessa perspectiva bens jurídicos certamente que não são passíveis sequer de ostentar uma titularidade, como por exemplo, o patrimônio comum da humanidade, o espaço aéreo internacional, os recursos da área em alto mar (conforme art. 136 da Convenção de Montego Bay), os fundos marinhos, o espaço extra-atmosférico, o continente da Antártica (tratado antártico de 1959 – Decreto Lei 75963/75), as zonas polares, não obstante possam ser direcionados, por intermédio de decisões comunitárias, a promover utilidades que não pertençam e não beneficiem apenas determinadas institucionalidades estatais, mas especificamente interessem e beneficiem a toda a comunidade internacional, inclusive àqueles que não participaram nem se incorporam aos tratados multilaterais, deve ainda assim serem referenciados por intermédio de decisões coletivas e a intervenção em seus espaços materiais regem-se pelos princípios da cooperação e da solidariedade entre as nações.

A plataforma continental, do mesmo modo, não obstante os Estados exerçam aproveitamento econômico exclusivo, não são objetos de pertencimento individual, de domínio fático determinado, eis que sua exploração não pode por exemplo causar desequilíbrios que venham a interferir na harmonia do patrimônio comum da humanidade, sendo assim a utilização desses ambientes direcionada a promover interesses transindividuais de modo compartilhado com responsabilidades e benefícios a todos, regendo-se pelo princípio da cooperação entre os entes envolvidos, não sendo possível raciocinar aqui unicamente com base na funcionalização do pertencimento, mas avançar para entender que as utilidades dali extraídas devem beneficiar de modo eficaz não só o país que a abriga, mas também toda a comunidade internacional mediante o compartilhamento de benefícios e responsabilidades em sua gestão.

Aqui pode-se também exemplificar com a dimensão supraindividual do genoma humano em sua concepção jurídica, regulada internacionalmente pela Declaração Universal sobre o Genoma Humano e pela Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos. O bem jurídico envolve as informações extraídas do genoma (como conjunto de genes) de dados que são processados pela tecnologia digital e utilizados no desenvolvimento científico. Não possui, portanto,

suporte material, não se confunde tampouco com nenhum elemento tangível extraído do corpo humano. Referidas informações de uma pessoa não lhe pertencem exclusivamente, são objetos imateriais que podem ser qualificados como “recursos comuns” não apropriáveis, compartilhados com a família, com a comunidade, com toda a espécie, referenciados na sua exploração econômica pelos deveres de compartilhamento de responsabilidades e de benefícios, a depender da utilidade para a qual são direcionados.<sup>542</sup>

“Os dados genéticos (...) são criações desmaterializadas pela ciência, pois consistem em uma tradução de informações contidas nos genes para códigos digitais a serem interpretados pela ciência. Com efeito, a identificação da sequência do genoma humano tem por finalidade transformar os elementos bioquímicos das células humanas que contêm as informações para a produção da nossa dimensão orgânica e para sua transmissão a outras gerações, em uma linguagem acessível para as pessoas (as moléculas de adenina, citosina, guanina, e timina passam a ser designadas de A C G T). Essas informações precisam necessariamente ser digitalizadas para que possam ser trabalhadas pelos cientistas. O levantamento da sequência do genoma humano, por isso, depende não só de processos biológicos, realizados em laboratório, mas, sobretudo do desenvolvimento tecnológico da informática.<sup>543</sup>

A noção de bem jurídico portanto, na ciência jurídica do século XXI, adota uma concepção estendida, englobando toda a realidade circunstancial, não somente a dimensão trazida pela titularidade do suporte material, mas agrega também as utilidades dele extraídas, independentemente das técnicas ou modelos científicos de desenvolvimento, envolvem por certo também uma dimensão ética, pois regidas

---

<sup>542</sup> “(...) os dados que podem revelar os segredos da vida e as características de uma pessoa não estão na alma ou no subconsciente, mas no mapa genético. Nele, os cientistas procuram identificar não só os genes determinantes dos caracteres físicos de uma pessoa, mas também aqueles que definem sua personalidade, seu talento e suas potencialidades. (...) O corpo humano passa, progressivamente, a ser visto como um conjunto de dados digitais e genéticos (...) passa a ter seus elementos orgânicos conjugados com componentes artificiais. A intervenção da biotecnologia, da robótica e da nanotecnologia embora decorra da nossa capacidade de operar elementos microscópicos, tem como objeto principal o humano – seu corpo e seu espírito. (...) a qualificação do homem como pessoa é colocada em xeque, seja pela indefinição do estatuto jurídico do embrião, seja pela classificação como coisas das partes e dos tecidos do corpo humano, assim como dos dados que podem ser dele extraídos. (...) os dados genéticos constituem um novo objeto para o Direito. Se pensarmos que o ser humano é compreendido pela tecnociência como o conjunto desses dados, é preciso refletir, também, sobre a inclusão como objeto do direito. Ao contrário do corpo orgânico e de suas partes (como no caso dos órgãos e tecidos destinados a transplantes e das células germinais à reprodução assistida), os dados genéticos não possuem base tangível, são informações extraídas do genoma (conjunto de genes) e transformados em dados que podem ser processados pela tecnologia digital. (...) os dados genéticos de uma pessoa não lhe pertencem exclusivamente. Há uma base comum partilhada com a família, com a comunidade, e com toda a espécie. (...)” (CORRÊA, Adriana Espíndola. O Corpo Digitalizado: um novo objeto para o direito. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 44, n. 0, 2006, p. 78-82).

<sup>543</sup> CORRÊA, Adriana Espíndola. O Corpo Digitalizado: um novo objeto para o direito. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 44, n. 0, 2006, p. 78-82

pelo compartilhamento e pelo *munus* comunitário para distribuir responsabilidades (e não só benefícios), auxiliando a livre produção, desenvolvimento e manutenção, da vida humana e não humana no planeta.

Exemplifique-se também com a problemática dos recursos genéticos marinhos advindos das áreas de patrimônio comum da humanidade, em que os benefícios dessa exploração econômica devem ser submetidos a um regime jurídico próprio, em analogia ao Protocolo de Nagoya,<sup>544</sup> que em seu artigo 5º estabelece que os benefícios derivados do uso de recursos genéticos, bem como suas aplicações, serão “compartilhados de maneira justa e equitativa com o país de origem de onde vieram os recursos genéticos”. Em casos de advir dos fundos marinhos internacionais, é preciso que se institua a regulação necessária para que a autoridade responsável seja incumbida de repartir os benefícios advindos do compartilhamento e impor as responsabilidades inerentes à exploração dessas intangibilidades de origem comum.<sup>545</sup>

Eis que quando os recursos genéticos são internos à soberania, no que diz respeito à biodiversidade, incide o princípio da preocupação comum (em que os interesses da comunidade internacional limitam a disposição do direito de propriedade). Atente-se que o direito de propriedade é aquele exercido sobre o suporte material do recurso genético (biodiversidade) e não sobre o recurso genético em si, que se destaca de seu suporte. Há regimes jurídicos diversificados para

---

<sup>544</sup> Não obstante o Protocolo de Nagoya reger exclusivamente a exploração em áreas de soberania estatal, é possível sustentar que se aplica analogicamente às áreas internacionais comunitárias, pois inclui os benefícios derivados dos recursos genéticos marinhos e impõe o compartilhamento com a população de referência, no caso do patrimônio comum da humanidade, o compartilhamento deve ser feito com a autoridade responsável pela gestão das autorizações para exploração dos fundos marinhos (ainda quando em regimes de liberdade, como da pesca, p. ex.), para que possa de acordo com as suas características distribuir equitativamente os benefícios e reverter-los na proteção e incremento da tutela do equilíbrio ambiental dos fundos marinhos internacionais.

<sup>545</sup> No pertinente à biodiversidade marinha, há uma grande dificuldade e uma diversidade significativa de regimes jurídicos específicos a depender da área em que se encontram e sob a soberania a que se submetem. O protocolo de Nagoya estabelece a possibilidade de o país compartilhar o recurso genético com aquele que logrou por extrair de sua biodiversidade submetida à sua soberania territorial. Então isso deixa claro que o recurso genético não é propriedade exclusiva do país sob cuja soberania foi retirado, abrindo a possibilidade de que um particular possa extrair e registrar sua exclusividade, desde que compartilhe seus benefícios econômicos com a comunidade de referência. Há assim um direito soberano sobre o recurso natural, contudo isso não engloba o recurso genético referido. Não obstante haja a exigência regulatória no protocolo de Nagoya de acesso e compartilhamento dos seus benefícios, estabelece-se medidas que inibam também as práticas de extração ilegal e clandestina, prevendo que o acesso aos recursos genéticos esteja sujeito ao consentimento prévio e informado do país ou comunidade fornecedora. É uma regulação que estabelece o incentivo à atividade econômica, e pelo mesmo viés, promove sua proteção e fiscalização. Assim dentro da soberania: aplica-se a Convenção sobre a Biodiversidade e seu Protocolo de Nagoya (que regula o acesso e a partilha dos benefícios do uso desses recursos genéticos). O Brasil ainda não ratificou esse protocolo. E, por outro lado, fora da soberania, há ainda uma dificuldade na regulação, pois se encontra pendente a discussão a respeito dessa questão, dado que a gestão do bem comum deve ocorrer mediante uma regulação compartilhada que delimite sua conservação e seu uso sustentável.

recursos que possuem o mesmo substrato, por exemplo, na pesca em águas internacionais, os peixes podem ser tratados como bens (sujeitos a apropriação) ou como depositários de material genético (bens comuns globais sujeitos ao regime jurídico próprio à sua destinação compartilhada).

O suporte material do bem comum global por outro lado ostenta regime jurídico diferenciado da sua destinação ou utilização em si mesma considerada, por exemplo, os fundos marinhos existentes na plataforma continental de um país devem ser explorados economicamente exclusivamente por estes, o que não quer dizer que o recurso genético extraído desses locais não devem adotar o regime do compartilhamento.<sup>546</sup>

A limitação da utilização ocorre por vezes em razão de um interesse comum subjacente (regime de preocupação comum), e sob um certo ponto de vista o protocolo de Nagoya estabelece o incentivo para que seja formalizado e compartilhado os benefícios advindos da utilização dos recursos genéticos, inclusive com a comunidade de onde oriundo o recurso.<sup>547</sup>

Portanto, é a regulação a respeito da exploração do patrimônio comum da humanidade que irá tratar da conservação e do uso sustentável desses recursos, estabelecendo medidas e instrumentos de gestão, considerando que a convenção de Montego Bay não adentra em especificidades, para a finalidade de melhor operacionalizar esse *munus* comunitário que impõe o dever de compartilhar benefícios e responsabilidades.

É preciso regular o compartilhamento dos benefícios do uso desses recursos comuns, mediante regras claras para parametrizar as avaliações de impacto ambiental, que delimite a transferência de tecnologias, a capacitação para

---

<sup>546</sup> A “Área” e seus recursos nos fundos marinhos são patrimônio comum da humanidade, conforme artigo 136, da Convenção de Montego Bay, no alto-mar há a liberdade de exploração de recursos vivos (consoante art. 116 da Convenção de Montego Bay). Os recursos minerais dessa área são patrimônio comum da humanidade, mas isto não significa que haja interferência dos países que o exploram, apenas que a regulação de sua exploração deverá observar os deveres de compartilhamento de benefícios e de responsabilidades, e a imposição da universalização do acesso às utilidades essenciais dali extraídas, devem agregar regime jurídico específico relacionado à destinação a que alocados, sendo necessário para referendar essa conclusão de uma regulamentação específica a esse respeito em um tratado internacional multilateral.

<sup>547</sup> Cada Estado, portanto, segundo o protocolo de Nagoya, deverá adotar medidas legislativas, administrativas ou políticas apropriadas, eficazes e proporcionais para garantir que os recursos genéticos usados em sua jurisdição sejam acessados mediante consentimento prévio e informado de seus fornecedores. Quando envolve espaços que estão fora da soberania de um estado, há necessidade de uma regulação específica que aponte o patrimônio comum da humanidade, regulado pela autoridade constituída na Convenção de Montego Bay, como no tocante aos recursos Genéticos, o que ainda não há uma regulamentação específica, mas tudo leva a crer que são iguais aos recursos genéticos extraídos das áreas de soberania, apenas diferenciando a autoridade competente para o recebimento e compartilhamento dos benefícios econômicos extraídos.

construção, e a exploração econômica dos fundos marinhos não situados nas plataformas continentais, pois sua exploração não é exclusiva do Estado Costeiro.

Assim o alto-mar e as áreas afetas aos fundos marinhos internacionais, sua exploração, agrega regime jurídico específico ligado à utilização ou destinação do patrimônio comum da humanidade, e ainda que não haja uma regulação minuciosa a respeito das regras de partilha, é possível se afirmar que existem, isto sim, inúmeros regimes jurídicos diferentes para cada utilização ligadas aos bens comuns globais, as quais devem deter um regime jurídico que incentive o compartilhamento, mediante uma organização comunitária capaz e suficiente a estabelecer protocolos sociais que façam com que o explorador internalize as externalidades negativas representativas que possa vir a produzir e, sem socializar custos, compartilhe não só os benefícios mas também as responsabilidades dessa exploração.

Eis porque as utilidades a que são destinados os usos múltiplos de seus suportes materiais devem ostentar um regime jurídico autônomo, e muitas vezes direcionados para a satisfação de necessidades coletivas com base em contextos multipolares, trata-se de recepcionar uma dimensão cooperativista e interrelacional da realidade comunitária, baseada no direito de acesso às essencialidades e no uso compartilhado delas como elementos norteadores para elaboração de novas bases estruturais para a ciência jurídica contemporânea.

### **06.3 – Os desdobramentos do direito de propriedade e as novas formas de compreensão das utilidades comuns.**

#### **06.3.1. A revisão da categoria proprietária fulcrada no contexto dos direitos transindividuais: uma nova perspectiva multitudinária para o domínio.**

A nova teoria dos bens jurídicos assentada na separação entre as múltiplas utilidades extraídas de seu suporte, tem sob foco a configuração da propriedade como o poder de uma multiplicidade de sujeitos de participar das decisões a respeito da destinação das utilidades extraídas de determinado bem. Quando a utilidade é de caráter transindividual essa decisão a respeito da destinação deve ser sempre participativa, e acompanhada da imposição de deveres inerentes ao compartilhamento de benefícios e responsabilidades na exploração econômica e na usufruição dos benefícios gerados pelas utilidades comuns.

São muitas as necessidades humanas, podem ser individuais ou coletivas, específicas ou comunitárias. A satisfação delas ocorre ou mediante o fornecimento pelo ente estatal ou pela própria comunidade de utilidades essenciais, materiais ou intangíveis, ou mediante a prestação de um serviço não específico ou um conjunto de comportamentos específicos que incentivem a internalização de custos e a não socialização deles. Acontece que esse fornecimento de utilidades essenciais, sejam materiais ou intangíveis, por vezes não advém unicamente do ente estatal, pode também advir de uma comunidade de referência, mediante métodos próprios de organização, suprimindo necessidades e angariando utilidades coletivas que fogem dos limites de anterior regulação estatal.

Organizações comunitárias podem em muitos casos vir a suprir necessidades coletivas por intermédio da autorregulação de comportamentos individuais, e muitas vezes sem nenhuma relação com uma anterior regulação estatal, utilizar-se de tecnologias ou mesmo de inter relacionamentos comunitários não específicos, mas que detenham potencial de alterar contextos sociais massificados capazes de suprir determinadas carências coletivas.

O centro de constelação destes interesses massificados é eminentemente participativo, e não havendo uma entidade individualizada que tenha voz de representação, as perspectivas comunitárias da cooperação e do compartilhamento de deveres e responsabilidades, mediante autorregulação de seus próprios interesses, devem vir a satisfazer necessidades transindividuais por intermédio da autorregulação comunitária, prescindindo muitas vezes das relações de mercado ou de anteriores regulações estatais previamente existentes. Por isso é possível identificar um modelo participativo e fulcrado na cooperação e na solidariedade que fornece utilidades coletivas por intermédio de contextos comunitárias afastando-se da coisificação do raciocínio proprietário.

A revisão da categoria proprietária importa, portanto, na evolução da categoria dos bens e das utilidades deles extraídas, dado que a propriedade nessas situações não é dotada sempre da exclusividade de decisão a respeito da destinação das múltiplas utilidades extraídas da *res*, mas pode ser caracterizada pelo compartilhamento de responsabilidades pela autorregulação comunitária. Ressurge a discussão a respeito das utilidades comuns, não em uma perspectiva do ente público e de seu dever de atender a coletividade, mas em novas perspectivas

comunitárias que se assentam em relatividades e relacionais irreduzíveis ao modelo proprietário exclusivista conhecido. A abstração proprietária se dissolve na concretude das necessidades coletivas que estão compreendidas na relação entre os direitos fundamentais e as utilidades comuns indispensáveis à sua satisfação.<sup>548</sup>

Com o surgimento das utilidades comuns e seu uso compartilhado o raciocínio proprietário exclusivista e abstrato deixa de ser tido como uma ordem estrutural dos bens jurídicos, faz com que se desdobrem as utilidades extraídas dos bens de seu suporte material; utilidades essas que agregam regimes jurídicos autônomos e independentes das titularidades e de suas bases materiais, assim sendo possível se referir à utilidades fundamentais despreendidas e autônomas que merecem valoração jurídica diversificada de seus suportes.

A trajetória da propriedade na sociedade contemporânea chega assim a um novo paradigma. A complexidade das relações de pertencimento na contemporaneidade impõe a evolução do conceito de direito subjetivo para o de situações jurídicas complexas, em que já se compreende que o titular não só tem direitos, mas também deveres em relação à terceiros, assenta o dever de colaboração entre os diversos centros de interesses envolvidos nas relações complexas de pertencimento e de usufruição de recursos comuns.<sup>549</sup>

O exercício irregular ou abusivo dos liames proprietários é ato que infringe conceitos jurídicos vagos e indeterminados pautados por cláusulas gerais que devem ter suas consequências construídas no caso concreto. O *munus* comunitário imposto a quem usufrui das utilidades comuns extraídas da *res* não só serve para vedar atos emulativos mas também para desincentivar situações que visem a agravar a posição de sujeitos indeterminados sem proporcionar utilidade aos

---

<sup>548</sup> Cf. RODOTÁ, Stefano. Mondo dele persone, mondo dei beni. In "Il diritto di avere diritti". Roma : Editori Laterza, 2012.

<sup>549</sup> Como assenta Pablo Renteria, "no que tange ao direito de propriedade, já se observou que, sendo o seu exercício orientado à realização de interesses não só do proprietário, mas também da coletividade, o seu conteúdo é composto, ao mesmo tempo, por situação obrigacional e pelo poder sobre a coisa. (...) Se a cooperação social é fenômeno de relevo nos direitos reais na coisa alheia, há de se admitir, por conseguinte, a aplicação das normas do direito das obrigações às relações jurídicas reais naquilo que forem pertinentes para a disciplina do dever de colaboração entre os diversos centros de interesses envolvidos. (...) cumpre destacar, em particular, o amplo espectro de incidência da boa-fé objetiva nas relações contratuais constitutivas de direitos reais sobre a coisa alheia, que, enquanto expressão do princípio da solidariedade, traduz parâmetro de valoração do exercício de qualquer situação subjetiva patrimonial". (RENTERIA, Pablo. Direito Real e Relação de Cooperação. In: In: Problemas de direito civil: homenagem aos 30 anos de cátedra do Professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos. Organizadores: Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Milena Donato Olívia. 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 785-786).

demais, o que passa a ser pautado pela boa-fé objetiva na harmonização dos interesses juridicamente protegidos, individuais e metaindividuais.

A exploração de utilidades coletivas desdobradas do suporte material das *res* assim passa a efetivamente relativizar os dogmas modernos, inclusive, utilidades comuns são identificadas como suficientes a atender necessidades supridas por realidades comunitárias, desprovidas de qualquer relação com a regulação pública estatal, torna a divisão do estado como separado da atividade econômica (superando a categoria da atividade econômica em sentido amplo), eis que em cenários mercadológicos apenas a regulação estatal tende a ser universal e alcança toda uma gama de realidade que engloba quaisquer necessidades coletivas. Ao se reconhecer novas formas de supressão de necessidades coletivas está-se a tratar de outra modalidade de utilidade capaz de advir da autorregulação social totalmente desprovida dos extremos da atividade mercadológica e do ente estatal.

O bem jurídico como utilidade destacável de seu suporte pode dessa forma condensar comportamentos relevantes para a coletividade, com base na recalitrância de comportamentos econômicos, usos e práticas mesmo que desvinculadas das estruturas do capital, como por exemplo a de responsabilizar-se pelo seu próprio lixo, a de internalizar externalidades do comportamento produtivo, condutas de interesse geral, ação ou omissão de sujeitos não individualizados pautados pelo incentivo à cooperação, podem vir a servir como elementos instrumentalizadores da produção do bem estar coletivo. Há uma intrínseca relação entre necessidades e utilidades para se configurar uma valoração jurídica, mesmo quando são elas transindividuais, a satisfação dessas necessidades essenciais pode não ocorrer por intermédio de estruturas individualizadas, mas por realidades comunitárias, destinadas a atender necessidades coletivas e difusas dentro de um cenário de interação econômica diferenciada das relações correntes do capital.

É por esse motivo que, segundo Perlingieri, as relações jurídicas na contemporaneidade devem ser identificadas por situações jurídicas complexas, como centros de interesse juridicamente protegidos, a envolver não somente os titulares sujeitos de direitos, mas também terceiros, ou ainda centros de imputação que sequer podem ser individualizados.<sup>550</sup> As utilidades extraídas dos bens

---

<sup>550</sup> PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p. 961-962 e 943-944.

jurídicos, dessa forma, podem assumir características incorpóreas imateriais e suas vertentes na satisfação de necessidades coletivas e transindividuais são qualificadas juridicamente como relações jurídicas multitudinárias funcionalizadas e ligadas à regulação de comportamentos massificados.

Conforme leciona Gustavo Tepedino:

“(...) a noção de bem jurídico não se circunscreve às entidades suscetíveis de apropriação privada, como apregoado pela doutrina tradicional. **Numerosos são os interesses, especialmente os coletivos e difusos, que se tornam dignos de proteção mesmo incidindo sobre bens insuscetíveis de comercialização**, bastando pensar no meio ambiente e no patrimônio cultural e artístico. Os direitos relativos à qualidade de vida saudável e à proteção da flora e da fauna são tutelados independentemente da titularidade do domínio. Já que afastam, portanto, a noção de bem jurídico do arquétipo da propriedade privada. Vê-se, portanto, que a noção de bens jurídicos, embora se situe na estrutura da relação jurídica, só poderá ser compreendida de acordo com **a função desempenhada pela situação jurídica de que serve de objeto**. Mostra-se, por isso mesmo, ociosos e passíveis de críticas os longos elencos de bens jurídicos descritos pela manualística, em abordagem penosa e meramente estrutural. **O significado do bem jurídico depende essencialmente do interesse que o qualifica** e sua classificação há de ser apreendida na esteira da função que o bem desempenha na relação jurídica.”<sup>551</sup>

O bem jurídico, segundo Tepedino, pode ser considerado como parcela da realidade – ainda que incorpórea – que se mostre apto a integrar o papel de objeto de relações jurídicas e ser funcionalizado no interesse da coletividade.<sup>552</sup> Não são todos os objetos, na compreensão desse autor, que podem ser classificados como bem jurídico, mas somente aqueles que possam ser funcionalizados em situações jurídicas complexas.<sup>553</sup> Há aqui que se entender portanto que apenas se caracteriza como bem jurídico aquilo que possa se configurar como objeto de um

---

<sup>551</sup> TEPEDINO, Gustavo. OLIVA, Milena Donato. Teoria Geral do Direito Civil. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 185.

<sup>552</sup> TEPEDINO, Gustavo. Livro (eletrônico) e o perfil funcional dos bens jurídicos na experiência brasileira. Disponível em: [http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Livro\\_Eletronico\\_Perfil\\_Funcional\\_Bens\\_Juridicos\\_fls\\_269-287.pdf](http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Livro_Eletronico_Perfil_Funcional_Bens_Juridicos_fls_269-287.pdf). Acesso 15/03/2019.

<sup>553</sup> Gustavo Tepedino alerta que “deve ser preferida a expressão *situação jurídica subjetiva* à de direito subjetivo, de modo a se evitar o equívoco de se reduzir o tema à problemática dos direitos subjetivos, sublinhando-se, de outra parte, a inserção das situações subjetivas reais em relações jurídicas entre sujeitos, ou intersubjetivas”. Afirmar esse autor que a expressão “direito subjetivo” nada mais é do que uma espécie importantíssima de situação jurídica subjetiva, e como tal, deve ser associado necessariamente à noção de interesse e de titularidade. (TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, tomo II, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 136-137). Ver também: TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade imobiliária. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 92. Disponível em: [http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Aspectos\\_Atuais\\_Multipropriedade\\_imobiliaria\\_fls\\_512-522.pdf](http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Aspectos_Atuais_Multipropriedade_imobiliaria_fls_512-522.pdf). Acesso 15/03/2019.

interesse humano individual ou coletivo, a relação do interesse juridicamente protegido é justamente aquela onde o objeto ou a coisa possam ser funcionalizados de modo a satisfazer necessidades comunitárias merecedoras de tutela por parte do ordenamento jurídico, ainda que de forma não individualizada.

As utilidades extraídas de um bem jurídico merecem regime jurídico específico e dissociado muitas vezes de seu suporte, assumem maiores condições de satisfação de necessidades coletivas quando em contextos multitudinários, ligados à regulação de comportamentos massificados, em regimes de liberdade de concorrência ou de cooperação, em estrita realização da solidariedade constitucional, as condições de satisfação de interesses transindividuais é muito mais eficiente quando ligados à interrelação coletiva, a concretização de direitos fundamentais, um dos objetivos da república, ocorre efetivamente em contextos comunitários.

As utilidades públicas de modo geral ainda são analisadas e discutidas com base na teoria civilista tripartite, no tocante aos bens, e no aspecto subjetivo, no tocante aos serviços públicos, embasados no raciocínio clássico das titularidades individualizadas, deixando-se muitas vezes os pressupostos de sua destinação e de seus destinatários como características secundárias incapazes de por si só promoverem uma definição. As titularidades ainda norteiam o raciocínio adotado para a teoria dos bens jurídicos de forma que a exclusividade da tomada de decisão a respeito da destinação, gestão, fruição e alienação, além do uso e da limitação do acesso à funcionalização dos bens, restam quase sempre como pressupostos extrínsecos ao conceito e sucumbem diante da força paradigmática da dicotomia público-privado.<sup>554</sup>

Esta estrutura racionalista da ciência jurídica que compreende os conceitos abstratos de modo dissociado da realidade econômica passa a ser suplantada pelos novos cenários organizacionais de uma sociedade massificada com conflitos transindividuais e de natureza poliédrica, na qual não mais se envolvem personalidades individuais, mas toda uma conjuntura estrutural e coletiva que

---

<sup>554</sup> “(...) O vínculo entre Estado brasileiro e determinados bens não se identifica com uma relação de propriedade típica do direito privado. (...) Trata-se de um vínculo político, essencialmente público. (...) alguns bens públicos são o instrumento para o desempenho de atividades estatais. A titularidade de um sujeito estatal é meramente circunstancial. (...) a instrumentalidade do bem para satisfazer necessidades coletivas é apenas potencial, (...) os bens que dão identidade ao Estado brasileiro e aqueles fundamentais ao cumprimento de suas funções essenciais não são objeto de uma relação de domínio similar à disciplinada pelo direito privado.” (FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 1022).

agrega necessariamente comportamentos econômicos de grupos e de coletividades influenciadas ou não pela regulação ou pela autorregulação de comportamentos conjuntos e costumes recalcitrantes.

Mesmo as questões ambientais, como por exemplo o carbono, não pode ser separado da lógica econômica, uma vez que “o imperativo ecológico só pode ser respeitado se o imperativo econômico também o for. Ambos requerem uma abordagem global e um mecanismo de preços com estruturas analisada de modo massificado. Os mecanismos econômicos coletivos, como tributos, sanções ou incentivos comportamentais ao mercado, não devem pois serem vistos como inimigos de uma política ecológica, mas sim como muito mais uma condição necessária para que a política ecológica de grande envergadura possa se realizar.

555

É nessa perspectiva que se pode hoje afirmar que a atividade econômica e os bens e serviços estatais não podem mais ser tratados de modo totalmente dissociados. Após o influxo dos direitos constitucionais de segunda e terceira geração, e as novas funções do Estado interventor, é que as Constituições passam a atribuir ao Poder Público novas formas de convivência com a atividade econômica. O ente estatal é obrigado a cada vez mais interagir com os agentes econômicos privados, não só intervindo na realidade econômica, mas, nas palavras de Egon Bockmann Moreira, vivendo essas relações.<sup>556</sup> É possível se dizer inclusive que quanto maior o avanço econômico de uma sociedade, menor é a necessidade que se têm de serviços públicos, haja vista que a atividade econômica (seja exclusivamente por agentes privados, seja por meio de concessionários e/ou permissionários, autorizatários) supre as necessidades coletivas muitas vezes distante do oficialismo estatal, projetando maior bem estar social com bastante eficiência.<sup>557</sup>

---

<sup>555</sup> Nesse sentido: TIROLE, Jean. Economia do bem comum. 1ª edição, Rio de Janeiro, ed. Zahar, 2020, p. 239.

<sup>556</sup> “(...) Paulatinamente, o Estado deixa de só intervir e passa a viver relações econômicas público-privadas. As Constituições permanecem a organizar e limitar o poder político, a declarar e garantir os direitos fundamentais, mas, igualmente, se tornam ordenações agregadoras da vida social, a integrar juridicamente o Estado na economia. Não de forma livre, como num *laissez-faire* public, mas com fortes barreiras normativas, definidoras do agir econômico estatal.” (MOREIRA, Egon Bockmann. Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do artigo 175 da Constituição. In Revista de Direito Público e Economia).

<sup>557</sup> Para Marçal Justen Filho “(...) importa admitir a possibilidade teórica do desaparecimento do serviço público. Tal se passará se o sistema econômico privado dispuser de condições para assegurar a satisfação dos direitos fundamentais de todos os integrantes da sociedade. Justamente por isso, o elenco de serviços públicos em uma sociedade economicamente desenvolvida tende a ser muito mais reduzido do que se passa em países com sistema econômico deficiente. Essa ressalva conduz à possibilidade de coexistência de atividades com objeto

Daí porque é importante hoje questionar os conceitos jurídicos trazidos do século XIX e correlacioná-los com a nova realidade econômica, especificamente na questão das titularidades e das relações de pertencimento.

Antigamente a supressão de necessidades coletivas e transindividuais era advinda eminentemente da estrutura estatal, mediante a opção regulatória própria, a satisfação e o fornecimento de bens essenciais às coletividades, era pautada pelo oficialismo estatal, uma vez a proibição de existir estruturas intermediárias entre indivíduos e estado, e a vocação deste último em incorporar tudo o que é coletivo.

Hoje muito mais se fala em formas de organização da sociedade civil que sejam capazes de realizar bens jurídicos de natureza diferenciada sem a participação estatal, mediante a cooperação e o compartilhamento entre a sociedade civil e usuários e agentes econômicos, que podem dividir benefícios e também responsabilidades, assim melhor implementando direitos difusos e coletivos.

### **06.3.2. A satisfação de necessidades coletivas e as inovações disruptivas: limitações ao oficialismo estatal.**

A ordem econômica brasileira define o setor público, com as pessoas jurídicas responsáveis por determinadas atividades que apenas poderão vir a suprir necessidades coletivas ou transindividuais quando expressamente autorizadas por lei, ou seja, a atuação na economia do setor público é *numerus clausus*.

A atividade econômica não submetida à anterior regulação unívoca, vindo a se utilizar de regimes jurídicos informais ligados à diferentes realidades comunitárias, com liberdade de iniciativa e de concorrência, mas de forma a respeitar as especificidades, é capaz de escapar das barreiras de entrada a que entidades estatais podem vir a tentar criar, acabando por mediante a cooperação e o compartilhamento de responsabilidades e benefícios ter mais sucesso na supressão e no atendimento de necessidades coletivas e de realizar direitos fundamentais. Essa incursão diferenciada na vida das pessoas e de interação

---

similar desempenhadas sob regime de serviços públicos e de atividade econômica privada.(...)” (FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 634-635).

econômica entre coletividades, melhor atende a direitos transindividuais e até mesmo pode vir a melhor corrigir falhas de mercado com mais eficiência do que a regulação pública unívoca na economia.

Independentemente de se imiscuir nas estritas esferas do que se sustenta ser o “comum”, é fato que as inovações disruptivas tendem a interceder em âmbito paralelo ao estatal para a mesma finalidade de satisfação de necessidades coletivas e de realização de direitos fundamentais do cidadão. As inovações disruptivas se assemelham ao “comum”, não com ele se confundem, mas na medida em que fogem das limitações da regulação pública unívoca da economia e ao mesmo tempo, estruturam-se a ponto de não se tornarem mercadorias, pelo menos não de forma direta, é fato que como práticas ou organizações comunitárias, facilitadas pelas novas tecnologias, tendem a melhor corrigir falhas de mercado e satisfazer mais adequadamente necessidades coletivas sem depender do oficialismo estatal.

O hemisfério privado da prestação de bens e serviços, e fatores de produção, isto sim, por intermédio da liberdade de iniciativa, da liberdade de concorrência e da ampla liberdade de empresa, no ambiente privado de fornecimento de bens e serviços, dado que a Constituição da República assegura a liberdade das pessoas e excepciona por outro lado a autorização estatal só para os casos expressamente previstos em lei, é representativo assim da nova lógica a que o raciocínio jurídico precisa parametrizar a fim de alcançar com maior carga de efetividade a satisfação de direitos fundamentais.

Os caminhos que parecem mais adequados a tal intento são mediante a promoção das liberdades individuais e coletivas, e do respeito a práticas comunitárias locais e do modo de fazer coletivo, não raro alcançam maior carga de eficiência e inclusive muitas vezes suficiente a atingir realidades comunitárias antes não albergadas pelo racionalismo unívoco da economia hegemônica.

A exemplo do transporte de som pelas redes de telecomunicações, o protocolo TCP-IP acaba por transportar em canal diferente das antigas redes de telecomunicações o som e a imagem, incrementando não só a interação econômica e incentivando aproximações benéficas, não só em realidades comunitárias mas em vários setores e mercados, com muito maior eficiência, do que quando dependente da regulação estatal, o que essa nova forma de fazer

acaba por forçar paulatinamente a queda de barreiras de entrada impostas pela regulação pública a que o ente estatal anteriormente implementava.

As barreiras de entrada formuladas pela regulação unívoca e a própria sedimentação dos usos e negócios que a própria burocracia estatal exige, forma a tendência de inviabilizar aos permissionários, concessionários ou autorizatários que a eles seja dado os mesmos incentivos para a descoberta de inéditas modalidades disruptivas de inovar em suas atividades, o que, a longo prazo, torna certo que agentes econômicos que estejam fora dessas amarradas estatais, viabilizem intercâmbios negociais informais e mediante iniciativas não raro comunitárias, que acabam por desenvolver com mais facilidade inovações de caráter disruptivos, a suplantam modelos econômicos anteriormente estabelecidos.

As inovações tecnológicas disruptivas, desse modo, não são a mera melhora do que já existe, não se embasam em estruturas racionalistas e modulares passadas, nem tampouco se configuram como meramente algo inédito, mas sim retratam a utilização da tecnologia de modo a promover diferentes modelos de negócios em diferentes realidades comunitárias, capazes de alcançar formas não imaginadas pelos criadores originais de utilização e aproveitamento das relações econômicas e comunitárias e da interação social que isso proporciona. Causam mudanças abruptas em modelos econômicos e em sistemas já existentes.

Situações disruptivas assim tendem a conviver com o setor público da economia, promovendo fraturas ou quebras da racionalidade anteriormente desenvolvida, implementando uma convivência como regra motriz para elencar o atendimento mais consistente de necessidades coletivas que anteriormente sequer eram categorizadas. Dentro de uma perspectiva comercial ou tecnológica criam produtos e serviços mais baratos e mais eficientes, multilando e alterando aos poucos os modelos de negócios anteriormente vigentes, e que sedimentados pela regulação unívoca estatal, não se alteravam desde muito.

E por pautarem-se por assimetrias regulatórias, com diversidade de regulação para permitir a convivência de serviços e atividades com características distintas, envolvem eventos que rompem com paradigmas e fazem desmoronar os alicerces de institutos jurídicos seculares, melhor implementando assim pela concorrência ou pela cooperação a satisfação de necessidades coletivas e a

realização de direitos fundamentais. As inovações disruptivas assim, viabilizam a entrada de novos atores no mercado, personagens que apresentam respostas simples para os problemas existentes, e muito comumente surgem de realidades comunitárias em especificidades não universais.<sup>558</sup>

É possível dizer portanto, que inéditas modalidades de organização comunitária e interação econômica, proporcionadas pela tecnologia, criam organizações capazes de romper com anteriores modelos econômicos prolongados no tempo, e podem por isto mesmo conviver com os anteriores modelos originais, mas ao romper com a lógica anteriormente estabelecida, trazem verdadeiramente situações econômicas paralelas a explorar concomitantemente outras realidades comunitárias, com as mesmas tecnologias porém alcançam por vezes maneiras eminentemente diversas de satisfazer necessidades coletivas, o que as faz deter ou possuir características essenciais para se aliar ao estudo das utilidades comuns.

Não ocorre a simples substituição de modalidades e formas de prestar serviços ou fornecer bens e utilidades que aprimoram preços e a qualidade das necessidades atendidas, mas por intermédio do cruzamento de regimes jurídicos afetos especificamente à essas utilidades destacadas de seus suportes, é possível identificar diversidade de utilidades ligadas à regimes jurídicos capazes de por intermédio da exploração da concorrência com setores públicos, e de forma a escapar de uma regulação estatal já existente, promover efetivamente o atendimento de necessidades coletivas e transindividuais com maior grau de eficiência do que quando o ente público detinha a exclusividade da exploração econômica de determinado setor.<sup>559</sup>

---

<sup>558</sup> SHUENQUENER, Valter. Efeitos da Inovação no Direito Administrativo brasileiro. Queremos saber o que vão fazer com as novas invenções. Disponível <https://www.alcanceconcursos.com.br/blog-noticias/efeitos-da-inovacao-no-direito-administrativo-brasileiro-queremos-saber-o-que-vaio-fazer-com-as-novas-invencoes>. Acesso em 21.06.2022.

<sup>559</sup> Veja-se que atualmente quem passa a validar e legitimar os atos realizados no cenário das novas tecnologias, por exemplo, são os próprios usuários e utentes do serviço ou utilidade fornecida. Conforme assevera Valter Shuenquener, “Vivemos em uma época de reiterada **transferência do poder de decidir sobre as liberdades individuais** do Estado para os indivíduos. Quem passa a validar e **avaliar a qualidade dos serviços é o próprio usuário**, e não servidores públicos em suas repartições. Booking e Uber são singelos exemplos de atividades que funcionam alimentadas pelo consentimento e avaliação dos usuários. Essas opiniões, aliás, são muito mais relevantes para o sucesso do negócio do que os certificados e licenças emitidos pelo Estado burocrático. ISO 9000 quem dá agora é quem paga pelo serviço consumido. (...) a evolução tecnológica tornou sem sentido a necessidade de consentimento estatal para a prática de atividades que, no passado recente, só poderiam ser prestadas com o aval estatal. Aqui estou me referindo à divulgação de informações por rádio ou TV. Como falar de concessão e permissão de serviço de radiodifusão diante do youtube? A profissão do momento é ser youtuber. Como defender a competência constitucional da União para estabelecer o caráter indicativo das diversões públicas e de programas de rádio e de televisão, quando se vive em um sistema de

A ordem econômica atualmente não é mais bipolar, o setor privado não é estático. Mesmo existindo barreiras de entrada, os agentes econômicos concorrem com um estado que explora atividade econômica, que muitas vezes pode ser acionista minoritário de pessoa jurídica que atue no mercado, o ingresso de pessoa privada é submetido à observância de normas de regime específico com regulação ampla e que imponha limitações à liberdade, que observem um regime jurídico administrativo, mas ainda assim em um âmbito de liberdade capaz de fomentar e incentivar práticas inovadoras e alcançar contextos anteriormente não vislumbrados, é preciso que haja uma ampla gama de agentes econômicos preparados para em regimes de concorrência ou cooperação melhor implementar utilidades coletivas suficientes a aumentar o bem estar geral.

Os agentes econômicos mesmo quando autorizados por contratos ou atos administrativos negociais (autorização, concessão ou permissão) ou mesmo licenciados, assumem expressamente a obrigação de prestar serviços ou fornecer bens e utilidades públicas. A previsibilidade é elemento relevante para esse tipo de contratação, e a estabilidade entre os elementos da base objetiva do negócio é a ideia central em negócios administrativos de longo prazo. Assim existe pouco espaço e pouco incentivo para que o concessionário, permissionário ou autorizatário desenvolva uma tecnologia que tenha o condão de se tornar disruptiva e alterar comportamentos econômicos relevantes.

Muito difícil portanto verificar o surgimento de tecnologias disruptivas dentro do setor público da economia, dado a estrita regulação a impedir que inovações venham a deturpar a previsibilidade das contratações a longo prazo realizadas. Mais fácil pensar no surgimento de inovações que remodelem setores e práticas econômicas no ambiente privado, ou mesmo em realidades comunitárias distantes do mercado, em que a organização própria de localidades e os usos muitas vezes geridos por coletividades não individualizadas, seja capaz de realizar definições que se afastem da comodização de abstrações e descaracterizem vulnerabilidades gerando maior equilíbrio ambiental e social.

---

aquisição de programas on demand? Um modelo que não comporta escolhas heterônomas e dificulta o cerceamento de conteúdo. O que antes o Estado conseguia controlar, ainda que de forma indicativa, hoje não é mais aceitável com as tecnologias existentes. (Cf. SHUENQUENER, Valter. Efeitos da Inovação no Direito Administrativo brasileiro. Queremos saber o que vão fazer com as novas invenções. Disponível <https://www.alcanceconcursos.com.br/blog-noticias/efeitos-da-inovacao-no-direito-administrativo-brasileiro-queremos-saber-o-que-vaio-fazer-com-as-novas-invencoes>. Acesso em 21.06.2022).

Ao perceber que a satisfação de necessidades coletivas e transindividuais ocorre cada vez mais longe das estruturas estatais e da regulação pública da economia é que parece surgir dentro do cenário massificado utilidades comuns qualificadas, dotadas de regimes jurídicos próprios, e capazes muitas vezes de relativizar e tornar relacional o raciocínio proprietário fulcrado na exclusividade, notadamente os pressupostos internos do domínio, necessita-se aumentar o espectro de compreensão da propriedade para abarcar toda a complexidade que o conceito em realidade alcança.

A propriedade atualmente pode ser vista como um conjunto de direitos pulverizados em microtitularidades recompostas em posições agregadas.<sup>560</sup> O poder material sobre as coisas e de exclusão universal são apenas facetas do direito de propriedade, que ainda pode agregar microestruturas de direitos menores, como os de limitação do acesso e da gestão por terceiros, do uso, da fruição, gestão compartilhada, alienação, etc. Assim segundo Fernando Araújo:

“... o conceito de propriedade passa a designar praticamente qualquer expediente (público, privado, costumeiro, formal, informal, contratual, regulatório) através do qual se tenta esbater a tensão e divergência entre custos e benefícios individuais e sociais – uma funcionalização extrema, insista-se, que diverge totalmente da tradicional concepção ‘absolutizadora’ da apropriação. (...).<sup>561</sup>

Nem sempre esses direitos menores advêm convergentemente, uma vez que a apropriação pode não ser dotada de exclusividade no acesso ou na gestão, mas por outro lado os frutos do uso compartilhado podem sofrer destinação a uma única personalidade individual. Há casos em que o bem somente alcança sua eficiência

---

<sup>560</sup> “(...) a propriedade não passa de um acervo de direitos (bundle of rights) (...) a propriedade vê enfatizada a sua funcionalidade, o seu caráter de estado de apropriação puramente contingente a um quadro social que a admite (...) a doutrina sujeita essa propriedade a todas as consequências de uma abordagem analítica radical, não recuando da sua pulverização em micro-titularidades, a serem, ou não recompostas em posições agregadas – de que a propriedade será apenas um dos resultados, ou melhor, um conjunto de resultados, dada a amplitude de formas de apropriação que se admitirá sejam subsumidas ao conceito geral de propriedade. (...) um conceito de propriedade não passa de um expediente (na forma peculiar de uma lista de direitos de acesso e de exploração de recursos específicos), de natureza variável, que é vocacionado principalmente para esbater divergências entre benefícios e custos privados e sociais (...) a prevalente noção de ‘acervo de direito’ permite explicitar, e levar aos seus extremos, a funcionalização do direito de propriedade, identificando-a com qualquer subconjunto dentro do conjunto de poderes e prerrogativas que é possível separar e combinar e atribuir ou reconhecer como uma titularidade individualizada, daí decorrendo que a alusão a ‘propriedade’ nada indica quanto ao acervo de poderes concretamente disponíveis para cada titular, nada pressupõe quanto a um determinado ‘figurino de apropriação’ (...)” (ARAÚJO, Fernando. A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Ed. Almeida, 2008, p.12-13).

<sup>561</sup> ARAÚJO, Fernando. A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Ed. Almeida, 2008, p.13).

econômica quando fragmentado ao uso coletivo, e a decisão a respeito da gestão pode competir a algum órgão ou conselho especializado que represente a coletividade de referência.

Os direitos de uso são independentes dos direitos de acesso, que por sua vez distanciam-se dos poderes de gestão, ou ainda de alienação e de fruição. É possível usar algo sem acessá-lo materialmente, como uma empresa administradora de redes sociais, que não possui a disponibilidade total sobre o ambiente virtual (não pode por exemplo, retirar os aplicativos de uso compartilhado sem causar danos e impactos sociais significativos), não obstante obtenha os benefícios do compartilhamento com significativa eficiência econômica.

O acesso se revela ao entrante que retirar benefícios não predatórios da *res*; já a fruição significa as utilidades substrativas ou frutos; os recursos produtivos extraídos da utilidade a que é destinado o suporte material da *res*, podem ou não ser compartilhados e geridos coletivamente. Os poderes de gestão, que se referem ao padrão de uso interno, a possibilidade de exclusão, de limitação do acesso e de exploração, ao tomar as decisões referentes à transferibilidade subjetiva da *res*, e ainda o poder de alienação como o poder de transferir, temporária ou definitivamente, os poderes de fruição e de exclusão do bem, delineiam toda a complexidade que o conceito alcança e que não se resume aos pressupostos internos e externos do domínio.<sup>562</sup>

Os bens jurídicos assim desdobram-se em variadas matizes e interrelações, assim podendo materializar-se como públicos de titularidade individualizada, ainda que sua destinação e afetação seja coletiva, podem também ser privados cuja exclusividade sempre será determinada e individualizada, e ainda podem situar-se em realidades comunitárias, oriundas de práticas e usos e costumes locais e peculiares, cuja regulação de sua atividade não se dá nem pelo ente estatal nem por privados, mas pela comunidade, mediante organizações locais e afastadas do oficialismo estatal. Há assim uma repartição e relativização da dicotomia do público-privado, e a aceitação das realidades comunitárias como uma perspectiva interrelacional homem-natureza faz aceitar que a estrutura estado-mercado igualmente é relativizada.

---

<sup>562</sup> Nesse sentido: ARAÚJO, Fernando. A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Ed. Almeida, 2008, p.39

### **06.3.3. Uma nova amplitude ao conceito de bem jurídico: diversos estatutos proprietários a se desprender dos dogmas modernos.**

A instrumentalização das titularidades deve ser vista de modo fragmentado, pois essa estrutura se aplica apenas a um dos aspectos do raciocínio do pertencimento, não se confunde, portanto, com os aspectos de intangibilidade que possam sobressair das utilidades derivadas do suporte material dos bens. É possível dizer assim que a propriedade, tanto do bem público quanto do bem privado, ostenta diversos estatutos, porquanto o seu estatuto ligado ao direito privado é concernente a um domínio exclusivista que apenas se aplica a um determinado aspecto da vida material, mas não se aplica de outra feita às intangibilidades que possam advir das utilidades dele extraídas e que contém aspectos ligados às estruturas do “comum”.

Não é possível limitar as condições de exclusividade do uso e do acesso, mas deve ser compreendido as nuances de poderes e direitos sobre as coisas que podem ser catalogados como feixes de direitos. Coisas nessa acepção como bens materiais ou imateriais, externas ao sujeito, ou também bens e direitos inatos à personalidade humana (honra, vida, liberdade, etc), inalienáveis e, portanto, fora da realidade econômica, adstritas isto sim a uma realidade transindividual, e não vinculadas necessariamente aos desígnios da titularidade.<sup>563</sup>

Os bens jurídicos, assim, não podem mais ser explicados unicamente com base no raciocínio das titularidades. Encontra-se bastante ultrapassada a definição que se faz deles na legislação civilista, na medida em que se ignora um grande estratagema de efeitos e consequências a respeito das destinações a que são direcionados e da atividade econômica a que são inseridos, compassos da realidade comunitária de que fazem parte. Entender que a satisfação de direitos fundamentais se faz atualmente por utilidades extraídas das destinações a que são os suportes materiais dos bens públicos ou privados direcionados, é condição necessária para se abordar as novas perspectivas multitudinárias relacionadas aos diversos estatutos proprietários a que a nova teoria do comum nos proporciona como

---

<sup>563</sup> “(...) Do patrimônio fazem parte não apenas os bens valoráveis economicamente pelo seu potencial de alienação (valor de troca). É dizer, mesmo os bens que não possam ser objeto de apropriação pelo indivíduo e, por consequência, de transferência de domínio (impassível de serem comutados), podem ser apreciados em termos econômicos pelo valor atribuído à sua utilidade (valor de uso)” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens Públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas, ed. Fórum, Belo Horizonte, 2009, p. 53).

evolução para as perspectivas de funcionalização dos bens jurídicos na ciência jurídica contemporânea.

A qualificação dos regimes jurídicos oriundos das utilidades extraídas dos bens não mais se identifica pela titularidade de seu suporte, mas pelas múltiplas destinações a que são direcionados, por vezes de extrema relevância ao interesse coletivo, mas não submetidos a um regime unívoco oriundo de uma titularidade estanque. Por vezes o bem privado, pertencente a um agente econômico, agrega regime jurídico diferenciado em razão do interesse coletivo que o subjaz, e ainda que não possa ser categorizado como bem público em sua estrita definição, ainda assim é possível se sustentar um regime diferenciado de mais intensa regulação que o qualifica como de utilidade pública (ou a depender da regulação a que é submetido, como utilidade comum).

Essa intensa incursão regulatória não o torna um bem público, e não necessariamente advém do ente estatal, podendo advir de realidades comunitárias mediante protocolos sociais colaborativos e incentivos consuetudinários que o façam agregar limitações aos poderes proprietários. O regime jurídico a que se submetem em estrita proporção com a medida do interesse transindividual que os qualifica, na esfera de sua destinação, agrega à sua qualificação pressupostos de interesse coletivo e, notadamente no que diz respeito ao acesso,<sup>564</sup> fugindo da estanque definição ligada à dicotomia público-privada, é capaz de invocar novas modalidades de acessibilidade completamente desprendida da vontade de seu titular individual. O regime jurídico atribuído à utilidade a que é destinado não é mais ligado a exclusividade de seu suporte como critério da titularidade, mas às utilidades comuns

---

<sup>564</sup> “(...) há, entre os *outsiders*, aqueles que sobre o recurso têm meras prerrogativas de acesso autorizado ou de uso autorizado, mesmo quando neste uso se incluem alguns poderes de ‘extração’ sobre o rendimento gerado pelo recurso: podemos imaginar os utentes de um ‘parque de merendas’, num caso proibidos de mexer nas árvores, noutro caso autorizados a recolher meio quilo de frutos por pessoa. Sublinhemos ainda um dado importante, se as prerrogativas de acesso dos ‘outsiders’ estão limitadas a utilizações ‘não-subtractivas’, então o principal efeito de rivalidade no uso fica afastado, e esses ‘outsiders’ poderão lidar com o recurso quase como se fosse um bem público puro. Numa zona de fronteira colocaremos porventura alguns *claimants* que, ao acesso autorizado e ao uso autorizado, somam ainda algumas prerrogativas de gestão – nomeadamente por lhe serem reconhecidos poderes na escolha de modelos de acesso, exploração e extração de recursos: por exemplo, os membros de um ‘Conselho Superior’ que ocasionalmente reúne para emitir um parecer sobre orientações gerais de utilização de um recurso comum. Mais claramente do lado dos *insiders* temos aqueles a quem está cometida a gestão e exploração do recurso comum, e dos quais se poderá dizer, genericamente, que gozam não apenas de todas as prerrogativas de acesso e uso, sem restrições, mas podem ainda definir para os demais as condições de exclusão – embora também aqui se possa estabelecer uma distinção entre os gestores de plenos poderes e os titulares que dispõem, em exclusivo, do poder supremo de alienação (...)” (ARAÚJO, Fernando. A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Ed. Almeidina, 2008, p.40).

a que ligadas sua destinação, não raro, agregadas a um viés comunitário, suficiente a ostentar condições distanciadas da regulação pública da economia.

Decerto que a noção de bens e serviços públicos pela doutrina clássica é ainda muito atrelada à ideia de titularidade do interesse perseguido, e do regime jurídico de direito público, atribuído não às utilidades extraídas, mas a seu suporte, concedido inclusive pela lei. Cabe lembrar que a noção de interesse é sempre atrelada ao binômio utilidade-necessidade, utilidade de um objeto, no caso de um bem ou serviço, e necessidade de seus destinatários, no caso, os usuários dos bens ou serviços a serem prestados. Por isso que a ideia do objeto mediato, como a utilidade em si mesmo considerada (o bem ou o serviço), e o objeto imediato, que é a prestação ou o vínculo jurídico alocado à coletividade,<sup>565</sup> como elementos externos ao sujeito, não podem ser vistos com a mesma relação de domínio do direito privado. É também característica do bem e serviço público a satisfação concreta de necessidades individuais, homogêneas ou não, assim como a de interesses transindividuais (coletivos ou difusos), em que a fruição pode se dar individualmente ou não, porém sempre há de ser relevante a satisfação de direitos fundamentais com as múltiplas utilidades extraídas da *res publicae*.<sup>566</sup>

Há, portanto, de se analisar os destinatários dos bens ou serviços públicos, porquanto “não é serviço público a atividade em que os benefícios não sejam oferecidos a um número indeterminado de potenciais beneficiários”.<sup>567</sup> É importante a compreensão de que somente se qualificará como bem ou serviço público aquele que é direcionado ao atendimento daquelas necessidades que não almejam ser atendidas pela atuação econômica no âmbito da concorrência, assim, quando se evidenciar que a atuação econômica privada é plenamente apta a produzir a sua satisfação de modo adequado, se faz desnecessário e, portanto, injustificado a existência do serviço público ou a fruição pela coletividade do bem público. Essa consideração teórica, diz Marçal Justen Filho:

---

<sup>565</sup> Alerta Francisco Amaral, dentro da racionalidade privatística comum, que o objeto imediato da relação jurídica é o comportamento do sujeito passivo, consistente em uma ação ou uma omissão; e o objeto mediato, as coisas sobre as quais incide tal comportamento”. (AMARAL, Francisco. Direito Civil. Introdução. Rio de Janeiro. Renovar. 7ª edição, 2008, p. 346).

<sup>566</sup> “Existem serviços públicos fruíveis individualmente e outros cuja fruição se faz coletivamente. Varrer as ruas é um serviço que não é fruível individualmente. Já o fornecimento doméstico de energia é um serviço público que atende interesses difusos, coletivos e individuais”, pois passível de fruição individualizada. (FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 633).

<sup>567</sup> FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 635.

“(...) importa admitir a possibilidade do desaparecimento do serviço público. Tal se passará se o sistema econômico privado dispuser de condições para assegurar a satisfação dos direitos fundamentais de todos os integrantes da sociedade. Justamente por isso o elenco de serviços públicos em uma sociedade economicamente desenvolvida tende a ser muito mais reduzido do que se passa em países com sistema econômico deficiente. Essa ressalva conduz à possibilidade de coexistência de atividades com objeto similar desempenhadas sob regime de serviço público e de atividade econômica privada. Nesse sentido, a Constituição assegura a exploração econômica – como atividade privada – dos serviços de saúde, previdência, assistência e educação, ainda que imponha a existência de serviços públicos com idêntico objeto.”<sup>568</sup>

Há igualmente na doutrina contemporânea bastante confusão quanto a um conceito universal de serviço público. Para Marçal Justen Filho<sup>569</sup> a noção de serviço público inclusive é bastante fragmentada, pois “a multiplicidade das funções do Estado,<sup>570</sup> a especialização dos setores de atuação pública e a profundidade das exigências tecnológicas produz a fragmentação do conceito de serviço público. Talvez seja mais correto aludir a ‘serviços públicos’ no plural”. Portanto, há uma multiplicidade de situações que deslegitimam qualquer conceito estanque que anteriormente a doutrina clássica tenha moldado com pretensão de universalidade.

Da mesma forma é o conceito de bem jurídico, há uma porção de conceitos diversificados que cada qual agrega a um regime jurídico específico e por vezes diferenciado e peculiar, notadamente quando suas destinações envolvem atividades econômicas com regimes diversificados, a oferecer utilidades que podem deter significativa relevância transindividual, podendo daí agregar a noção de utilidades comuns.

Desse modo, não é mais possível atrelar com grande grau de acertabilidade a noção de bem e serviço público à titularidade do poder individual que o subjaz, haja vista que há atualmente entes privados prestando serviços de natureza pública (ou social) e possuidores de bens individuais e privados mas que são pertencentes à

---

<sup>568</sup> FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 634-635.

<sup>569</sup> FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 630 e ss.

<sup>570</sup> A ideia de função, segundo Marçal Justen Filho, é sempre atrelada a um poder jurídico de natureza instrumental, que é visto como um meio para a realização de um fim transcendente ao interesse pessoal do sujeito. O titular da função tem o dever jurídico de exercer os seus poderes para realizar esse fim transcendente. Por isso, costuma-se aludir a ‘poder-dever’ para indicar a situação do titular da função. O conceito de função compreende três aspectos diversos: a) titularidade alheia do interesse a ser realizado; b) dever de o sujeito perseguir a realização desse interesse; e c) atribuição de poder jurídico para a realização desse interesse.” (FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 27).

coletividade, e assim atendem a um regime jurídico de direito público e de interesse coletivo, limitando por certo os pressupostos do direito de propriedade.

Não existe serviço público sob o regime de direito privado, mas unicamente serviço privado submetido a uma mais intensa regulação jurídica.<sup>571</sup> Igualmente não existe bem público submetido à regime privado, mas apenas bem privado submetido a uma maior regulação e limitação administrativa. Os bens privados submetidos a relevante interesse coletivo, desfragmentam-se nas múltiplas destinações a que são referenciados, no fim de atender aos pressupostos de satisfação de necessidades coletivas mediante atividades correlacionados à ampla concorrência, relevando-se sua gestão, acesso e uso para uma coletividade não identificável, quando da tomada de decisões não individualizadas.

Por essas razões é que há a necessidade de uma assimetria regulatória entre as múltiplas disciplinas relativas às relações econômicas referente aos bens e utilidades coletivas, haja vista que se encontram inseridas no âmbito da atividade econômica propriamente dita, uma vez que o estado vive as relações econômicas ainda que sob regime de privilégios (quando inserido no contexto dos serviços públicos), porém muito raramente não está envolvido também na atividade econômica, sendo muito difícil na contemporaneidade manter a separação estanque entre a atividade econômica em sentido estrito e os bens e serviços públicos.<sup>572</sup>

Desse modo, não obstante o STF já ter assentado que no tocante ao serviço público há o regime de privilégio que se traduz em exclusividade,<sup>573</sup> é fato que ainda assim em muitas situações existe o concurso entre o agente público e o agente privado, daí não se podendo estabelecer a limitação de novos entrantes dado o regime submetido à livre concorrência. Há assim nesses casos a inviabilidade de a legislação estabelecer a impossibilidade de proibição de entrada de novos agentes

---

<sup>571</sup> Assim assenta Marçal Justen Filho, “a aplicação do regime de direito privado desnatura o serviço público. A expressão ‘serviço público sob regime de direito privado’ indica serviços privados subordinados a uma regulação jurídica intensa. Existe um conjunto de atividades (que pode ser referido como serviços econômicos de interesse econômico geral) que não se configura como serviço público, mas que se subordina a uma regulação estatal muito intensa.” (FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 635).

<sup>572</sup> Eros Roberto Grau sempre atentou na lição de que o estado se encontra inserido no âmbito da atividade econômica em sentido amplo, esta se subdividindo em atividade econômica em sentido estrito e serviços públicos. (ver nesse sentido: GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo: Malheiros, 2008).

<sup>573</sup> O STF, na ADPF 46, entendeu que no tocante ao serviço postal (o que inclui o serviço de entrega de boletos de arrecadação tributária), além da natureza pública a ele atribuída, a sua prestação em situação de privilégio pela União, não podendo as entidades federativas fazerem a entrega de forma independente, pois o correio como entidade da Administração Indireta, é uma empresa estatal dotada de um privilégio, que se configura pela exclusividade, em realizar os serviços postais.

econômicos, e a inviabilidade de estabelecer qualquer controle de preços tampouco de fazer exigências que inviabilizem materialmente as atividades econômicas dentro de regimes ligados à ampla concorrência e liberdade de iniciativa. Há aqui a necessidade de se estabelecer assimetrias regulatórias consistentes a ponto de preservar o interesse coletivo e os direitos de ordem transindividual.

É o caso dos portos brasileiros, com a regulamentação prevista na lei 12.815/2013, que afastou aquela ideia ultrapassada de que a exclusividade na prestação do serviço vista como única forma de preservar a continuidade e a universalidade da prestação, bem como aquela ideia de que retirar a concorrência em algumas situações viria a preservar o interesse público. No caso dos portos muito pelo contrário o estado necessitou instalar a concorrência e ela foi instaurada, nas palavras de Egon Bockmann Moreira, a *golpes de regulação*, e tratava-se de uma necessidade para melhor realizar o interesse transindividual. Se fez, portanto, crucial a implementação da concorrência no setor portuário para que melhor seja resguardada a eficiência e refletida aos usuários na realização do bem estar coletivo.<sup>574</sup>

Foi o caso igualmente do Uber, em que a legislação federal impôs diferentes regimes de regulação para uma mesma atividade, com maior intensidade regulatória para o serviço de utilidade pública do táxi, e menor intensidade regulatória para o serviço particular de transporte individual. A regulação do transporte individual privado deve ser de menor intensidade, sob pena de violar a dimensão normativa da

---

<sup>574</sup> “Como em todos os demais setores da infraestrutura brasileira, por muito tempo a regulação dos portos brasileiros atendeu a uma racionalidade – econômica e jurídica – própria do século XIX. Durante séculos, eles foram regulados em vista dos seus próprios interesses: era a atividade portuária, em regime de exclusividade, o centro das atenções de toda a regulação setorial. Isso tornou o setor historicamente hostil à livre concorrência. Houve inclusive quem dissesse que os portos são ambiente de inquebrantável monopólio natural: os investimentos são tão altos e o retorno a tão longo prazo, que se torna proibida a instalação de concorrência. Ou que a concorrência prejudicaria os portos públicos e suas instalações de interesse público. Mas fato é que essa realidade vem sofrendo sérias modificações. De tempos para cá, passou-se a regular o setor portuário sob nova racionalidade – própria deste século XXI: não mais em atenção aos portos, mas sim em cuidado e dedicação aos usuários dos serviços portuários e, também, aos novos investidores. Ou, melhor dizendo, em atenção ao sistema de economia industrial de logística. **A regulação não mais com vistas a preservar os portos então existentes (tal como sempre existiram), mas sim com o escopo de instalação de concorrência no setor – e, quem sabe, ao compartilhamento de ganhos de eficiência.** Pois para que isso ocorra é necessário a conjugação de esforços – desde o legislador até a agência reguladora setorial. Isso demanda que a concorrência nos portos brasileiros seja criada a golpes de regulação. Tais novas medidas – por mais radicais que sejam – são indispensáveis ao desenvolvimento de mercados da envergadura do portuário: onde, paradoxalmente, a concorrência precisa ser instalada pelo Estado. Caso exista a competição, os operadores históricos ver-se-ão constrangidos a aprimorar a sua atividade e, mais do que isso, a compartilhar os seus ganhos de eficiência com os usuários.” (MOREIRA, Egon Bockmann. A Nova Lei dos Portos e os Regimes de Exploração dos Portos Brasileiros, in: Leonardo Coelho Ribeiro; Bruno Feigelson; Rafael Vêras de Freitas (Organização). A Nova Regulação da Infraestrutura e da Mineração: Portos: Aeroportos: Ferrovias: Rodovias, Belo Horizonte, Fórum, 2015, p. 135-136).

liberdade de iniciativa e a livre concorrência, o valor social do trabalho (art. 1º, IV), a busca do pleno emprego (170, VIII), a liberdade profissional (art. 5º, XIII), a proteção ao consumidor (170, V), e a defesa do meio ambiente (170, VI). Em um regime constitucional fundado na livre iniciativa, o legislador ordinário não tem ampla discricionariedade para suprimir espaços relevantes da iniciativa privada.

O setor de rede elétrica também se arquiteta com a utilização de infraestrutura pública das linhas de transmissão (paga-se tarifa), e com a realização de leilões públicos para a aquisição da energia produzida e distribuída por entes privados. Os agentes privados fazem a produção em concorrência com usinas públicas, e a distribuição da energia elétrica ao consumidor final, cabendo ao Estado a organização de leilões públicos para garantia e regulação dos contratos. Trata-se de setor bastante específico em que se aliam infraestrutura pública com agentes privados apenas nas pontas do percurso econômico, sendo impositivo o fomento e o incentivo estatal para que os investimentos privados sejam continuamente persistentes, o que se estabelece com a obrigatoriedade de compra por meio dos leilões públicos e contratos, sendo a falta de incentivos inviável para que os agentes privados se mantenham no mercado. Trata-se de ‘serviço econômico de interesse geral’ suscetível de tarifação a utilização de infraestrutura pública compartilhada, porém com atividade econômica suscetível de permanente incentivo para a produção e a distribuição da energia elétrica.

Já o setor dos aeroportos se trata de complexa estruturação fundante, uma vez que originalmente o setor esteve entregue à Infraero – empresa estatal, que para atrair os investimentos privados passou a criar sociedade de propósito específico com entes privados, na finalidade de atrair e viabilizar investimentos em infraestrutura, o que se fez mediante subsídios cruzados mediante concessões que englobam uma gama de aeroportos previamente selecionados. A fiscalização que deveria ser cabível unicamente à ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil, a quem caberia analisar os contratos e obras realizados pela Sociedade de Propósitos Específicos, passou a ser necessária para se aferir se estão ou não sendo utilizados indevidamente recursos públicos, competência também que o órgão controlador do TCU tendeu a exercer, impondo obrigações e deveres às partes contratantes, notadamente à própria Infraero, de cumular competência de fiscalizações, mesmo atuando esta como parte societária e cotista da própria sociedade.

Nem sempre o estado explorar atividade econômica fará com que a existência de prejuízos não seja algo normal à empreitada empresarial, daí a dificuldade em se raciocinar o ente estatal assumir risco econômico e eventualmente suportando prejuízos como normais à exploração de determinado mercado. É dizer, nem sempre o Estado lucrará explorando a atividade econômica, de modo que eventuais prejuízos podem fazer parte da empreitada empresarial, e não poderão sempre serem mitigados pelos órgãos controladores.

As concessões de rodovias no Brasil estruturam-se por grandes investimentos, baseados na criação de um consórcio e de uma sociedade de propósitos específicos a qual fica desvinculada da prestação de serviços, mas gerencia toda a atividade de manutenção das rodovias, atendimento de acidentes, limpeza, etc. São contratos de longo prazo e acabam necessariamente tendo alterações do substrato fático que demandam reequilíbrio da equação econômico-financeira. O cálculo da remuneração contratual pode ser pela taxa interna de retorno ou outro critério similar, mas deverá ser espelhado durante toda a duração do contrato.

A concorrência ampla no setor de transporte individual de passageiros, do mesmo modo, vem conseguindo corrigir as ineficiências de um setor historicamente submetido a um 'monopólio de fato' pelos taxistas. As plataformas digitais estão logrando corrigir efeitos da competição imperfeita, privilegiando a livre iniciativa e a livre concorrência. A regulação municipal (controle, fiscalização ou incentivo), contudo, não deve alcançar o nível de intensidade suficiente a ponto de poder inviabilizar a concorrência; causar impactos sobre a mobilidade urbana e o meio ambiente, ou ainda, prejudicar o consumidor. São questões afetas aos direitos fundamentais de terceira geração e às necessidades coletivas, transindividuais e individuais homogêneas. Como o UBER é uma forma de intermediação por plataforma virtual, é preciso assegurar a liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet (art. 3º, VIII, da Lei nº 12.965/14), com uma regulação de menor intensidade na proteção do meio ambiente digital (direito transindividual). É expressão da realização do direito à busca do pleno emprego (haja vista que motoristas são empreendedores individuais).

Em todas essas situações, portanto, estarão presentes uma assimetria entre o setor público e privado, de modo que a regulação deverá atender às

peculiaridades de intercessão setorial e principalmente a necessidade de melhor atender o interesse coletivo. As novas tecnologias notadamente tendem a cada vez mais aproximar e relativizar o distanciamento entre os dois regimes, de modo que a assimetria regulatória deverá impedir que as tecnologias aniquilem os antigos serviços públicos com regimes jurídicos únicos, os quais devem subsistir no regime de concorrência, tudo em prol do melhor atendimento das necessidades transindividuais.

Destarte é preciso uma reformulação segundo a análise que se faz da teoria dos bens jurídicos para além das titularidades, levando em consideração pressupostos da destinação, da utilidade a que é destinado o bem, do acesso, da limitação e da exclusão de agentes econômicos, bem como da gestão e disposição do bem ou serviço, indo para além do raciocínio do formalismo jurídico do século XIX e alcançando melhor compreensão com a realidade social massificada do século XXI.

## **07. CONCLUSÃO:**

A conclusão que se alcança com esse estudo é a de que se faz preciso reformular alguns conceitos estanques na ciência do direito do século XXI, para melhor estruturar uma teoria do direito material que seja capaz de recepcionar por intermédio da interpretação evolutiva, pautada em normas de reenvio, outras concepções normativas para as relações de pertencimento que permeiem a atual realidade massificada e melhor se conectem com a complexidade social.

A relativização do domínio exclusivista leva a pensar cada vez mais na figura dos não-proprietários, dos terceiros afetados direta ou indiretamente pela relação proprietária exclusivista, ou ainda nas coletividades que são afetadas pelas externalidades negativas representativas dos comportamentos individuais dos proprietários, advindas de falhas de uma economia livremente desenvolvida. Os incentivos à internalização desses efeitos externos negativos tendem a ser vistos como de responsabilidade estatal, por ser a pessoa jurídica de direito público – na racionalidade moderna - a única responsável pela gestão do coletivo.

Nas últimas décadas, contudo, a falência do estado de bem estar social e a crescente ineficiência do oficialismo burocrático vêm redundando importantes transformações sociais, em um mundo massificado e em pauta de se tornar fluido, conectado, e sem fronteiras, alteram-se as formas antevistas de promover a satisfação de necessidades coletivas e de realizar direitos fundamentais, assumindo organizações comunitárias desvinculadas da regulação pública de comportamentos a condição de igualmente satisfazer os interesses massificados.

Cada vez mais se faz ineficiente agentes econômicos, presos nas amarras de uma alta incursão regulatória estatal, investirem e alcançarem inovações tecnológicas capazes de alterar significativamente as formas e os métodos de interação social e comunitária, suficientemente a concorrer com organizações comunitárias distantes do ente estatal, mas ligados pelas novas tecnologias, em comunidades, melhor a atender necessidades coletivas mediante o incentivo à cooperação de múltiplos e multifacetados agentes econômicos em contextos multitudinários.

A poucas épocas passou-se a perceber que contextos comunitários previamente organizados são capazes de - por intermédio de protocolos informais e de organizações cooperativas, melhor implementar direitos fundamentais.

Paulatinamente se legitimam cada vez mais movimentos sociais, organizações coletivas, que melhor promovem e identificam os contornos dos direitos transindividuais e do “comum”, como distantes da propriedade exclusivista e da estrutura burocrática oficial.

Acabam por intermédio de grande número de agentes econômicos, em regimes multitudinários, seja pela cooperação seja pela competição, melhor administrar recursos compartilhados e por consequência realizar mais eficazmente direitos fundamentais transindividuais.

O raciocínio proprietário nessa perspectiva queda-se deveras relativizado, pois com base em diversos e multifacetados regimes jurídicos decorrentes das múltiplas utilidades a que são relegados os bens no novo século, mediante interesses multitudinários agregados a posições não definidas nas relações de pertencimento, mediante o acesso e o uso temporário e o compartilhamento das utilidades extraídas das *res*, molda-se com cada vez mais eficiência econômica, o fluído aproveitamento e funcionalização das utilidades extraídas da *res* no século XXI.

A propriedade anteriormente fulcrada de modo estanque no raciocínio exclusivista abre-se paulatinamente ao compartilhamento das múltiplas utilidades que se extraem de seu suporte, assim melhor conectando a realidade social massificada e a complexidade das novas situações jurídicas com as múltiplas realidades comunitárias existentes na contemporaneidade.

As inovadoras interações econômicas proporcionadas pela tecnologia, com inéditas formas e modalidades de organizações e interação social, facilitadas pelo desenvolvimento econômico e tecnológico, acabam por exigir do raciocínio proprietário a superação das amarras dos regimes jurídicos unívocos ligados às titularidades. Atraem-se hoje para as discussões jurídicas muito mais concepções agregadas a qualificações jurídicas multiformes, em estrita conexão com as múltiplas utilidades extraídas das *res*, do que a univocidade de regimes exclusivistas ligados às titularidades.

A fruição econômica dos bens passa a se centrar na utilidade e na destinação a que são alocados, seja no exercício da atividade econômica, seja relegado às formas de organizações comunitárias distantes do mercado, mas em todas essas situações, melhor implementam direitos fundamentais ao agregarem regimes

jurídicos onde se aporta um *munus* imposto pela própria coletividade nas pautas da solidariedade e da cooperação. O compartilhamento de responsabilidades e de benefícios e a garantia da universalização do acesso às utilidades essenciais à vida, é a substância das novas relações de pertencimento que vem surgindo na realidade massificada do século XXI.

No início do século XX todas as atividades administrativas eram supridas pela atuação direta do estado, haja vista que a atividade econômica brasileira ainda era muito pouco desenvolvida. A proteção dos direitos transindividuais, como o direito da concorrência no mercado, a proteção dos consumidores e do meio ambiente, a tutela da cultura e das intangibilidades oriundas da criatividade humana, apenas muito posteriormente foram agasalhadas pela ordem internacional e refletidas nas legislações nacionais, como direitos merecedores de tutela, não somente estatal, mas também comunitária, como dever de todos.<sup>575</sup>

No século passado a satisfação de necessidades coletivas ainda era impactada pelas atividades prestadas diretamente pelo Estado, sob regime jurídico de direito público, e aptas a atender necessidades individuais e transindividuais como função primeva do ente estatal. O estado era o único provedor da satisfação do interesse transindividual, e o único dotado do *status* de titular dos bens públicos, responsável pela agregação de regime jurídico único às utilidades por eles fornecidas, na exclusividade de sua gestão e da disposição daquilo que não fosse visto como de pertencimento privado. É a racionalidade presente até hoje nas codificações civilistas, de que tudo que não pertence à pessoa jurídica de direito público interno, será de submissão a algum ente privado e individual (art. 98, CC-2002).<sup>576</sup>

Com o desenvolvimento econômico e a complexificação da ordem social massificada, foi que a necessidade de proteção da concorrência no mercado, do consumidor, do meio ambiente em suas diversas acepções, dos valores artísticos, estéticos e paisagísticos, se tornou latente, de modo que a conotação da titularidade dos bens e dos serviços públicos passou a se relativizar, vivenciando-se situações

---

<sup>575</sup> No contexto internacional o que primeiro abordou esses direitos de natureza diferenciada, que fogem do racionalismo individualista, foi com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 16 de dezembro de 1966, e com a Convenção de Estocolmo de 1972, que delinearão as primeiras objetivações referentes à proteção dos direitos fundamentais de segunda e terceira geração, somente posteriormente advindo no Brasil a lei de proteção ao consumidor e a lei de defesa da concorrência.

<sup>576</sup> Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem. (Código Civil de 2002).

onde a atividade econômica e a livre concorrência (advinda da livre iniciativa) passam a atuar com maior densificação, atendendo a uma mais perene realização de interesses transindividuais de modo compartilhado e em regimes de colaboração.<sup>577</sup> Hoje incumbe não somente ao estado atender esses interesses mas também à sociedade civil e à toda coletividade, como dever imposto pela solidariedade constitucional, um *munus* comunitário atribuído pela sua simples existência em coletividade.

A regulação da atividade econômica nesse contexto deve ser mais intensa quando envolver serviços que pela essencialidade possam ser prestados por particulares, mas atendem uma demanda de necessidades coletivas essenciais e um catálogo de direitos fundamentais. É possível depositar confiança no mercado (e na tecnologia) como veículo exclusivo de maximização do bem-estar coletivo, ou será necessário a intervenção indireta do Estado na economia, ao menos para regular a atividade econômica para que se possa em um conjunto multitudinário de agentes, melhor concretizar direitos fundamentais. O interesse público, pela doutrina conservadora, reserva para si a exclusividade na titularidade dos bens e serviços públicos, com prerrogativas estatais, e com uma visão monista do ordenamento, o que leva a inevitáveis ineficiências.

Por isso a controvérsia doutrinária e a necessidade de superação do entendimento clássico de que bens e serviços públicos ostentam uma titularidade unívoca, para que possam as necessidades coletivas serem atendidas mais adequadamente, é preciso pensar em regimes jurídicos multitudinários ligados à destinação e à utilidade extraídas das *res*. A exclusividade do raciocínio proprietário pode existir apenas em determinadas situações locais e temporais, dado que em outras determinadas situações jurídicas deve haver uma correlação do pertencimento com o compartilhamento de benefícios e responsabilidades na disciplina jurídica específica a depender da destinação de cada bem. O regime jurídico, portanto, não acompanha o suporte material atrelado à titularidade, mas

---

<sup>577</sup> “Os custos de transação podem evoluir ao longo do tempo. Avanços na tecnologia do transporte e da comunicação podem modificá-los. Uma regra que pode ter feito sentido como modo de correção para custos de transação substanciais em épocas anteriores pode deixar de ter justificativa quando esses custos mudam. Regulações de esgoto, água, eletricidade, telecomunicações, que pareciam justificadas enquanto essas indústrias pareciam monopólios naturais, deixaram de ser apropriadas quando avanços técnicos nos fizeram perceber que esses serviços podem muito bem ser oferecidos em caráter competitivo.” (cf. MACKAAY, Ejan. *Law and Economics for Civil Law Systems*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013. p. 11, tradução livre).

deve ser aposto na utilidade extraída a depender do contexto temporal e espacial de sua destinação.

Não obstante todo o cenário da nova teoria econômica contemporânea é fato que, conforme a visão de Egon Bockmann Moreira, boa parte da legislação e dos teóricos do direito persiste na viciada lógica estatal-centralizadora dos anos 1970, concentrando poder nas empresas controladas por Estados-Membros<sup>578</sup> olvidando-se da realidade complexa e multifacetada da nova era digital.

Atualmente o surgimento de inovações disruptivas por vezes distantes até mesmo da regulação pública da economia, alcançam o desiderato de melhor atender necessidades coletivas independentemente do oficialismo estatal, sem necessitar do Estado, porquanto os custos são atribuídos aos usuários e a autorregulação faz com que haja meios de coerção e indução de comportamentos mais eficazes do que as sanções estatais.

Trata-se de entender que o regime jurídico de um bem não acompanha necessariamente a titularidade de seu suporte, mas por vezes pode agregar a necessidade de autorregulação de sua destinação, pois seu valor de uso é determinante para afetar regimes jurídicos multitudinários afetos às utilidades dele extraídas; e isso de modo independente de seu suporte, sendo dele completamente independente, pois a situação jurídica complexa funde-se nessas situações quando capaz de satisfazer necessidades coletivas ao status de utilidade comum.

Essas situações jurídicas complexas podem trazer consigo projetos de distribuição de riqueza mais consistentes do que anteriores modelos distributivos, pois a satisfação dessas utilidades essenciais não constam do orçamento estatal, porquanto em vez de ser custeadas pelos trabalhadores-contribuintes, quem paga é o usuário. Como diz Egon Bockman Moreira, “acabou o dever de todas as pessoas financiarem ferrovias, aeroportos, e portos que nunca viram (nem passaram perto). Quem paga agora é quem usa.”<sup>579</sup>

É preciso pensar nessa perspectiva na elaboração no Brasil de um novo conceito similar ao serviço econômico de interesse geral (sied) europeu, para ostentar a primazia da concorrência técnica e economicamente viável. Para que se

---

<sup>578</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado; GOMES, Gabriel Jamur. O novo marco legal do saneamento básico (Os pontos mais importantes da Medida Provisória nº 844/2018). Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 89-116, jul./set. 2018, p. 90

<sup>579</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos de Concessão: Porque Precisamos Pensar Seriamente na sua Prorrogação, Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC, janeiro de 2018, páginas 133

entenda a satisfatividade dessas necessidades coletivas como nunca titularizada de modo exclusivo pelo Estado, mas sempre dentro de um regime de ampla colaboração, em que a atividade econômica no regime concorrencial supre as necessidades coletivas de modo mais eficiente do que o ente estatal isoladamente.

Admite-se aqui a adoção de regimes jurídicos diversos, normalmente regimes privados com forte regulação específica para cada setor, ainda que pautada na autorregulação comunitária, o que faz com que o conceito de bem e serviço público (e, portanto, de utilidades destacadas) seja revisitado, e englobe uma multiplicidade de regimes fragmentários na esfera da destinação, desvinculada da titularidade.

Com o desenvolvimento dos setores essenciais, desaparece paulatinamente o regime de direito público exclusivo, e se multiplicam os regimes jurídicos anômalos em vista de cada categoria de atuação. A competência regulatória dos “serviços econômicos de interesse geral” é separada das entidades encarregadas de sua prestação. A regulação deve impor a universalização, igualdade e continuidade dos serviços e do fornecimento de bens, com a consciência aqui de que a preservação de interesses coletivos e transindividuais, para além do interesse público, é mais relevante do que os interesses meramente estatais.<sup>580</sup>

Faz-se necessário adentrar na forma de satisfação de direitos fundamentais com titularidade indeterminada e com objeto indivisível, cuja lesão não pode ser individualizada, e cuja realização nem sempre pode se dar com base exclusivamente na intervenção indireta do Estado na economia, mas por vezes pode ocorrer de os próprios agentes econômicos - notadamente pela autorregulação de comportamentos individuais - virem a suprir mais adequadamente a satisfação e atendimento de utilidades essenciais, notadamente com o emprego de novas tecnologias disruptivas que induzam diferentes comportamentos em cenário massificado.

É preciso superar aquela lógica centralizadora presente do modelo de estado oriundo do século XIX, que moldou toda a teoria da separação entre o público e privado com foco no modelo de estado unitário, e posteriormente tentou-se resgatar

---

<sup>580</sup> É possível pensar em uma diferenciação substancial entre o interesse transindividual, dotado de uma conflituosidade interna substancial, e o interesse público estatal, não raro agregado a uma ficcional aceitação universal. Há distinção então entre o interesse público primário, secundário, o interesse difuso e coletivo, e aquele interesse estatal formatado na proteção da coisa pública. Ver nesse sentido: CAVEDON, Ricardo. Teoria Geral dos Direitos Coletivos: releitura da racionalidade dos direitos fundamentais de terceira geração. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 194 e ss.

e adaptar esta lógica ao federalismo norte-americano, com a importação ao Brasil da teoria das agências reguladoras, onde se vê a atividade econômica tomando corpo e assumindo funções estatais com muito mais eficiência, transparência e regularidade.

581

Com a desestatização já iniciada na década de noventa percebe-se que tanto as relações econômicas cada vez mais desestatizadas, quanto a propriedade privada também parte de nova conceituação. Passa-se a idealizar conforme as definições previamente impostas pelos poderes estabelecidos, a exclusividade do poder proprietário não mais como elemento inerente e capaz de justificar sua própria existência, mas como mero elemento ocasional e externo, que nem sempre deve ser visto como constituinte da essência das relações de pertencimento.

Veja-se que hoje as relações proprietárias e de pertencimento são formalizadas por intermédio de influxos consuetudinários e pautadas na autodeterminação existencial, na mesma medida em que a estrutura do direito de acesso, do compartilhamento de utilidades essenciais, e da solidariedade, que possuem bases na realidade social e existencial muito mais do que em modelos previamente definidos pelo racionalismo jurídico oitocentista. O direito de acesso como advindo da existência fática e entendido como um direito transindividual não se confunde com a exclusividade do raciocínio proprietário moderno, e nem pode ser catalogado como um mero direito subjetivo. É muito mais do que um poder atribuído

---

<sup>581</sup> “A lógica estatal centralizadora de regulação dos anos 70 é infelizmente algo que persiste ainda hoje. Todo o direito administrativo foi construído com base em uma teoria criada para um estado unitário enquanto que a regulação por entidades autônomas é inerente a estados federados com um federalismo assimétrico. Há assim o (i) federalismo centrípeto (fortalecimento do poder federal), (ii) federalismo centrífugo (preservação do poder estadual) e (iii) federalismo de cooperação (equilíbrio federal-estadual). E “(...) No Brasil, o federalismo é oriundo de processo de imputação normativa, mediante a criação dos Estados no documento de fundação do Estado Federal. Éramos um Estado unitário, dividido em províncias – a conferir enorme poder à autoridade central (o Imperador). A criação associativa dos Estados, operada pela Constituição, gerou o simultâneo nascimento jurídico da União e Estados componentes, que passaram a integrar a República Federativa. A fonte originária é a Constituição de 1891, que implantou a República Federal resultante da “União perpétua e indissolúvel de suas antigas Províncias” – cada uma delas formando um Estado (arts. 1º e 2º). Já as Constituições seguintes operaram noutro plano, partindo do Estado preexistente, com a finalidade de definir o quadro constitucional das competências e da organização do Estado-Membro e União na Federação. Ocorre que a sucessão de diplomas e intervenções constitucionais – Revolução de 1930; Constituição de 1934; Carta de 1937; Constituição de 1946; Constituição de 1967; Emenda Constitucional 1/69; Constituição de 1988 e suas alterações formais e substanciais –, combinada com os sucessivos governos de cunho ditatorial-centralizador, gerou a crescente concentração de poderes econômicos na União, cada diploma constitucional a incorporar e ampliar a camada anterior de poderes federais. Bem examinada a sucessão dos diplomas constitucionais, o que se deu foi a cumulação e alargamento de poderes federais, sobretudo em sede de ação econômica e titularidade de bens e serviços. Por mais incrível que possa parecer e nada obstante a restauração democrática do Estado de Direito, fato é que o Poder Executivo federal da atual Constituição é muito mais forte em termos econômicos, financeiros e tributários do que o cunhado pela Emenda Constitucional 1/69” (MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado; GOMES, Gabriel Jamur. O novo marco legal do saneamento básico (Os pontos mais importantes da Medida Provisória nº 844/2018). Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 89-116, jul./set. 2018, p. 90).

a um sujeito, foge das limitações do reducionismo científico moderno e das dicotomias do sujeito-objeto e estado-mercado; configura-se como um valor normativo capaz de realizar direitos fundamentais.

Igualmente o direito de acesso como normativa apartada do raciocínio proprietário moderno, engloba e conceitua a noção de direito transindividual que não advém e não é oriundo dos poderes proprietários, não pode ser extraído dos poderes de disponibilidade do proprietário sobre uma *res*, mas é algo dele apartado, é algo vivido na realidade existencial perante realidades comunitárias, e exatamente por isso, paira na concretização do mínimo existencial humano, como subterfúgio das limitações ao raciocínio proprietário.

Indicado como um direito de ordem transindividual, imaterial, uma intangibilidade de ordem metaindividual, o direito de acesso aparta-se da regulação estatal de comportamentos multitudinários, e se perfaz na mesma ressonância dos deveres inerentes ao compartilhamento de responsabilidades e de benefícios na exploração das utilidades essenciais, as quais não podem ser relegadas à exclusividade justamente por encontrarem seu aproveitamento econômico e sua funcionalização apenas dentro de realidades comunitárias. Não se realiza, portanto, o direito de acesso de modo distante ou disforme das realidades coletivas nas quais deteve sua origem e sua constituição intrínseca.

Assim há uma nova concepção do domínio para ser discutido quando em pauta a realização de direitos fundamentais transindividuais, aliados às perspectivas do comum, estruturado em situações jurídicas complexas, caracterizado pela instrumentalização interna ligada ao acesso compartilhado. Melhor implementa o aproveitamento econômico das utilidades essenciais extraídas da *res*, e pela característica externa de amparar-se em situações jurídicas complexas definidas pela autorregulação de comportamentos multitudinários, forma a situação proprietária assim uma estrutura regulatória própria e capaz de impor às massas de multidões destinatárias o *munus* da cooperação, da solidariedade, e da divisão de responsabilidades e de benefícios na exploração econômica da *res*. O exercício das relações de pertencimento assim incentiva e até mesmo impõe a internalização dos efeitos externos negativos representativos e dos comportamentos produtivos capazes de afetar direitos transindividuais, sob pena de inviabilizar seu aproveitamento econômico.

A situação proprietária, desse modo, não pode mais ser vista como um conceito dotado de universalidade e realizado mediante um raciocínio unívoco, porquanto se transforma na direta proporção em que molda diferentes formas de relacionamento e interação econômica, de acordo com especificidades e realidades paralelas que não raro formam comunidades periféricas dotadas de características inerentes a outras formas e modos de viver apartadas daquela herdada da racionalidade eurocêntrica moderna.

Enfim a desvinculação de antigos dogmas e preconceitos concebidos na época do racionalismo jurídico positivista exige que se agreguem novos pressupostos na ciência do direito aptos a construir uma nova teoria para os bens e utilidades, com uma outra compreensão do atendimento de necessidades transindividuais e evolução a conceitos estanques na teoria do direito, cabendo aí quem sabe uma reinterpretação evolutiva relacionada ao direito de acesso e à estruturação interna dos direitos transindividuais, relativizando antigos dogmas ligados à exclusividade e à titularidade clássica com foco nos novos cenários massificados que pautam o novel século XXI.

## 08. REFERÊNCIAS.

- ACOSTA, Alberto. **O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos**. São Paulo: autonomia literária, Elefante, 2016.
- AMARAL, Francisco. **A descodificação do direito civil brasileiro**. Academia Brasileira de letras jurídicas. Direito e Justiça, 13, 129-148, 1999. Disponível em: <https://doi.org/10.34632/direitoejustica.1999.11061>. Acesso em: 09.02.2023.
- ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação**. Ed. Almeidina, 2008.
- ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio: a teoria da autonomia**. Titularidades e Direitos Reais nos Fractais do Direito Civil-Constitucional. 2.ed. Atualização Simone Tassinari. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2014.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça Azevedo. **Estatuto da família de fato**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- BAILO Gonzalo L., BONET DE VIOLA, Ana Maria. MARICHAL, Maria Eugenia. **Bienes comunes en los primeros códigos civiles latino-americanos**. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322018000200775&lng=pt&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322018000200775&lng=pt&nrm=iso&tlng=es). Acesso em 15/03/2019.
- BARBOSA SILVA, Alexandre. **A Propriedade sem Registro: O Contrato e a Aquisição da Propriedade Imóvel na Perspectiva Civil-Constitucional**. Curitiba: Biblioteca da UFPR - Repositório Digital Institucional - UFPR, 2014 (Tese de Doutorado), 2014.
- BARBOSA, Denis Borges. **Tratado de Propriedade Intelectual**: tomo I, 2ª ed., Rio de Janeiro, ed. Lumen Juris, 2017.
- BELL, Daniel. **O advento da sociedade pós-indústria: uma tentativa de previsão social**. Ed. Cultrix, 1973.
- BLACK, Julia; LODGE, Martin; THATCHER, Mark (Ed.). **Regulatory innovation: A comparative analysis**. Edward Elgar Publishing, 2006.
- BLASER, Mario. **Uma outra cosmopolítica é possível?** Dossiê Saberes locais y territórios – o de como prospera el campo de los equívocos. Revista de Antropologia da Universidade Federal de São Carlos. Volume 10. Número 2. Julho-dezembro, 2018.

BLÁZQUEZ, Guillermo Suárez. **Orígenes del Derecho de propiedad en Roma: Mancipium – Nexus**. Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica. Rio de Janeiro: vol. 8, nº 1, janeiro-abril, p. 142-192, 2016.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **A caminho de um direito civil constitucionalizado**. Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial. Ano 17, n. 65. Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

BOLLIER. David. **La rinascita dei commons: Successi e Potenzialità del movimento globale a tutela dei beni comuni**. Ed. Stampa Alternativa, 2015.

BUCK-MORSS, Susan. **Hegel y Haití**. Buenos Aires: Editorial Norma. 2005.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 2002.

CARBONERA, Silvana Maria. **Aspectos históricos e socioantropológicos da família brasileira**. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (orgs). Direito das famílias por juristas brasileiras. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAVALCANTI, Mariana Oliveira de Melo. NÓBREGA, Marcos. **Smart contracts ou ‘contratos inteligentes’: o direito na era da blockchain**. Revista científica Disruptiva. V. II, nº 1, jan-jul/2020.

CAVEDON, Ricardo. **As cláusulas gerais, uma perspectiva histórico-construtiva do direito privado contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v.31, p.322 - 354, 2017.

CAVEDON, Ricardo. FREITAS, Cinthia Obladen de Almeida. **A bolha informacional e os riscos dos mecanismos de busca na personalização do usuário de internet: reflexões sobre o direito à autodeterminação informacional**. Revista Brasileira de Direito. v. 18, n. 3 (2022): RBD. Set.-Dez./2022.

CAVEDON, Ricardo. **Os direitos transindividuais e a evolução da tutela socioambiental no constitucionalismo latino-americano: relativização dos dogmas do estado moderno perante o direito ambiental internacional**. Revista da AJURIS / Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. Ano 42, p. 219-284, 2016.

CAVEDON, Ricardo. **Teoria Geral dos Direitos Coletivos: releitura da racionalidade dos direitos fundamentais de terceira geração**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

CERULLI Irelli, Vincenzo, e Vito De Lucia. **Beni comuni e diritti collettivi**. Política del Diritto, n. 1, 2014.

CEVOLIN, Guglielmo. **La valorizzazione di beni e attività culturali**. Integrare cultura, turismo e identità ai tempi delle crisi economiche e delle riforme.» AmbienteDiritto.it - Rivista giuridica, 2018.

CORONIL, Fernando. **Natureza do pós-colonialismo: do eurocentrismo ao globocentrismo**. In LANDER, Edgard et alii. **A colonialidade do Saber: eurocentrismo e ciencias sociais**. Buenos Aires ; CLACSO. 2005.

CORRÊA, Adriana Espíndola. **O Corpo Digitalizado: um novo objeto para o direito**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 44, n. 0, 2006.

CORTESE, Fulvio. **Che cosa sono i beni comuni?** In: M. Bombardelli (a cura di), Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione, 2016.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **As Quatro Fundações Do Direito Civil: Ensaio Preliminar**. in Revista da Faculdade de Direito UFPR, 2006.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas**, ed. Renovar, 2002.

COSTA, Pietro. **A soberania na cultura político-jurídico medieval: imagens e teoria**. Em: COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Editora Juruá, p.105-130, 2010.

COSTA, Pietro. **O Estado de Direito: uma introdução histórica**. In: Costa, Pietro. ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, p. 95-198, 2006.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. **Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI**. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo Editora, 2017.

DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito de família**. São Paulo: Dialética, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso privativo de bem público por particular**. 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2014.

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão**. Ed. Vozes, Petrópolis, 2002.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia der Sur, descolonización e transmodernidad**. Ed. Akal. Colección Inter Pares, 2015.

DUTRA, Joice. MOREIRA, Egon Bockmann. **Até quando abusarás, Estado Brasileiro, do saneamento básico?** Revista Conjuntura Econômica, p. 52-55. Janeiro 2023.

ESPOSITO, Roberto. **Dois: a máquina da teologia política e o lugar do pensamento.** Belo Horizonte: Editora UFMG, p. 107-183, 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.

FACHIN, Luiz Edson. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord). **Comentários ao Código Civil. Parte Especial. Direito das Coisas.** São Paulo: Saraiva, v. 15, p. 169, 2003.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica.** São Paulo: Atlas, 2ª ed., pp. 83-117, 2015.

FILHO, Calixto Salomão. **Direito Concorrencial.** 2ª edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2021.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo.** 13ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

FOSTER, John Bellamy. **O conceito de natureza em Marx: materialismo e natureza.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro. Editora Nau, 2005.

GANS, Semy. A família mutante. Sociologia e direito comparado: inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

GARCIA, Maria da Glória. **Despertar para o bem comum! In: Bem comum Público e/ou Privado?** Luísa Schmidt. João Pato e Maria Eduarda Gonçalves (organizadores). Ed. ICS, 2013.

GENNARI, Adilson Marques. OLIVEIRA, Roberson de. **História do Pensamento Econômico.** 2ª edição. Ed. Saraiva, 2019.

GENRO, Tarso. Crise democrática e democracia direta. **Revista de Direito Social,** a. 1, n. 4, 2002.

GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha Gonçalves. **Dos bens comuns aos comportamentos comuns.** In: Problemas de direito civil: homenagem aos 30 anos de cátedra do Professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos.

Organizadores: Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Milena Donato Olivia. 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988** (interpretação e crítica). São Paulo: Malheiros, 2008.

GROSSI, Paolo. **Le situazioni reali Nell'esperienza giuridica medievale**. Padova, Cedam – Casa Editrice Dtt. Antonio Milani, 1968.

GROSSI, Paolo. **A Ordem Jurídica Medieval**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal e novas tecnologias**. Int. Públ. – IP, Belo Horizonte, ano 18, n. 100, p. 201-214, nov./dez. 2016.

GUERRA, Sérgio; SAMPAIO, Patricia. **Análise de Impacto Regulatório**, Revista Justiça & Cidadania, volume 145, páginas 30 a 33, 2012.

GUILHERMINO, Everilda Brandão. **A tutela das multititularidades: repensando os limites do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018.

GUILHERMINO, Everilda Brandão. CUNHA FROTA, Pablo Malheiros da. **Novos Arranjos jurídicos ligados ao pertencimento: uma análise sobre o princípio da função social**. In: JUNIOR, Marcos Ehrhardt. LOBO, Fabiola Albuquerque. **A função social nas relações privadas**. Ed. Forum, 2019.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GONÇALVES, Marcos Alberto. **Serviço público de transporte privativo de passageiros e transporte individual privado de passageiros: reflexões a partir do *affair* Uber**. In: *Regulação e Novas Tecnologias*. Rafael Veras de Freitas, Leonardo Coelho Ribeiro e Bruno Feigelson (Coord), p. 387-402, Belo Horizonte: ed. Fórum, 2017.

GUTIÉRREZ, Raquel, y SALAZAR LOHMAN, Huáscar. **Reproducción comunitaria de la vida. Pensando la transformación social en el presente**. El apantle. Revista de estudios comunitarios, N° 1, Puebla (México), pp. 15-50, 2015.

HELDRICH, Silke. **Rede de Vida**. In: **Os bens comuns: modelo de gestão dos recursos naturais**. Passerelle, nº 06/2012. Coredem, disponível em: [www.coredem.info](http://www.coredem.info), acesso em 20/02/2022.

HESPANHA, Antônio Manuel. **A constituição do Império Português**. Revisão de alguns viesamentos correntes. IN: FRAGOSO, João. *O Antigo Regime nos*

Trópicos: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 163-188, 2001.

HESPANHA, Antonio Manuel. **A política perdida. Ordem e Governo Antes da Modernidade**, capítulo 5, o estatuto jurídico da mulher na época da expansão. P. 131-145, 2010.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Filhos da terra: identidade mestiças nos confins da expansão portuguesa**. Lisboa: Tintas da China, p. 31-32, 2019.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Guiando a mão invisível: Direitos, Estado, e Lei no Liberalismo Monárquico Português**. Ed. Almeida, Coimbra, 2004.

HESPANHA, António Manuel. **Os juristas como couteiros: a ordem na Europa ocidental dos inícios da Idade Moderna** “in” HESPANHA, António Manuel. **A política perdida: ordem e governo antes da modernidade**. Curitiba: Juruá, págs. 239/264, 2009.

HEYVAERT, Veerle. **Transnational Environmental Regulation and Governance: Purpose, Strategies and Principles**. Cambridge University Press, 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós modernidade**. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (orgs). **Direito das famílias por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 3. ed. São Paulo: Ícone. Coleção Fundamentos do Direito, 2000.

JAMBRENGHI, Paola Caputi. **Note minime su beni comuni e funzione amministrativa**. In: **Le riforme in una democrazia costituzionale**. Fascicolo 1, 2017.

KISHTAINY, Niall, **Uma breve história da economia**, 2ª edição, Porto Alegre, 2019.

KOLLER, Carlos Eduardo. **O direito de acesso à propriedade imóvel a partir da econômica compartilhada: uma análise econômica**. Belo Horizonte. Editora Dialética, 2021.

LÔBO, Paulo. **A constitucionalização do direito civil**. Revista do Senado. Disponível: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 26/11/2019.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da Regulação**. Ed. Processo, Rio de Janeiro, 2018.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do Direito Ambiental**. Tradução de Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. **Evolução do Conceito de Família**. In: Diversidade Sexual e direito homoafetivo. Coordenação de Maria Berenice Dias. 2ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

LUGONES, María. **Colonialidad y género**. In: MIÑOSO, Yuderkys Espinosa, CORREAL, Diana Gómez; MUÑOZ, Karina Ochoa. Tejiendo de otro modo: Feminismo, epistemología y apuestas descoloniales en Abya Yala. Popayán: Editorial Universidad del Cauca, 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14. Malheiros, 2006.

MACKAAY, Ejan. **Law and Economics for Civil Law Systems**. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**. 2ª edição. Ed. Elsevier, p. 241, 2001.

MARIENHOFF, Miguel. **Tratado del Dominio Público**. Buenos Aires: Argentina, 1960.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial**. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>. Acesso em 01/02/2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Juridicidade e Controle dos Acordos Regulatórios: O Caso TAC ANATEL**: disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod\\_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulat%C3%B3rios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulat%C3%B3rios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf). Acesso em 28/01/2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: O regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Finalidades e Fundamentos da Moderna Regulação Econômica**, Fórum Administrativo, volume 100, páginas 85 a 93, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-109, out./dez. 2016.

MARRARA, Thiago. **Uso de bem público**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARX, Karl. **O Capital: crítica da economia política**. 6 vols. Rio de Janeiro: Bertrand, 1994.

MARX, Karl. **O capital**. In: Os economistas. Crítica da economia política. TOMO I. Apresentação de Jacob Gorender. Tradução de Regis Barbosa e Flávio Kothe. Coordenação de Paul Singer. Ed. Nova Cultura Ltda, 1996.

MATTEI, Ugo. CAPRA, Fritjof. **A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. São Paulo. Ed. Cultrix, 2018.

MÉDICI, Alejandro. **La constitución horizontal: teoría constitucional y giro decolonial**. San Luis de Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 31<sup>a</sup> ed., Malheiros, 2005.

MOORE, Jason W. **El auge de la ecología-mundo capitalista: Las fronteras mercantiles en el auge y decadencia de la apropiación máxima (I e II)**. Laberinto, n. 38, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. **A Nova Lei dos Portos e os Regimes de Exploração dos Portos Brasileiros**, in: Leonardo Coelho Ribeiro; Bruno Feigelson; Rafael Vêras de Freitas (Organização). A Nova Regulação da Infraestrutura e da Mineração: Portos: Aeroportos: Ferrovias: Rodovias, Belo Horizonte, Fórum, 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Agências Administrativas, Contratos de Serviço Público e Mutabilidade Regulatória**, Revista de Direito Público da Economia, volume 25, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Contratos de Concessão: Porque Precisamos Pensar Seriamente na sua Prorrogação**. Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC, janeiro de 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Os Princípios Constitucionais Da Atividade Econômica**. Revista da Faculdade de Direito UFPR. Disponível: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8751>. Acesso 12/09/2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica**: reflexões a partir do artigo 175 da Constituição. In Revista de Direito Público e Economia, 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Situações disruptivas, negócios jurídicos-administrativos e equilíbrio econômico financeiro**. In: Regulação e Novas Tecnologias. Rafael Veras de Freitas, Leonardo Coelho Ribeiro e Bruno Feigelson (Coord), Belo Horizonte: ed. Fórum, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. **O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação constitucional do princípio da legalidade?** Revista de Direito Público da Economia –RDPE, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jul./set. 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado; GOMES, Gabriel Jamur. **O novo marco legal do saneamento básico (Os pontos mais importantes da Medida Provisória nº 844/2018)**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 89-116, jul./set. 2018.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do feto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil**. Vol. 1, 33ª ed., rio de Janeiro, Forense, 2020.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro. Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIANOVSKY, Carlos Eduardo Ruzyk. **Liberdade(s) e Função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2009.

PORTO GONÇALVES, Carlos Walter. **A globalização da natureza e a natureza da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

RENAUT, Alain. **O indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito**. Tradução Elena Gaidano. Rio de Janeiro, DIFEL, 1998.

RENDUELES, César. **Sociofobia: mudança política na era da utopia digital**. São Paulo, ed. SESC, 2016.

RENTERIA, Pablo. **Direito Real e Relação de Cooperação**. In: Problemas de direito civil: homenagem aos 30 anos de cátedra do Professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos. Organizadores: Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Milena Donato Olivia. 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 774-790, 2021.

RIBEIRO, J. de S. **O problema do contrato: as cláusulas gerais do contrato e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

RIFKIN, Jeremy. **A era do acesso: a transição de mercados convencionais para networks e o nascimento de uma nova economia**. Ed. Makron Books, Pearson Education do Brasil, 2001.

RODOTÁ, Stefano. **El terrible derecho: Estudios sobre la propiedad Privada**. Primera edicion Civitas, 1986.

RODOTÁ, Stefano. **La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho**. Madrid: Editorial, Trotta, 2010.

RODOTÁ, Stefano. **Mondo dele persone, mondo dei beni**. In "Il diritto di avere diritti". Roma : Editori Laterza, 2012.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Autonomia da vontade, autonomia privada, e autodeterminação**. Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. Brasília, 41, n. 163, jul/set 2004.

ROVELLI, Carlos. **A realidade não é o que parece: a estrutura elementar das coisas**. Tradução Silvana Cobucci Leite. Ed. Objetiva. 2017.

SAID STAUT JUNIOR, SÉRGIO. **Posse e dimensão jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916**. Curitiba. Juruá, 2015.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça: ensaio sobre o lado ‘privado’ e o lado ‘público’ da vida social e histórica**, Ci. & Tróp, Recife, 71(7);705427,/an./jun., 1983.

SARACENO, Chiara. **Sociologia della famiglia**. Bologna: Società editrice il Mulino, 1988.

SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história, e métodos de trabalho**. 2ª edição. Forum, 2017.

SCHWAB, Klaus. **The Fourth Industrial Revolution**. First Edition, Ed. Currency, New York, 2017.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. **A longa sombra da casa. Poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do antigo regime à modernidade**. R. IHGB, Rio de Janeiro, a. 178(473): 327-424, jan./mar. 2017.

SHUENQUENER, Valter. **Efeitos da Inovação no Direito Administrativo brasileiro. Queremos saber o que vão fazer com as novas invenções**. Disponível <https://www.alcanceconcursos.com.br/blog-noticias/efeitos-da-inovacao-no-direito-administrativo-brasileiro-queremos-saber-o-que-vaio-fazer-com-as-novas-invencoes>. Acesso em 21.06.2022.

SILVEIRA, Denis Coutinho. **Teoria da Justiça de John Rawls: Entre o liberalismo e o comunitarismo**. Trans/Form/Ação, São Paulo, 30(1), 169-190, 2007.

SILVEIRA, Sergio Amadeu de. SAVAZONI, Rodrigo. **O conceito do comum: apontamentos introdutórios**. Lincc em Revista, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 5-18, maio de 2018.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **De como a natureza foi expulsa da modernidade**. Revista Crítica do Direito, n. 5, vol. 66, ago.dez. 2015.

STOLLEIS, Michael. **Olho na Lei**. São Paulo: Doyen, 2014.

SUNDARARAJAN, Arun. **The Sharing Economy**. Cambridge: The MIT Press, 2016.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito**. Tradução Maria Ennantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. MONTEIRO FILHO, Carlos edison do Rêgo. RENTERIA, Pablo. **Fundamentos do Direito Civil: Direitos Reais**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo. OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021.

TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. 1ª edição, Rio de Janeiro, ed. Zahar, 2020.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família**. Comunicação à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Manaus, 1980.

WACHOWICZ, Marcos. **De quem é o software?**. Disponível em: <https://youtu.be/DODC5xkswlM>. Acesso em 12/06/2022.

WACHOWICZ, Marcos. **Direito autoral e arte indígena**. Disponível em <https://youtu.be/KGeYwbIMyJA>, acesso em 12/06/2022.