



## DIREITOS REAIS

**DARCY BESSONE**

Professor Emérito da Faculdade de Direito da UFMG. Ex-Catedrático da  
extinta Faculdade Nacional de Direito. Ex-Consultor-Geral da República.

# **DIREITOS REAIS**

DEDALUS - Acervo - FD



20400067389

1988

DEPº DIR. CIVIL  
BIBLIOTECA ESPÍNOLA

 editora  
**SARAIVA**

# Capítulo I

---

## Primeiras noções — Distinções e generalidades

### 1. OBJETO DO ESTUDO E NOÇÕES FUNDAMENTAIS

O estudo do Direito das Coisas, ou dos Direitos Reais, regulado no Livro II da Parte Especial do Código Civil (arts. 485 a 862)<sup>1</sup>, tem por objeto a *propriedade*, nos vários e relevantes aspectos que essa categoria jurídica oferece, notadamente no que concerne ao seu conceito, aos modos de adquiri-la e perdê-la, ao seu exercício (*de direito e de fato*), bem como os *direitos reais* sobre coisas alheias, que se consideram desmembrados da *propriedade*, compreendendo-se, neles, os de gozo e os de garantia.

Assinalamos que, por motivos lógicos e didáticos, este livro não segue a ordem em que a matéria é tratada no Código. Não consideramos acertado, por exemplo, que a dissertação sobre a *posse* preceda à relativa à *propriedade*, uma vez que, se, nos termos do art. 485<sup>2</sup>, é possuidor todo aquele que tem *de fato* o exercício pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou à propriedade, não nos parece que se deva discorrer sobre o exercício *de fato* do domínio, ou propriedade, isto é, sobre a posse, antes de se estudar o que é propriedade e quais os modos de adquiri-la ou perdê-la. Eis porque situamos a análise da posse na parte final do estudo da propriedade e antes dos direitos reais sobre coisas alheias.

---

1. O Projeto de Código Civil (aprovado pela Câmara dos Deputados sob o n. 634/75 e em tramitação no Senado Federal sob o n. 118/84), doravante designado PCC, dispõe sobre o Direito das Coisas nos arts. 1.197 a 1.508.

2. PCC, art. 1.197.

A obra subdivide-se em seis partes, com as seguintes epígrafes: I — aspectos gerais, II — espécies, III — modos de adquirir, IV — exercício, V — posse, VI — direitos reais de gozo e de garantia.

## 2. DISTINÇÃO ENTRE DIREITO REAL E DIREITO PESSOAL

O direito *real* consiste no *poder jurídico da pessoa sobre a coisa*, oponível a terceiros, tal é o conceito formulado pela Escola Clássica. Entendem, os doutores que a integram, que o que caracteriza o direito real é o *poder imediato e direto* sobre a coisa, sem a intermediação de outro sujeito. Isto significa que, no direito real, há um sujeito *ativo*, mas não há um sujeito *passivo*. No direito *peçoal*, ao contrário, aparecem, sempre, duas figuras, a do sujeito *ativo* (credor) e a do sujeito *passivo* (devedor). Aí está a primeira diferença entre as duas categorias. A segunda consiste em que o *objeto* do direito real é a coisa, tomada em si mesma, enquanto no direito pessoal é uma obrigação de *fazer*, ou de *não fazer*, ou de *dar*. Nos três casos, trata-se de conduta da pessoa humana, que deve realizar uma prestação positiva (fazer ou dar) ou negativa (não fazer). A obrigação de dar é relacionada com a coisa, porque o devedor obriga-se a transferir o domínio sobre ela, ou, segundo outros, a entregá-la. No direito real, há um *poder sobre a coisa* — “*jus in re*”. No pessoal, também a obrigação pode referir-se à coisa, mas para exprimir uma *tendência para ela* — “*jus ad rem*”. Na obrigação de dar, o direito só a atinge *por intermédio da pessoa do devedor*, ao passo que, no direito real, o direito tem por objeto, imediata e diretamente, a *própria coisa*. Quem tem *direito real*, o tem independentemente da participação de outra pessoa. Acentua-se que o papel da pessoa, no *direito pessoal*, difere muito do que desempenha no *direito real*. No primeiro, o devedor, cumprindo a obrigação, presta *colaboração*, para a realização do direito, pois é através da prestação prometida que ele se efetiva. No *direito real*, a par-

ticipação de outra pessoa, que não seja o titular do direito, terá o caráter de *oposição*, porque, sendo o direito *real* um poder jurídico direto e imediato sobre a coisa, somente interfere outra pessoa no quadro próprio dele para embarçar-lhe o exercício, como ocorre, por exemplo, na usurpação de coisa alheia. No primeiro caso, a pessoa, que não seja titular do direito, aparece como *colaborador* (direito pessoal); no segundo, aparece como *opositor* (direito real). Esse é o ponto de vista da Escola Clássica.

Coube a Marcel Planiol opor-se a essa concepção, sustentando a sua inviabilidade, com base na afirmação de que não se poderia conceber uma relação jurídica entre a *pessoa* e a *coisa*. A relação jurídica é, sempre, *entre duas pessoas, entre dois sujeitos, o ativo e o passivo*; nunca poderia ser *entre uma pessoa e uma coisa*, porque esta não teria capacidade para estabelecê-la com a pessoa. Partindo dessa crítica, Planiol sustentou que, no fundo, o que há, no pretense *direito real*, é uma *obrigação*. Não há, *visivelmente, imediatamente*, um devedor. Mas esse surgirá no momento em que se verificar a lesão do direito, pois que, prossegue, o que há é uma obrigação passiva *universal*, uma obrigação de *abstenção* de todas as pessoas. Todas são obrigadas a se abster de qualquer ato sobre a coisa, em face do *direito real*. O devedor da *obrigação* seria a totalidade das demais pessoas, excetuado, na humanidade, apenas o titular do direito, que seria o credor. Objetamos que o homem viaja, desloca-se. Algumas coisas também se deslocam. Não se poderia restringir a obrigação passiva universal às pessoas de uma só comunidade, de um mesmo país. Essa teoria sofreu a objeção de que não se concebe uma obrigação que *não tenha conteúdo patrimonial*, pois que é próprio das obrigações resolverem-se em dinheiro. Faltaria, na *obrigação passiva universal*, essa capacidade de adquirir expressão pecuniária, convertendo-se em um valor patrimonial. A humanidade não poderia, como tal, ser chamada a responder pela pretensa *obrigação passiva universal*. O próprio Planiol teve que formular retificações à sua teoria. Mais recentemente, no Tratado que elaborou em colaboração com Ripert, foi substituí-

da a concepção da *obrigação passiva universal* pela do devedor *indeterminado*. Haveria, segundo a modificação introduzida, um dever geral ou universal de respeito pelo direito real, mas a figura do devedor somente surgiria, determinadamente, quando se violasse tal obrigação, ofendendo-se o direito. Então, o autor da lesão se determinaria como devedor. Não faltariam, pois, as duas pessoas — a do *devedor* e a do *credor*. Existiria, apenas, uma *indeterminação provisória* do sujeito passivo, que desapareceria no momento em que se verificasse a lesão do direito.

Demogue, na esteira de Marcel Planiol e de George Ripert, sustentou que tudo se resolve no *direito das obrigações*, negando, assim, a existência dos direitos reais. Pretendeu que o problema é, apenas, de *intensidade* do direito. Há direitos *mais fortes e mais fracos*. O direito real seria, apenas, *mais forte* do que o obrigacional, por ter atributos que não são próprios do direito das obrigações. Tais atributos são, principalmente, o direito de *seqüela* e o de *preferência*. Aquele possibilita ao titular do direito real reivindicar a coisa onde quer que esteja; este lhe confere melhor posição em face dos credores destituídos de garantia real.

Considera-se *monista* ou *personalista* essa concepção, que, negando o *díptico direito pessoal — direito real*, procura eliminar a segunda categoria, para que somente existam direitos *personais*.

Embora haja outras teorias a respeito do tema, como as da *escola eclética* e de Bonnacase ou a que assemelha o direito *pessoal* ao *real*, bastam as expostas, para se estabelecer a distinção em vista.

### 2.1. Natureza jurídica do direito real

Segundo a opinião dominante, cujas bases se encontram na doutrina clássica, já exposta, o direito real aparece como uma *relação de senhorio*, vale dizer, como um *poder imediato e direto do homem sobre a coisa*. Imediato e direto, porque o titular do direito real não necessita da participação de outro

sujeito para extrair da coisa as vantagens que ela lhe possa prestar. É certo que, nos direitos reais sobre coisas alheias, há dois sujeitos: o dono e o titular do direito real. Mas, por efeito do desmembramento da propriedade, cada um deles exerce, direta e imediatamente, sobre a coisa, direitos distintos, vale dizer, sem a intermediação do outro.

### 2.2. Elementos típicos da realidade

Ensina-se que há dois *elementos típicos da realidade*, um *interno* e, outro, *externo*.

O elemento interno é o *senhorio* ou o *poder sobre a coisa*, que confere conteúdo econômico ao direito real, por ser a sua *substância*.

Pelo exercício do *senhorio* é que o titular do direito real extrai da coisa as vantagens próprias, efetivando-se, assim, o interesse *individual* e o interesse *social* da exploração das riquezas, que se constituem em razão da instituição das prerrogativas que se lhe atribuem.

O elemento externo é o *absolutismo*, que torna o direito oponível a todos, *erga omnes*. Conseqüência dele é a inerência, pela qual o direito adere à coisa, acompanhando-a ininterruptamente. A inerência coloca o titular do direito real sempre em posição hábil para repelir agressões às respectivas prerrogativas.

## 3. PROPRIEDADE PLENA E PROPRIEDADE LIMITADA

A propriedade, em regra, é plena, o que significa que o proprietário é titular de todos os direitos que se unificam no de propriedade. O seu conteúdo, em princípio, é, pois, unitário e global.

Eis aí a razão por que, em uma conceituação indireta, o Código Civil declara que, ao proprietário, se assegura “o direito

de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua" (art. 524)<sup>3</sup>, acrescentando que o domínio "presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário" (art. 527)<sup>4</sup>.

Paralelamente a essa disposição, o Código preceitua que "é plena a propriedade, quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário; limitada, quando tem ônus real, ou é resolúvel" (art. 525).

A própria lei coloca, assim, ao lado da propriedade *plena*, a propriedade *limitada*, que resulta do destaque de uma ou mais faculdades da propriedade para serem atribuídas a terceiros: os titulares dos direitos reais sobre coisas alheias. A propriedade resolúvel, como decorre do art. 647<sup>5</sup>, combinado com os arts. 114 e 119, todos do Código Civil, é a que se subordina a evento futuro e incerto, cuja verificação determinará a resolução do domínio.

### 3.1. Direitos reais sobre coisa própria e direitos reais sobre coisa alheia

As noções anteriores estão a indicar que o proprietário exerce direitos reais sobre coisa própria (*jura in re propria*), enquanto o não-proprietário, titular de direitos reais, os exerce sobre coisa alheia (*jura in re aliena*).

### 3.2. Direitos reais de gozo, de garantia e de aquisição

Outra distinção, expressamente acolhida pelo Código Civil, é a que se estabelece entre os direitos reais de gozo e os de garantia. Os primeiros são regulados pelo art. 678 e seguinte

3. PCC, art. 1.229.

4. PCC, art. 1.232.

5. PCC, art. 1.358.

do Código Civil, enquanto os direitos reais de garantia são disciplinados nos arts. 766 e s.<sup>6</sup>.

Nos direitos reais de gozo, o titular tem o uso e o gozo da coisa, enquanto, nos de *garantia*, a coisa se destina apenas a *garantir uma dívida*, sem ser objeto de uso e gozo, que continuam a competir ao proprietário. Na anticrese, que é direito real, transferem-se o uso e o gozo da coisa ao credor, mas apenas para que as vantagens econômicas que aufera sejam imputadas no pagamento do débito.

No Direito alemão, acrescenta-se, a essas duas categorias, uma terceira, chamada direito real de aquisição e abrangente dos direitos reais que conduzem à aquisição da coisa, sem novo ato do proprietário.

### 3.3. Sistemas do "numerus apertus" e do "numerus clausus"

O art. 674 do Código relaciona os direitos reais sobre coisa alheia.

Indaga-se se prevalece, entre nós, o sistema do *numerus apertus*, vale dizer, o da enumeração simplesmente *exemplificativa*, ou se vigora o sistema do *numerus clausus*, que é o da enumeração *taxativa*. No primeiro caso, as partes poderiam, por meio de convenções, criar novos tipos de direitos reais, além daqueles que a lei indica; no segundo, não lhes seria facultado ampliar a lista legal.

Lafayette (na vigência do direito pré-codificado), Dídimo da Veiga (em comentário ao Código Civil), Pontes de Miranda e outros entenderam que a lista legal é *taxativa*.

Afonso Fraga, Lacerda de Almeida, Carvalho Santos, Philadelpho de Azevedo e outros consideram que ela é *exemplificativa*.

6. PCC, arts. 1.358 e 1.388 a 1.508.

O último grupo se vale do argumento de que, no projeto elaborado por Clóvis, estava expresso que somente se consideram direitos reais, além da propriedade, os arrolados na lei. O advérbio *somente* foi suprimido em consequência de emenda aprovada. De outra parte, acrescenta, podendo o domínio ser decomposto em tantos direitos quantas sejam as frações de utilidade econômica que da coisa se obtém, não é possível determinar-se, em um texto legal, o número desses direitos. Não se deve, por isso mesmo, restringir a aplicação do princípio da liberdade das convenções, nesse terreno.

A esses argumentos, podem ser opostos outros, como o de que a supressão do advérbio *somente* visou apenas a aprimorar a redação do texto, sem lhe comprometer o alcance, ou o de que, quando um direito é considerado real pela lei, todas as partes, em que ele se decompõe, serão também reais, por força da lei, já que a realidade do todo se comunica, necessariamente, às partes resultantes de seu fracionamento. Assim, o caráter real, nesses casos de decomposição do direito real, teria origem na lei, não na convenção. Por fim, deve-se ter em vista que, destinando-se o direito real a operar contra todos, não deve ter origem apenas na vontade das partes, recomendando-se, por isso mesmo, que tenha base legal.

#### 4. CONSTITUIÇÃO DOS DIREITOS REAIS

Os direitos reais sobre imóveis se constituem pelo contrato inserido no Registro de Imóveis. Os contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor inferior a Cz\$ 50,00 (valor reajustável em janeiro de cada ano, nos termos da Lei n. 6.423, de 17-6-1977) podem celebrar-se por instrumento particular, que também é sujeito a registro, enquanto, nos referentes a imóveis de valor superior à aludida *taxa*, a escritura pública é da *substância* do ato (CC, art. 134). Ao se referir a lei à *substância* do ato, pretende significar que a escritura pública não tem, quanto aos imóveis de valor superior a Cz\$ 50,00, fi-

nalidade simplesmente probatória, pois integra a própria substância do ato. Este *não existe* sem a escritura pública, nem mesmo quando provado, inclusive, pela maior das provas, que é a confissão. A Lei n. 7.433, de 18 de dezembro de 1985, “dispõe sobre os requisitos para a lavratura da escritura pública”. O Decreto n. 93.240, de 9 de setembro de 1986, a regulamentou.

No que toca aos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre bens imóveis, não há exigências especiais. Podem realizar-se e provar-se por qualquer meio probatório admitido em direito. A translação do domínio depende, todavia, também da tradição (art. 620), como veremos oportunamente.

#### 5. DISTINÇÃO ENTRE PROPRIEDADE E DOMÍNIO

Duas correntes se defrontam em relação ao problema. Uma pretende que são sinônimos os termos *propriedade* e *domínio*. Outra sustenta que eles têm significados diferentes, pois que a *propriedade* teria objeto mais amplo do que o do *domínio*: o objeto daquela seria tanto a coisa *corpórea* quanto a *incorpórea*, enquanto o deste somente se aplicaria à corpórea. A diferença, como se vê, seria objetiva.

Os termos *dominium* e *proprietas* foram usados pelos romanos. Alguns romanistas afirmam que eles eram empregados indiferentemente, ao passo que outros procuram em fragmentos da época a comprovação de que, já em Roma, o objeto da *proprietas* era mais compreensivo do que o do *dominium*.

Voltaremos ao assunto, quando estudarmos a *propriedade literária*, científica ou artística e a posse dos direitos pessoais.

#### 6. DISTINÇÃO ENTRE PROPRIEDADE (OU DOMÍNIO) E POSSE

Por ora, diremos tão-somente que a posse é o *exercício de fato da propriedade* (art. 485).

No estudo da *posse*, veremos que o nosso direito sofreu a influência positiva da teoria de Jhering, para quem a posse é a *exterioridade da propriedade*, e possuidor é aquele que, em face da coisa, tem conduta semelhante à do proprietário.

## Capítulo II

---

### História e sociologia da propriedade

#### 7. APARECIMENTO E EVOLUÇÃO DO SENTIMENTO DE PROPRIEDADE

No tocante ao surgimento da propriedade, começamos com uma referência a Santo Tomás de Aquino, cuja doutrina constitui expressão do espiritualismo. Admitiu o sábio teólogo, a despeito disso, que os seres em geral, inclusive o homem, necessitam de condições materiais para a sua existência. O homem, como os outros animais, nasce, cresce, desenvolve-se e morre. A sua vida é, sob esse aspecto, semelhante à dos outros animais. Santo Tomás considerou que o homem constitui a culminância de todos os seres, a própria razão de ser do universo. No fundo, tudo converge para o homem, como expressão mais alta do quadro universal. Sem embargo dessa observação, Santo Tomás admitiu o determinismo do meio físico. Referiu-se ao alimento que passa a fazer parte da própria carne, do corpo; ao vinho, que, segundo expressão dele, se integra no próprio sangue; às roupas, que se adaptam ao corpo, tomando suas próprias formas. Em conseqüência, admitiu a apreensão dos bens, fundada em necessidades da existência material, que o meio físico impõe. Assim, o famoso doutor da Igreja justificou a propriedade privada como decorrente do próprio determinismo do universo, ou do meio físico.

Daguano imaginou como o sentimento de propriedade apareceu. Fundou-se, naturalmente, em hipóteses não comprovadas, por falta de documentos históricos, relativos aos tempos primi-

tivos. Partiu das trocas que o organismo dos seres tem que fazer com o meio exterior. O homem e os seres, em geral, procuram nele os elementos necessários à sua manutenção orgânica. Naturalmente, nos graus mais baixos da escala zoológica, tais trocas se operam de modo mais rudimentar, isto é, de modo simplesmente orgânico, e sem a contribuição de atos voluntários. Os animais mais evoluídos, entretanto, contam com a locomoção e a vontade, que lhes permite sair em procura de alimentos, estimulados pela sensação de dor que a fome e a sede provocam. O impulso instintivo faz com que o animal, que sofre, os busque, apropriando-se deles. Os alimentos poderão consistir em outros animais inferiores, ou, principalmente, no caso do homem, em frutos, que colhe. O fato é que o homem se dedica à procura de alimento, seja através dos animais inferiores, seja através dos frutos, e realiza apropriações à custa de esforço, que o conduz à posse e à propriedade. A referência é, apenas, ao ato material da apreensão. É nesse sentido que os estudiosos da vida primitiva se referem à posse e à propriedade, sem se preocupar com a distinção técnica entre os dois termos jurídicos. O que importa assinalar, então, é que os animais, em geral, e, em particular, o homem, apropriam-se das coisas levados pelas necessidades de sua própria alimentação ou subsistência. O esforço demandado por tal apropriação produz o primeiro sentimento de posse ou propriedade humana. Em seguida, o homem necessita, para melhorar sua luta contra a natureza, contra as intempéries, de instrumentos adequados. Estes, inicialmente, foram obtidos através de trabalhos feitos em pedras, que eram utilizadas para a construção de certos instrumentos rudimentares. Isso reclamava um esforço físico, um trabalho, que se incorporava de modo permanente ao produto obtido, acrescentando, assim, uma *plus valia* à matéria-prima utilizada para sua fabricação.

O trabalho proporciona ao homem uma compreensão mais nítida, mais precisa, da propriedade, por sentir-se ligado ao objeto em que trabalha, e no qual põe alguma coisa dele próprio, através do esforço empregado. Tal ligação o leva a defender a coisa dos que procurem dela se apropriar. Aí começa a luta pela

propriedade, pela conservação da coisa própria. Essa luta, orientada pelas concepções simplistas da época, não contou com os meios eficientes que a técnica veio, mais tarde, propiciar ao homem. Era, antes, uma luta física ou animal em que cada um empenhava apenas a própria força.

A circunstância tornava particularmente intenso o sentimento de propriedade, poder que se defendia com o próprio sangue e sem o apoio da autoridade pública, então inexistente. Refere-se Daguano, também, à tendência para a economia, que esse esforço suscitava. Preocupado em reduzir esforços futuros, o homem passou a reservar e a defender de terceiros as sobras de que dispunha. Assim, também, procedem certos animais, notadamente o cão, ao esconder o osso, para dele se servir mais tarde. A economia resulta, então, de um sentimento mais vivo de senhorio. Desse modo, supõe, apareceu o sentimento da propriedade dos bens móveis. Em seguida, surgiu a propriedade imobiliária, que se estabeleceu através de episódios diferentes.

O homem primitivo não se fixava em nenhum ponto. Era nômade. Mas, encontrando, em certos lugares, maior facilidade de caça ou pesca, neles procurava fixar-se, ainda aqui para poupar-se de maiores esforços. Estabelecia-se no chamado *campo de caça*, certamente sem limites precisos, mas com uma certa preocupação de *exclusividade* para o seu grupo. Esse exclusivismo o conduzia à reação contra a intromissão de outros, e à defesa dos *campos de caça*. Muitas vezes, uniam-se os grupos para a proteção comum. Formava-se, assim, a solidariedade na luta, uma luta de conjunto, em defesa do *campo de caça*. Daí terá surgido a idéia da propriedade imobiliária coletiva, em tempos remotos. Com o aparecimento da agricultura, mais se ligou o homem ao solo. Ele, plantando, tinha interesse em acompanhar a evolução genética das sementes lançadas ao solo, e dos produtos que delas iriam resultar.

Havia, então, nos tempos antigos, dois motivos de vinculação do homem ao solo: o primeiro relacionado com o *campo de caça*; o segundo, com a agricultura.

Fustel de Coulanges, na *Cité antique*, dá uma outra explicação à ligação do homem ao solo. Esta se teria realizado por motivos religiosos, através dos *deuses-lares*. Cada lar, cada família, tinha seus deuses, e, estes, os seus altares, de construção penosa, feita com pesadas pedras. Fixavam-se os homens nas proximidades deles, onde estabeleciam os seus lares. Ao lado da casa, desenvolviam suas atividades agrícolas, pastoris, de sorte que acabavam tendo certa área de domínio, distinta das dos vizinhos. Estabelecia-se, em torno dela, uma faixa que, já então, indicava a exclusividade do domínio. Essa faixa, precisamente para que pudesse ter maior segurança, considerava-se sagrada. Apareceu, assim, a figura do "Deus da Cerca", protetor da divisa. O marco divisório era, também, sagrado e se impunha com solenidades religiosas, através de complicado ritual. Quem desrespeitasse o marco sofria penas graves, inclusive a morte. Por meio da convicção religiosa, conclui Fustel de Coulanges, estabeleceu-se a noção de limite, que teria dado à propriedade, de modo mais nítido, a sua característica de *exclusividade*.

Após evolução longa e difícil, percebeu-se que também os bens imateriais podem ser objeto de propriedade. Entre eles, incluem-se os direitos autorais, as patentes e marcas etc.

Compreende-se, agora, que a valorização dos bens não depende somente do trabalho atual, mas também do esforço remoto, como é o que os artífices fazem no período do aprendizado, ou o que realizam os intelectuais, ao formarem sua cultura.

Eis aí várias fases do desenvolvimento do sentimento da propriedade. Não estamos, por ora, fazendo a história da propriedade. Apenas salientamos os fatos que levaram o homem a impor-se como dono. Devemos assinalar que, modernamente, as condições técnicas nos proporcionam facilidades e comodidades, com que não contaram os nossos ancestrais. Tais facilidades suscitarão, naturalmente, outras concepções.

Os homens, para se alimentarem, já não têm necessidade de se dedicarem, integralmente, à procura de alimentos; o ali-

mento é trazido à sua casa, à sua mesa. Se o homem primitivo esgotava suas atividades na procura dos alimentos, o homem moderno dispõe de vagar para dedicar-se a outras atividades. Pode agora, através do estudo, do aprimoramento do espírito, da prática dos esportes, preparar-se melhor para a vida.

O aperfeiçoamento do sistema de trocas, e de circulação das riquezas, permite-lhe contribuir para o bem-estar da coletividade e beneficiar-se do esforço comum.

A vida moderna tornou-se interdependente. Acentuou-se a solidariedade social. A divisão do trabalho, a especificação das funções, a organização conduzem os homens a melhor e mais cômodo estilo de vida.

Encontra-se no próprio trabalho das formigas uma organização que, embora rudimentar, torna, como nota Daguano, mais rendoso o seu esforço. Entre os homens, a racionalização do trabalho produz grande rendimento. Atualmente, ela é empregada em todos os setores da produção.

A digressão se destina a sublinhar o fato de que esses fatores, repercutindo na economia, acabam por se refletir na própria concepção da propriedade, contribuindo para conhecidos dissídios ideológicos.

## 8. A PROPRIEDADE COLETIVA DA HORDA

A propriedade evoluiu, da coletividade para o indivíduo, através de três estágios sucessivos.

Primeiramente, a propriedade foi coletiva. Em fase anterior, talvez à constituição da horda, em que os homens viviam em grutas e cavernas, sem chefia e sem nenhuma organização, a vida era, virtualmente, animal, reinando, em conseqüência, uma igualdade semelhante à que existe entre os animais. Em relação a tal período, não se pode falar nem mesmo em propriedade *coletiva*; não havia, então, concepção, ainda que rudimentar, da propriedade. Constituída a horda, passou esta a exercer a pro-

priedade *coletiva*, em relação às coisas de interesse do grupo, que seriam, principalmente, a terra e os próprios instrumentos de defesa e de produção, instrumentos esses naturalmente muito rudimentares, mas que eram trabalhados, a princípio, na pedra, pelos elementos do grupo social, em cooperação. Havia uma certa solidariedade nele em relação à vida interna, às coisas de que necessitava, fossem mobiliárias ou imobiliárias. Na fabricação das coisas de interesse da horda, cooperavam os seus componentes.

Ainda nessa primeira fase, teria existido a propriedade individual, embora restrita a certos objetos de uso pessoal, como as peles com que os homens se resguardavam do rigor do tempo e do clima.

## 9. MATRIARCADO E PATRIARCADO

Em seguida, no período considerado do *matriarcado*, formou-se, dentro da horda, uma célula social, baseada na matriarca. Não se percebeu, inicialmente, a ligação existente entre o filho e o pai. Percebeu-se, por mais fácil, a ligação entre o filho e a mãe. Surgiu, em consequência, uma certa organização familiar. A família destinava ao seu uso certos bens, dos quais se apropriava.

Do matriarcado, passou-se ao patriarcado, tendo por centro a figura do patriarca, que se foi avultando progressivamente, até constituir-se em chefe de um grupo maior e mais numeroso, do qual iria originar-se a cidade.

Esse grupo social exercia a propriedade coletiva sobre as coisas de que necessitava, e as defendia de agressões partidas de outros grupos. Tais agressões visavam, sobretudo, aos *campos de caça*.

Nessa fase *coletivista* da propriedade, evoluiu-se no sentido de uma distribuição periódica de terras entre certos componentes do grupo, a título de usufruto, isto é, sem prejuízo dos direitos dominicais do todo. Como justificação da inadmissibilidade

da propriedade individual, alegava-se que as terras pertenciam a Deus. Informa-se que, no tempo de Moisés, o imóvel voltava ao grupo social depois de cinquenta anos, sob o fundamento de pertencer a Deus, e não poder, por isso mesmo, permanecer perpetuamente no domínio particular de determinados indivíduos.

À medida que se foram constituindo as famílias, como unidades sociais internas do grupo, elas foram-se localizando em certas áreas. O respeito mútuo dessas situações levou à concepção da propriedade familiar, com a conseqüente desagregação do grupo social, para a formação de grupos menores. O culto dos deuses-lares, segundo Fustel de Coulanges, é que fixava a família, ligando-a ao solo.

Surgiu, assim, a propriedade da família, preponderante em todo o período do Direito romano. Os bens pertenciam à família, como comunidade, como conjunto. O *pater familias* dispunha de ampla autoridade sobre a família e respectivos bens, razão por que se costumava ver nele o verdadeiro proprietário das coisas usadas pelos componentes da família. Assim entendida, a propriedade se tornaria individual.

## 10. A PROPRIEDADE INDIVIDUAL

Perdurou por muito tempo a propriedade da família. Com a evolução, foram-se reconhecendo certos direitos às pessoas integrantes do grupo familiar, como, por exemplo, os relativos ao dote e ao pecúlio castrense.

Chegou-se, através dessas concessões sucessivas, à propriedade do *indivíduo*.

No Direito romano mais antigo, a propriedade se referia às coisas móveis, que se transferiam, de mão em mão, através da *mancipatio*. Registrou-se curiosa evolução, pela qual a *mancipatio* passou a ter por objeto, principalmente, os imóveis (terras e acessórios, incluindo escravos, animais de carga e tração, instrumentos agrícolas). Ela era uma solenidade em que, na presença

do *libripens* (porta-balança), se transmitia a propriedade, com o testemunho de cinco pessoas, que, segundo alguns romanistas, representavam as cinco classes romanas (v. n. 94, 98 e 104).

Temos, assim, em traços sumários, a evolução da propriedade da coletividade ao indivíduo, passando pela família, como etapa intermediária.

## 11. CONCENTRAÇÃO DAS RIQUEZAS

Vamos ver, agora, um outro aspecto histórico, o da progressiva concentração das riquezas.

Inicialmente, como ficou visto, a propriedade era coletiva, e, portanto, igualitária. Não havia pessoas mais ricas ou mais pobres. A propriedade era de todos, *coletivamente*. Posteriormente, foi-se estabelecendo a desigualdade, devida, principalmente, às guerras de conquista. Os vencedores ocupavam as terras conquistadas e transformavam os inimigos em escravos. Chegou a tal ponto a desconsideração pela pessoa do inimigo, que, em certa época e em certa região, os inimigos escravizados foram utilizados, segundo informa Daguano, como cães de caça.

Com a conquista, os vencedores ocupavam as terras. Os guerreiros mais prestigiosos, e de maior influência, escolhiam para si as melhores delas. Apropriavam-se dos melhores bens, para seu gozo pessoal. Estabelecida, por essa forma, a desigualdade, outros fatores contribuíram para acentuá-la.

Não apenas os guerreiros se apropriavam de bens materiais. Também assim procediam os sacerdotes, que convenciam o restante das pessoas de que eles eram, na terra, os representantes da divindade, e que, sendo esta dona de tudo originariamente, a eles, como seus representantes, cabia operar a distribuição de tais bens. Quem parte e reparte, diz a sabedoria popular, fica com a maior parte. Reservavam os sacerdotes, para si, as melhores coisas. Consideravam-se emissários dos guerreiros, que os prestigiavam, por isto, na distribuição dos bens.

Outro fator importante de concentração das riquezas decorreu da tributação. Os sacerdotes e guerreiros eram isentos de tributos. As outras pessoas, que sofriam a incidência de tributação, eram extremamente oneradas, procurando, assim, desfazer-se da propriedade. Transferiam-na às pessoas que podiam adquiri-las e não sofriam o ônus tributário: os sacerdotes e os guerreiros. A propriedade foi-se concentrando, também por esse motivo, em poucas mãos. Dados os encargos que decorriam da tributação, cuja solução podia alcançar a própria pessoa do devedor, preferia-se a condição de servo à de proprietário. Tornaram-se, então, freqüentes os contratos pelos quais pessoas livres se tornavam voluntariamente escravos.

Quando essa concentração da propriedade chegou ao extremo, verificou-se certa preocupação de atenuar-se a desigualdade da distribuição da riqueza.

Em Roma, houve várias tentativas nesse sentido. A lei Licinia reduziu a propriedade, opondo-lhe certos limites. Tibério Graco tentou distribuir os bens entre os necessitados. Apesar de haverem sido aprovadas suas idéias, foi assassinado, não podendo, assim, executar a sua lei.

Na Grécia, Licurgo preocupou-se muito com o problema. Procurou fazer a distribuição igualitária, de tal modo que se extinguissem as diferenças sociais. Também não alcançou êxito.

## 12. A PROPRIEDADE FEUDAL

O regime feudal teve origem na preocupação de defesa das terras, contra as invasões, que se tornaram freqüentíssimas na Idade Média, precisamente em consequência de asfixiante concentração das riquezas em poucas mãos. Os feudatários, dando apoio militar ao soberano, dele recebiam o direito de usar os imóveis. O soberano conservava o chamado domínio eminente e transmitia aos feudatários o domínio útil. O restante da população era constituído pelos trabalhadores, que cultivavam a ter-

ra em troca de alimento. Instituiu-se, assim, a *servidão da gleba*. Os servos não tinham propriedade, se não muito restritamente.

### 13. A PROPRIEDADE COMUNITÁRIA GERMÂNICA

A propriedade comunitária germânica inspirou-se no sistema feudal, como solução de transação, que permitiu a evolução em outro sentido. Os servos procuravam reunir-se em uma comunidade, que se tornava sucessora de todos os seus membros. Por essa forma, conseguiram formar patrimônios comunitários de expressão apreciável.

### 14. INFLUÊNCIA DA INSTITUIÇÃO DOS MUNICÍPIOS E DAS CORPORACÕES

A instituição dos municípios e a organização das corporações de artes e ofícios contribuíram poderosamente para abalar o poder dos senhores feudais, bem como para valorizar a riqueza mobiliária, colocando-a em melhor posição em face da imobiliária, então virtualmente concentrada nas mãos dos feudatários.

Chegou-se à compreensão de que o regime feudal deveria ser extinto, dadas as opressivas desigualdades que engendrava.

### 15. A PROPRIEDADE INDIVIDUALISTA

Nessa fase de transição, o rei da França, sentindo que o domínio eminente estava sendo abalado, fez consulta à Sorbonne a respeito. Segundo alguns, apenas por bajulação, ela sustentou o domínio eminente dos reis sobre todas as terras, que se consideravam concedidas por eles aos seus súditos. Essa opinião provocou reações, que levaram à convocação dos Estados-Gerais da França. Estes proclamaram o princípio de que a propriedade particular é inviolável.

Dessa proclamação, passou-se, como etapa de grande importância na evolução do direito da propriedade, à declaração dos direitos do homem, por ocasião da Revolução Francesa. A propriedade foi considerada *sagrada e inviolável*, o que serviu de base à elaboração do Código de Napoleão, que repercutiu em todo o mundo jurídico. Tal Código reconhece ao proprietário as prerrogativas do uso e gozo da coisa, da maneira mais absoluta. Essa cláusula, referente ao absolutismo do direito, acha-se, hoje, desprestigiada.

### 16. A PROPRIEDADE SOCIALISTA

A propriedade socialista originou-se, principalmente, da conveniência política de que os instrumentos de produção não devem ser detidos por entes privados, que deles se utilizariam para a *exploração do homem pelo homem*. Só a sociedade os empregaria de modo social.

A matéria encontrará melhor desenvolvimento no Capítulo seguinte.

# O problema político da propriedade

### 17. QUESTÃO DE CONVENIÊNCIA

Vamos considerar, agora, a questão da *conveniência* da propriedade privada, através principalmente das posições que, em face de tal problema, assumem os individualistas e os socialistas.

### 18. O ABSOLUTISMO DA PROPRIEDADE

No Direito romano, a propriedade foi tipicamente individualista. A própria expressão *domínio* indica a dominação da coisa, considerada absoluta. Entendiam os romanos que a propriedade conferia ao proprietário a plenitude do uso, gozo e disposição. Essa concepção perdurou e veio inserir-se no Code Civil francês — o Código Napoleônico, através de declaração de que a propriedade implica as prerrogativas de usar, gozar e dispor da coisa, *da maneira mais absoluta*.

Sustentam os *individualistas* que, destinando-se a propriedade a colocar as coisas em posição de satisfazerem as necessidades particulares do homem, ela se liga à própria liberdade individual. Esta ficaria afetada, se ao homem não fosse facultado adquirir bens e riquezas, na medida de suas possibilidades.

### 19. O PONTO DE VISTA DOS JUSNATURALISTAS

Os jusnaturalistas, também individualistas, consideram que a propriedade constitui um direito natural do homem. Para uns,

ela é um direito natural *próprio* ou *direto*, por ser da natureza do homem tornar-se proprietário, ou senhor de bens ou coisas. Para outros, o é indiretamente, no sentido de que, não sendo a propriedade indispensável à natureza da pessoa humana, é, entretanto, uma condição de seu bem-estar. A propriedade seria, assim, uma condição de realização da vida humana. Dela o homem não poderia prescindir, incluindo-se, pois, entre os direitos naturais *indiretos*.

### 20. O LIBERALISMO ECONÔMICO

O ponto de vista dos *individualistas* refletiu-se no liberalismo econômico, pelo qual, tudo correndo livremente, segundo a ordem natural e espontânea, alcançar-se-á o melhor resultado, quer do ponto de vista individual, quer do ponto de vista social. Entendem os liberais que a intervenção do Estado no domínio econômico é sempre deplorável, em seus efeitos, pois que ele dirigirá pior a economia do que cada homem ou empresário, atendendo ao seu próprio interesse. A livre empresa, ou a iniciativa individual, sob a pressão das leis econômicas, notadamente a da oferta e a da procura, como reguladora dos preços, corresponderia melhor à conjuntura e acabaria por harmonizar todos os interesses, conduzindo-os a salutar equilíbrio.

### 21. EVOLUÇÃO DO INTERVENCIONISMO ESTATAL

Já na Idade Média, antes mesmo que o individualismo fosse doutrinariamente sistematizado por Adam Smith e outros, Santo Tomás de Aquino opôs certas objeções ao princípio individualista. O grande teólogo distinguiu as riquezas em artificiais e naturais. As primeiras corresponderiam às que, segundo a economia moderna, consistem nos chamados valores de troca, como a moeda, enquanto as *riquezas naturais* seriam aquelas que *viessem da própria natureza*, e que somente poderiam ser utilizadas através da apropriação individual. Estas estariam à disposição

de todos, mas a apropriação teria de ser feita individualmente, a fim de atender às condições materiais da vida humana. Se a apropriação constitui o meio de colocar as coisas a serviço do indivíduo, este não deve perder de vista a realidade de que Deus as destinou ao bem-estar de todos os homens, ou da coletividade, e, assim, o indivíduo deve, ao se utilizar delas, permanecer atento aos interesses gerais, não se orientando por critérios egoísticos. A propriedade individual se justifica, mas não autoriza o descaso pelos interesses coletivos. Santo Tomás impugnou o ponto de vista de que a coletivização, o exercício coletivo da propriedade, seria a forma mais eficiente de utilização das coisas. Fundando-se na distinção entre a produção e a distribuição, sustentou o teólogo que o homem produz quando tem um estímulo, um incentivo, que é encontrado na remuneração. Se tivesse de contribuir, com outros, para um resultado *geral e impessoal*, dispensar-se-ia de maiores esforços, esperando que os cooperadores suprissem as suas deficiências, raciocínio este que conduziria à negligência geral. Eis por que, a seu ver, a melhor maneira de tornar as coisas úteis à coletividade é mesmo a livre empresa, a iniciativa individual, estimulada pelo lucro. Admitiu o lucro, desejando, entretanto, que fosse *moderado*, mas, em seguida, voltou a acentuar que o que importa é o *interesse geral*. Os homens, no exercício das suas várias atividades, não devem perder de vista que estão contribuindo para o bem-estar coletivo. Para evitar que o estímulo possa converter-se em fonte de enriquecimento excessivo e injusto, distinguiu entre o *necessário* e o *supérfluo*. Este último não pertenceria ao homem, mas, sim, à coletividade. Invocou São Basílio, na passagem em que declara que a pessoa, ao esconder o pão, ou guardar a roupa que não usa, fica com o que não lhe pertence, porque isto já pertence a outro, já é o *excedente* ou o *supérfluo*. Santo Tomás distinguiu o necessário *absoluto* do necessário *relativo*. O *necessário absoluto* seria o mínimo de que o homem, naturalmente, necessita, e o *necessário relativo* seria o que estivesse em consonância com a condição do homem, em sua vida social. Admitiu as diferenças sociais dos homens, para acentuar que a *necessidade relativa* pode ser superior à *necessidade absoluta*. Quanto ao excedente, Santo Tomás recomen-

dou que ele fosse distribuído entre os necessitados. A *virtude*, especialmente a da *caridade*, levaria o homem a distribuir a outros o *supérfluo*.

Nas Encíclicas *Rerum Novarum* e *Quadragesimo Anno*, identifica-se a influência das idéias de Santo Tomás de Aquino. Em outro livro de nossa autoria, intitulado *Idéias políticas*, analisamos essas cartas bem como as Encíclicas *Caritate Christi Compulsi*, *Divini Redemptoris*, *Mater et Magistra* e *Pacem in Terris*, às quais vieram juntar-se a *Populorum Progressio* e, em 30 de dezembro de 1987, a *Sollicitudo Rei Socialis*. Paralelamente a esses documentos oficiais, desenvolve-se um movimento de idéias mais avançadas nos círculos católicos. A despeito dessa constante preocupação com a ascensão social dos pobres, concluímos, no citado livro, que “não há doutrina social da Igreja, como corpo de princípios lógicos e eficazes”. Acaba de confortar essa pobre opinião a mais recente Encíclica, quando afirma que a Igreja não pretende indicar uma terceira estrada ou solução, como alternativa àquelas do capitalismo e do marxismo. O Cardeal Roger Etchegaray, presidente da Comissão de Justiça e Paz, falando por delegação papal, afirmou que a Igreja não tem um projeto político, no campo social.

Podemos considerar, agora, outras etapas da evolução da idéia socialista, em oposição ao liberalismo econômico.

Frederico List, em *Economia nacional*, referindo-se especialmente às relações entre as nações, sustentou que a igualdade invocada pelos liberais seria mais teórica do que efetiva. Tratando, particularmente, da posição da Alemanha em face da Inglaterra, na época em que escreveu, acentuou que o liberalismo, como doutrina, convinha aos ingleses, porque, dado o grau de adiantamento industrial que haviam atingido, a liberdade de acesso aos mercados externos lhes assegurava a oportunidade de dominá-los, oferecendo aos consumidores produtos melhores e mais baratos do que os nacionais. Esse domínio, prejudicando diretamente a indústria nacional, acabaria por reduzir a economia à atividade simplesmente agrícola. Só o sistema protecionista, impugnado pelo liberalismo, poderia assegurar o desenvolvi-

mento industrial dos demais países, a fim de colocá-los em condições de competir com a Inglaterra. List não considerou apenas o problema da *nação*, mas também o do *homem*. Sustentou que o homem não pode ser visto isoladamente, no tempo e no espaço. Liga-se às gerações anteriores, como às vindouras, de sorte que o que se deve ter em vista, na organização da economia, não é a situação que se coadune com a sucessão dos fatos econômicos que vêm das gerações anteriores e se projetam nas posteriores. Justificou, assim, List a intervenção do Estado no domínio econômico, contrariando, frontalmente, a opinião individualista ou liberal.

Outra figura importante desse movimento de idéias foi Sismondi, para quem se impunha a intervenção do Estado na economia, uma vez que foi em virtude de tal intervenção, isto é, foi em virtude do apoio dado pelo Estado, aos proprietários, que se acentuou a concentração das riquezas em poucas mãos e se verificaram as sensíveis desigualdades da fortuna, que agora se notam. Recordou que o Estado sempre amparou a propriedade, sem cogitar de apurar se, em sua origem, ela foi instalada legítima ou ilegitimamente. A herança, como modo de se transmitir indefinidamente a propriedade e de possibilitar a certas pessoas a vida sem trabalho, também foi instituída pelo Estado. Isto posto, verificados os chocantes desequilíbrios originados da intervenção do Estado na economia, a ele caberia retificar tais soluções, para se alcançar maior equilíbrio nas relações econômicas e sociais.

Movimento ideológico também merecedor de registro foi o chamado georgismo, dirigido por Henry George, que sustentou que a propriedade aspira à legitimidade, procurando um título em que se apóie. Este título não pode ser encontrado na propriedade atual, ou na imediatamente anterior. Tem que ser procurado na origem da propriedade. Deve-se voltar ao momento da sua constituição primeira, para se examinar a legitimidade da propriedade. Remontando-se ao infinito, vai-se chegar a um ponto em que se verificará que a propriedade decorreu de uma simples *ocupação* de uma coisa por certa pessoa. Do fato teriam decorrido, através dos tempos, os títulos sucessivos de domínio.

Evidentemente, prossegue George, não se pode aceitar esta concepção, porque importaria em atribuir-se excessiva força ao ato da *ocupação*. O simples fato de uma coisa ter sido ocupada, há milênios ou há séculos, proporcionaria o direito de propriedade, através das gerações sucessivas, a todas as pessoas que se sucedessem no domínio dela. A título de ilustração, acentuou Henry George que quem chega, em primeiro lugar, à mesa do banquete, nem por isso fica com direito a todas as iguarias; quem chega, em primeiro lugar, a um teatro, não tem direito de fechar as suas portas e não permitir que qualquer outra pessoa nele penetre. Impugnou a *prioridade*, como modo de adquirir a propriedade. Receando, entretanto, os desequilíbrios que resultariam da supressão imediata da propriedade, sugeriu que esta se realizasse por meio do imposto de renda progressivo.

Merecem referência também dois outros movimentos ideológicos, verificados na Alemanha. O primeiro foi o chamado *Socialismo de Cátedra*. Certos professores universitários, reunidos em congresso, preocuparam-se com o problema da distribuição da riqueza e formularam idéias de fundo socialista. Consideraram que, mais do que o aspecto econômico, importa a solidariedade moral, que é imprescindível entre os homens. Tal solidariedade moral leva a distribuir-se a riqueza de modo que os homens não se distingam entre os que possuem e os que não possuem, ou que não haja monopólio da felicidade e do bem-estar. O que compete ao Estado, como organismo histórico, como organização capaz de enfrentar e resolver o problema, é intervir, para equacioná-lo, de maneira mais conveniente, e procurar realizar, de modo mais equitativo, a distribuição das riquezas.

O segundo foi liderado por Rodbertus, que sustentou que o problema seria, principalmente, de adaptação da produção às *necessidades sociais*, pois os produtores não as têm em vista, por se preocuparem mais com a procura *efetiva*, que é a que lhes proporciona lucro. Não se preocupam em produzir para satisfazer as *necessidades sociais*, mas, sim, em produzir de tal modo que o seu lucro possa crescer. Produzem, assim, para os que têm moeda para oferecer, e estes não são a maioria. Os assala-

riados, em geral, só mediocrementemente têm poder aquisitivo; por isso mesmo, não podem adquirir as coisas de que necessitam, e ficam com muitas necessidades insatisfeitas. Os que têm poder aquisitivo maior gastam no supérfluo. A seu ver, o maior mal reside na liberdade de convenção, que permite a exploração do trabalho, através da fixação de salário, e a exacerbação do lucro, através dos preços, de modo que o meio para se resolver o problema seria extinguir-se a *liberdade de contratar*, como maneira de se reduzir a propriedade, sem extingui-la imediata e diretamente.

O trabalhismo inglês encontrou em Laski o seu líder intelectual, o teórico do movimento. Ele não se distanciou, em alguns pontos, da doutrina de Santo Tomás de Aquino. Em outros, dela se afastou. Apontou exemplos impressionantes de injustiça social. Falou na refeição do rico, que corresponderia a muitas refeições do pobre; no vestido da dama londrina, para exibição em poucas horas, em determinada noite, que corresponderia ao salário de um ano da costureira que o fez (no Brasil, o senador Pasqualini, em discurso, deu outro exemplo expressivo: acentuou que o preço de um Cadillac corresponderia a 50 anos de salários de um operário). Laski sustentou, ainda, na parte crítica de sua doutrinação, que o que há, na verdade, é um grupo que produz e outro que se destina, apenas, a gastar. Diz que este último grupo considera que manterá, dignamente, a tradição inglesa através do nobre esporte da caça. É um grupo que, quando se retira para as estações de veraneio e de caça, deixa atrás de si milhões que trabalham ininterruptamente para que possam divertir-se. Pretendeu que a solução do problema deve ser encontrada na limitação da propriedade. Sustentou que a propriedade sempre sofreu limitações. Ainda na concepção mais absolutista, ela não foi isenta de restrições. O Direito romano as admitia, especialmente em relação ao direito de vizinhança. Nada impede, pois, que a propriedade sofra novas restrições, que poderão processar-se através das nacionalizações, da concorrência do Estado no domínio econômico, ou em medidas de redução da herança apenas ao necessário para o sustento da viúva e educação dos filhos. Esse, em linha muito

sumária, é o pensamento de Laski, que pôde efetivar-se na Inglaterra, por ocasião da ascensão do trabalhismo ao poder. Nem todas as soluções preconizadas por ele, porém, foram postas em prática pelo Governo trabalhista.

No campo jurídico, deve-se salientar a contribuição de Léon Duguit, principalmente através de notável conferência pronunciada em Buenos Aires, em que salientou a evolução do direito, no sentido de se admitir a chamada *propriedade-função*, isto é, a propriedade como *função social*, ou a riqueza como objeto de *utilidade social*, e, não, simplesmente individual. Acentuou que as leis do seu tempo eram dominadas pelo individualismo, mas que a evolução das idéias já havia atingido um tal ponto que os antigos conceitos teriam de ser revistos. A expressão constante do Código Civil francês de que a propriedade era o direito de usar, gozar e dispor da coisa, da maneira *mais absoluta*, já não encontrava correspondência em leis posteriores da própria França. Os princípios inscritos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, dentre os quais está o que afirma o caráter sagrado e inviolável da propriedade, já se acham abalados, concluiu Duguit.

Outro jurista, Gaston Morin, salienta que, no que toca ao contrato, tantas e tão extensas têm sido as restrições sofridas pelo princípio da *liberdade das convenções* que, já hoje, se pode falar em uma discordância entre o *nocional* e o *real*. A *noção* de contrato, que o aponta como *livre acordo* de vontades, encontra na lei modificações tão extensas que, ou se faz a revisão do conceito, ou o contrato, cada vez mais, se torna sem correspondência com sua própria noção.

Ainda no rumo das concepções socialistas, Josserand formulou a teoria da *relatividade* dos direitos, na qual se propôs a demonstrar que a jurisprudência francesa se inclinara no sentido de considerar que todo direito tem, como razão de sua instituição, uma *função social* a desempenhar, motivo por que o respectivo titular, ao exercê-lo, deve mostrar-se atento a tal função, nunca o exercendo de modo antifuncional. Se o fizer, cometerá *abuso de direito*, que autorizará os tribunais a reprimi-lo. Jos-

serand fez aplicação dessa idéia a todos os direitos, inclusive ao de *propriedade*, a despeito do caráter *absoluto* que lhe atribui o Código de Napoleão.

Essas doudas opiniões têm, todas, inspirações socialistas. Por elas, vê-se que a idéia socialista vai abrindo, inclusive no campo estritamente jurídico, fundas brechas na velha e resistente cidadela individualista.

O Direito positivo, em geral, e, em particular, o do nosso país, vêm sofrendo a influência das concepções expostas. É expressiva, a este respeito, a distinção entre o solo e o subsolo, para assegurar-se, ao proprietário, apenas o primeiro, assim como o regime das quedas d'água, em que se cuidou de possibilitar, através da distinção entre a propriedade da superfície e a das quedas d'água, a produção mais ampla da energia elétrica, tudo em proveito dos interesses coletivos. Na mesma linha, as florestas foram declaradas bens de interesse comum a todos os habitantes do País. Expressiva, nessa direção, é a prerrogativa da União de promover a desapropriação da propriedade territorial rural, para fins de reforma agrária, pagando-se a indenização por meio de títulos especiais da dívida pública, resgatáveis no prazo de vinte anos, com correção monetária. O Projeto de Constituição preceitua, no § 39 do art. 6.º, e no art. 199, III, que a propriedade atenderá a sua finalidade. O PCC declara que "o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico, bem como evitada a poluição do ar e das águas". Filiando-se à teoria do *abuso de direito*, acrescenta o PCC que "são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem" (art. 1.229). Cada vez mais, o direito de propriedade, como se vê, perde o caráter absolutista que lhe atribuíram o Direito romano e o Code Civil francês. Torna-se mais e mais limitado, até mesmo por efeito da infiltração de idéias socialistas no mundo capitalista.

## 22. NACIONALIZAÇÕES INGLESAS

A propósito, torna-se oportuno assinalar que, na Inglaterra, se processaram, sob o governo trabalhista, sucessivas nacionalizações de instrumentos de produção.

A reconquista do poder pelos conservadores impediu que se completassem as medidas preconizadas pelos trabalhistas.

Essa circunstância, principalmente, deve ser levada em conta na análise e no julgamento da atraente experiência, que se iniciou na Inglaterra, de fundo socialista e sob a inspiração do pensamento de Laski, mas que, com a queda do *Labor Party*, se interrompeu.

## 23. A PROPRIEDADE SOCIALISTA

Embora mencionadas, em tópicos anteriores, algumas posições socialistas mais moderadas, somente agora abordaremos a posição de Marx e a aplicação de suas idéias, na órbita socialista.

Sabe-se que um terço do mundo é agora socialista, pelo que é preciso abrir espaço ao problema.

Marx, no Manifesto Comunista ou Manifesto do Partido Comunista (1848), propôs a supressão da *propriedade burguesa*, isto é, da propriedade dos instrumentos de produção, esclarecendo, entretanto, que não pretendia a supressão da propriedade de bens que não interessassem à produção. Foi, entretanto, em *O capital*, obra de três volumes, com cinco tomos, que deu maior desenvolvimento às suas idéias. Fez, principalmente, a crítica do capitalismo do seu tempo (século XIX), especialmente a do capitalismo inglês, que conheceu de perto, pois, exilado da Alemanha, viveu durante muitos anos na Inglaterra. Sustentou que a posse dos instrumentos de produção por uma minoria, a dos capitalistas, lhe outorga o poder de explorar o homem e o trabalho. Com efeito, o operário não pode trabalhar sem os bens de

produção. Se é lavrador, depende da terra; se é industrial, depende da fábrica etc. Não dispondo desses bens e necessitando de trabalhar, para não perecer, coloca a sua *força de trabalho* (capacidade de trabalhar durante certo tempo) à disposição de quem tem a propriedade dos instrumentos de produção. Como o mercado de trabalho é amplo, o capitalista sempre encontra oferta de trabalho. Pode, então, oferecer o salário menor possível, para que maior seja a sua margem de lucro. Entretanto, essa determinação do salário encontra limite nas próprias necessidades físicas do trabalhador: se lhe não é proporcionado o bastante para alimentar-se, o seu rendimento cai e, de outra parte, se não lhe der o bastante para procriar e sustentar a família, faltarão operários no futuro. Isto posto, o capitalista paga ao trabalhador o bastante para subsistir, em condições de produzir, e para sustentar a família, mas não lhe paga senão isso. Entretanto, a contribuição do trabalhador para a produção vale mais do que recebe e, assim, o capitalista só paga uma parte do trabalho, recebendo a outra gratuitamente. Surge, em consequência, a *mais-valia*, que o capitalista acumula, pondo-se em condições de adquirir mais bens de produção e explorar o homem, novamente e mais ainda. Para concluir que a parte do trabalho no produto vale mais do que o que o trabalhador recebe, Marx formula a *teoria do valor*. Os bens teriam um *valor de uso* e um *valor de troca*. No primeiro caso, o valor se relacionaria com a *utilidade* que a coisa apresentasse para cada pessoa. Mas o produtor, na economia moderna, não produz para o próprio consumo. Em consequência da divisão do trabalho, produz para trocar. Trocam-se umas coisas por outras, ainda que o uso do dinheiro, como elemento intermediário, não permita ver-se isso senão através da análise das relações de troca. Mas, no fundo, a verdade é que a troca de certa quantidade de um produto por certa quantidade de outro (se um metro de certo tecido vale mil cruzados e também valem mil cruzados cinco kg de arroz, aquele metro tem valor igual ao desses cinco kg). Pode fazer-se diretamente ou por meio de dinheiro. Forma-se, então, uma relação quantitativa. Mas, para que os valores possam igualar-se, é necessário

que haja *algo comum* nas mercadorias diversas. É o *trabalho*. E, assim sendo, o *valor de troca* só pode originar-se do trabalho, o que quer dizer que o valor da coisa, para fins de troca, é o valor do trabalho. Logo, se o capitalista fica com o produto e paga ao operário, ao verdadeiro produtor, apenas o bastante para a sua subsistência, é claro que ele se apropria de uma parte do produto ilegitimamente, decorrendo disso a *mais-valia* e a concentração capitalista. Chegando a essa conclusão, Marx, embora não houvesse elaborado a planta da sociedade socialista do futuro, sugeriu que a única maneira de eliminar-se a possibilidade da *exploração do homem pelo homem*, pela via exposta, seria não permitir que alguns homens detivessem os bens de produção. Queria que a propriedade desses bens fosse atribuída à sociedade (não ao Estado, pois o marxismo prevê o seu desaparecimento tão logo a produção seja bastante para todas as necessidades e desapareçam os antagonismos de classes).

Vitoriosa na Rússia, em outubro de 1917, a revolução, Lenine decretou o confisco dos bens de produção, inclusive o da terra. Desorganizou-se, por completo, a economia, especialmente a do campo. Sobreveio a fome, com conseqüente agitação social. Lenine recuou. Embora não revogasse o confisco, por ser isso uma confissão de fracasso da revolução, restaurou, através da NEP (Nova Política Econômica), formas capitalistas ou semi-capitalistas. Na produção rural, admitiu a exploração gratuita da terra, em termos virtualmente capitalistas, embora sem a propriedade privada. Surgiu, assim, a figura do *kulak*, semelhante à do fazendeiro. A economia se reergueu, à base do *estímulo individual e material*. Afirma-se, entretanto, que o recuo foi tático apenas, pois o que se pretendia era preparar-se o país para retomar o caminho socialista. Não havia técnicos, nem equipamentos, na época, para criar-se a produção socialista sem os empresários privados. Lenine reconheceu que mais importante do que o confisco de bens, que poderia ser substituído por um bom sistema tributário, seria organizar-se a economia, por meio de planificação. Em 1922, lançou o *Plano Goelró*, para a eletrificação da Rússia. Morto Lenine em 1924, Stalin, em 1927, ini-

ciou a política dos Planos Quinquenais para a edificação do socialismo. Pôs abaixo a NEP e, com ela, os *kulaks*. Encontrou duras resistências, que combateu com deportações em massa, fuzilamentos etc. Os camponeses responderam com incêndios, extermínio de rebanhos etc. Prevaleceu o poder da força.

Surgiram, assim, as *colcoses*, no campo, que podem ser relacionadas com o antigo *mir* russo, isto é, com a exploração coletiva da terra, voluntariamente adotada na Rússia, em séculos anteriores. O *mir* era, até o século XIX, a regra no país, sendo excepcional (quase sempre de aristocratas ou da Igreja) a propriedade individual e latifundiária. Em 1905, aboliu-se, por lei, o *mir*, mas o costume o manteve de pé. A *colcose* é, também, uma forma de exploração coletiva da terra, cuja natureza é cooperativa. Os colcosianos exploram a terra em proveito próprio, embora, antes de Krushiov, fossem obrigados a entregar uma parte da produção ao Estado. Stalin, fiel ao pensamento marxista de que os indivíduos ou organizações individuais não podiam ser proprietários de instrumentos de produção, não admitiu que as *colcoses* adquirissem máquinas e tratores, que pertenciam às Estações de Máquinas e Tratores, embora fossem por aquelas usadas. Krushiov, ao contrário, permitiu às *colcoses* adquiri-las. Atualmente, elas exploram a terra *gratuitamente* e em *caráter perpétuo*, não dividem o produto com o Estado e são proprietários de máquinas e tratores. Chegou-se, assim, a uma forma cooperativa e usufrutuária, semelhante à que se pratica em países capitalistas e, também, semelhante ao *mir* do tempo em que a Rússia se inseria no mundo capitalista. Só formalmente não há propriedade da terra na URSS, portanto. Como outra forma de amenizar-se o caráter coletivista, instituiu-se, desde Stalin, a exploração individual da terra, através do *dvor*, que é uma pequena área, explorada pelo colcosiano, individualmente, e geralmente destinada à produção de frutas e hortaliças. Existem, além disso, as *sovioses*, que são granjas-modelo do Estado.

Os demais países socialistas da Europa, em geral, convencendo-se dos inconvenientes do sistema colcosiano, não o adotaram. Na Iugoslávia, 95% das terras são de propriedade pri-

vada, embora a propriedade individual seja sempre pequena. Na Polônia, também disseminou-se a propriedade privada da terra.

Segundo relatório de René Dumont, feito em 1959, o único país que realizou progressos na produção agrícola, em bases socialistas, foi a República Popular da China. Generalizou-se, em conseqüência, a convicção de que a produção rural não se submete bem à planificação e à direção do Estado e só se desenvolve satisfatoriamente à base do estímulo individual e material. Os governos socialistas, em geral, procuram rever a sua política agrária.

Quanto à produção industrial, entretanto, a planificação socialista conduziu ao desenvolvimento econômico, como bem se percebe, nos países socialistas, notadamente na URSS, que, sendo um dos países mais atrasados do mundo em 1917, é agora, 70 anos depois, a segunda potência industrial. Os bens de produção industrial são, em geral, do Estado, salvo em alguns países, como a Polônia, que admitem a empresa privada média e pequena. O comércio, também com algumas exceções, é realizado por empresas estatais. Na China, formaram-se sociedades de economia mista, em que os capitalistas receberam ações, que lhes proporcionam o dividendo de 5% a.a. Por vezes, são diretores ou gerentes das fábricas ou usinas que lhes pertenciam.

Mas Stalin, sob a pressão dos fatos, teve de abandonar a tese marxista da paridade salarial, para instituir, em 1931, a diversificação. Na URSS, os salários podem ir de 400 a 30.000 rublos, ou mais, estabelecendo-se, em termos relativos ou percentuais, uma faixa mais larga do que a dos Estados Unidos. Formam-se fortunas, assim, na Rússia, constituídas por depósitos bancários, casas, objetos de arte, automóveis etc. Embora o Manifesto Comunista de 1848 condenasse a herança, ela é admitida nos países socialistas, mas não pode compreender bens de produção, que se excluem da propriedade privada, como ficou visto.

Para ocultar-se a propriedade do Estado sobre esses bens, o que justificaria a referência ao *capitalismo de Estado*, preferiu-

se, no mundo socialista, falar em *propriedade social* ou *propriedade socialista*. Mas, em face da argüição de que, com essa expressão, criar-se-ia uma propriedade sem proprietário, pois que a sociedade não é pessoa jurídica, já agora, especialmente na *lei aprobatória das bases da legislação civil da URSS e das Repúblicas Federadas* (1961), usa-se a expressão *propriedade do Estado*.

Respalda-se este tópico com o registro de que o atual governo soviético, sob o comando de Mikhail Gorbachev, confessa o insucesso da economia russa, sob vários aspectos. Lança-se a um projeto de reconstrução (*perestroika*), ainda desconhecido do mundo ocidental, a despeito da ampla difusão do livro de sua autoria intitulado *Perestroika — Novas idéias para o meu país e o mundo*. Ao mesmo tempo, parte para a abertura política (*glasnost*). É cedo para a projeção de resultados da nova experiência, sobretudo porque, contra ela, levantam-se resistências conservadoras, cuja expressão não se pode sequer prever. Os países socialistas da Europa mostram-se sensíveis às idéias inovadoras não muito identificadas com os princípios marxistas.

Simultaneamente, a República Popular da China também começa a utilizar-se de concepções empresariais capitalistas.

Há que se esperar, para avaliar-se melhor o processo de permeabilização.

## Capítulo IV

### Filosofia da propriedade

#### 24. CATEGORIA APRIORÍSTICA

Dado que o estoque dos bens econômicos é necessariamente limitado, impõem-se certas formas de distribuição deles, entre os homens, estabelecendo-se relações, que exigem regulamentação. Isto significa que qualquer ordem jurídica implica a conceituação e a disciplina dos direitos sobre as coisas, isto é, dos direitos reais, entre os quais se situa, em posição central, a propriedade. Esta terá de configurar-se como uma categoria *a priori* do pensamento em qualquer ordem jurídica, seja de caráter individualista (capitalista) ou coletivista (socialista).

Trata-se de uma categoria *apriorística*, porque antecede a qualquer experiência de direito, como ficou implícito no Capítulo II, referente à história e à sociologia da propriedade. O homem se tornou possuidor e proprietário antes que se elaborassem normas coativas e se estruturasse a ordem jurídica.

Mas, se a propriedade, em si e enquanto tal, antecedeu à experiência de direito, já a sua qualificação em privada ou coletiva, envolvendo a questão de saber quem deve ser proprietário, se o homem individualmente ou se a coletividade, só a ordem jurídica e, portanto, a experiência de direito, poderá decidir. Então, se a propriedade é categoria *a priori*, não o é a forma privada ou coletiva que assuma em certo Direito positivo.

À filosofia pertence o *dever-ser*. À experiência corresponde o *que é*.

A filosofia do direito de propriedade especula em torno das razões por que *ela deve existir, deve ser*.

Algumas teorias cuidam de explicá-las. As principais serão expostas a seguir.

## 25. TEORIA DA PRIMEIRA OCUPAÇÃO

Pretende-se que a legitimidade da propriedade decorreria da primitiva ocupação da coisa, realizada ao tempo em que ela não tinha dono, era *res nullius*. A propriedade se teria, então, estabelecido, e as sucessivas transmissões através dos séculos ou mesmo dos milênios apenas teriam produzido a mudança do titular do direito, sem afetar, entretanto, o direito, que seria sempre aquele mesmo adquirido no momento da primeira ocupação. Objeta-se que à ocupação falta substância jurídica, sobretudo por se fundar na vontade unilateral do ocupante, que não pode vincular terceiros, ou ser oposta às outras pessoas. Não se compreenderia, de resto, que, ainda que gerasse algum direito, este, decorrente apenas da materialidade da ocupação, se tornasse, desde logo, perpétuo, de modo a merecer o respeito, não só das gerações contemporâneas do ato, como das posteriores, até o infinito. Em última análise, a legitimidade da propriedade resultaria apenas da vontade de um homem — o primeiro ocupante. Não se deve admitir que só essa vontade tivesse o efeito de perpetuar a propriedade. Poderia ter sucedido ainda que a primeira ocupação houvesse resultado da violência, que não poderia constituir título de legitimidade. A teoria em exame se contentaria, entretanto, com o só fato da ocupação, sem indagar como ela se realizou, isto é, se se verificou com ou sem justiça. Por fim, reduziria tudo ao *trabalho* de ocupar, e melhor, então, seria acolher-se a teoria do *trabalho*, como justificação da propriedade. A ocupação, conclui-se, somente pode ser um modo de adquirir quando o direito o admite como tal, e, então, a substância jurídica se encontra antes no Direito positivo do que no próprio fato material da ocupação.

V. o Capítulo XVIII, no tocante à *ocupação* como modo de adquirir a propriedade.

## 26. TEORIA DO TRABALHO

Coube, provavelmente, a Locke lançar as bases da teoria do *trabalho*, para a justificação da propriedade. Os bens da natureza, e, em particular, a terra, seriam livres, podendo ser utilizados por todos. Só o *trabalho* seria a causa de valor. Foi essa mesma idéia, tão grata aos socialistas, notadamente a Marx, que Henry George acolheu e reelaborou, para dizer que não pode existir título legítimo para o domínio de qualquer coisa se não deriva do direito de seu produtor e não se funda no direito natural que o homem tem sobre si mesmo. O único título original seria, então, o direito que o homem tem ao exercício das próprias faculdades. Esse direito é que o tornaria senhor das coisas que produziu. Objetou John Ryan que, se é certo que o homem tem direitos sobre si mesmo, trata-se de *direito de agir*, não de propriedade. O exercício desse direito nada produz, isoladamente. Só produz quando se exercita sobre algo que lhe seja *extrínseco*, isto é, sobre *bens da natureza*. Para ser produtor, deve antes *possuir*, como dono, os materiais necessários. E, a que *título* os possui? O problema do *título* voltaria, assim, a ser posto. Se os bens fossem superabundantes, não seria necessário cogitar-se do título, porque o homem deles se apropriaria sem conflitos e no tanto preciso para a sua produção. Mas, sendo limitado, torna-se necessário o *título*, a *legitimação* da apropriação, sob pena de se estabelecerem lutas cruentas entre os candidatos à apropriação. O *trabalho* não é suficiente, portanto, para a *produção*, ou para atribuir, a quem o realiza, o direito exclusivo ao produto concreto. Confere ao produtor um valor, é certo, mas esse valor se junta ao da matéria-prima, para se apurar o do produto. Henry George mesmo, acrescenta o crítico, foi obrigado a admitir que o produtor deve, pela matéria-prima, pagar o respectivo valor à comunidade, à qual ela pertenceria, admitindo, em consequência, que o produto obtido não resulta só do trabalho. Reconheceu, assim, que o *trabalho*, por si só, não é título suficiente para a justificação da propriedade.

## 27. TEORIA DA ESPECIFICAÇÃO

Muito próxima à doutrina anterior, situa-se a da *especificação*, que se traduz na idéia de que, transformados pelo trabalho os bens da natureza em outros, de espécie nova, opera-se uma forma de criação, bastante para justificar a propriedade do bem novo produzido.

Objeta-se que a especificação somente poderia justificar a propriedade na medida em que a produção de bens pudesse ser considerada obra do indivíduo, servindo-se dos seus próprios instrumentos de trabalho, como sucede no trabalho manual, no trabalho agrícola e, especialmente, no trabalho intelectual. Não justificaria a propriedade do empresário sobre a produção nas fábricas, ou nos latifúndios, fundada na divisão do trabalho (várias pessoas colaboram para a criação de um só produto, sem que se separe a contribuição de cada uma) e com a utilização de instrumentos alheios de trabalho. Neste caso, se no trabalho se baseasse a propriedade, esta seria dos trabalhadores, chegando-se, então, a um resultado de cunho socialista e distanciado do próprio sistema da propriedade privada em vigor. Ocorreria a expropriação dos bens produzidos, em favor dos que houvessem participado do trabalho em prejuízo do proprietário dos instrumentos de produção.

Convém, ainda, observar que a presente especulação gira em torno da justificação da *instituição* da propriedade, e não da *aquisição* dela, depois de instituída. A teoria da *especificação* explicaria o segundo momento — o da *aquisição*, mas não justificaria a *instituição* da propriedade privada, em si mesma. Certamente, são questões diversas a de saber se deve *existir* a propriedade privada e a de saber se, existindo, *a quem deva caber* o título de proprietário.

V. o Capítulo XVIII, quanto à *especificação* como modo de adquirir a propriedade.

## 28. TEORIA INDIVIDUALISTA OU DA PERSONALIDADE

Considera Radbruch que foi Goethe quem soube dar a mais

elevada expressão à teoria *individualista* ou *da personalidade*, especialmente nesta passagem:

“*Epimeneus* — Que te pertence, pois, como teu?

*Prometeus* — Tudo quanto se acha dentro dos limites até onde a minha atividade se estende; nada mais, nem nada menos.

*Fausto* — Aquilo que herdaste de teus pais, tu o adquiriste para o possuíres. Aquilo que não aproveitamos torna-se-nos pesado encargo. Somente o que o momento cria pode ser aproveitado”.

É a concepção dinâmica da propriedade, contrapondo-se à concepção estática. A propriedade, para manter-se, necessitaria de uma constante integração, sendo utilizada continuamente, através de uma atividade fecundante. Perderia a legitimidade se se tornasse estática e sem utilização. Teria de constituir uma forma de alargamento da personalidade, de projeção do proprietário na coisa possuída, formando com ele virtualmente um todo orgânico. Posta assim a questão, o homem estabeleceria relações mais espiritualizadas com as coisas, não sendo apenas o dono delas. Como exemplos bastante característicos desse tipo de relações, considerem-se os casos do colecionador de raridades e do homem religioso, em face das coisas que servem ao seu culto.

Mas, visto o problema nesses termos, muito reduzido seria o número das coisas a cujo respeito se estabelecesse um tal estado de espírito, uma forma de *affectio*. É o que observa Radbruch, para dizer que, nesse número, se incluiriam os bens do vestuário, da habitação, os livros, as coleções, os instrumentos e as obras de arte. No máximo, a propriedade se justificaria, com tal fundamentação, em uma organização econômica de artífices e pequenos lavradores. Não existiria em uma organização de fábricas, bancos e grandes latifúndios, em que não há afeição pelas coisas, senão simples estimativas monetárias, condicionadas pelos valores econômicos e pelos preços, e tudo em função de uma circulação veloz, através da qual as coisas produzidas não se conservam, mas se trocam logo por dinheiro. A própria idéia de patrimônio compromete o caráter espiritua-

lista que a teoria da personalidade procura realçar. No fundo de tudo está o dinheiro, que, antes de ser uma coisa, é um meio de pretender coisas. Tudo se deixa dominar pelo fim econômico, não mais pela afeição.

Afastado o aspecto espiritual, a *affectio*, resta, diz Radbruch, considerar a necessidade que o homem tem das coisas para se realizar, para se desenvolver. Essa necessidade não é de alguns. É de todos. O sistema da propriedade privada, tal como instituído, se é positivo para o proprietário, é negativo para os que não são proprietários, pois os exclui do gozo das coisas. E será tanto mais negativo, para o maior número, quanto mais se concentrar a propriedade. Forma, necessariamente, o capitalismo, que, inevitavelmente, proletariza a maioria. Não se cria uma probabilidade para todos, mas uma possibilidade dos fortes, convertendo-se em privilégio. A propriedade distancia-se, assim, da idéia democrática, conclui Radbruch.

## 29. TEORIA DA FUNÇÃO SOCIAL

As concepções individualistas da propriedade partem do pressuposto da harmonização do interesse individual com a utilidade geral.

A teoria da *função social* da propriedade nega essa harmonia, considerando-a ilusória. Pretende que tal função não se acha ligada à função individual, isto é, ao serviço que a coisa presta ao indivíduo isoladamente e enquanto tal. São dois planos independentes, o do interesse individual e o do interesse social, ainda que este tenha por fim último também o indivíduo, mas não certo indivíduo, ou uns poucos indivíduos, e, sim, o maior número de indivíduos.

Então, as coisas devem ser colocadas a serviço da maioria, do bem comum. Só na medida em que não interessarem ao plano social (bens de consumo ou de uso pessoal), é que se justificará a propriedade privada, como uma forma harmonizável com os interesses coletivos.

## 30. TEORIA POSITIVISTA

Por essa via, tudo deságua na teoria *positivista*. O juiz do problema de medida ou conveniência é o Estado, é a lei, é, em suma, o Direito positivo.

Eis porque Bentham diz que a propriedade é uma decorrência da lei, somente da lei. Existe, porque a lei quer que exista. Existirá apenas enquanto a lei a quiser. E a lei só pode querer aquilo que, na opinião do legislador, corresponde ao bem comum.

A lei a institui, disciplina e limita. Pode suprimir certas formas de propriedade, como propõe e realiza o socialismo. Pode conservá-la, mas condicionada ao interesse social. Foi o que fez a Constituição de Weimar: "A propriedade obriga e seu uso e exercício devem, ao mesmo tempo, representar uma função no interesse social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos". O princípio está consagrado na atual Constituição (art. 160, III) e no projeto da Comissão de Sistematização (arts. 214, 215 e 218).

É óbvio que os jusnaturalistas não aplaudem essa concepção, pois, no seu entender, a propriedade é um *direito natural* do homem.