



# Os direitos reais na constitucionalização do direito civil

## *The real rights in the civil rights constitutionalization*

RICARDO ARONNE<sup>1</sup>

Doutor em Direito Civil e Sociedade pela UFPR, Mestre em Direito do Estado pela PUCRS. Advogado.

**RESUMO:** O artigo pretende tecer uma introdução crítica ao direito das coisas, comungando em núcleo comum com texto o diálogo entre direitos reais com os bens imateriais em sua esfera regulatória. Não é um texto especificamente voltado a demonstrar o novo paradigma ou sua transição ora em curso no Direito Civil, mas um trabalho que busca rever as premissas tradicionais que fundaram o discurso científico clássico no Direito Privado, à luz de um novo paradigma impresso na jurisprudência e a partir da crítica do visã objetivista do século XIX, cujas sequelas se evidenciaram na segunda metade do século XX e resultam inconclusas no século XXI.

**Palavras-chave:** Direitos reais, Titularidades, Constitucionalização do direito privado.

**ABSTRACT:** The Article intend to make a critic introduction to the real right, communing in a shared center with the text about right connected with the immaterial goods in the regulatory sphere. The text is not specifically turned to demonstrate a new paradigm or a transition in progress in the civil rights, nowadays. But is a study that look forward to review the traditional assumptions that the classic scientific private right's speech were founded, on the point of view for a new paradigm used by jurisprudence and by the objectivist view from the XXI century's critic whose consequences are showed in the second half of the XX century and result unfinished in the XXI century.

**Keywords:** Real rights, Ownerships, Private rights constitutionalization.

## 1 PRIMEIRAS NOTAS

Assim que me ocupei do honroso convite da prestigiosa organização dessa obra, me preocupei mais na razão do intervir do que no conteúdo específico da intervenção, propriamente dita. Um tema de meu conforto, dentre os direitos reais, que tivesse potencial para seduzir um decano pragmático da judicatura ou o neófito ingênuo, sedento de dogmática paleojurídica, era minha mirada.

Ao início dos anos 90, o cenário jurídico privado, atingido pelos resultados dos movimentos democratizantes que resultaram na atual República e na Constituição Federal de 1988, passava por um processo afirmativo dos direitos fundamentais. Emergiram diversos diplomas consolidadores dessas novas garantias, reconstruindo o projeto jurídico codificado em 1916. Legislações em matéria de relações familiares, obrigacionais ou proprietárias, buscavam melhor radiografar a axiologia jurídico-social legitimadora de tais conquistas.

Olhando para aquele momento, em que se viu surgir toda uma legislação revestida de socialidade,

percebe-se, paradoxalmente, a consciência de que tal conquista importava em um novo desafio, com a constância intuída por Nietzsche no Eterno Retorno. Iniciava uma marcha conduzida pelo parágrafo 1º, do art. 5º, da CF/88, reguladora daquilo que pode ser uma vontade de Constituição, na direção já apontada por Konrad Hesse.

Nesse curso, a determinista dogmática que dava suporte ao Direito Privado vigente, começava a perder o seu suporte. A ficar sem pé. Como uma desajeitada garça, no cenário de uma jurisprudência que dela muito destoava; fosse ao afirmar que o contrato faz lei entre as partes, fosse ao discorrer sobre a maior gravidade do adultério feminino, não sem misoginia. No âmbito dos direitos reais, a teoria dos direitos absolutos não conseguia ter conforto, quando próxima dos deveres de funcionalização emergentes.

Quando, em 1995, o STF fixa entendimento ao afirmar ser a propriedade relativa e não absoluta, séculos de pensamento tradicional que edificou uma teoria e uma prática dos direitos reais, perdia completamente o sentido. Se as garantias reais passavam a ser relativas, qual pode ser a distinção entre uma fiança

e uma hipoteca, enquanto relação jurídica? Por outro lado, desde a primeira lei de quebras, percebia-se que as garantias reais se relativizavam diante de outros créditos, como fiscais ou trabalhistas.

Percebe-se assim que a verificada crise, em verdade era o desaguar de uma profunda esclerose que vinha se apropriando do pensamento tradicional, desde a publicização do Direito Privado, oriundo dos estados cada vez mais intervencionistas, como fenômeno mundial no cenário do século XX, aqui verificável desde a Era Vargas.

Uma das dicotomias fundamentais do direito patrimonial brasileiro foi posta em cheque, e nele ficou até sistematizar-se o que veio a demoninar-se Teoria da Autonomia; derivada da análise de outra dicotomia, entre propriedade e domínio. Afinal, mesmo a partir da dogmática tradicional, pode-se perquirir da coerência lógica de afirmar-se que os condôminos têm, conjunta ou separadamente, a totalidade do domínio; enquanto as respectivas titularidades percentualizam-se entre os mesmos.

Aqui delimitou-se o tema, objeto de anterior estudo, ora focado por outra codificação, à qual situa-se em verdadeiro paradoxo. Anteceder e ser posterior ao tema posto em liça, em seu projeto de atemporalidade ou imortalidade. A dicotomia dos direitos reais e pessoais é inerente ao diploma de 2002, conforme o modelo já formulado em 1803 no *Code*. Vocacionado, portanto, ao conflito com os direitos fundamentais vertidos na Carta de 1988.

Desde logo tracei o tema a partir do diálogo entre o patrimonialismo e a despatrimonialização, paradoxalmente presentes na doutrina e recantos legislativos, já ponderando os elementos traduzidos pelas relações entre a Teoria do Caos<sup>2</sup> e suas aplicações no sistema jurídico<sup>3</sup>, para refletir sobre os elementos atratores que redesenham a jurisprudência contemporânea no curso da travessia do século.

Essa afirmação, constatadora de iniludíveis conservadorismos em setores dogmáticos, ressoa ainda mais alto dentro dos corredores epistemológicos do direito das coisas fundados em uma moldura proprietária de arquétipos incompatíveis ao próprio Estado contemporâneo.

Mais que isso, acaba por perseguir uma discussão que remete à Filosofia da Ciência, por razões de rigor e transparência. Funda um diálogo em diversos níveis, caracterizadores dos diversos níveis de uma mesma travessia. Uma travessia do paradigma moderno de Ciência<sup>4</sup>, evidente no predicado da pragmática e difuso, etéreo e até esotérico em setores da dogmática positivista, impermeáveis a qualquer ressonância social.

Trata-se de um trabalho que comparece na condição de convite. Convite a um diálogo de premissas, cuja justificação há de assentar-se em uma legitimação ético-comunicativa<sup>5</sup> em detrimento da lógica formal surda e superada em todos os setores da Ciência. Busca assim, tecer uma introdução crítica ao direito das coisas, comungando em núcleo comum, com texto em que trabalhei o diálogo deste com os bens imateriais, na esfera regulatória<sup>6</sup>.

Não é um texto especificamente voltado a demonstrar o novo paradigma ou sua transição ora em curso<sup>7</sup> no Direito Civil. É um trabalho que busca rever as premissas tradicionais que fundaram o discurso científico clássico no Direito Privado, à luz deste novo paradigma impresso na jurisprudência. Retrato da ressaca contemporânea da embriaguez objetivista do século XIX, cujas sequelas se evidenciaram na segunda metade do século XX e resultam inconclusas no século XXI. Um diálogo em uma bifurcação da história.

Ou enfrentamos os excrementos sociais expelidos pelos parlamentos, instituições e favelas, para recolher o que de proveitoso resta na reconstrução dialógica de um futuro melhor para a humanidade; ou prosseguimos cegos, bebendo do vinho desse louco Bacco cartesiano<sup>8</sup>, para que as gerações vindouras decidam o que fazer com o que restar dela e do mundo que conhecemos ou que conseguimos reconhecer.

Busca ser uma lente. Uma lente prospectora. Útil ao míope e ao cientista. Engastada na esperança da razão. Comunicativa, vivencial, complexa e Humana. Estrutura-se para dialogar a partir de um discurso com um interlocutor monológico e surdo. Dialoga com a manualística, para verter desconstrução dialética. Para dialogar com as premissas. Discutindo arquiteturas. Arquiteturas proprietárias, fundantes do Direito Civil. Já traçara esse percurso anteriormente, para denunciar o distanciamento de tratamento entre a propriedade material e imaterial. Agora o faço com outro impulso. Situa-se o criticamente o direito das coisas em sua descrição nas matrizes tradicionais, trazendo em seguida as teorias que suportam tal discurso. A partir disso pode-se dialogar estas premissas junto às novas matrizes epistemológicas, para investigar suas possibilidades contemporâneas em nova arquitetura axiológica, em seguida enfrentada à luz do sistema jurídico vigente em sua noção redimensionada.

Talvez inspirado em Foucault, desafia-se à dogmática em favor de uma necessária semiologia jurídica<sup>9</sup>; epistemologicamente edificada no sistema, em detrimento do conceitualismo ou positivismo formal e abstrato. Reconhecadora da positividade dos princípios e da axiologia intrínseca do ordenamento

jurídico, cuja malha fractal é discursivamente moldada tópica e telelogicamente nos gargalos normativos desses atratores<sup>10</sup>.

## 2 REDESENHOS E REARRANJOS – DA UNIDADE ENTRÓPICA À COERÊNCIA PLURAL

O direito das coisas, sob uma matriz civilista de enfoque tradicional, não obstante apontado como “[...] a província do direito privado mais sensível às influências de evolução social”<sup>11</sup>, ainda corresponde ao “complexo de normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem”<sup>12</sup>; resultando prismado de uma coordenada que o reduz à pertença, ignorando o sujeito enquanto não seja titular de bens.

De mínima sensibilidade social, esta percepção<sup>13</sup> natural da Pandectista e da Escola da Exegese, retoma o fetiche oitocentista da codificação revelando uma visão própria de mundo<sup>14</sup> aplicada ao Direito, em especial Civil, sob o filtro de duas teorias que lhe são fundamentais (relação jurídica e direitos subjetivos).

Identificado o Direito Civil ao Código Civil enquanto sistema fechado, mormente em se falando da presente disciplina à luz da já senil caracterização do regime de *numerus clausus*<sup>15</sup>, um dos respectivos livros da codificação, destinado aos direitos reais, ali modelados como absolutos, carrega tal efígie nominal perfazendo eficiente fronteira para o discurso clássico que permanece nos manuais<sup>16</sup>.

Aportada à temática da nova codificação, saliente-se que os contrastes com o Código Beviláqua, até existem, mas não são gritantes<sup>17</sup>. A matriz patrimonialista de sua arquitetura aliada ao discurso de centralidade normativa que o envolve, ambos somados ao anteparo da manutenção de uma parte geral e à atitude de preservação que a comissão encarregada de sua feitura seguiu, denunciam o exposto<sup>18,19</sup>.

Inaugurado sob a ótica das teorias oitocentistas, recebidas no núcleo do novo Código, o direito das coisas importa na regulação e disciplina dos direitos patrimoniais absolutos, compreendidos como a propriedade privada em suas diversas manifestações, expressões e emanações, na percepção original, quase nominalista em razão da taxatividade aplicada. Percebase tal formato de digressão já presente em Lafayette, a mais referenciada doutrina nacional do século XIX<sup>20</sup>.

Como resultado do discurso privatista tradicional, uma forte perspectiva abstrata e patrimonialista, coerente aos ares do liberalismo econômico que gestou o regime de propriedade no nascimento do Estado Moderno a partir do discurso iluminista, se entranhou

no Direito Civil<sup>21</sup>. Fundado no jusracionalismo e ancorando-se no jusnaturalismo, para qual o direito de propriedade perfaz um direito natural do homem<sup>22</sup>, facilmente o discurso moderno entronizou a inviolabilidade da propriedade privada, alinhando-a com a noção de liberdade e dignidade do indivíduo<sup>23</sup>, derivada da sacralização do instituto já na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão havida no outono do século XVIII.

Recebendo um livro próprio, no *Code Napoléon*, a propriedade em suas diversas manifestações e arranjos cuja relevância interessara ao liberalismo nascente ingressava no infante Direito Civil com arquitetura e configuração própria<sup>24</sup>. Na leitura tradicional privatista, a disciplina do direito das coisas corresponde ao estudo do respectivo livro da codificação, com o patrimonialismo e abstração que são naturais aos esquemas juscivilistas clássicos<sup>25,26</sup>.

Direito das coisas é o ramo do saber humano e das normatizações que trata da regulamentação do poder do homem sobre os bens e das formas de disciplinar a sua utilização econômica. Dir-se-ia que, em última instância, o ser humano é sempre movido tendo como motivo fundamental um fim econômico, o qual se concretiza na conquista de bens. Por isso, o direito das coisas, embora necessária a sua especificação dentro do universo do direito, repercute em todos os setores jurídicos, seja qual for a divisão que lhe empresta a metodologia na sua consideração geral<sup>27</sup>.

Reduzido à condição de sujeito de direito, o homem passa a ser mero partícipe do abstrato reino da relação jurídica patrimonial<sup>28</sup>. Como tal, este personagem somente manifesta motivações e percepções compatíveis com as opções do liberalismo laico burguês<sup>29</sup>. Um homem ideal, vivendo em um cerco privado (ou mercado) ideal. Condições ideais. Imunes. Neutras. Em um determinado ponto de vista. De um observador também abstrato. Determinada visão de mundo. Determinista. Cria um *Homo Economicus*. Codificado, abstrato e eficiente em busca de gerir e gerar “externalidades”.

É ateu, não possui ódio, paixão, amor, raiva, desprezo, amizade, ira, afeto ou sentimentos estranhos à codificação. Não ri ou chora. Suas motivações são exclusivamente econômicas. Ele se limita a possuir, dispor, usar, fruir ou negociar. É um autômato metalista, apto a viver sob a égide da *Lex Mercatoria*<sup>30</sup>. Suas motivações centram-se na teoria da justa troca<sup>31,32</sup>.

Percebida a função social da propriedade, a partir do núcleo substancial do ordenamento jurídico, como direito fundamental (para bem mais além de uma

cláusula geral)<sup>33</sup>, uma mutação inicia seu curso dando um profundo golpe na visão de direito absoluto que por séculos envolveu o discurso proprietário<sup>34</sup> e teceu o direito das coisas codificado.

O repensar inerente ao fenômeno da constitucionalização do Direito Civil<sup>35</sup>, introduziu novas reflexões acerca dos direitos reais, cuja gama de interesses centrais da disciplina deixava de estar ubicada tão somente na figura do proprietário ou demais titulares, percebendo interesses distintos e até difusos em seu seio<sup>36</sup>.

Plural, como a sociedade brasileira resultou amalgamada, esta nova visão projeta um foco bem mais amplo, abrigando, para além dos personagens codificados tradicionais, os despossuídos e interesses extrapatrimoniais<sup>37</sup>. Uma visão includente. Indeterminista<sup>38</sup>. Libertadora. Não obstante, com um padrão. Um sentido teleológico impresso por atratores normativos, que vinculam o discurso conformador do intérprete<sup>39</sup>. Uma ordem por trás do aparente caos<sup>40</sup>. Uma nova esperança no Direito.

Superadas as teorias de afetação tradicional que se entranharam na leitura dos direitos reais<sup>41</sup>, salientada a autonomia das titularidades de pertença frente ao núcleo dominial<sup>42</sup> e liberta a posse das amarras proprietárias<sup>43</sup>, pode-se definir o direito das coisas na atualidade, simplesmente, como o ramo do Direito Civil destinado à regulação sociopatrimonial da posse, titularidade e domínio, com larga projeção e influência dos demais campos do Direito (agrário, urbanístico, ambiental, administrativo, biodireito, contratos, dentre outros); pois largamente influenciado e influente no sistema jurídico como totalidade (aberta), a partir do reconhecimento de sua unidade axiológica<sup>44</sup>, com epicentro constitucional<sup>45</sup>.

Infere-se influente e influenciado, pois é atingido pela órbita axiológica de diversas normas (atratores), resultantes de diversos diplomas legais, materialmente alinhados à axiologia constitucional. Redesenhado em concreto, na sua fractal<sup>46</sup> existência social, um direito subjetivo em pleito, sofre o influxo de diversas órbitas normativas, reciprocamente atratoras e rejeitoras, em curso de preponderância variável, pela alimentação axiológica. E é nesta constante mobilidade que reside o elemento de coerência material do Direito.

Teleologicamente orientado à realização do Estado Social e Democrático projetado na Carta de 1988, interesses extraproprietários, sejam de natureza pública ou social, resultaram lançados na mirada do direito das coisas, em concurso com o respectivo interesse privado dos titulares<sup>47</sup>.

A publicização do Direito Privado, fenômeno que, no tocante ao Brasil, se iniciou nos anos 30 do século

XX, tendo no curso de seus altos e baixos denunciado a ruína da racionalidade codificada, encontrou seu ápice a partir dos anos 90, na esteira da aplicação judicial da visão contemporânea dos direitos fundamentais e das teorias de eficácia que a alimentam hodiernamente<sup>48</sup>.

Como resultado, operou-se uma reconstrução, ainda em curso, do Direito Civil, com amplo impacto no direito das coisas, na busca de sua repersonalização, orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana<sup>49</sup>. Migrando o patrimônio para a periferia, deixando ao homem, em sua antropomórfica dimensão intersubjetiva, o centro dos interesses protetivos do sistema jurídico, a propriedade e suas manifestações passam a guardar um papel instrumental.

Tal alteração, não se funda em mera boa vontade de setores do Poder Judiciário, com “certas tendências ideológicas”. É simplismo leigo reiterar tal pensamento, quando se observa que a pauta fundante da migração operante na trajetória da jurisprudência brasileira, radiografando a despatrimonialização do Direito Privado tem assento em normas jurídicas positivadas em diversos recantos do ordenamento. Normas que conduzem o discurso dos intérpretes do direito, assim como são conduzidas intersubjetivamente pelo discurso neste percurso. Fundando uma comunidade recursalmente legitimada pelo discurso. Democratizante. Atratores.

Torna-se, assim, complexo repetir empoeirados conceitos tributários de valores oitocentistas, não raro incompatíveis ao ordenamento jurídico vigente, como se torna paradoxal voltar a trilhar a teoria de suporte dos direitos reais, que angula a leitura e aplicação do direito das coisas tradicional. As normas vigentes, à luz dos valores que as dinamizam, são repulsores desta postura. Cabe à pós-modernidade, na sua síntese, decantar a dogmática para que se colha o que de proveitoso resta de sua ruína<sup>50</sup>.

Não obstante, ao estudo da disciplina, se faz necessário o domínio do manancial teórico clássico, senão por apuro acadêmico, visto não se ignorar o asfalto que pavimenta o percurso histórico do Direito, pelo fato de que ainda hoje na doutrina, largos setores reproduzem a visão tradicional; mesmo que sem maior reverberação na jurisprudência. Paradoxo. Fenômeno natural à dialógica<sup>51</sup>, orientada como instrumento deontológico de operação. Útil ao reconhecimento da complexidade, inerente ao paradigma atual, repulsor do simplismo dialético das equações codificadas nas regras, por esquemas tipo/sanção<sup>52</sup>.

Como dado de realidade, poder-se-ia, com alguma serenidade, afirmar que em semelhante proporção com que se verifica a primazia tradicional na teoria jurídica, este dado se inverte no sentido da primazia

contemporânea na aplicação do direito na vida prática<sup>53</sup>, ainda que muito ainda haja para ser trilhado. O que não se pode afirmar é que a esta prática não subjaz uma teoria, pelo fato de ser menos compreendida nos bancos acadêmicos<sup>54</sup>.

### 3 SEMIOLOGIA DAS TITULARIDADES – OS VÍNCULOS REAIS

Sob a tradução semântica de vínculos reais, a teoria da relação jurídica foi contrabandeada<sup>55</sup> para o núcleo do direito das coisas, quando de sua formulação moderna (séculos XVIII e XIX), para a construção da arquitetura das relações de propriedade, encastelada na concepção de direito absoluto<sup>56,57</sup>.

Deve-se partir, para, com Foucault<sup>58</sup>, proceder-se uma arqueologia do Direito das Coisas, da raiz que produziu a construção do discurso proprietário, positivado na codificação francesa e derivado para a alemã, orientando a dogmática que influenciou a sua concepção no Direito Civil brasileiro. Faremos isso, em largos saltos circunscritos ao século XIX, devido às limitações de espaço que delimitam este texto. Não obstante, a matéria é largamente explorada em estudos prévios, que suportam este rascunho de pensamento<sup>59</sup>.

A base justificadora da concepção tradicional aponta fontes eminentemente romanas, ainda presente na fundamentação da dogmática manualista. Nasce, assim, a Teoria Realista. A propriedade, a partir da fórmula dominial havida nas Institutas<sup>60</sup>, postulado do Direito Bizantino, fica expressa como um complexo de relações entre titular e bem; compreendidas como os poderes de usar, fruir e dispor. O único sujeito do vínculo seria o respectivo beneficiário, de modo a não serem percebidos quaisquer outros interesses eventuais de estranhos a tal relação.

As faculdades proprietárias exteriorizavam-se como verdadeiro *potestas*, possibilitando ao titular dar o destino que melhor lhe aprouvesse ao bem, independente da conjuntura em que se encontrava a respectiva situação dominial.

A burguesia procedeu, na confecção do Estado Liberal<sup>61</sup> e do respectivo Direito Civil para o qual este era servil, um contraponto extremo à insegurança patrimonial promovida pelo Leviatã, claramente identificado ao Estado Absolutista, entronizando a garantia e o exercício absoluto da propriedade privada como *ratio* que influenciou até o contrato social que lhe serviu de suporte<sup>62</sup>.

A conclusão é fácil de adivinhar: o liberalismo é a expressão, isto é, o álibi, a máscara dos interesses de uma classe. É muito íntima a concordância entre

as aplicações da doutrina liberal e os interesses vitais da burguesia. [...] A visão idealista insistia no aspecto subversivo, revolucionário, na importância explosiva dos princípios, mas, na prática, esses princípios sempre foram aplicados dentro de limites restritos. [...] Do mesmo modo, no campo, entre o proprietário que tem bens suficientes para subsistir e o que nada tem, e não pode viver senão do trabalho de seus braços, a lei é desigual. A liberdade de cercar campos não vale senão para os que têm algo a proteger; para os demais, ela significa a privação da possibilidade de criar alguns animais aproveitando-se dos pastos abertos. Além do mais a desigualdade nem sempre é camuflada e, na lei e nos códigos, encontramos discriminações caracterizadas, como o artigo do Código Penal que prevê que, em caso de litígio entre empregador e empregado, o primeiro seria acreditado pelo que afirmasse, enquanto o segundo deveria apresentar provas do que dissesse.

O liberalismo é, portanto, o disfarce do domínio de uma classe, do açambarcamento do poder pela burguesia capitalista: é a doutrina de uma sociedade burguesa, que impõe seus interesses seus valores, suas crenças. Essa assimilação do liberalismo com a burguesia não é contestável e a abordagem sociológica tem o grande mérito de lembrar, ao lado de uma visão idealizada, a existência de aspectos importantes da realidade, que mostra o avesso do liberalismo e revela que ele é também uma doutrina de conservação política e social. [...] Ele reserva esse poder para uma elite, porque a soberania nacional, de que os liberais fazem alarde, não é soberania popular, e o liberalismo não é a democracia; tornamos a encontrar numa perspectiva que agora a esclarece de modo decisivo, essa distinção capital, esse confronto entre liberalismo e democracia, que dominou toda uma metade do século XIX.<sup>63</sup>

A propriedade liberal burguesa, identificada a uma quixotesca noção romana (de uma juridicidade secular invisível no seu curso de existência) de domínio, tal qual os direitos reais sobre coisas alheias; implicava em ter o “bem da vida” (patrimônio) como objeto direto da relação, em contraponto aos vínculos obrigacionais, de natureza relativa.

O exercício do direito real dar-se-ia diretamente *in re*; jamais *in personam*, qualidade dos direitos relativos. Não haveria necessidade de alguma prestação ou conduta de sujeito diverso, para o exercício das pretensões jurídico-reais pelos titulares<sup>64</sup>. Os bens<sup>65</sup>, inanimados por excelência, não são passíveis de resistência, de modo que o limite de tal direito era verificável quase que somente diante de outros de mesma natureza (direitos de vizinhança). Aqui se inicia o largo caráter absoluto, dado aos direitos reais, na modernidade<sup>66</sup>.

Do explicitado colhe-se a afirmação tradicional de que os bens são objeto direto das relações jurídico-reais, enquanto guardam o papel de objeto indireto das relações pessoais ou obrigacionais, cujo objeto direto é uma conduta consistente em alguma das modalidades previstas no respectivo livro da codificação<sup>67</sup>.

A expressão 'objeto de direito' é empregada em vários sentidos. Mas está sendo utilizada para designar aquilo que recai sob a autoridade do homem, e se diz também objeto *imediato* do direito: significa aquilo para o que o direito se dirige, isto é, a causa do direito que se torna possível, o escopo final do direito, que se designa também objeto *mediato* do direito. Assim, no direito obrigacional, por exemplo, se designa objeto tanto a obrigação do devedor, isto é, a prestação, quanto à coisa a ser fruída em virtude da prestação. Porém, para maior exatidão da linguagem e precisão das ideias, é conveniente chamar de *objeto* do direito aquilo que está sob a autoridade do homem, e, por outro lado, de *conteúdo* dos direitos o que é causa dos direitos que se torna possível obter. (Tradução livre)<sup>68</sup>

A propriedade resulta definida pelos poderes que imanta, conforme a retórica realista. Importa a propriedade, consoante o aforisma do *caput* do art. 1.228 do CCB, nos poderes de usar, fruir e dispor do bem, dentro de abstratos limites negativos que a lei impõe.

Definida a propriedade e conduzida à condição de núcleo da disciplina do direito das coisas, decorreram consequências jurídicas desta opção política. Exemplo se alcança nos direitos reais sobre coisas alheias. Caracterizados como elementos decorrentes da propriedade (identificada ao domínio, pelo nada neutro discurso da dogmática oitocentista), se identificaram às titularidades. Daí o art. 1.225 do Código, denominar titularidades como direitos reais. Até o final do século XX, alguns pressupostos aqui erigidos, não seriam mais discutidos com efetividade.<sup>69</sup>

O positivismo afastaria a epistemologia jurídica da controvérsia da legitimidade, para um discurso sobre validade e eficácia. Não se discutirá mais, por um longo curso histórico, entrecortado por Leon Duguit, o caráter absoluto da propriedade<sup>70</sup> e sim como este ocorre e como melhor se caracteriza, de um ponto de vista cientificamente puro<sup>71</sup>.

Kant influenciou toda a ciência que se produziu na modernidade<sup>72</sup>. No Direito não se verificou diferente. Ele imprime sua marca de Savigny a Kelsen. Para a metafísica, a dimensão da liberdade e do agir humano, são fundamentais para a construção do fenômeno jurídico<sup>73</sup>.

Resultado desta ordem de ideias surge no Direito Privado uma resistência a proposta de relações onde os partícipes dos seus dois pólos não fossem sujeitos de direito<sup>74</sup>. Rudimentarmente pode-se apontar assim o nascedouro da teoria personalista, que refuta a visão anterior.

Para os cultores desta escola, os direitos reais são absolutos na medida em que geram uma obrigação passiva universal, resultante de sua oponibilidade *erga omnes*, do que deriva terem um sujeito passivo indeterminado<sup>75</sup>.

Não obstante a correção das oposições havidas, seria de *lege ferenda* não admitir vínculos jurídicos de natureza real, na esteira da proposição do próprio *caput* do art. 1.228 do CCB<sup>76</sup>. As faculdades de uso, fruição e disposição, expressas como poderes jurídicos do titular, no dispositivo em apreço, restam positivadas no ordenamento e integram vínculos dominiais de natureza real.

Buscando solver a aporética resultante da controvérsia de ambas as escolas, derivou a teoria eclética ou mista<sup>77</sup>. Para esta, os poderes dominiais de usar, fruir e dispor integram o aspecto interno da propriedade, também denominado aspecto econômico. O dever passivo universal de abstenção, pelos não titulares, seria característica do aspecto externo ou jurídico da propriedade.

Não isenta de críticas, a teoria eclética dá maior fluidez aos conceitos<sup>78</sup>, porém mantém relações jurídicas de naturezas diversas sob um único instituto, com vistas a solidificar a ideia de direito absoluto do titular de direitos reais<sup>79</sup>. Mesmo do ponto de vista formal, diversas incoerências que permanecem arraigadas a tradição jurídica clássica se fazem perceber no curso de sua análise<sup>80</sup>.

Porém, é do ponto de vista material que as contradições ganham maior relevo, principalmente com o advento da CF/88, trazendo dinamicidade às titularidades a partir de sua funcionalização<sup>81</sup>. O sistema jurídico, enquanto unidade axiológica que perfaz um ordenamento resultaria entrópico se afirmada a absolutividade do direito de propriedade e dos demais direitos reais<sup>82</sup>, como designados tradicionalmente pelos cultores do Direito Privado<sup>83</sup>.

Percebido que a função social resulta em medida de exercício da propriedade privada, não se pode mais afirmar que esta é absoluta. Limites sempre houveram, como o próprio *Code Napoleon* admitia; ainda que apenas de natureza externa, como os decorrentes dos direitos de vizinhança e regulamentos administrativos. Agora se trata de configurar positivamente limites e elementos propulsores internos ao direito de propriedade, traçando seu caráter relativo.

O Direito ainda opera com o regime de vedação de espécies de condutas proprietárias, ou limites externos ao direito subjetivo, porém, hodiernamente, até mesmo a inação pode levar à aplicação de sanções como IPTU ou ITR progressivos, parcelamento forçado do solo e perda da titularidade por interesse social.

Os três principais fenômenos do Direito Civil contemporâneo (a constitucionalização, publicização e repersonalização do Direito Privado), que denunciam a presença e atuação desses atratores normativos, concretizam-se no direito das coisas de modo bem visível. Os valores que orientam a disciplina da pertença, não residem mais na codificação, tendo migrado o núcleo axiológico-normativo do ordenamento para a Constituição, afetando diretamente o direito das coisas e regulando especificamente a ordem econômica e social<sup>84</sup>.

Interesses extraproprietários, de natureza pública ou social, passam a concorrer com o respectivo interesse privado, sem que necessariamente prepondere este último, como natural na arquitetura absoluta das titularidades. A propriedade desloca-se para uma condição de meio para a realização do homem e não mais condição de fim para que este ascenda à dimensão jurídica<sup>85</sup>.

Não se podendo mais afirmar absoluta a propriedade privada – como solidificou a própria jurisprudência do STF, ainda na primeira metade da última década do século findo –, decorre ser relativa. Duas consequências diretas disso passam a inquietar, mesmo que silenciosamente, a mente dos juristas contemporâneos, não obstante tais temas não adentrarem os manuais acadêmicos de Direito Privado, destinado ao ingênuo graduando.

Primeira delas é o fato de que sendo relativa à propriedade privada, os denominados direitos reais limitados ou direitos reais sobre coisa alheia, enquanto emanções ou decorrências desta, não poderiam ser tratados como absolutos. Na verdade, tal afirmação teórica de muito já se mostrava infundada na prática ou mesmo sem arrimo no sistema jurídico.

Exemplo do que se trata, pode ser colhido na Lei de Falências vigente. Os credores que detêm garantia real, em tese absoluta, podem ser preteridos pelos créditos fiscais e trabalhistas, importando em clara relativização do interesse privado diante do interesse público e social, respectivamente. Para além, percebe-se as limitações contemporâneas em esfera empresarial, propriedade móvel (celulares, armas, veículos), intelectual (prescrição dos direitos autorais, medicamentos genéricos, similares) ou imobiliária (limitações construtivas, sonoras, visuais, ambientais).

A segunda é o fato de que a teoria de base do direito das coisas, erigida para justificar e validar uma determinada ordem de valores – cuja propriedade privada servia de paliçada –, resulta incoerente e desconforme ao novo sistema, orientado pelas órbitas normativas de influência axiológica de seus atratores<sup>86</sup>. Destaca-se dentre os inúmeros identificáveis, os princípios da dignidade humana e da função social da propriedade privada.

Potencialmente inconstitucional, o direito das coisas codificado exige uma severa releitura axiológica de sua dogmática e filtragem constitucional de sua epistemologia, tendente a gestionar ou viabilizar uma percepção compatível<sup>87</sup> ao renovado ordenamento do Estado Social e Democrático de Direito<sup>88</sup>. O recurso pandectista às cláusulas gerais, é francamente insuficiente.

Mesmo que correto, para uma arqueologia conformadora de uma semiótica nos moldes propostos, não basta afirmar que a propriedade ganhou contornos relativos a partir da Constituição Federal de 1988 e abolir todo o instrumental e doutrina que o Direito Civil formulou nestes séculos ou fechar os olhos ao futuro buscando respostas no passado para questões do presente, mantendo-se infenso ao copernicano salto dado pelo Direito Privado, ao fim do século XX<sup>89</sup>.

Dois dados relevantes a destacar. O direito das coisas positivou a existência de direitos reais (para não falar no uso da expressão, como no *caput* do art. 1.225 do CCb, uma regra atratora), como se colhe do art. 524 do Código Beviláqua e se mantém no art. 1.228 do atual Código Civil. As relações de uso, fruição e disposição, às quais os dispositivos fazem referência direta, têm natureza real, na medida em que o bem é efetivamente objeto direto dela. Quem usa um bem não se valerá da conduta de terceiro para realizar sua pretensão material em relação à coisa. Existem, portanto, direitos reais. Vínculos jurídicos entre sujeitos e bens.

Como segundo dado, existe o fato de que os direitos reais integram a tradição jurídica do Direito Civil brasileiro e, a princípio, se pretende preservar a existência. Trata-se do imperativo prático. Em outra medida, cultural, também um atrator. Do discurso científico em tela. Não se quer como seria próprio dos sistemas monistas<sup>90</sup>, abrir mão de qualidades distintas de garantias, por exemplo, preservando o caráter da hipoteca, penhor ou alienação fiduciária, em contraponto à fiança ou aval, de natureza distinta. Em apoio deste olhar, comparece também a Teoria Geral do Direito, mais especificamente no que diz com a interpretação conforme a Constituição. Um atrator metodológico.

Possibilitando dar ao direito das coisas uma interpretação conforme a ampla alteração promovida pela Carta atual, deve ser preterida a declaração de inconstitucionalidade, havendo condições de preservar o diploma civil mediante uma hermenêutica pró-ativa dos valores constitucionais, consoante os respectivos atratores normativos. Aqui em especial, todo um quadro de princípios que se densificam no caminho normativo das regras e da jurisprudência para concretizar a opção axiológica do sistema, integrar suas lacunas e operar com sua mobilidade e limites. Manter sua coerência em meio aos atratores influentes.

Neste nicho epistemológico foi confeccionada a teoria da autonomia. Autonomia lhe caracteriza, pois é através da libertação das titularidades, resgatadas de dentro da noção de domínio, que é atingida a relativização da propriedade privada em suas diversas formas, viabilizando ainda a operação com os direitos reais<sup>91</sup>.

Não basta dizer que a propriedade resulta relativa como decorrência do princípio da função social. Está correto, porém é, no mínimo, ingênuo afirmar isto sem maior amparo teórico. É relativa em qual medida? Constitui uma obrigação? Qual o conteúdo da função social? É estanque ou variável? Merece destaque o fato de que a jurisprudência alemã, debruçada sobre o BGB, levou cinquenta anos para obter da doutrina uma formulação passível de dar aplicação ao princípio da boa-fé objetiva<sup>92</sup>. A sociedade brasileira pretende repetir a experiência teutônica? Nossas favelas e demais cinturões de miséria podem esperar mais? Trata-se de um mero decisionismo imediatista? Niilista?

O conteúdo do princípio da função social da propriedade restará aprofundado em momento posterior, ora bastando que se tenha presente, em linhas gerais, que deste deriva uma medida de exercício ao direito de propriedade, relativizando-o. Isto basta à compreensão da arquitetura contemporânea da espécie, que é fundamental para qualquer discussão mais avançada<sup>93</sup>.

Repisa-se, um dos papéis da teoria da autonomia é fornecer um manancial teórico ao operador contemporâneo (seja ao representar, compor ou decidir), para que se possa continuar operando com direitos reais, consistentes em vínculos entre o sujeito e o bem, não obstante forneça uma compreensão da propriedade e das demais titularidades, de natureza relativa. É, portanto, meramente instrumental. O conteúdo axiológico não é dado por ela. É dado na conexão do sistema com os demais.

Volte-se, pois, a arquitetura proposta, transdogmática por refutar opções conceituais em detrimento da unidade complexa dos valores constitutivos de um

dado sistema para uma dada sociedade em um dado e complexo contexto histórico. É um instrumento de jurisprudência e não o seu conteúdo, verificável pela pragmática decisória aplicada ao modelo.

Porém, retomando a questão central do texto, carece até então, o século XX de uma teoria coerente à liquidez estrutural do instituto proprietário e do direito das coisas vivido na pragmática do sistema jurídico.

Isso ocorre quando a noção de domínio é libertada dos grilhões conceituais do instituto da propriedade. O domínio se constitui de um conjunto de poderes no bem, que consistem em faculdades jurídicas do titular às quais respectivamente são os direitos reais.

Cada vínculo potencial entre o sujeito e o bem, pode traduzir-se em uma faculdade real, um direito real. A propriedade envolve estes poderes, instrumentalizando-os, porém não se confunde com eles. A propriedade instrumentaliza o domínio sem confundir-se com este. Assim como um contrato de compra e venda de um imóvel não se confunde com os poderes e deveres que instrumentaliza (pagar, de um pólo, escriturar, de outro), o domínio ou sua eventual parcela, não se confunde com a titularidade que o instrumentaliza<sup>94</sup>.

Por razões didáticas, tratar-se-á, a teoria em apreço, no capítulo que segue apartada de suas ancestrais clássicas de matriz moderna. Isso facilita a construção epistemológica das digressões subsequentes, ao possibilitar a dialética de pressupostos e a dialógica de temáticas entre as correntes teóricas, entabulando controvérsias pelas bases metodológicas de leitura dos fenômenos jurídicos.

#### 4 A TEORIA DA AUTONOMIA E A PUBLICIZAÇÃO DIALÓGICA DO PRIVADO

No jargão político da pós-modernidade, vivida nas sociedades de informação, todo homem tem seus compromissos dos quais deriva de sua agenda. Em termos filosóficos mais próximos de nossas matrizes, a complexidade axiológica de um indivíduo em sua subjetividade, a carta de valores que formou sua condição existencial, importa em uma série de opções de coerência que variam na mesma dimensão em que o rol de valores oscile.

O Direito contemporâneo, por razão prática<sup>95</sup>, incorporou (ou reincorporou) os valores ao discurso jurídico, na segunda metade do Séc. XX<sup>96</sup>. Impossível de serem deixados à subjetividade pura do intérprete tanto quanto resistentes à doma objetivista da dogmática tradicional, o pós-guerra assistiu a ciência jurídica galgar o platô da racionalidade intersubjetiva.

Tema dos menos pacíficos em sede de metodologia jurídica (jurisprudência, no sentido que os europeus



atribuem ao termo), os valores se encontram presentes em grande parte da doutrina mais comprometida com a historicidade do fenômeno jurídico, variando seu tratamento de acordo com os compromissos científicos (ou sua ausência) dos respectivos autores.

Quando se entende que o estudo do direito de propriedade nos dias de hoje, por questões de ordem prática ou teórica, alcançou o tema função social da propriedade, não se deve deixar de incluir os valores na respectiva epistemologia jurídica, sob o risco de parecer simplório ou dogmaticamente mal-intencionado.

Uma releitura integral do Direito Privado, a partir de seu eixo fundamental, a pertença identificada às diversas titularidades, atingiu todos seus pilares de sustentação<sup>97</sup> e, hoje vivendo o prólogo, está longe de assistir seu epílogo<sup>98</sup>. Há de ser dialógica, remetendo ao debate infinito.

Resulta francamente impossível afirmar, contemporaneamente, fundado em argumentos sérios, de maior ou menor sofisticação técnica, tratar-se à propriedade privada como direito absoluto. O Direito brasileiro, a exemplo da maioria das democracias vividas no século XXI, vinculou toda propriedade privada à missão constitucional do Estado Social e Democrático de Direito, na mesma e coerente intensidade com que a reconhece e garante mediante tutela jurisdicional.

Informado pela carga axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>99</sup>, o princípio da função social da propriedade<sup>100</sup>, indiscutivelmente dotado de eficácia horizontal interprivada<sup>101</sup>, conduziu uma releitura do direito das coisas, iniciada pelos tribunais e tardiamente percebida pela doutrina civilista, visivelmente conservadora<sup>102</sup>.

Da paradoxal jurisprudência do STF, pode-se pinçar diversos exemplos<sup>103</sup> no sentido da eficácia dos direitos fundamentais e sua incidência interprivada, não obstante a maior riqueza das instâncias inferiores.

Diante da missão de munir os operadores do direito, com o ferramental teórico que lhes capacite a trabalhar o conhecimento humano que deságua através de lides a serem solvidas pela prestação jurisdicional, o instrumental tradicional, gerado no Direito Civil clássico, se revelou incoerente às soluções que a vida forense e extraforense do Direito Privado ditava.

Gustavo Tepedino<sup>104</sup>, em paradigmático texto<sup>105</sup>, originalmente publicado na Itália<sup>106</sup> em 1991, à cura de Pietro Perlingieri, revelou elementos de leitura tradutora de novas facetas indisfarçavelmente presentes propriedade privada contemporânea, que refutam os costumeiros conceitos do oitocentismo, que servem de *foyer* aos valores predominantes no modelo econômico anterior, que ditava a feitura e leitura do sistema jurídico<sup>107,108</sup>. Leciona:

A construção, fundamental para a compreensão das inúmeras modalidades contemporâneas de propriedade, serve de moldura para uma posterior elaboração doutrinária, que entrevê na propriedade não mais uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada, o direito subjetivo por excelência, mas ‘una situazione giuridica soggettiva tipica e complessa’, necessariamente em conflito e coligada com outras, que encontra sua legitimidade na concreta relação jurídica na qual se insere.

Cuida-se de tese que altera, radicalmente, o entendimento tradicional que identifica na propriedade uma relação entre sujeito e objeto, característica típica da noção de direito real absoluto (ou pleno), expressão da ‘massima signoria sulla cosa’ – formulação incompatível com a ideia de relação intersubjetiva<sup>109</sup>.

Até serem percebidos os reais contornos da propriedade privada, repetia-se, sem maior reflexão, os chavões oitocentistas imbricados nos conceitos e fórmulas tradicionais<sup>110</sup>. “A concepção privatista da propriedade, [...], tem levado, frequentemente, autores e tribunais à desconsideração da natureza constitucional da propriedade, que é sempre um direito-meio e não um direito-fim. A propriedade não é garantida em si mesma, mas como instrumento de proteção de valores fundamentais”<sup>111</sup>.

Como percebido e criticado, restou mantida a arquitetura clássica na codificação recente, não obstante sua tentativa de absorver os avanços que o fim de século trouxe para os direitos reais. Na última edição revista do tradicional volume acadêmico dedicado a matéria por Orlando Gomes, pode-se colher lúcida crítica ao arranjo orquestrado no diploma.

O Código Civil de 2002, mantém sob a força histórica e dogmática dessa expressão, o título do livro como *direito das coisas*. A manutenção da expressão que abre o regime jurídico dos poderes sobre os bens sob a rubrica Direito das Coisas, por si só é apta a revelar o rumo epistemológico das opções do legislador de 2002. De uma parte emerge a manutenção da topografia legal de 1916; de outro lado impende salientar a tentativa de espargir sobre a codificação civil agora vigente nuances sociais que marcam a contemporaneidade no Brasil. Tem o novo Código dois senhores temporais; foi fiel ao primeiro desde o início quando se proclamou rente à sistemática de 1916, e é ávido por servir ao segundo quando intentou colmatar lacunas, superar inconstitucionalidades e inserir novas matérias. Entre esses dois lados da margem pode ter soçobrado coerência da ideia e da formulação, sem embargo das vicissitudes próprias da complexidade coeva das relações sociais<sup>112</sup>.

Identificada a percepção de *dominium* à concepção de *proprietas*<sup>113</sup>, congregada a *ars notariae* do fim do medievo, decorrente do Direito Bizantino glosado à exaustão desde o feudalismo, a propriedade torna-se um direito absoluto diante da moldura que lhe é concedida pela codificação.

Falar de obrigações resultantes de um contrato guarda óbvia distinção entre o que seja o instrumento contratual propriamente dito. Falar de titularidades imobiliárias, também importa em discorrer sobre algo distinto dos poderes que são respectivamente instrumentalizados. Propriedade não se confunde com domínio.

Um sujeito em face de um patrimônio não universalizável pode aferir de seu domínio diante de uma pluralidade de bens diversos entre si; a extensão dominial entre eles é variável. Por exemplo, o conteúdo de fruição de um imóvel, é distinto do de uma aeronave.

Se no universo de análise traçado, houver somente um sujeito e uma gama de bens, não há sentido em discorrer sobre propriedade privada. As titularidades regulam a pertença de modo intersubjetivo, através de um regime jurídico de exclusão (obrigação negativa), gerador da oponibilidade *erga omnes*.

A compreensão do exposto assenta as bases da teoria da autonomia, que se desenvolvia no fim dos anos 90 do século findo. As relações entre sujeito e patrimônio, integram o domínio. São instrumentalizados pela propriedade, mas não se fundem como conceitos unívocos<sup>114</sup>.

A questão técnica não deriva apenas no plano da forma, da estética ou da mera esgrima conceitual. Se o vínculo dominial tem o bem por objeto direto, a titularidade, de outra parte, não. Esta visa através do sistema registral, derivar aos não titulares obrigações de não ingerência no respectivo bem. Nesta relação, a coisa é objeto indireto, sendo o dever negativo elemento fulcral do direito subjetivo<sup>115</sup>. Diversamente do domínio e seus desdobramentos, a propriedade e demais titularidades são regimes intersubjetivos. Decorre serem relativos e não absolutos.

Não é de mera forma, a teorização sobre a autonomia entre domínio e titularidades, em especial a propriedade. Verte ela a possibilidade de uma leitura da codificação alinhada ao projeto constitucional que dá as bases axiológicas e normativas do ordenamento jurídico.

Pode-se reconhecer a existência e operações de direitos reais, com as categorias de vínculos dominiais, sem entrar a constitucionalização do Direito Privado ou reduzi-la a mero discurso, dando prestabilidade ao diploma civil em face da Carta vigente.

O rol do art. 1.225 do CCb, principiologicamente poroso à abertura da mediação hermenêutica<sup>116</sup>, traz

uma lista de titularidades que instrumentalizam arranjos dominiais. Quando designados, impropriamente, por direitos reais<sup>117</sup>, acabam por identificar domínio à propriedade ou expressão menor em extensão de faculdades.

Mesmo no âmbito formal, a mais recente doutrina brasileira vem reconhecendo a impropriedade técnica da percepção das escolas clássicas, na esteira do que de muito fazia a prática dos tribunais, seja na usucapião<sup>118</sup>, na *saisine*<sup>119</sup> ou mesmo na leitura das relações de condomínio<sup>120</sup>, para o prestígio da teoria da autonomia.

A propriedade, enquanto regime intersubjetivo de titularidades importa em obrigação aos não titulares, de absterem-se de qualquer ingerência sobre o bem. A oponibilidade *erga omnes* disso, já era reconhecida pela doutrina oitocentista. As limitações externas, no interesse público, também.

Com o princípio da função social, resta inovado o instituto da propriedade privada, no sentido de que agora o titular também é informado por deveres positivos e negativos, que derivam de sua titularidade, em face do respectivo ônus social decorrente da pertença concreta de determinado bem. Obrigacionaliza-se a propriedade e as demais titularidades que contemporaneamente a ladeiam ou venham a ladear.

Relativa, também em sua compreensão técnica, diante de uma teoria apta a dar suporte operativo, a propriedade privada acaba por reconstruir a hermenêutica dos direitos reais, com “ditosos” reflexos no Direito Civil. Que deve se reconstruir transdisciplinarmente com o direito urbanístico, ambiental, biodireito, econômico, para além das fronteiras do próprio Direito.

O domínio é o complexo de direitos reais de um bem. É o conjunto de faculdades jurídicas que o sujeito potencialmente tem reconhecido sobre o objeto de direito patrimonial. Implica em traduzir pretensões jurídicas derivadas, das quais a coisa não pode resistir, fundamentalmente por sua condição inanimada, importando em uma gama de direitos reais.

São tuteláveis mediante pretensão à abstenção derivada da titularidade que os instrumentaliza. Esta pode variar dentro das figuras que o sistema jurídico reconhece, implícita ou explicitamente. A propriedade, espécie do gênero titularidade, é uma das formas que se pode encontrar dentro do respectivo universo.

## 5 SIGNIFICANTES E SIGNIFICADOS NORMATIVOS: PRINCIPIOLOGIA E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A modificação contemporânea pela qual o direito das coisas passou e ainda passa, juntamente com a

integralidade do Direito Privado, não é sintetizada em uma simples fórmula conceitual, guardando complexidades e sutilezas. Não obstante, a temática da normatividade – campo onde se assistiu amplas mutações em sede de Teoria do Direito no século XX –, não pode ser tangenciado.

Os princípios, de postulados jusnaturalistas no oitocentismo, praticamente ignorados pelo juracionismo, hoje traduzem ampla vinculatividade normativa, com bem maior alcance do que o grupo de regras, limitado por sua concreticidade e que teve seu resplendor com o vigor do liberalismo clássico<sup>121</sup>, nas três fases das codificações.

Através destes entes normativos lato sensu dinamizadores da dialética normativa<sup>122</sup>, o projeto de Estado Social, constitucionalmente positivado e perseguido, pôde ter vazão, com largo ganho de eficácia e transcendência tradicionalmente dado aos direitos fundamentais<sup>123</sup>.

Os princípios fornecem ferramental necessário para o sistema jurídico guardar conformação tópica, consoante sua orientação teleológica, dada pela axiologia da cadeia normativa<sup>124</sup>.

Diverso do procedido pela dogmática que trabalha titularidades com arrimo exclusivamente nos direitos fundamentais de primeira geração, do que decorre a sacralização da propriedade em conformidade com ideário liberal – oligarquia agrária no que diz com o Brasil<sup>125</sup>, à qual sobreviveu e se adaptou ao liberalismo (ou adaptou o liberalismo) tanto quanto na Europa o ideal liberal resistiu a Restauração –, uma hermenêutica renovada dos direitos reais pressupõe a compreensão dos direitos fundamentais em toda gama de gerações, apreensível pela análise principiologia normativa do sistema, orientada pelos valores nele recebidos. A evolução do direito das coisas encontra-se neste nicho epistemológico; não na formulação de um novo Código, ainda que acompanhada de um discurso de cláusulas gerais<sup>126</sup>.

Em face deste novo paradigma, é gestado o Estado Social e Democrático de Direito; mediante princípio estruturante da ordem jurídica. Um atrator que reúne o conjunto de valores positivados, resultando na norma mais abstrata do sistema. Por isso mesmo seu maior atrator normativo. O princípio o Estado Social de Direito. Mais que um modo de organização do Poder Público, foi dado à Carta um novo papel e concepção axiológica, neste paradigma emergente. Nasce enraizada na sociedade e dela emanada. A ser perseguida pela sociedade, assegurando-a, realizando-a, e sendo por ela assegurada e realizada.

Esta ordem normativa nasce no princípio do Estado Social e Democrático de Direito, ganhando densidade

de acordo com os ramos de concretização que o sistema guarde. Perde conteúdo axiológico para ganhar concreticidade normativa. Perde indeterminação. E alcance.

Portanto, afirmar que um princípio é uma cláusula geral, epistemologicamente há de guardar um compromisso vinculante, pois os sentidos da norma não são unívocos e toda palavra tem um “senhor” por trás de sua pronúncia. O sentido disso fica mais claro na esfera metodológica.

Na medida em que ao Direito Civil cabe papéis hoje designados pela Constituição<sup>127</sup>, o princípio da função social da propriedade, antes de qualquer coisa, deve realizar o princípio do Estado Social e Democrático de Direito. Antes mesmo de figurar na codificação, já ostentava a bem mais nobre condição de direito fundamental de segunda geração, encartado no rol do art. 5º da CF/88. Atrator, por excelência, de todo o discurso normativo. Como deveriam ser, àquilo que classifica-se como direitos humanos.

Ao intérprete e aplicador do Direito, decorre um compromisso na atividade hermenêutica, com o conjunto de valores que integram a opção axiológica da Constituição. A interpretação, tal qual a norma, pelo caráter axiológico, tem seus filtros de legitimidade. Atratores intersubjetivos do discurso.

A função social da propriedade privada importa em ser mais do que uma cláusula geral da codificação, no sentido que muitos lhe atribuem. Guarda conexão direta com o núcleo do sistema, alimentando o direito das coisas com os valores constitucionais.

Mais do que um necessário dever de adaptar leitura desconforme à axiologia solidarística da Carta, traduz critérios de racionalidade normativa que informam a leitura tópica do fenômeno jurídico<sup>128</sup>.

É vasta a quantidade de princípios, em suas diversas qualidades de densificação (estruturante, fundamental, geral, especial ou especialíssimo)<sup>129</sup>, restando todos interconectados na malha jurídica.

Ao direito das coisas, muitos guardam potencial diferenciado de conformação no caso concreto, como proporcionalidade, função social da posse, meio-ambiente ecologicamente equilibrado, prenotação, dentre outros. Ao operador jurídico, cumpre o manuseio deontológico de toda essa gama de normas, conjuntamente com a série de regras que toca à disciplina de especialidade.

Anotando o direito das coisas codificado, pode-se fazer um inventário primário de princípios diretamente relevantes. Cumpre transcrever o mencionado quadro<sup>130</sup>.

Na impossibilidade de cobrir a estrutura de todos, cumpre elucidar os contornos axiológicos do princípio

da função social da propriedade, não obstante sua indeterminação natural ao discurso.

Guarde-se que os princípios têm natureza normativa de espécie diferente das regras, cujo conteúdo guarda maior concreticidade. Por serem abstratos, encontram-se dispersos em diversos graus de densidade, uns dando sentido aos outros, de modo a formar um sistema intersubjetivamente dotado de racionalidade.

Esse sistema tem sua gênese normativa em um princípio que agasalha o conteúdo dos valores democraticamente escolhidos como legitimadores da ordem jurídica<sup>131</sup>. Os valores são o limite do sistema que se faz positivamente aberto e móvel por sua indeterminação. Reconhece lacunas, porém sucumbe diante de anomias. Tem metodologia para interpretação e aplicação. Uma ordem atrás de um aparente caos.

O princípio estruturante do ordenamento pátrio é o Estado Social e Democrático de Direito; pela abstração que guarda se densifica em diversos outros – fundamentais – que revelam seu sentido. A função social é concretizadora da dignidade humana<sup>132</sup>. Assim, percorrer-se-á essa via normativa. Sensível ao resultado de cada *interface*. Sensível às condições iniciais. Indeterminado. Porém previsível em sua dinâmica caótica. Racional em sua intersubjetividade.

Esses graus diversos de fixismo variante decorrem dos atratores. Sem eles o sistema jurídico seria estocástico como o jogar de dados. Percebamos o sentido das normas como atratores. Inicie-se pelo mais abstrato. Portanto mais compreensivo.

Não existe Estado Social e Democrático de Direito ausente garantia da dignidade da pessoa humana. Para além da proteção singular ou egoística do indivíduo, tal princípio conclama à compreensão intersubjetiva do sujeito em sua inserção e contextualização social, para realização.

Traça ainda, enquanto densificador, meta de realização do Estado Democrático e Social de Direito – pois um deixaria de existir na ausência do outro –, advindo a “repersonalização”<sup>133</sup> do Direito, tendo o ser humano (e não o mercado) por fim e não meio<sup>134</sup>.

De Larenz, neo-hegeliano<sup>135</sup>, pode-se colher a saudável intersubjetivação das titularidades, não observável no personalismo ético que influenciou o Código Civil alemão (BGB)<sup>136</sup>. Pelo personalismo ético, o Direito passa à esfera da autorregulamentação<sup>137</sup> em que fica sujeito às desigualdades materiais dos indivíduos e serve ao aumento de tais desigualdades.

Qualquer noção de dignidade, tendo em vista um patamar material e não meramente formal, deve ser apreendida concreta (tópica) e intersubjetivamente, como traduz Ingo Sarlet<sup>138</sup>, na mais significativa obra dedicada ao tema, na literatura jurídica nacional.

Estando a dignidade da pessoa humana na condição de densificadora do Estado Democrático e Social de Direito, não é o sujeito que impõe limites a si mesmo, como emerge da noção artificializada da metafísica tradicional, transmitidas por von Savigny à Ciência do Direito do Séc. XIX – também influente no pensamento de Windscheid<sup>139</sup> –, e sim cumpre ao Estado Social e Democrático de Direito impor e assegurar os limites da atuação dos sujeitos<sup>140</sup>.

Inobstante as considerações até agora tecidas já tenham lançado um pouco de luz sobre o significado e o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, não há como negar que uma definição clara do que seja efetivamente esta dignidade não parece ser possível, uma vez que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos. Mesmo assim, não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar as situações em que é espezinhada e agredida. [...] Neste contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui uma categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceituá-lo de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição dessa natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas<sup>141</sup>.

A positivação expressa desse princípio conduz, pelo viés normativo, a “repersonalização” do direito das coisas. Quando uma norma não dá vazão aos vetores axiológicos traçados, poderá ser retirada do ordenamento, por substancial inconstitucionalidade, no caso de inviabilidade de funcionalização; que é obstaculizada pela teoria clássica, no trato das titularidades como direitos absolutos, seccionando-os do direito das obrigações, pela via conceitual<sup>142</sup>.

*Comment, dès lors, nes pas commencer par faire connaître son sentiment sur la question de la différence spécifique du droit réel et l'obligation? Seulement, qu'on nous comprenne bien dès l'abord. Si, dès maintenant, nous laissons entendre que nos sommes favorables à la thèse de l'irréductibilité du droit réel à l'obligation et inversement de l'obligation au droit réel, cela ne signifie pas qu'il faille accepter de façon absolue les notions de droit réel et d'obligation telles que les a consacrées la doctrine classique, en admettant, d'ailleurs, qu'il y ait uniformité d'opinion chez les représentants de la doctrine classique, ce qui n'est pas établi*<sup>143</sup>.

Concretizando o princípio da dignidade humana, no regime normativo atual, estão os princípios gerais da liberdade e igualdade. O primeiro migrou da

condição de princípio estruturante para princípio geral de direito. A igualdade era de ordem formal, pois mera garantidora da liberdade, por meio da visão oitocentista de legalidade.

Desde a Carta de 1988, estas normas buscam a concretização da dignidade da pessoa humana, ganhando sentido naquele princípio e consequente valoração diferida no caso concreto, alinhando-se por relativização mútua, em concordância prática<sup>144</sup>.

Igualdade e liberdade têm apreensão material no sistema, implicando tratamento desigual para desiguais, ou restrição de liberdade para sua própria realização, no sentido da garantia da pessoa humana, na aceção intersubjetivada.

O princípio da igualdade, em sua densificação rumo ao direito das coisas, resta concretizado pelo princípio da função social da propriedade – princípio especial –, impositivo ao intérprete de otimizar as titularidades na consideração dos interesses extratitulares, fruto das necessidades do meio em que se insere intersubjetivamente<sup>145</sup>. “A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista”<sup>146</sup>.

São obrigações (positivas ou negativas) que derivam do meio em que se insere a propriedade em pauta – móvel ou imóvel material ou imaterial – que fornecerá por meio da análise do sistema social e do ambiente<sup>147</sup> tal conteúdo. Informando o atrator. A função social de uma propriedade somente pode ser apreciada em concreto, principalmente em um país de proporções continentais como o Brasil, de perfis muito distintos em cada região ou comunidade, o que dificulta a existência de fórmulas hábeis à sua pré-compreensão.

Interesses privados, sociais e públicos hão de se alinhar, relativizando-se em caso de conflito, sem se eliminarem, de modo que, em sua constituição mútua, seja verificável o conteúdo de funcionalização em apreço, plenamente exigível na condição de direito social, erguido nos ombros do art. 5º da CF/88 à condição de direito fundamental.

Sem prejuízo do exposto, a função social se explicita – mediante maior concretização – em diversos princípios especialíssimos que nela ganham sentido e que dão sentido às regras do ordenamento, conduzindo até elas valores recebidos no topo da cadeia de concretização.

*La propiedad, a tenor del Código civil, no es ciertamente, como hemos vistos (supra § 2 II d), un derecho ilimitado. Ello no obstante, concede al*

*propietario facultades muy amplias. Los creadores del Código estaban aún lejos de pensar que el propietario de terrenos debiese ejercitar su derecho, no a su albedrío, sino sólo de modo compatible con las necesidades elementales de la comunidad, tal como se derivan de la convivencia en un espacio limitado*<sup>148</sup>.

Diversamente das regras, que convivem no plano da validade, em face de sua concreticidade, reduzindo a discricionariedade do intérprete, os princípios convivem no plano valorativo. São dialógicos. Suas razões são complementares, mesmo no antagonismo.

As regras têm um convívio antinômico, dialético, afastando-se no caso de antinomia para valer ou não, topicamente. Os princípios não. De convivência conflitual, hierarquizam-se axiologicamente para preservar a unidade material do sistema. Dialogam. Relativizam-se mutuamente na incidência tópica, no encadeamento teleológico dos valores em destaque.

Ganhando sentido em concreto, o princípio da função social da propriedade possui plasticidade fractal suficiente para adequação tópica pelo intérprete, no contexto da totalidade do sistema jurídico. Com isso, resulta irreconhecível o direito das coisas em sua atual fisionomia, frente seus lineares e abstratos modelos ancestrais<sup>149</sup>.

## 6 SEM PÂNDEGAS OU PANDECTAS: CONSIDERAÇÕES AFINAIS

Desnecessário trilhar as razões pelas quais não se buscará trazer um conceito de propriedade para a pós-modernidade. O que o Direito pode oferecer é uma arquitetura fundada no direito das coisas, de feição transdogmática e transparadigmática, apta a reconhecer a complexidade e indeterminabilidade do sistema jurídico.

Não obstante, no revelar de seus atratores normativos, explicita uma possível ordem por trás do caos. Uma ordem sem qualquer resquício de positivismo, porém reconhecedora da vinculatividade normativa, seus limites e suas possibilidades.

Não se busca, com isso, ofertar uma nova paisagem ao observador. Outrossim, revelar um novo modo de ver. Do olhar ao ângulo. Espera-se que ciente das possibilidades que abre não se desligue da matriz que encerra. Aponta, pois, uma superação; algo para além da simples negação.

Sem refutar objetivismo ou subjetivismo por suas limitações, galgar ao platô da intersubjetividade, preservando o pluralismo incluyente da democracia humanista aberta e consolidadora de um Estado Social que respeita um mercado, sem guardar condição servil.

Um discurso de esperança, cuja mesma face reconhece a condição de um lamento. Um renascer que não deixa de ter, também, sua condição de adeus.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Direito das cousas*. Rio de Janeiro: J. R. dos Santos, 1908. v. 1, p. 37-38.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 133.
- ARONNE, Ricardo. *Direito civil-constitucional e teoria do caos – estudos preliminares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Código civil anotado*. São Paulo: IOB/Thomson, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Direito das coisas*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Código civil anotado*. São Paulo: Síntese, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Disposições finais*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Código civil anotado*. São Paulo: Síntese, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados – das raízes aos fundamentos contemporâneos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 7-197.
- \_\_\_\_\_. *Propriedade e domínio*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 206-211.
- \_\_\_\_\_. *Titularidades e apropriação no novo código civil: breve estudo sobre a posse e sua natureza*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito civil tende a desaparecer? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 472, p. 15-21, 1975.
- BARCELONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 21.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, [s. d.]. v. 1.
- BRAGA, Giselle de Melo. *Novo código civil brasileiro – estudo comparativo do código civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante*. São Paulo: RT, 2002. p. XI.
- BONNECASE, Julien. *Traité théorique et pratique de droit civil*. Paris: Recueil Sirey, 1930. Tomo 5, p. 3.
- CARBONNIER, Jean. *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans riguer*. Paris: LGDJ, 1992. p. 201.
- CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. Nota 1, p. 13-14.
- CHALHUB, Melhim Namem. *Curso de direito civil – direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 4.
- CHEMERIS Ivan. *A função social da propriedade – o papel do judiciário diante das invasões de terras*. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 102-104.
- COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista do Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal*, Brasília, v. 1, n. 3, p. 92-99, 1997.
- COURTIANO JR., Eraults. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- COVIELLO, Nicola. *Manuale di diritto civile italiano*. Milano: Società Editrice Libreria, 1924. p. 250.
- DELGADO, Mário Luiz. *Direitos reais: à luz do código civil e do direito registral*. São Paulo: Método, 2004. p. 7.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985. p. 19-20.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 41.
- FACHIN, Luiz Edson. *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-114.
- \_\_\_\_\_. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Teoria crítica do direito civil*. Rio e Janeiro: Renovar, 2000. cap. 1.
- \_\_\_\_\_. *Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil*. *Estudos Jurídicos*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 99-100.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil contemporâneo*. *Revista Consulex*, Brasília, n. 18, p. 32, 1998.
- FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87-103.
- FERNANDES, Florestan; FREITAG, Bárbara; ROUANET, Sérgio Paulo. *Habermas*. São Paulo: Ática, 1993. p. 15-50.
- FONTES, Martins. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo. 2004. p. 38-40.
- FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. IX-XXII.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Perfil constitucional da função social da propriedade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 141, p. 14, 1999.
- GIORGIANI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 747, p. 35-36, 1998.
- GLEICK, James. *Caos – a criação de uma nova ciência*. Rio de Janeiro: Campus, 1990. p. 4.
- GONNARD, René. *La propriété dans la doctrine et dans l'histoire*. Paris: LGDJ, 1943. p. 1-2.
- HABERMAS, Jurgen. *A crise de legitimação do capitalismo tardio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994. p. 90-99.
- \_\_\_\_\_. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 263-264.
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 48.
- KRAEMER, Eduardo. Algumas anotações sobre os direitos reais no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 199.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998. p. 126.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978. p. 45-79.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social, *Revista dos Tribunais*, v. 722, p. 40-45, 1995.
- MANDELBROT, Benoît. *The fractal geometry of nature*. São Francisco: W. H. Freeman, 1982.
- MAZEUD, Henri; MAZEUD, Léon; MAZEUD, Jean. *Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires: Europa-América, 1978. v. 4, cap. 2, p. 56.
- MEIRELES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- MELGARÉ, Plínio. Horizontes da democracia e do Direito: Um compromisso humano. In: MELGARÉ, Plínio; BELMONTE, Cláudio. *O Direito na sociedade contemporânea*. São Paulo: Forense, 2005. p. 526 (em especial).
- MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais e Interpretação Constitucional, *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, n. 30, Porto Alegre, p. 21-34, 1998.

- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil* – direito das coisas. 37. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional, ob. cit., p. 24.
- NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no código civil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 1, p. 85-102, 2005.
- NUNES, A. J. Avelãs. *Os sistemas económicos*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997. p. 123.
- PASCAL, Blaise. *Pensamentos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 200.
- PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 23.
- \_\_\_\_\_. O público e o privado. In: SARLET, Ingo (org.). *O direito público em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 36-37.
- PEREIRA, Caio Mário Silva. *Instituições de direito civil* – direitos reais. 18. ed. atual. por Carlos Edison do Rego Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 4, p. 3-4.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. v. 1, p. IX.
- PESET, Mariano. *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1982. p. 130.
- PROVERA, Giuseppe. La distinzione fra diritti reali e diritti di obbligazione alla luce delle istituzioni di Gaio. *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*. Milão: Giuffrè, 1981. p. 387.
- REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. In: TAPAI, Giselle de Melo Braga. *Novo código civil brasileiro* – estudo comparativo do código civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante. São Paulo: RT, 2002.
- RÉMOND, René. *O século XIX*. São Paulo: Cultrix, 1997. p. 31.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do direito civil. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 74 (separata), p. 729-730, 1998.
- RIBEIRO FILHO, Romeu Marques. *Das invasões coletivas: aspectos jurisprudenciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 69.
- RIVERA, Julio César. El derecho privado constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 725, p. 13, 1996.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. São Paulo: Forense, 2003. p. IX.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Direitos fundamentais na Constituição de 88. *Revista dos Tribunais*, n. 758, São Paulo, p. 23-33, 1998. p. 25.
- RODRÍGUES, Carlos Eduardo López. *Introdução ao pensamento e à obra jurídica de Karl Larenz*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 27.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil* – direito das coisas. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 9.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 39-60.
- SARTRE, Jean-Paul. *A idade da razão*. São Paulo: DIFEL, 1976. p. 11.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. São Paulo: Cortez, p. 13-92.
- SERRES, Michel. *O contrato natural*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. p. 49.
- SEYMOUR-SMITH, Martin. *Os cem livros que mais influenciaram a humanidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002. p. 414-415.
- TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: *Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 309-333.
- TUTIKIAN, Cristiano. Sistema e codificação: o código civil e as cláusulas gerais. In: ARONNE, Ricardo (org.). *Estudos de direito civil-constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. v. 1, p. 19-79.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil* – direitos reais. São Paulo: Atlas, 2001. v. 4, p. 17.
- WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro* – Direito das coisas. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 105.
- WASSERMAN, Claudia. A manutenção das oligarquias no poder: as transformações econômico-políticas e a permanência dos privilégios sociais. *Estudos Ibero-Americanos*, Porto Alegre, n. 24, p. 64.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Doutor em Direito Civil e Sociedade pela UFPR, Mestre em Direito do Estado pela PUCRS, Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela PUCRS, Coordenador do Núcleo de Pesquisa e Iniciação Científica da Faculdade de Direito da PUCRS, Professor e Orientador nos programas de graduação e pós-graduação desta mesma instituição, líder do Grupo de Pesquisa Prismas do Direito Civil-Constitucional (PUCRS/CNPq), Professor da AJURIS, membro do IARGS e do IBDP e Advogado no RS.
- <sup>2</sup> James Gleick. *Caos – a criação de uma nova ciência*. Rio de Janeiro: Campus, 1990, p. 4): “Hoje, uma década depois, o caos se tornou uma abreviatura para um movimento que cresce rapidamente e que está reformulando a estrutura do sistema científico. [...] Em todas grandes universidades e em todos os grandes centros de pesquisas privados, alguns teóricos relacionam-se primeiro com o caos, e só em segundo lugar com as suas especialidades propriamente ditas. [...] A nova ciência gerou sua linguagem própria, um elegante jargão de *fractais* e *bifurcações*, *intermitências* e *periodicidades*, difeomorfismo *folded-towel* e mapas *smooth noodle*. [...] Para alguns físicos, o caos é antes uma ciência de processo do que de estado, de vir a ser do que de ser. Agora que a ciência está atenta, o caos parece estar por toda parte.”
- <sup>3</sup> Ricardo Aronne. *Direito civil-constitucional e teoria do caos* – estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, cap. 1.
- <sup>4</sup> Thomas S. Kuhn. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998. p. 126: “As revoluções políticas iniciam-se

com um sentimento crescente, com frequência restrito a um segmento da comunidade política, de que as instituições existentes deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por um meio que ajudaram em parte a criar. De forma muito semelhante, as revoluções científicas iniciam-se com um sentimento crescente, também seguidamente restrito a uma pequena subdivisão da comunidade científica, de que o paradigma existente deixou de funcionar adequadamente na exploração de um aspecto da natureza, cuja exploração fora anteriormente dirigida pelo paradigma. Tanto no desenvolvimento político como no científico, o sentimento de funcionamento defeituoso, que pode levar a crise, é um pré-requisito para revolução”.

- <sup>5</sup> Ricardo Aronne, ob. cit., cap. 3.
- <sup>6</sup> Referência a texto produzido a convite da Profa. Helenara Braga Avancini, para obra específica sobre propriedade intelectual.
- <sup>7</sup> Boaventura de Souza Santos. *Um discurso sobre as ciências*. São Paulo: Cortez, p. 13-92.
- <sup>8</sup> Não pelo título, mas pela sagacidade crítica do autor, cite-se Sartre para caracterizar o período e seus dilemas (SARTRE, Jean-Paul. *A idade da razão*. São Paulo: DIFEL, 1976, p. 11), onde o patrimonialismo ungiu a racionalidade até das questões existenciais: “Eram dez e vinte e cinco. Mathieu estava adiantado. Passou sem parar, sem querer volver a cabeça diante da casinha azul. Mas ele a espreitava com o rabo dos olhos. Todas as janelas estavam escuras, à exceção da de Mme. Duffet. Marcelle não tivera ainda tempo para abrir a porta de entrada; debruçada sobre sua mãe, ela ajeitava com gestos másculos, o leito do dossel. Mathieu, preocupado pensava: ‘Quinhentos francos para viver até o dia 29, isto

- é, trinta francos por dia, mais ou menos. Como é que vou me arranjar ? Fez meia-volta e voltou.”
- <sup>9</sup> Michel Foucault. *As palavras e as coisas*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. IX-XXII.
- <sup>10</sup> Vide Ricardo Aronne. *Direito civil-constitucional e teoria do caos*. Ob. cit., em especial no cap. 1, 2 e no anexo.
- <sup>11</sup> Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil – direitos reais*. 18. ed., atualizada por Carlos Edison do Rego Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 4, p. 8.
- <sup>12</sup> Clóvis Beviláqua. *Direito das coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, [s. d.], v. 1, p. 11.
- <sup>13</sup> Para uma introdução à crítica da percepção patrimonialista que norteou a confecção das bases do Direito Civil, vide Jussara Meirelles (O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 87-114).
- <sup>14</sup> Paradigmáticas as palavras de Sylvio Capanema de Souza, apresentando a obra de Melhim Namem Chalhub (*Curso de direito civil – direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. IX): “Neste momento tão denso, que vive a ordem jurídica brasileira, ao receber uma nova ordem jurídica, é de excepcional relevância o papel da doutrina a quem cabe desvendar e explicar as mensagens que fluem do Código Civil, orientando a construção pretoriana que surgirá, integrando o novo texto legal, para suprir eventuais lacunas.”
- <sup>15</sup> Contraponha-se a realidade imobiliária do *shopping center*, *flat* e *time-share* ao rol do art. 1.225 do CCb para ter-se uma ideia inicial do suscitado. Da manualística, em Sílvio Rodrigues (*Direito civil – direito das coisas*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 9) colhe-se entendimento estritamente contrário à própria realidade registral nacional, traduzindo enfoque substancialmente conservador, oitocentista, que ainda perseverava em nichos teóricos do Direito Privado: “Tal entendimento, *data venia*, não merece acolhida. O direito real é uma espécie que vem munida de algumas regalias importantes, tais a oponibilidade *erga-omnes* e a sequela, de modo que a sua constituição não pode ficar a mercê do arbítrio individual.”
- <sup>16</sup> Vide, por todos, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições....*, ob. cit., p. 1: “Prosseguem, agora, com os Direitos Reais, designação que desde Savigny se vem difundindo e aceitando, posto que a denominação clássica ‘Direito das Coisas’ tenha sido consagrada no Código Civil Brasileiro de 1916, e mantida no Código Civil de 2002, como prevalecera no BGB de 1896”.
- <sup>17</sup> Arnaldo Rizzardo, *Direito das coisas*. São Paulo: Forense, 2003, p. IX: “A entrada em vigor do Código Civil sancionado pela Lei nº 10.406, de 10.01.2002, que revogou o Código Civil introduzido pela Lei nº 3.071, de 1º/01/1916, não causará um impacto forte e muito menos inspirará grandes modificações nas relações da vida civil, social e econômica das pessoas. Isto porque grande parte das inovações mais fortes que apareceu já era conhecida, tendo colaborado com a difusão a longa tramitação do Projeto nas Casas do Congresso Nacional. De outro lado, várias das matérias novas vinham sendo debatidas e aplicadas pela doutrina e jurisprudência. [...] No caso do Direito das Coisas, ficou acentuada a tendência de se manter o Código de 1916, tendo a nova ordem mais aperfeiçoado o texto antigo, introduzindo poucos princípios ou institutos totalmente diferentes dos existentes no direito codificado ou superveniente anterior”.
- <sup>18</sup> Miguel Reale. Visão geral do novo código civil. In: TAPAI, Giselle de Melo Braga. *Novo código civil brasileiro – estudo comparativo do código civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante*. São Paulo: RT, 2002, p. XI.
- <sup>19</sup> Para aprofundamento crítico vide: Ricardo Aronne. *Anotações ao direito das coisas e legislação especial*. São Paulo: IOB, 2005, cap. 1.
- <sup>20</sup> Lafayette Rodrigues Pereira. *Direito das coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, v. 1, p. IX: “Sob esta denominação se compreendem a posse, o domínio e os modos de adquiri-lo, os direitos reais separados do domínio (*jura in re aliena*), a saber: o usufruto, o uso e a habitação, as servidões, a enfiteuse, o penhor, a anticrese e a hipoteca. Aquela simples nomenclatura é por si só suficiente para fazer antever a gravidade e o alcance da matéria; quer dizer que estamos a braços com o Direito de propriedade.”
- <sup>21</sup> Ainda ficando-se em Lafayette (ibidem): “Nas condições da vida humana, neste mundo que Kant chamava fenomenal, a propriedade, isto é, o complexo de coisas corpóreas susceptíveis de apropriação, representa um papel necessário. A subsistência do homem, a cultura e o engrandecimento de suas faculdades mentais, a educação e o desenvolvimento dos germes que a mão da Providência depositou em seu coração, dependem essencialmente das riquezas materiais.”
- <sup>22</sup> Novamente observa-se, em Lafayette (idem, ibidem), na nota acima, que o termo a “Providência”, comparece literalmente no trecho transcrito acima.
- <sup>23</sup> Para crítica mais aprofundada do tema: Ricardo Aronne. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados – das raízes aos fundamentos contemporâneos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 7-197.
- <sup>24</sup> René Gonnard, *La propriété dans la doctrine et dans l’histoire*. Paris: LGDJ, 1943. p.1-2: “*Dans les sociétés humaines même les plus rudimentaires, se pose le problème de l’appropriation, c’est-à-dire le problème de la manière dont sera assurée, aux individus ou aux groupes, la faculté, plus ou moins durable et plus ou moins exclusive, de disposer des biens. [...] Et le droit de propriété, dans sa forme et dans son organisation, on a beaucoup varié dans le temps et dans l’espace*”. Ou seja: “Na sociedade humana, mesmo nas mais rudimentares, é colocado o problema da apropriação, quer dizer a maneira que será assegurada, aos indivíduos ou aos grupos, a faculdade, mais ou menos durável e mais ou menos exclusivo, para se dispor dos bens. [...] E o direito de propriedade, na sua forma e na sua organização, alterou-se no espaço e no tempo”. (Tradução livre)
- <sup>25</sup> Ricardo Aronne. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais...* Ob. cit., cap. 1.
- <sup>26</sup> Giuseppe Provera. La distinzione fra diritti reali e diritti di obbligazione alla luce delle istituzioni di Gaio. *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*. Milão: Giuffrè, 1981. p.387: “*La distinzione fra diritti reali e diritti di obbligazione è fra le più dibattute dalla nostra dottrina civilistica, impegnata nello sforzo di individuare i criteri idonei a giustificare sul piano scientifico e su quello normativo. Non occorre certo insistere per sottolinearne l’importanza, non solo perché tutti i rapporti giuridici patrimoniali dovrebbero trovar posto, almeno in linea di massima, nell’una o nell’altra delle due categorie, pensate come esaustive, ma anche e soprattutto perché da tale collocazione dipende la scelta della disciplina normativa appropriata, rispettivamente, a quelli di tipo reale ed a quelli di tipo obbligatorio. Non va, d’altra parte, dimenticato che negli uni e negli altri si riflettono realtà economiche radicalmente diverse a seconda dei modi in cui l’uomo opera concretamente, nella vita di ogni giorno, al fine di procurarsi i mezzi necessari al soddisfacimento dei suoi bisogni. Si pensi, ad esempio, al bisogno di una casa, che può, secondo l’*id quod plerumque accidit*, essere soddisfatto acquistandola, in cambio di un prezzo, da chi ne è proprietario oppure impegnando quest’ultimo a metterla a disposizione affinché altri ne goda per un certo tempo in cambio di un corrispettivo.*” Ou seja: “A distinção entre direitos reais e direitos obrigacionais é um dos assuntos mais debatidos na nossa doutrina civil, empenhada no esforço de individualizar os critérios idôneos e justificá-la no plano científico e no plano normativo. Não é necessário insistir, nem ressaltar a importância, não só porque todos os relatórios jurídicos patrimoniais devem encontrar o seu lugar, ao menos no preceito, em uma ou em outra categoria, pensem como exaustiva, mas sobretudo porque a colocação depende da escolha apropriada da disciplina normativa, respectivamente, aqueles tipos reais e aqueles tipos obrigatórios. Não se pode, por outro lado, esquecer que em uma e em outra se refletem realidades econômicas radicalmente diversas e segundo os modos pelos quais o homem opera concretamente, no cotidiano, para obter os meios necessários à satisfação de suas necessidades. Pense-se, por exemplo, na necessidade de moradia, que, segundo o *id quod plerumque accidit*, pode ser satisfeita, em troca da oferta de um preço ao proprietário, que entregará a casa para que o comprador possa utilizá-la”. (Tradução livre)
- <sup>27</sup> Arnaldo Rizzardo. Ob. cit., p. 1.
- <sup>28</sup> Exemplo do que se afirma, pode ser colhido em sede de responsabilidade civil extracontratual. O dano moral, por não importar em redução do *status* patrimonial para o lesado, restava à margem da tutela jurídica. Não havendo prejuízo financeiro, nada haveria a reparar. A matéria ganhou pacificação apenas com o advento da Constituição vigente, no recente ano de 1988, sendo incluída no rol dos direitos fundamentais positivados no respectivo art. 5º.
- <sup>29</sup> Afirma Washington de Barros Monteiro (*Curso de direito civil – direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2003, 37. ed. atual., p. 1), introduzindo a matéria em pauta, denunciando uma fronteira entre o direito e o não direito, haverem bens sem interesse para o direito das coisas, fazendo perceber sua matriz patrimonialista – sem atenção ao art. 170 e segs. da CF/88 –, de forma mais nítida ao posicionar-se dizendo neste ponto haver uma “sincronização perfeita entre a ciência jurídica e a ciência econômica.”
- <sup>30</sup> Fundamental ao operador jurídico a releitura do papel das titularidades precedida por Luiz Edson Fachin (*Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, *passim*).
- <sup>31</sup> Florestan Fernandes; Bárbara Freitag; Sérgio Paulo Rouanet. *Habermas*. São Paulo: Ática, 1993. p. 15-16: “*Toda ideologia (como veremos a*



- seguir) tem como função impedir a tematização dos fundamentos do poder. As normas vigentes não são discutidas porque são apresentadas como legítimas pelas diferentes visões de mundo que se sucederam na História, desde as grandes religiões até certas construções baseadas no direito natural, das quais a doutrina da justa troca, fundamento do capitalismo liberal, constitui um exemplo. A ideologia tecnocrática partilha com as demais ideologias a característica de tentar impedir a problematização do poder existente. Mas distingue-se radicalmente de todas as outras ideologias do passado porque é a única que visa esse resultado, não através da *legitimação* das normas, mas através de sua supressão: o poder não é legítimo por obedecer a normas legítimas, e sim por obedecer a regras técnicas, das quais não se exige sejam justas, e sim que sejam eficazes. [...] A ideologia tecnocrática é muito mais indezível que as do passado, porque ela está negando a própria estrutura da ação comunicativa, assimilando-a à ação instrumental. Pois enquanto àquela, como vimos, se baseia numa intersubjetividade fundada em normas, que precisam ser justificadas (mesmo que tal justificação se baseie em falsas legitimidades), esta se baseia em regras, que não exigem qualquer justificação. O que está em jogo, assim, é algo de muito radical, que é nada menos que uma tentativa de sabotar a própria estrutura de interesses da espécie, que inclui, ao lado do interesse instrumental, também o interesse comunicativo.”
- <sup>32</sup> Especificamente tratando os elementos da teoria da justa troca: Jürgen Habermas. *A crise de legitimação do capitalismo tardio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994. p. 90-99.
- <sup>33</sup> Sobre a questão das cláusulas gerais, importantes considerações encontram-se tecidas por Cristiano Tutikian (Sistema e Codificação: as cláusulas gerais e o Código Civil). In: ARONNE, Ricardo (org.). *Estudos de direito civil-constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, v. 1, p. 19-31).
- <sup>34</sup> Enquanto construção axiológica, o direito de propriedade se projetou para um inconsciente da percepção jurídica (qualquer paralelismo com o inconsciente coletivo traçado Jung, não somente é possível como necessário; neste sentido a propriedade ocupa o papel de arquétipo) através de um reiterado, aprofundado e decapado discurso. Para aprofundamento vide Eroults Courtiano Jr. (*O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, *passim*).
- <sup>35</sup> Para que se compreenda a real extensão deste fenômeno, com a prospeção nos três pilares fundamentais do Direito Privado (propriedade, família e contrato), vide Luiz Edson Fachin (*Teoria crítica do direito civil*). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, cap. 1)
- <sup>36</sup> Luiz Edson Fachin. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. *Estudos Jurídicos*, Curitiba: Ed. Universitária Champagnat, v. 2, n. 1, p. 99-100: “O projeto dos juristas do século passado está teoricamente desfigurado, mas a doutrina e a prática do direito, ao responderem às novas exigências sociais, ainda se valem da inspiração no valor supremo da segurança jurídica e do purismo conceitual. Se a teoria do modelo clássico se acomoda como passagem da história jurídica, mesmo assim, segue firme e presente certa arquitetura de sistema que tem mantido afastada uma suposta realidade jurídica da realidade social, hábil para “se refugiar num mundo abstrato, alheio à vida, aos seus interesses e necessidades”. [...] Não se trata de uma crise de formulação, eis que o desafio de uma nova teoria geral do direito civil está além de apenas reconhecer o envelhecimento da dogmática. Deve-se tratar disso sim, das possibilidades de repersonalização de institutos essenciais, como a propriedade e o contrato, bem assim do núcleo do direito das obrigações para recolher o que de relevante e transformador há nessa ruína.”
- <sup>37</sup> Jussara Meirelles. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 89. “Na ordem jurídica, a pessoa é um elemento científico, um conceito oriundo da construção abstrata do Direito. Em outras palavras, é a técnica jurídica que define a pessoa, traçando seus limites de atuação. Esse delineamento abstrato decorre, substancialmente, da noção de relação jurídica, as pessoas são consideradas sujeitos, não porque reconhecidas a sua natureza humana e a sua dignidade, mas na medida em que a lei lhes atribui faculdades ou obrigações de agir, delimitando o exercício de poderes ou exigindo o cumprimento de deveres”.
- <sup>38</sup> Para citar dentre as matrizes de nosso pensamento, vide o organizador dessa obra: Plínio Melgaré. Horizontes da democracia e do Direito: Um compromisso humano. In: MELGARÉ, Plínio; BELMONTE, Cláudio. *O direito na sociedade contemporânea*. São Paulo: Forense, 2005, em especial na p. 526.
- <sup>39</sup> Em especial Ricardo Aronne, *Direito civil-constitucional e teoria do caos...*, ob. cit., cap. 2.
- <sup>40</sup> *Ibidem*, cap. 1.
- <sup>41</sup> A referência toca diretamente a teoria realista, personalista e eclética, de fundamento oitocentista e ainda reinantes na doutrina manualística que permeia o Direito Privado, de produção revigorada desde a edição do novo Código Civil.
- <sup>42</sup> Sobre a formulação e fundamentos da teoria da autonomia: Ricardo Aronne. *Propriedade e domínio*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 206-211.
- <sup>43</sup> Ricardo Aronne. Tularidades e apropriação no novo Código Civil: breve estudo sobre a posse e sua natureza. In: Ingo Wolfgang Sarlet. *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 239.
- <sup>44</sup> Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 240-241.
- <sup>45</sup> Ricardo Aronne. *Por uma nova hermenêutica...*, ob. cit., p. 45-61.
- <sup>46</sup> Ricardo Aronne. *Direito civil-constitucional e teoria do caos...*, ob. cit., cap. 1. Para nossa temática, interessa a Topologia, no que diz aos Fractais (como obra fundamental vide: Benoît Mandelbrot. *The fractal geometry of nature*. São Francisco: W. H. Freeman, 1982, *passim*), que ganham um sentido especial no Direito, ao refletirem sua hierarquização axiológica, explicitamente tópica e não necessariamente linear como reflexo da não linearidade da vida. O tema enseja estudo próprio, em face da profundidade e relevância, pois supera a percepção piramidal trazida por Kelsen, à qual já não se presta bem à solucionar operações com o sistema concebido de modo irradiante e aberto.
- <sup>47</sup> Jürgen Habermas traça, com acerto, fronteira ao discurso em tela. O Direito, enquanto objeto epistemológico do presente discurso, identifica-se a um Direito democraticamente construído, com aspirações de justiça e equidade material, não obstante a inserção da economia de mercado. Diz (*A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 38-40): “Grosso modo, penso que as sociedades complexas contemporâneas se integram até certo ponto através de três veículos ou mecanismos. O ‘dinheiro’ enquanto veículo está, por assim dizer, institucionalizado no mercado; o ‘poder’ enquanto veículo está institucionalizado nas organizações; e a ‘solidariedade’ é gerada pelas normas, pelos valores e pela comunicação.” Leciona o filósofo que o mercado tem seus mecanismos no contrato e na propriedade. Por si só, ao contrário da lição de Hayek, que remonta Adam Smith, o mercado não tem uma condição distributiva ideal. Assim, havendo uma Constituição democrática, o Direito intervém no mercado, através da regulação de seus mecanismos em abstrato (pela lei) e em concreto (pela administração e jurisdição).
- <sup>48</sup> Eugênio Facchini Neto. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 41: “Com a aceitação da ideia de que o direito civil não pode ser analisado apenas a partir dele próprio, devendo sofrer o influxo do direito constitucional, começou-se a questionar sobre o tipo de eficácia que os direitos fundamentais (justamente a parte mais nobre do direito constitucional) poderiam ter no âmbito das relações estritamente intersubjetivas.”
- <sup>49</sup> Eduardo Kraemer. Algumas anotações sobre os direitos reais no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 199: “O exame do Código exige uma alteração metodológica decisiva. A modificação é essencial para que haja possibilidade de extração das reais possibilidades potencialidades da nova legislação. Os rompimentos metodológicos, iniciados ainda na vigente codificação, rompem com antigos paradigmas. Valores devem ser redimensionados. A necessidade de buscar na Constituição o real sentido da nova codificação. Essencial o cotejo da nova legislação com os princípios insculpidos na Constituição Federal.”
- <sup>50</sup> Vide Ricardo Aronne. *Propriedade e domínio*, ob. cit., p. 67-116.
- <sup>51</sup> Blaise Pascal. *Pensamentos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 200: “O homem não é senão um caniço, o mais fraco da natureza, mas é um caniço pensante”. Pascal, nesta obra, operando com pensamento dialógico, em detrimento da dialética, acaba por revelar que os opostos simultaneamente antagonistas e complementares são parte inalienável da condição humana. No que em larga medida, acaba posteriormente acompanhado por Nietzsche e Hanna Arendt, ele percebe na “condição humana” a coexistência de grandeza e miséria; entendendo que a natureza corrupta é inseparável da grandeza humana. Seriam condições opostas e complementares. A grandeza do homem seria sua faculdade de pensar e sua fragilidade seria a sua miséria. Tal racionalidade é fundamental na operatividade dos princípios.

- <sup>52</sup> Qual a sanção legal da boa-fé havemos de perguntar.
- <sup>53</sup> Vide Eugénio Facchini Neto, ob. cit., p. 43 e 44 e em especial na p. 51 e 52, de onde se colhe: “Aceitando-se essa caracterização dos direitos humanos, feita por Alexy, percebe-se claramente a grande contribuição que se espera do Poder Judiciário para tornar efetivos tais direitos, pois cabe ao magistrado assegurar a *fundamentalidade* dos direitos humanos, interpretando o ordenamento jurídico de forma que respeite e fomente tais direitos, garantindo a *preferencialidade* de tal interpretação sobre quaisquer outras possibilidades que se abram.”
- <sup>54</sup> Michele Giorgianni. O direito privado e suas atuais fronteiras, *Revista dos tribunais*, São Paulo, n. 747, 1998, p. 35-36. Assim já afirmou ocorrer no curso da década de 60 do século XX, o autor italiano.
- <sup>55</sup> O termo deve ser explicado. A teoria da relação jurídica fornece um filtro para desenhar fronteiras de interesse ao direito positivo, então transformado em discurso e reduzido ao critério Kelseniano de validade formal. Não obstante, a razão de sua construção, no discurso jurídico-político liberal, tem como alicerce o fetiche da neutralidade da Direito.
- <sup>56</sup> Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições...*, ob. cit., p. 89.
- <sup>57</sup> Em perspectiva crítica às teorias personalista e realista, vide Ricardo Aronne. *Propriedade e domínio*. p. 25-35. Como as obras jurídicas hão de perceberem-se abertas pelo seu autor, após a maior maturidade da teoria da autonomia e de seu responsável, pode-se tomar com cautela a expressão “reconciliação” (p. 35), empregada no texto. Não se busca preservar a visão tradicional, com a teoria da autonomia. Busca-se, superar as contradições formais que derivam, no curso da superação da contradição material que contém, não obstante ser sua motivação (afirmar condição absoluta à propriedade, relativizada pela ordem contemporânea). Portanto a teoria contemporânea importa na superação dialética da visão clássica e não em sua simples negação.
- <sup>58</sup> Ob. cit.
- <sup>59</sup> Em especial os já citados *Propriedade e domínio* e *Por uma nova hermenêutica dos ...*
- <sup>60</sup> Mais especificamente Institutas 4.3.3: “*Dominium est jus utendi, fruendi et abutendi*”.
- <sup>61</sup> René Rémond, *O século XIX*, São Paulo, Cultrix, 1997, p. 31: “A burguesia fez a Revolução e a Revolução entregou-lhe o poder; ela pretende conservá-lo, contra a volta de uma aristocracia e contra a ascensão das camadas populares. A burguesia reserva para si o poder político pelo censo eleitoral. Ela controla o acesso a todos os cargos públicos e administrativos. Desse modo, a aplicação do liberalismo tende a manter a desigualdade social.”
- <sup>62</sup> Orlando de Carvalho. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981, nota 1, p. 13-14: “Por outra via, constitui um progresso em ordem a um jusnaturalismo romanticamente individualista que partia, para falarmos como Rousseau, do *promeneur solitaire*, do homem sozinho, esquecendo aparentemente a alteridade do Direito, a sua profunda e indefectível socialidade”.
- <sup>63</sup> René Rémond, ob. cit., p. 31-32.
- <sup>64</sup> Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições...*, ob. cit., p. 2-4.
- <sup>65</sup> Para que se introduza a problemática sobre o termo bem, Venosa procede, com rara sensibilidade dentre os manuais, efetiva síntese sobre a percepção polissêmica atribuída ao mesmo, no primeiro parágrafo de seu volume de direito das coisas (Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil – direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2001, v. 4, p. 17).
- <sup>66</sup> Ainda na pós-modernidade, prosseguem os manuais a repetir as antigas fórmulas oitocentistas, em miope leitura do fenômeno jurídico-privado, embalada por deficiente metodologia racionalista, que claudica entre a Escola da Exegese e a Pandectista. Exemplo textual colhe-se em Silvio Rodrigues (*Direito civil*, ob. cit., p. 77-78). Identifica a propriedade ao domínio, classificando o instituto segundo os elementos da escola realista, que o autor obtém da literalidade do dispositivo codificado em 1916 e 2002 (respectivamente arts. 524 e 1.228).
- <sup>67</sup> Francisco de Paula Lacerda de Almeida. *Direito das cousas*. Rio de Janeiro: J. R. dos Santos, 1908, v. 1, p. 37-38: “No Direito das Cousas constituem objecto do direito a propriedade e os direitos della separáveis; no Direito das Obrigações as prestações, o acto do devedor obrigado. Coherentemente são reaes os direitos classificados na primeira categoria; exercem-se directamente sobre o seu objecto, a cousa; na segunda pessoas só indirectamente podem ser exercidas sobre seu objecto, a prestação, pois esta é acto ou omissão do devedor e delle depende”.
- <sup>68</sup> Nicola Coviello. *Manuale di diritto civile italiano*. Milano: Società Editrice Libreria, 1924, p. 250: “*L'espressione 'oggetto di diritti' viene usata in vario senso. Talora con essa viene a designarsi ciò che cada cade sotto la potestà dell'uomo, e si dice anche oggetto immediato del diritto; talora significa ciò a cui il diritto tende, ciò che a causa del diritto ci si rende possibile,*
- lo scopo finale del diritto, e si dice anche oggetto mediato del diritto. Così nei diritto d'obbligazione per esempio si chiama oggetto tanto il fato del debitore, cioè la prestazione, quanto la cosa di cui si deve godere in forza della prestazione. Perciò, per maggiore esattezza di linguaggio e precisione d'idee, si è convenuto di chiamare oggetto del diritto ciò che cade sotto la potestà dell'uomo, e invece contenuto dei diritti ciò che a causa del diritto ci si rende possibile ottenere.*”
- <sup>69</sup> Para aprofundamento vide Ricardo Aronne (*Propriedade e domínio*. ob. cit., p. 37-86).
- <sup>70</sup> E também de suas emanações, denominadas e configuradas como direitos reais; portanto absolutas. Com efeito, as codificações, mesmo em sobre-vida, apontam titularidades como direitos reais na coisa alheia. Confundem os poderes de seu titular com o instrumento da titularidade. (Idem, *ibidem*, p. 87-116).
- <sup>71</sup> Luiz Edson Fachin, Direito Civil Contemporâneo, *Revista Consulex*, nº 18, Brasília, Consulex, 1998, p. 32: “Talvez sua incompletude funde o permanente enquanto instância transitória duradoura da motivação necessária, na tentativa de refundar um sistema que colocou em seu núcleo o patrimônio e apenas nas bordas o ser humano e sua concretude existencial. Uma virada que se faz necessária para recolocar no centro o ser, como luz solar que tem direito ao seu lugar essencial e na periferia o ter, como a pertença que aterra mais a morte do que a vida e suas possibilidades.”
- <sup>72</sup> Disse Martin Seymour-Smith (*Os cem livros que mais influenciaram a humanidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002, p. 414-415), lendo Crítica da Razão Pura (1781 – Revisto em 1787), como a obra mais significativa dentre a sólida produção multifacetada de Immanuel Kant: “Já houve quem dissesse que Kant seria o grande filósofo dos tempos modernos, à altura de Platão e Aristóteles, embora essa opinião seja minoritária hoje em dia. [...] O que é certo é o seguinte: qualquer pessoa educada e culta ou é ou não é kantiana.” Martin Buber seria; Bertrand Russel não.
- <sup>73</sup> Para aprofundamento: Paulo Luiz Netto Lôbo. Contrato e mudança social, *Revista dos tribunais*, RT, 722, p. 40-45, 1995, p. 45.
- <sup>74</sup> Observe-se a resistência de Caio Mário (*Instituições...*, ob. cit., p. 4): “Não obstante o desfavor que envolve a doutrina personalista, ela continua, do ponto de vista filosófico (especialmente metafísico), a merecer aplausos. Sem dúvida que é muito mais simples e prático dizer que o direito real arma-se entre o sujeito e a coisa, através de assenhoreamento ou dominação. Mas, do ponto de vista moral, não encontra explicação satisfatória esta relação entre pessoa e coisa. Todo o direito se constitui entre humanos, pouco importando a indeterminação subjetiva, que, aliás, em numerosas ocorrências aparece sem repulsas ou protesto. [...] A teoria realista seria então mais pragmática. Mas, encarrada a distinção em termos de pura ciência, a teoria personalista é mais exata.”
- <sup>75</sup> Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições...* ob. cit., p. 3.
- <sup>76</sup> Mariano Peset. *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1982, p. 130: “*La propiedad es configurada como una relación del hombre con las cosas, conforme la tradición romana. Hoy, desde diversas perspectivas se hace notar que el derecho de propiedad debe configurar-se como relación entre personas, como delimitación de derechos que se confieren a los propietarios en relación con los demás en un determinado estadio social de desarrollo, pero en el Code se sitúa en primer término la conexión con la cosa.*”
- <sup>77</sup> Arnoldo Wald. *Curso de direito civil brasileiro – Direito das coisas*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 105.
- <sup>78</sup> No mesmo sentido Melhim Namem Chalhub (*Curso de direito civil – direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 4), não obstante a diversidade metodológica.
- <sup>79</sup> Para que bem se apreenda a noção tradicional do sentido de direito absoluto, com que a civilística clássica opera, transcreve-se trecho da influente obra dos irmãos Mazeud (MAZEUD, Henri; MAZEUD, Léon; MAZEUD, Jean. *Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires: Europa-América, 1978. v. 4, cap. 2, p. 56), por sua representatividade para com tal linha de pensamento: “*El absolutismo del derecho de propiedad se traduce en cuanto a su titular; por su exclusivismo y por su individualismo; en cuanto a los poderes que confiere, por su totalitarismo y por su soberanía. Por ser absoluto, el derecho de propiedad es un derecho total: el propietario tiene todos los poderes sobre la cosa. Este conjunto de poderes puede descomponerse en tres atributos: jus utendi o derecho de servirse de la cosa, jus fruendi o derecho de percibir sus productos, jus abutendi o derecho de disponer de la cosa: conservarla, donarla, venderla, destruirla, abandonarla. Esa universalidad del derecho de propiedad ha sido afectada por la evolución producida a partir de 1804.*”
- <sup>80</sup> Florestan Fernandes. *Mudanças sociais no Brasil*. 3. ed. São Paulo: DIFEL, 1979. p. 49-50: “Nas condições peculiares da sociedade de

classes dependente e subdesenvolvida, a mudança e o controle da mudança, são, com maior razão, fenômenos especificamente políticos. Da mudança e do controle da mudança não depende, apenas, a continuidade do sistema de produção capitalista e da dominação burguesa, mas, em especial, a probabilidade de impedir-se a regressão da dependência propriamente dita à heteronomia colonial ou neocolonial. Na verdade, sob o capitalismo dependente a dominação burguesa não deve, apenas, consolidar a continuidade da ordem contra as 'pressões internas', que se tornam perigosas e até mortais para a burguesia, quando são pressões do proletariado em aliança com os setores rebeldes das classes médias e das classes destituídas. Ela deve, também, consolidar a continuidade da ordem contra as 'pressões externas', das burguesias das nações capitalistas hegemônicas, de seus governos e de suas associações internacionais. Para garantir-se neste nível, a burguesia dos países capitalistas dependentes e subdesenvolvidos tende para coalizões oligárquicas e composições autocráticas, o meio mais acessível, ao seu alcance, para forjar e controlar o espaço político necessário a seus ajustamentos com o 'sócio maior', a burguesia das Nações capitalistas hegemônicas e seus padrões de dominação imperialista. Tudo isso faz com que a dominação burguesa se converta, muito mais clara e duramente que nas Nações capitalistas hegemônicas, em ditadura de classe. E, de outro lado, tudo isso faz com que o fenômeno central da mudança seja a permanente revitalização da dominação burguesa através do fortalecimento do Estado e de seus mecanismos de atuação direta sobre os dinâmismos econômicos, sócio-culturais e políticos da sociedade de classes".

<sup>81</sup> Não menos importante que os incisos XXI e XXII do art. 5º da CF/88, especificamente em sede de direitos reais, deve ser considerado o § 1º do dispositivo que desenha a normatividade contemporânea dos direitos fundamentais e de sua eficácia interprivada.

<sup>82</sup> Fernando Luiz Ximenes Rocha, *Direitos Fundamentais na Constituição de 88*, *Revista dos Tribunais*, n. 758, São Paulo, p. 23-33, 1998, p. 25: "De fato, os valores constitucionais que compõem o arcabouço axiológico destinado a embasar a interpretação de todo o ordenamento jurídico, inclusive servindo de orientação para as demais normas legislativas, hão de repousar no princípio do respeito à dignidade humana, porquanto o homem é, em última análise, o verdadeiro titular e destinatário de todas as manifestações de poder."

<sup>83</sup> Por todos, leia-se Arnoldo Wald (ob. cit., p. 31), onde fica nítida a diversidade das cidadanias epistemológicas que traduzem os respectivos discursos científicos: "Na realidade não nos cabe apreciar aqui a utilidade da distinção entre direitos reais e pessoais. Trata-se de uma diferenciação com fundamento histórico que as legislações modernas adotaram e que se mostrou fecunda nos seus resultados práticos. Não a devemos discutir de lege ferenda, como não discutimos a divisão do direito em público e privado. São dados e quadros que a legislação positiva nos oferece e que constituem as categorias fundamentais do nosso pensamento jurídico. A função do jurista, no campo do direito civil, é meramente dogmática e não crítica e filosófica. Dentro do nosso sistema jurídico, o Código Civil define e enumera os direitos reais, cabendo ao estudioso o trabalho de caracterizá-los, interpretando as normas legais existentes e resolvendo, de acordo com os princípios básicos e gerais do nosso direito, os casos limítrofes e as dúvidas eventualmente suscitadas."

<sup>84</sup> Joaquim de Sousa Ribeiro. *Constitucionalização do direito civil*. *Boletim da Faculdade de Direito*, separata do v. 74, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, p. 729-730: "Esse reconhecimento mais não é, nesta perspectiva, do que uma forma de regulação, a nível constitucional, das esferas da vida onde esse sujeito se movimenta, reflectindo uma dada valoração de interesses que aí conflituam. Valoração que, tendo em conta a unidade do sistema jurídico e a posição cimeira que, dentro dele, as normas constitucionais ocupam, não pode deixar de influenciar a apreciação, a nível legislativo e judicial, da matéria civilística".

<sup>85</sup> Em especial vide Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk. *Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 87-103.

<sup>86</sup> Eduardo Garcia de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed., Madrid: Civitas, 1985, p. 19-20: "*La promulgación de la Constitución de 1978 nos ha sumergido súbitamente en una temática jurídica completamente nueva y, a la vez, trascendental, puesto que incide de manera decisiva, actual o virtualmente, sobre todas y cada una de las ramas del ordenamiento, aun de aquéllas más aparentemente alejadas de los temas políticos de base. [...] No es posible en plano técnico, simplemente, manejar el ordenamiento, aun para resolver un problema menor, sin considerar a dicho ordenamiento como una unidad y, por tanto, sin la referencia constante a la Constitución, cabeza e*

*clave del mismo. [...] Luego veremos que la Constitución es el contexto necesario de todas las leyes y de todas las normas y que, por consiguiente, sin considerarla expresamente no puede siquiera interpretarse el precepto más simple, según el artículo 3º del Código Civil ('las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto'), [...]"*

<sup>87</sup> Alexandre Pasqualini. *Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 23: "A exegese, portanto, não se dá a conhecer como simples e secundário método ancilar à ciência jurídica. Como fenômeno algo transcendental da cognição, o acontecer hermenêutico não é exterior, passivo, muito menos neutro em face do seu objeto. A experiência interpretativa se sabe interior e imanente à ordem jurídica. Na sua relação com o intérprete, o sistema não atua como um sol que apenas fornece sem nada receber em troca. Que fique claro que o sistema ilumina, mas também é iluminado. A ordem jurídica, enquanto ordem jurídica, só se põe presente e atual no mundo da vida através da luz temporalizada da hermenêutica. São os intérpretes que fazem o sistema sistematizar e, por conseguinte, o significado significar".

<sup>88</sup> Jorge Miranda, *Direitos Fundamentais e Interpretação Constitucional, Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, n. 30, Porto Alegre, p. 21-34, 1998, p. 24: "O Estado não é só o poder político (ou o governo, na acepção clássica e que perdura na linguagem anglo-americana). É também, e antes de mais, a comunidade, os cidadãos e os grupos a que estes pertencem. Logo, a Constituição, enquanto estatuto do Estado tem de abranger uma e outra realidade, em constante dialéctica; nem se concebe estatuto do poder sem estatuto da comunidade a que se reporta. A Constituição vem a ser, na linha de Maurice Hauriou, tanto Constituição política quanto Constituição social, não se cinge à organização interna do poder."

<sup>89</sup> Nesse sentido, merecem registro as palavras de Mário Luiz Delgado, no prefácio que dedica à obra de Luiz Guilherme Loureiro (*Direitos reais: à luz do Código Civil e do direito registral*. São Paulo: Método, 2004, p. 7), discorrendo sobre a doutrina e os direitos reais: "Como ramo do Direito Civil, é tido pelos estudiosos de domínio ingrato, em face das agruras próprias de uma seara ao mesmo tempo acentuadamente técnica, e intimamente ligada e dependente de aspectos históricos, políticos e sobretudo sociológicos. As referências doutrinárias sobre a matéria sempre constituíram reserva intelectual de uns poucos [...] Esboçar em poucas linhas, o perfil e a aplicação prática dos institutos sistematizados no Direito das Coisas parecia tarefa demasiado presunçosa para a maioria dos autores da atualidade. Barreira quase intransponível, erguida pelos séculos de cultura jurídica, desde os primórdios da civilização."

<sup>90</sup> Os sistemas dualistas, como o brasileiro, trazem a distinção entre relações patrimoniais pessoais e reais. Sistemas monistas, como é o caso dos saxões, não procedem a distinção de espécies.

<sup>91</sup> Severa, e acertada, crítica ao novo Código Civil remonta o fato de que adota a arquitetura eclética, já contida no art. 524 do Código Beviláqua. Observa-se assim inúmeras possibilidades na reconstrução hermenêutica do direito das coisas codificado (em especial vide notas aos arts. 1.225 e 1.228 do Código – Ricardo Aronne, *Anotações ao direito das coisas e legislação especial selecionada*, ob. cit ou *novo Código Civil anotado*, Porto Alegre: Síntese, 2004), como necessidade de viabilizar uma interpretação integradora desta ao núcleo constitucional vigente. No mesmo sentido, comentando o Código quando ainda projeto, em sede de parecer para bancada legislativa, Adilson J. P. Barbosa e José Evaldo Gonçalves (*O direito de propriedade e o novo Código Civil*. Brasília, Câmara dos Deputados. Disponível em: <[http://www.cidadanet.org.br/dados/arts\\_novo\\_codigo\\_civil\\_e\\_propriedade.htm](http://www.cidadanet.org.br/dados/arts_novo_codigo_civil_e_propriedade.htm)>. Acesso em: 19 fev. 2001): "Ao contrário, no que diz respeito ao Livro III, referente aos Direitos das Coisas, em nome da 'salvação' de um trabalho de 25 (vinte e cinco anos) – tempo que o projeto tramita no Congresso – o Brasil pode ter um Código Civil, com um programa normativo que nos remete aos direitos de primeira geração elaborados no final do século XVIII, no qual o direito de propriedade era concebido como um direito subjetivo de caráter absoluto. [...] O PL 634/75, aparentemente, fundiu os conceitos de propriedade e domínio, eliminando a polêmica sobre a existência ou não de identidade entre os dois termos. Entretanto, conforme visto alhures, o absolutismo com que é tratado o direito de propriedade pela doutrina e operadores jurídicos no Brasil, deve-se ao tratamento unitário dado a termos que traduzem conceitos autônomos, o que tem merecido forte crítica de autores preocupados com a pouca efetividade que as alterações do ordenamento econômico e social, promovidas pelo Texto Constitucional de 1988, têm provocado no tratamento da propriedade. [...] As codificações emanadas do Estado e tomadas como única fonte do Direito, abriram caminho para o positivismo jurídico, doutrina que

considera o direito como um fato e não como um valor. O PL 634/75, no título que trata dos Direitos das Coisas, não se afasta dessa concepção. Ao contrário, fazendo-se surdo ao novo tratamento dado à propriedade pela Constituição Federal, reflexo dos avanços da sociedade e das lutas sociais, expõe um texto decrépito e atrasado, no qual, por força das normas positivadas no texto constitucional e na legislação ordinária agrega alguns avanços, sem contudo avançar no que diz respeito ao tratamento dado as várias formas de propriedade que aparecem na realidade brasileira”.

<sup>92</sup> Merece leitura Ivan Chemeris, mestre e magistrado gaúcho, em obra dedicada ao tema, com especial destaque ao momento em que trata o que denomina “judicialização do político” (*A função social da propriedade – o papel do Judiciário diante das invasões de terras*. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 102-104).

<sup>93</sup> Por discussão mais avançada, se reconhece àquele que vergasta temática para além da simples forma de institutos ou conceitos abstratos de direito civil tradicional, para alcançar uma dimensão concreta na vida jurídica do universo da sociedade brasileira do século XXI. Tais temas devem reter sua proporcional relevância, sob pena de descolar da realidade jurídica da atividade forense e extraforense. Ciência deve guardar razão prática. No caso do jurista, isto se relaciona com a função social que imanta sua militância, consoante a equação axiológica da democracia social, cujos valores restaram constitucionalizados e em larga medida regradados na Lei Maior ou a partir dela.

<sup>94</sup> Ricardo Aronne, *Propriedade e domínio*, ob. cit., p. 67 e segs.

<sup>95</sup> O Reich consolidou o Nazismo na Alemanha à luz da Constituição de Weimar. Tal questão remonta a aporética dos valores na interpretação do Direito, merecendo aprofundamento próprio em sede adequada; nada obstante, será retomada, mesmo que na exigida superficial abordagem metodológica de um texto que não é de teoria geral, a ser suprida por fontes específicas do tema. No que tange ao direito das coisas, vide Ricardo Aronne. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais...*, ob. cit., cap. 2. Para Teoria Geral do Direito Privado, vide Luiz Edson Fachin. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, *passim*. (Existe 3. ed. atualizada).

<sup>96</sup> Maria Celina Bodin de Moraes, A Caminho de um Direito Civil Constitucional, ob. cit., p. 24: “Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição público-privado. Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um ‘mondo in frammenti’, logicamente incompatível com a ideia de sistema unitário.”

<sup>97</sup> Jean Carbonnier. *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans riguer*. Paris: LGDJ, 1992. p. 201. Cabe esclarecer nesta fonte, existir edição revista da obra citada. A revisão apenas trouxe novas ideias ao fundamental texto produzido por Carbonnier, sem rejeitar as anteriores.

<sup>98</sup> Michel Serres. *O Contrato Natural*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1991, p. 49. “É preciso fazer uma revisão dilacerante do direito natural moderno, que supõe uma proposição não-formulada, em virtude da qual o homem, individualmente ou em grupo, pode sozinho tornar-se sujeito do direito. Aqui reaparece o parasitismo. A Declaração dos Direitos do Homem teve o mérito de dizer: ‘todo homem’ e a fraqueza de pensar: ‘apenas os homens’ ou os homens sozinhos. Ainda não estabelecemos nenhum equilíbrio em que o mundo seja levado em conta, no balanço final.”

<sup>99</sup> Art. 1º, III, CF/88.

<sup>100</sup> Arts. 5º, XXIII e 170 da CF/88.

<sup>101</sup> Art. 5º, § 1º da CF/88.

<sup>102</sup> Para observar-se a diversidade possível de ser colhida em tema de propriedade, merece transcrição respeitável posição em contrário. Romeu Marques Ribeiro Filho (*Das invasões coletivas: aspectos jurisprudenciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 69): “Ora, não se nega se dever do proprietário [sic.], dar à sua propriedade função social. Contudo, questionável é assertiva no sentido de que a sociedade teria – ou tem – o direito de exigir do proprietário o cumprimento de seu dever. Ainda no plano argumentativo, se propriedade inócua é aquela destituída de funcionalidade social, admissível se mostra o posicionamento enquanto tratado em tese, tão somente. Todavia é curial que não compete ao Poder Judiciário, e muito menos a grupos invasores organizados, eleger ou mesmo apontar, qual propriedade está ou não cumprindo sua destinação social. Pois, como visto, tal competência, consoante mandamento constitucional expresso, é exclusivo do Poder Público municipal e da União, conforme o caso”. Ou ainda: “Ora, os nossos Tribunais [sic.], ordinariamente, além

de prestar jurisdição ao caso concreto, terminam por preencher aquelas lacunas sociais, de competência única e exclusiva da Administração, não cumpridas por inconcebível omissão do Estado. É certo que aos olhos da opinião pública, é o Poder Judiciário quem reintegra, mantém ou proíbe. Aqui não se perquire se a Administração cumpre ou não seus deveres constitucionais. Daí ser correta a assertiva de que a paz social jamais poderá ser feita com o sacrifício da ordem jurídica, vez que a exclusão social pode ser fato econômico ou político, mas nunca jurídico, isso na exata medida em que todos se mostram iguais perante a lei” (op. cit., p. 112).

<sup>103</sup> Para que se traga um exemplo de 1995: STF, T. Pleno, MS 22.164/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v. unân., publicado no DJ 17.11.95, p. 39206: “REFORMA AGRÁRIA E DEVIDO PROCESSO LEGAL. O POSTULADO CONSTITUCIONAL DO *DUE PROCESS OF LAW*, EM SUA DESTINAÇÃO JURÍDICA, TAMBÉM ESTÁ VOCACIONADO À PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE. NINGUÉM SERÁ PRIVADO DE SEUS BENS SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5., LIV). A UNIÃO FEDERAL – MESMO TRATANDO-SE DE EXECUÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DO PROGRAMA DE REFORMA AGRÁRIA – NÃO ESTÁ DISPENSADA DA OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR, NO DESEMPENHO DE SUA ATIVIDADE DE EXPROPRIAÇÃO, POR INTERESSE SOCIAL, OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE, EM TEMA DE PROPRIEDADE, PROTEGEM AS PESSOAS CONTRA A EVENTUAL EXPANSÃO ARBITRÁRIA DO PODER ESTATAL. A CLÁUSULA DE GARANTIA DOMINIAL QUE EMERGE DO SISTEMA CONSAGRADO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA TEM POR OBJETIVO IMPEDIR O INJUSTO SACRIFÍCIO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E VISTORIA EFETUADA PELO INCRA. A VISTORIA EFETIVADA COM FUNDAMENTO NO ART. 2., PAR. 2., DA LEI N. 8.629/93 TEM POR FINALIDADE ESPECÍFICA VIABILIZAR O LEVANTAMENTO TÉCNICO DE DADOS E INFORMAÇÕES SOBRE O IMÓVEL RURAL, PERMITINDO À UNIÃO FEDERAL – QUE ATUA POR INTERMÉDIO DO INCRA – CONSTATAR SE A PROPRIEDADE REALIZA, OU NÃO, A FUNÇÃO SOCIAL QUE LHE É INERENTE. O ORDENAMENTO POSITIVO DETERMINA QUE ESSA VISTORIA SEJA PRECEDIDA DE NOTIFICAÇÃO REGULAR AO PROPRIETÁRIO, EM FACE DA POSSIBILIDADE DE O IMÓVEL RURAL QUE LHE PERTENCE – QUANDO ESTE NÃO ESTIVER CUMPRINDO A SUA FUNÇÃO SOCIAL – VIR A CONSTITUIR OBJETO DE DECLARAÇÃO EXPROPRIATÓRIA, PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA E PESSOAL DA VISTORIA. A NOTIFICAÇÃO A QUE SE REFERE O ART. 2., PAR. 2., DA LEI N. 8.629/93, PARA QUE SE REPUTE VÁLIDA E POSSA CONSEQUENTEMENTE LEGITIMAR EVENTUAL DECLARAÇÃO EXPROPRIATÓRIA PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA, HÁ DE SER EFETIVADA EM MOMENTO ANTERIOR AO DA REALIZAÇÃO DA VISTORIA. ESSA NOTIFICAÇÃO PRÉVIA SOMENTE CONSIDERAR-SE-Á REGULAR, QUANDO COMPROVADAMENTE REALIZADA NA PESSOA DO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL RURAL, OU QUANDO EFETIVADA MEDIANTE CARTA COM AVISO DE RECEPÇÃO FIRMADO POR SEU DESTINATÁRIO OU POR ÀQUELE QUE DISPONHA DE PODERES PARA RECEBER A COMUNICAÇÃO POSTAL EM NOME DO PROPRIETÁRIO RURAL, OU, AINDA, QUANDO PROCEDIDA NA PESSOA DE REPRESENTANTE LEGAL OU DE PROCURADOR REGULARMENTE CONSTITUÍDO PELO *DOMINUS*. O DESCUMPRIMENTO DESSA FORMALIDADE ESSENCIAL, DITADA PELA NECESSIDADE DE GARANTIR AO PROPRIETÁRIO A OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, IMPORTA EM VÍCIO RADICAL QUE CONFIGURA DEFEITO INSUPERÁVEL, APTO A PROJETER-SE SOBRE TODAS AS FASES SUBSEQUENTES DO PROCEDIMENTO DE EXPROPRIAÇÃO, CONTAMINANDO-AS, POR EFEITO DE REPERCUSSÃO CAUSAL, DE MANEIRA IRREMISSEVEL, GERANDO, EM CONSEQUÊNCIA, POR AUSÊNCIA DE BASE JURÍDICA IDÔNEA, A PRÓPRIA INVALIDAÇÃO DO DECRETO PRESIDENCIAL CONSUBSTANCIADOR DE DECLARAÇÃO EXPROPRIATÓRIA. PANTANAL MATO-GROSSENSE (CF, ART. 225, PAR. 4.). POSSIBILIDADE JURÍDICA DE EXPROPRIAÇÃO DE IMÓVEIS RURAIS NELE SITUADOS, PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. A NORMA INSCRITA NO ART. 225, PARÁGRAFO 4., DA CONSTITUIÇÃO NÃO ATUA, EM TESE, COMO IMPEDIMENTO JURÍDICO À EFETIVAÇÃO, PELA UNIÃO FEDERAL, DE ATIVIDADE EXPROPRIATÓRIA DESTINADA A PROMOVER E A EXECUTAR PROJETOS DE REFORMA AGRÁRIA NAS

ÁREAS REFERIDAS NESSE PRECEITO CONSTITUCIONAL, NOTADAMENTE NOS IMÓVEIS RURAIS SITUADOS NO PANTANAL MATO-GROSSENSE. A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, AO IMPOR AO PODER PÚBLICO O DEVER DE FAZER RESPEITAR A INTEGRIDADE DO PATRIMÔNIO AMBIENTAL, NÃO O INIBE, QUANDO NECESSÁRIA A INTERVENÇÃO ESTATAL NA ESFERA DOMINIAL PRIVADA, DE PROMOVER A DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEIS RURAIS PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA, ESPECIALMENTE PORQUE UM DOS INSTRUMENTOS DE REALIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE CONSISTE, PRECISAMENTE, NA SUBMISSÃO DO DOMÍNIO À NECESSIDADE DE O SEU TITULAR UTILIZAR ADEQUADAMENTE OS RECURSOS NATURAIS DISPONÍVEIS E DE FAZER PRESERVAR O EQUILÍBRIO DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 186, II), SOB PENA DE, EM DESCUMPRINDO ESSES ENCARGOS, EXPOR-SE À DESAPROPRIAÇÃO-SANÇÃO A QUE SE REFERE O ART. 184 DA LEI FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO – DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO – PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. O DIREITO A INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE – TÍPICO DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO – CONSTITUI PRERROGATIVA JURÍDICA DE TITULARIDADE COLETIVA, REFLETINDO, DENTRO DO PROCESSO DE AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, A EXPRESSÃO SIGNIFICATIVA DE UM PODER ATRIBUÍDO, NÃO AO INDIVÍDUO IDENTIFICADO EM SUA SINGULARIDADE, MAS, NUM SENTIDO VERDADEIRAMENTE MAIS ABRANGENTE, A PRÓPRIA COLETIVIDADE SOCIAL. ENQUANTO OS DIREITOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO (DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS) – QUE COMPREENDEM AS LIBERDADES CLÁSSICAS, NEGATIVAS OU FORMAIS – REALÇAM O PRINCÍPIO DA LIBERDADE E OS DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO (DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS) – QUE SE IDENTIFICAM COM AS LIBERDADES POSITIVAS, REAIS OU CONCRETAS – ACENTUAM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE, OS DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO, QUE MATERIALIZAM PODERES DE TITULARIDADE COLETIVA ATRIBUÍDOS GENERICAMENTE A TODAS AS FORMAÇÕES SOCIAIS, CONSAGRAM O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E CONSTITUEM UM MOMENTO IMPORTANTE NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO, EXPANSÃO E RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS, CARACTERIZADOS, ENQUANTO VALORES FUNDAMENTAIS INDISPONÍVEIS, PELA NOTA DE UMA ESSENCIAL INEXAURIBILIDADE.”[sic].

<sup>104</sup> Existem nomes emblemáticos no Direito Privado atual, em especial nas escolas contemporâneas. Sem dúvida, ao Direito Civil-Constitucional brasileiro, duas figuras merecem um destaque especial. Tratam-se de Luiz Edson Fachin e Gustavo Tepedino. Revisitando o arcabouço dogmático do Direito Civil em esclerose, através de suas lentes críticas, corromper até esboroar os fundamentos tradicionais e seu discurso falsamente neutro. Ladeados por diversos juristas célebres da cena doutrinária civilística, como Maria Helena Bodin de Moraes e Paulo Luiz Netto Lobo dentre outros tantos não menos insignes, constituíram o que se pode apontar como a primeira geração do Direito Civil contemporâneo.

<sup>105</sup> Gustavo Tepedino. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: *Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 309-333, 1997. Republicado no ano 2000 como capítulo (*Temas de direito civil*. Rio de Janeiro Renovar).

<sup>106</sup> Gustavo. Contorni della proprietà nella costituzione brasiliana de 1988. *Rassegna di Diritto Civile*, Ed. Scientifiche Italiane, 1/91, p. 96-119, 1991.

<sup>107</sup> Ainda para que se fique nas obras essenciais de direito das coisas, Luiz Edson Fachin trouxe duas contribuições de essencial leitura, que devem ser citadas. Publicada no ano natalino da Constituição vigente, a obra *A função social da posse e a propriedade contemporânea* (Porto Alegre: Fabris, 1988) produziu um impacto na doutrina possessória, revitalizando-a no sentido da vocação constitucional. Com o mesmo apelo repersonalizante, característico de obras de resistência, o jovem texto de *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo* (ob. cit.), levou a cabo um estudo que sistematiza o papel do patrimônio na esfera jurídica individual, alinhando-o ao princípio da dignidade da pessoa humana.

<sup>108</sup> Em sede de Teoria Geral do Direito, este papel de reprodução do modelo positivista serviu aos quadros econômicos de um neoliberalismo globalizado coube a autopoiese.

<sup>109</sup> Gustavo Tepedino. Contornos constitucionais..., ob. cit., p. 279-280.

<sup>110</sup> Na visão do mesmo autor, vide *ibidem*, p. 268.

<sup>111</sup> Fábio Konder Comparato, Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista do Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal*, Brasília, v. 1, n. 3, p. 92-99, 1997, p. 98.

<sup>112</sup> Orlando Gomes. *Direitos reais*, ob. cit., p. 9.

<sup>113</sup> Ricardo Aronne. *Propriedade e domínio*, ob. cit., *passim*.

<sup>114</sup> Especificamente sobre o tema, vide Orlando Gomes (ob. cit., p. 26-27)

<sup>115</sup> Para que se perceba a articulação prática do explicitado, basta observar as petições que tutelam o domínio através da oposição de titularidades. As pretensões vertidas são erigidas contra sujeitos e veiculam centralmente obrigações negativas (reivindicatória), podendo de modo satélite trazer obrigações positivas em apoio (cominatória).

<sup>116</sup> Do *numerus clausus* como característica dogmática, à taxatividade principiológica, as titularidades assistiram solidificar-se um grupo de formas proprietárias bem distintos dos arranjos tradicionais. (Ricardo Aronne. Por uma nova hermenêutica..., ob. cit., p. 133-135).

<sup>117</sup> Assim faz o próprio *caput* do dispositivo.

<sup>118</sup> A implementação da usucapião atribui domínio, pendendo da sentença, a constituição da propriedade para oposição frente terceiros.

<sup>119</sup> A abertura da sucessão atribui domínio aos sucessores, sendo que a titularidade somente lhes advém com a transcrição do formal de partilha.

<sup>120</sup> No condomínio ocorre uma pluralidade de sujeitos em uma mesma relação dominial, porém a titularidade resta fracionada, havendo, por exemplo, partição na propriedade.

<sup>121</sup> Alexandre Pasqualini. O público e o privado. In: SARLET, Ingo (org.). *O direito público em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 36-37: “O agir humano há de representar, nos limites do factível, a transição da subjetividade individual para o platô mais elevado da intersubjetividade plenária e universalizável. Eis o motivo por que o individualismo – na sua implícita e recalçada aversão ao outro – se constitui no pecado original da liberdade. Sem dúvida, o maior inimigo da autonomia é o individualista: ele sempre acaba desejando a liberdade – sobretudo econômica – apenas para si. Pior: o individualista na esfera privada é, no mais das vezes, o demagogo na esfera pública. Neste instante, de novo, o público se torna privado [...]”.

<sup>122</sup> Jürgen Habermas. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 263-264: “Essa dialética pode ser mostrada de modo especialmente nítido nos direitos liberais básicos que, mesmo que tenham mantido a escrita originária inclusive nas constituições vigentes, tiveram de deslocar o seu sentido normativo para permanecer fiéis à sua própria intenção. A própria realidade constitucional modificada na social-democracia leva a considerar ‘até que ponto esses direitos liberais básicos, inicialmente formulados e pensados como direitos de exclusão em relação ao poder do Estado, precisam ser agora repensados como direitos de participação, já que se trata de um Estado de Direito democrático e social, social-democrático [...] A Lei Fundamental visa expandir a parte material do pensamento jurídico público da democracia, portanto, sobretudo ampliando o postulado da igualdade com as considerações quanto à participação e à concepção de autodeterminação na ordem econômica e social, emprestando através disso um conteúdo real ao conceito de Estado na social-democracia”.

<sup>123</sup> SARLET, *A eficácia...*, p. 62: “Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo”.

<sup>124</sup> Ricardo Aronne. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais...*, ob. cit., cap. 1.

<sup>125</sup> Claudia Wasserman, A manutenção das oligarquias no poder: as transformações econômico-políticas e a permanência dos privilégios sociais. *Estudos Ibero-Americanos*, Porto Alegre, n. 24, p. 64, 1998, tomo 2: “Apesar das grandes revoltas camponesas, operárias e de grupos urbanos, o período apresentado neste ensaio, entre 1880 e 1920, apresenta-se como um momento de extrema estabilidade oligárquica, porque as oligarquias haviam sido capazes de coibir o desenvolvimento das contradições geradas por esse tipo de implantação de capitalismo. Os princípios do liberalismo, em geral aceitos pelas elites latino-americanas, estavam unicamente restritos ao livre comércio, enquanto os alicerces do poder político estavam fundados sob forma de mediação extremamente autoritária. Mesmo na passagem do sistema censitário de sufrágio para um sistema universal, admitia-se apenas a população

- masculina, adulta e alfabetizada, o que não passava de vinte por cento de toda a população dos países. Na prática essa transformação eleitoral, reivindicada por grupos que começavam lentamente a criticar o sistema oligárquico, independente de seu conteúdo inovador, somente aumentou o poder político das áreas rurais. Os latifundiários passaram a manipular listas eleitorais segundo suas conveniências, reduzindo assim, por muito tempo, o peso dos grupos urbanos. [...] Estas elites, embora tenham sido responsáveis pela implantação do modo de produção capitalista, o fizeram a sua maneira, retardando o aparecimento de relações sociais que pudessem extinguir com o seu poder”.
- <sup>126</sup> Experiência colhida originalmente do BGB e posteriormente do ZGB. Vide Paulo Nalin. Cláusula Geral e Segurança Jurídica no Código Civil. *Revista Brasileira de Direito*, v. 1. Passo Fundo: IPEJUR, p. 85-102, 2005, p. 90-96. Em nossas matrizes: Cristiano Tutikian, Sistema e codificação: o Código Civil e as cláusulas gerais, in: ARONNE, Ricardo (org.), *Estudos de direito civil-constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 19-79, v. 1.
- <sup>127</sup> Julio César Rivera, El Derecho Privado Constitucional, *Revista dos Tribunais*, n. 725, São Paulo, RT, 1996, p. 13: “Por otra parte, pueden señalarse otros hechos que crean la necesidad de estudiar la relación entre el Derecho Constitucional y las ramas del Derecho Privado, particularmente el Derecho Civil. Uno de ellos es que ingresan a las constituciones materias que – al menos en algunos países – hasta ese momento se consideraban propias del Derecho Privado.”
- <sup>128</sup> CANARIS, op. cit., p. 66-67: “Sendo o ordenamento, de acordo com a sua derivação a partir da regra da justiça, de natureza valorativa, assim também o sistema a ele correspondente só pode ser uma ordenação axiológica ou teleológica – na qual, aqui, teleológico não é utilizado no sentido estrito de pura conexão de meios aos fins, mas sim no sentido mais lato de cada realização de escopos e de valores, portanto no sentido no qual a <<jurisprudência das valorações>>, é equiparada à jurisprudência teleológica.”
- <sup>129</sup> Vide Ricardo Aronne. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais...*, ob. cit., p. 110-162.
- <sup>130</sup> Ricardo Aronne. *Código Civil anotado*. Ob. cit., p. 778.
- <sup>131</sup> Vide preâmbulo da CF/88, cujo conteúdo é vinculante à todos.
- <sup>132</sup> A. J. Avelãs Nunes. *Os sistemas económicos*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997. p. 123: “A primeira propriedade é a existência”.
- <sup>133</sup> Orlando de Carvalho, *A teoria...*, p. 10-11.
- <sup>134</sup> Karl Larenz. *Derecho civil: parte general*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978. p. 45-46: “De ello se sigue que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho a ser respetado por él como persona, a no ser perjudicado en su existencia (la vida, el cuerpo, la salud) y en un ámbito propio del mismo y que cada individuo está obligado frente a cualquier otro de modo análogo.”
- <sup>135</sup> Carlos Eduardo López Rodríguez. *Introdução ao pensamento e à obra jurídica de Karl Larenz*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 27.
- <sup>136</sup> Francisco Amaral. *Derecho civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.133.
- <sup>137</sup> Paulo Luiz Netto Lôbo, *Contrato...*, p. 41.
- <sup>138</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 39-60.
- <sup>139</sup> Karl Larenz, *Derecho civil...*, p. 45, n. 44.
- <sup>140</sup> Com outra leitura, diz Larenz (ibidem, p. 44): “Con ello se considera que el hombre, de acuerdo con su peculiar naturaleza y su destino, está constituido para configurar libre e responsablemente su existencia y su entorno en el marco de las posibilidades dadas en cada caso, para proponerse objetivos e imponerse a sí mismo límites en su actuación”.
- <sup>141</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia...*, ob. cit., p.103.
- <sup>142</sup> Arnoldo Wald, *Derecho das coisas*, ob. cit., p.31.
- <sup>143</sup> Julien Bonnetcase. *Traité théorique et pratique de droit civil*. Paris: Recueil Sirey, 1930. Tomo 5. p. 3. “Como, então, não começar por esclarecer a nossa ideia sobre a questão da diferença específica entre o direito real e a obrigação? Quero apenas deixar isto claro de início. Se, a princípio, nós afirmamos que somos favoráveis à tese do direito real irredutível à obrigação e inversamente da obrigação ao direito real, não significa que aceitemos de forma absoluta as noções de direito real e de obrigação consagradas pela doutrina clássica. Seria preciso admitir, por outro lado, a uniformidade de opinião entre os representantes da doutrina clássica, o que não está confirmado”. (Tradução livre)
- <sup>144</sup> Konrad Hesse. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 48: “En íntima relación con el anterior se encuentra el principio de la concordância práctica: los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada ‘ponderación de bienes’ o incluso abstracta ‘ponderación de valores’, realizar el uno a costa del otro”.
- <sup>145</sup> Vladimir da Rocha França. Perfil constitucional da função social da propriedade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 141, 1999, p. 14: “A função social é intrínseca à propriedade privada. As concepções individualistas sucumbiram ante a força das pressões sociais em prol de sua democratização. Pode-se dizer que não basta apenas o título aquisitivo para conferir-lhe legitimidade: é preciso que o seu titular, ao utilizar o feixe dos poderes – absolutos amplos ou restringidos – integrantes do direito de propriedade, esteja sensibilizado com o dever social imposto pela Constituição Federal”.
- <sup>146</sup> Luiz Edson Fachin. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*, ob. cit., p. 19.
- <sup>147</sup> Pietro Barcellona. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 21.
- <sup>148</sup> Karl Larenz, *Derecho civil...*, p. 78-79.
- <sup>149</sup> No mesmo contexto, ainda que em outro sentido vide Antonio Junqueira de Azevedo. O direito civil tende a desaparecer? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 472, p. 15-21, 1975.

Recebido em: 23/04/2013; aceito em: 16/07/2013.