

PROPRIEDADE INTELECTUAL E DIREITOS REAIS UM PRIMEIRO RETOMAR DA OBVIDADE

*Ricardo Aronne**

RESUMO

O presente estudo tem como tema a propriedade intelectual, que possui uma dimensão a contribuir para o debate da contemporaneidade, pois se reconstruíram a partir da teoria da autonomia do domínio e das titularidades e do influxo constitucional que lhes deriva para concretização. Inevitável à propriedade intelectual, produto de uma modernidade tardia e economicamente promíscua. Sua autonomia temática importava emancipação. Há possibilidade de crescimento, aplicação e desenvolvimento social. A propriedade intelectual resultou em disciplina que ganhou autonomia epistemológica ao longo do século XX. Em curso paralelo, o direito das coisas reencontrou seu compromisso e seus afazeres, na esteira axiológica da teleologia constitucional. Reencontrou com isso a sociedade; e a propriedade intelectual.

Palavras-chave: Direitos das coisas. Função social. Propriedade intelectual.

Instigado pelo tema e premido pela instância de tempo e espaço em que se projeta, este texto nasce fiel ao título. Se o direito das coisas, tradicionalmente definido como regulador das titularidades e direitos reais, se ocupa do direito proprietário, subjaz uma instância direta de aplicação e influência na dinâmica das titularidades atinentes aos bens intangíveis, identificados à propriedade intelectual.

Foi neste soro axiológico que emergiu a disciplina de regulação das titularidades de bens imateriais. E foi dele que se distanciou, no desenrolar do Século XX, tal qual as Ciências Humanas se afastaram das Exatas no viger do pensamento oitocentista. Impróprio? Talvez, porém necessário. Merecendo esclarecimento, radiografa-se.

Do Século XIX aos últimos anos da última década do Século XX, os direitos reais conviveram e a sociedade suportou, a mesma base teórica de compreensão - adiante reprisada e desconstruída -, ainda quando inexoravelmente contraditória com os demais mecanismos de gerência e manifestação do sistema jurídico.

Apesar de visivelmente entrópica – o que em situações determinadas pode até ser saudável, quando controlado -, a teoria clássica do Direito Civil construiu um direito das coisas teoricamente surreal, abstrato, desconectado e descompromissado com as fractalidades¹ axiológicas da ambiência extracodificada do mundo real.²

Criou um artificial isolamento epistemológico murando a propriedade no direito das coisas; colocando sua legitimação axiológica na mais alta torre, adormecida qual princesa, embalada pelo balsamo hipnótico da completude, sombra indissociável da (re)codificação moderna.³ Legitimidade que deveria ser constantemente revisitada e desconstruída, principalmente em período designado por Eric Hobsbawm como a Era das Revoluções. E, gize-se, desconstrução em seu mais contundente sentido filosófico, já dado bem antes deste infante milênio, no arco que vai de Nietzsche à Derrida.

Inevitável à propriedade intelectual, produto de uma modernidade tardia e economicamente promíscua - nada ingênua quanto aos sombrios resultados do engessamento científico de uma disciplina jurídica, identificada com o fetiche oitocentista da segurança e certeza jurídica -, buscar outros caminhos. Quando alcançou identidade e endereço epistemológico, traçado na realidade viva da sociedade do início do Século XX, era ciente dos mitos que preenchiavam o imaginário dos civilistas quando, adentravam ao escuro, obscuro e infértil território dos direitos reais.

Sua autonomia temática importava emancipação. A possibilidade de crescimento, aplicação e desenvolvimento social. Seu passaporte para a maioria como categoria de pesquisa e interrogação; elementos aos quais o Direito Civil tradicional, como apontar-se-á com vagar e compromisso, veio se mostrando mais avesso a cada década, desde o advento do *Code*.

O criador se fez criatura, pelas mãos da metafísica, travestindo uma história às avessas, posteriormente contada como ficção por Asimov. Seria, então, o Código “quem” “diria” quem é ou não pessoa.⁴ Na esfera das conseqüências, a criatura se fez criador, como espelho refratário de sua quota social. E assim o Direito Civil estava agrilhado por aquilo que ele designara sua teoria geral e identificado ao corpo codificado que criara. A imortalidade seria sua maldição, qual as criaturas góticas dos contos de horror vitorianos que afligiam o imaginário dos respectivos juristas⁵

Agrilhada à categoria dos direitos reais, como inerente à disciplina da pertença e das titularidades, a Propriedade Intelectual estaria fadada a esclerosar, qual o *numerus clausus* que arrostou o discurso do regime proprietário absoluto e intangível, moldado aos bens imóveis. Outras instâncias do Direito, primeiramente Civil, também reconhecem suas biografias nestas linhas.⁶ A própria esterilidade secular dos direitos reais, frente ao silêncio teórico insensível ao movimento das ondas sociais, descrevem o acerto da afirmação.

Não obstante, geneticamente, a Propriedade Intelectual, em suas diversas espécies, sempre se reconheceu como e enquanto pertença. Também e mais notadamente, percebeu-se sempre uma titularidade compreensiva de apropriação dominial. Tratou de guardar alguma, reconhecida ainda quando irreconhecível, cidadania no direito das coisas.

Hoje, no milênio que descortina, a condição é outra no horizonte da ciência jurídica. Houve um despertar na *Matrix*. Uma nova base teórica, sem compromisso com as matrizes positivistas e com o racionalismo que fundamentou a teoria clássica do Direito Privado, pede passagem para uma retomada de afazeres⁷. É chegado o momento de um reencontro tardio.

A propriedade intelectual resultou em disciplina que ganhou autonomia epistemológica ao longo do século findo, sob pena de perecer. Caso se mantivesse atrelada à vetusta disciplina tradicional dos direitos reais, não guardaria condições plásticas de adaptar-se e responder às questões postas pela sociedade pós-industrial que a acolhera. Teve de se emancipar.

Em curso paralelo, o direito das coisas reencontrou seu compromisso e seus afazeres, na esteira axiológica da teleologia constitucional. Reencontrou com isso a sociedade; e a propriedade intelectual.

Na contemporaneidade os direitos reais conseguem ter uma dimensão a contribuir para o debate do regime jurídico da propriedade intelectual, pois se reconstruíram a partir da teoria da autonomia do domínio e das titularidades e do influxo constitucional que lhes deriva para concretização. Pode assim, o direito das coisas, alimentar metodologicamente a disciplina que fecundou, atribuindo-lhe um regime jurídico apto e elástico.

Provocado a escrever sobre o tema, pela organizadora da obra, Profa. Helenara Avancini, significativa pesquisadora do Grupo Prismas (matriz teórica fundamental), retomou-se, pois, um texto para publicação em coleção institucional da AJURIS⁸, de seu curso preparatório, abrindo o volume destinado aos direitos reais, consistindo naquilo que denominou-se uma "Introdução Crítica ao Direito das Coisas".

Na retomada sintética e reconstruída de fragmentos dos dois primeiros capítulos do referido texto como esqueleto discursivo, importa a partir do início do presente diálogo, apresentando a teoria da autonomia, para que germinem as possibilidades que ela oferta para a dogmática da propriedade intelectual.

Assim o texto oferece a ante-sala da disciplina dos direitos reais, aportando seu núcleo evolutivo na codificação moderna, que resenhou seu tripé conceitual moldante, na textura absoluta derivada da modernidade para um largo e secular convívio.

Não há neutralidade nesta opção, como em qualquer outra. É fruto de uma provocação, datada de 2002, com pretensão unificadora e corpo legislativo codificado. O advento de um novo Código serve apenas para assanhar ranços separatistas, com justificativas formais, atizadas pela ausência de menção expressa

a qualquer forma de propriedade intelectual; diferentemente de seu antecessor, melhor redigido e mais vanguardista, na razão do seu tempo.

Trazendo o recorte evolutivo que prismou com tons distintos o Direito Privado, em constante diálogo ativo (e não tributário) com sua matriz tradicional, até desaguar no que a doutrina consignou como constitucionalização do Direito Civil, processo vertente desde 1988; são introduzidas, com isto, as novas teorias que flertam diversas possibilidades das que se apresentavam até então, na disciplina da Propriedade Intelectual.

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"⁹, corresponde ao "complexo de normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem"¹⁰; resultando prismado de uma coordenada que o reduz à pertença.

De mínima sensibilidade social, esta percepção¹¹ natural da Pandectista e da Escola da Exegese, retoma o fetiche oitocentista da codificação revelando uma visão própria de mundo¹² 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 à luz da já senil caracterização do regime de *numerus clausus*¹³, 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. Caio Mário, nas primeiras linhas dedicadas à matéria, deixa antever o explicitado.

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 1896.¹⁴

Aportada a temática da nova codificação, saliente-se que os contrastes com o Código Beviláqua, até existem, mas não são gritantes. 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^{15,16}, torna indisfarçável o acerto das palavras de Arnaldo Rizzardo.

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.¹⁷

Inaugurado sob a ótica das teorias oitocentistas, 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 (alcançando os bens intangíveis), na percepção original, quase nominalista em razão da taxatividade aplicada. Perceba-se tal formato de digressão já presente em Lafayette, a mais referenciada doutrina nacional do Século XIX.

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 à braços com o Direito de propriedade.¹⁸

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.

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.¹⁹

Fundado no jusracionalismo e ancorando-se no jusnaturalismo, para qual o direito de propriedade perfaz um direito natural do homem²⁰, facilmente o discurso moderno entronizou a inviolabilidade da propriedade privada, alinhando-a com a noção de liberdade e dignidade do indivíduo²¹, 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 ingressou no infante Direito Civil com uma arquitetura e desenho especial.²² Compreende, nesta medida, as titularidades referentes a bens imateriais. A Propriedade Intelectual como gênero e todas as suas espécies.

Na leitura tradicional privatista, em seu simplismo ignóbil, 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.^{23,24}

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.²⁵

Decorrem conseqüências deste falsamente neutro conceito. Reduzido à condição de sujeito de direito, o homem passa a ser mero partícipe do abstrato reino da relação jurídica patrimonial.²⁶ Como tal, este personagem somente manifesta motivações e percepções compatíveis com as opções do liberalismo laico burguês.²⁷

É ateu. Não possui ódio, paixão, amor, raiva, desprezo, amizade, ira, afeto ou sentimentos estranhos à codificação. Não ri ou chora. Suas razões (*ratio*) 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*.²⁸ Suas motivações centram-se na teoria da justa troca.^{29,30}

Não fora então, no curso do Século XIX, disciplinada à exaustão a propriedade intelectual, como fora à imobiliária, foi por ausência da relevância econômica, quando então, para os respectivos países, que se deram conta disto em momentos históricos plurais. É o caso brasileiro. Normativamente prolixo, o Estado foi tímido até a metade final do Século XX, em matéria de legislação sobre propriedade intelectual. Até que 1988 começou a imprimir uma nova e bem vinda realidade em todo o direito patrimonial.

Percebida a função social da propriedade, a partir do núcleo substancial do ordenamento jurídico, como direito fundamental (para bem mais além de uma cláusula geral³¹), uma mutação inicia seu curso dando um profundo golpe na visão de direito absoluto que por séculos envolveu o discurso proprietário³² e teceu legitimidade ao direito das coisas codificado.

O repensar inerente ao fenômeno da constitucionalização do Direito Civil³³, 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.³⁴ O que se pode perceber como inovação, não se dá quanto ao objeto de abrangência, mas ao interesse nas regulações.

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.³⁵

Superadas as teorias de afetação tradicional que se entranharam na leitura dos direitos reais³⁶, salientada a autonomia das titularidades de pertença frente ao núcleo dominial³⁷ e liberta a posse das amarras proprietárias³⁸, pode-se definir o direito das coisas, na atualidade, simplesmente, como o ramo do Direito Civil destinado à regulação sócio-patrimonial da posse, titularidades 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 axiológica³⁹, com epicentro constitucional.⁴⁰

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.⁴¹

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 (para além do próprio Código, então datado de 1916), 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.⁴²

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. 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.

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.⁴³

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. Esta última, na pós-modernidade, é decantada para que se colha o que de proveitoso resta.⁴⁴ Mais possibilidades abrem-se para a propriedade intelectual ter nova morada epistemológica, que sempre lhe fora natural e acolhedora.

Não obstante, ao estudo da disciplina dos direitos reais, 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.

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 prática⁴⁵, 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.⁴⁶

Sob a tradução semântica de vínculos reais, a teoria da relação jurídica foi contrabandeada⁴⁷ para o núcleo do direito das coisas, quando de sua formulação moderna (Sécs. XVIII e XIX), para a construção da arquitetura das relações de propriedade, encastelada na concepção de direito absoluto.^{48,49}

Nasce, assim, a Teoria Realista. A propriedade, a partir da fórmula dominial havida nas Institutas⁵⁰, 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 Liberal⁵¹ 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.⁵²

A conclusão é fácil de se 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 tem 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.⁵³

A propriedade liberal burguesa, identificada à noção romana de domínio - tal qual os direitos reais sobre coisas alheias -, implicava em ter o bem como objeto direto da relação, como contraponto dos vínculos obrigacionais, estes de natureza relativa. É este olhar que traz a sensação estrangeira da doutrina especializada, frente ao direito das coisas, em dimensão que recusava valor até mesmo aos bens móveis em detrimento da terra. Mais distante ficavam os bens intangíveis.

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.⁵⁴ Os bens⁵⁵, 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.⁵⁶

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.⁵⁷

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 a coisa a ser fruída em virtude da prestação. Porém, para maior exatidão da linguagem e precisão das idéias, 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)⁵⁸

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 conseqüências 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.⁵⁹

O positivismo afastaria a epistemologia jurídica da controvérsia da legitimidade, para um discurso sobre validade e eficácia. Não se questionará mais, por um longo curso histórico, entrecortado por Leon Dugüit, o caráter absoluto da propriedade⁶⁰ e sim como este ocorre e como melhor se caracteriza, de um ponto de vista cientificamente puro.⁶¹

Kant influenciou toda a ciência que se produziu na modernidade.⁶² No Direito não se verificou diferente. Para a metafísica, a dimensão da liberdade e do agir humano, são fundamentais para a construção do fenômeno jurídico.⁶³

Resultado desta ordem de idéias, surge no Direito Privado uma resistência a proposta de relações onde os partícipes dos seus dois pólos não fossem sujeitos de direito.⁶⁴ 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.⁶⁵

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. 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.

*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.*⁶⁶

Buscando solver a aporética resultante da controvérsia de ambas escolas, derivou a teoria eclética ou mista.⁶⁷ 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 conceitos⁶⁸, porém mantém relações jurídicas de naturezas diversas sob um único instituto, com vistas a solidificar a idéia de direito absoluto do titular de direitos reais.⁶⁹ Mesmo do ponto

de vista formal, diversas incoerências que permanecem arraigadas a tradição jurídica clássica se fazem perceber no curso de sua análise.⁷⁰

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.⁷¹ O sistema jurídico, enquanto unidade axiológica que perfaz um ordenamento, resultaria entrópico se afirmada a absolutividade do direito de propriedade e dos demais direitos reais⁷², como designados tradicionalmente pelos cultores do Direito Privado.⁷³

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.

Este tipo de dinâmica também é visivelmente imposta a Propriedade Intelectual. Tome-se a gama de sanções fundadas na inação que operam em sede de propriedade industrial, qual seja o regime imposto ao bem na relação de titularidade (marcas, patentes, desenhos industriais ou modelos de utilidade) que instrumentaliza o respectivo domínio.

Os três principais fenômenos do Direito Civil contemporâneo (a constitucionalização, publicização e repersonalização do Direito Privado) 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.⁷⁴

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.⁷⁵

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 conseqüências 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.

Primeira delas é o fato de que sendo relativa a 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.

Em sede de patentes, a OMC presenciou mais de um embate envolvendo o Brasil, no que diz respeito ao enfrentamento da SIDA ou AIDS, tocante a titularidade de fármacos, onde o fio condutor da solução da lide, repousava no princípio da função social da propriedade.

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.⁷⁶

Potencialmente inconstitucional, o direito das coisas codificado em 1916 e recodificado em 2002, exige uma severa releitura axiológica e filtragem constitucional⁷⁷, tendente a gestionar ou viabilizar uma percepção compatível ao renovado ordenamento do Estado Social e Democrático de Direito.⁷⁸

Mesmo que correto, 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. Tampouco se persegue 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.⁷⁹

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), 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. Estes se estendem aos bens imateriais, em largo espectro relacional, ainda que não inclua elementos dominiais de tangibilidade (como o *jus possidendi*, *jus aedificandi*), inclui todo o espectro de intangibilidade (como o *jus disponendi*, o *jus fruendi*, ou o *jus utendi*). A questão adota relevância quando adentrada a teoria contemporânea, sem os traços monolíticos tradicionais.

Como segundo dado, também relevante à propriedade intelectual, os direitos reais integram a tradição jurídica do Direito Civil brasileiro e, a princípio, se pretende preservar a respectiva existência. Não se quer, como seria próprio dos sistemas monistas⁸⁰, 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.

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.

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.⁸¹

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.⁸² A sociedade brasileira pretende repetir a experiência teutônica ?

Quanto ao conteúdo do princípio da função social da propriedade, este merece aprofundamento em momento próprio, com o vagar dos estudos monográficos que lhe são dedicados. Para o tema em análise, basta que se tenha presente, em linhas gerais, que deste direito fundamental 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.⁸³

Repisa-se, um dos papéis da teoria da autonomia é fornecer um manancial teórico ao operador contemporâneo, para que se possa continuar atuando 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.

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.⁸⁴

Por razões didáticas, tratar-se-á, a teoria em apreço, em separado, apartada de suas ancestrais clássicas de matriz conservadora liberal. Isso facilita a construção epistemológica das digressões subseqüentes, ao possibilitar a dialética entre as correntes teóricas, entabulando controvérsias pelas bases metodológicas de leitura dos fenômenos jurídicos.

No jargão político da pós-modernidade, vivida nas sociedades de informação, todo homem tem seus compromissos dos quais deriva sua agenda. Em termos filosóficos mais próximos, 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 prática⁸⁵, incorporou (ou reincorporou) os valores ao discurso jurídico, na segunda metade do Séc. XX.⁸⁶ 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 sustentação⁸⁷ e, hoje vivendo o prólogo, está longe de assistir seu epílogo.⁸⁸

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 a 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 humana⁸⁹, o princípio da função social da propriedade⁹⁰, indiscutivelmente dotado de eficácia horizontal interprivada⁹¹, conduziu uma releitura do direito das coisas, iniciada pelos tribunais e tardiamente percebida pela doutrina civilista, visivelmente conservadora.⁹²

Da paradoxal jurisprudência do STF, pode-se pinçar diversos exemplos⁹³ 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 Tepedino⁹⁴, em paradigmático texto⁹⁵, originalmente publicado na Itália⁹⁶ em 1991, à cura de Pietro Perlingieri, revelou elementos de leitura tradutora de novas facetas indisfarçavelmente presentes propriedade privada contemporânea (tangível ou não), 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.^{97,98}

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 idéia de relação intersubjetiva.⁹⁹

Até serem percebidos os reais contornos da propriedade privada, repetia-se, sem maior reflexão, os chavões oitocentistas imbricados nos conceitos e fórmulas tradicionais.¹⁰⁰ “A concepção privatista da propriedade, [...], tem levado, freqüentemente, 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”.¹⁰¹

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 institucionalidades e inserir novas matérias. Entre esses dois lados da margem pode ter soçobrado coerência da idéia e da formulação, sem embargo das vicissitudes próprias da complexidade coeva das relações sociais.¹⁰²

Identificada a percepção de *dominium* à concepção de *proprietas*¹⁰³, 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 de bens móveis ou imóveis, materiais ou não, 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. O de uma patente em relação à outra. O de uma marca em relação a um direito autoral ou conexo.

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.¹⁰⁴

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 subjetivo¹⁰⁵. 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 e dos demais elementos normativos (Lei dos Direitos Autorais, de Propriedade Industrial, de Software ou Cultivares) alinhados ao projeto constitucional que dá as bases axiológicas do ordenamento jurídico.

Pode-se reconhecer a existência e operações de direitos reais, com as categorias de vínculos dominiais, sem entravar 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 hermenêutica¹⁰⁶, traz uma lista de titularidades que instrumentalizam arranjos dominiais. Quando designados, impropriamente, por direitos reais¹⁰⁷, 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 usucapião¹⁰⁸, na *saisine*¹⁰⁹ ou mesmo na leitura das relações de condomínio¹¹⁰, 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.

Aqui deve ser destacada uma distinção fundamental entre a propriedade industrial frente ao direito autoral e software. Para a primeira, tal qual ocorre em sede de bens imóveis, o registro tem caráter constitutivo. Para os demais, tal qual para os bens móveis, tal caráter é declaratório. As diferenças práticas decorrentes, topicamente, podem se aprofundar.

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, derivados de sua titularidade, em face do respectivo ônus social decorrente da pertença de determinado bem. Obrigacionaliza-se a propriedade, nas diversas formas de titularidades que contemporaneamente a constituem.

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.

O domínio é o complexo de direitos reais de um bem, material ou não. 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.

Toda esta regulação alcança diretamente a propriedade intelectual como gênero e à regulação de suas espécies. Toda a propriedade resta vinculada pelo

princípio da função social, resultando obrigado o titular no exercício de sua dominialidade, seja o bem material ou não.

Consegue, pois, em um *locus* que lhe é natural, a propriedade intelectual absorver um regime jurídico plástico o suficiente para lhe dar vazão e novas possibilidades de desenvolvimento e adequação.

INTELLECTUAL PROPERTY AND REAL RIGHTS A FIRST RECOVER OF OBVIOUS

ABSTRACT

This study has the intellectual property issue, which has a dimension to contribute to the debate of contemporary, as if rebuilt from the theory of autonomy of domain and of the titles and the constitutional influx to the drift into implementation. Inevitable to intellectual property, product of a late modernity and a promiscuous economically. Its thematic autonomy imported emancipation. There is a possibility of growth, social development and implementation. The Intellectual property resulted in a discipline that won epistemological autonomy over the twentieth century. Ongoing parallel, the Right of the Things rediscovered their commitment and their métier, in the wake of constitutional teleology of worth. Reviewing with that the company, and the intellectual property.

Keywords: Rights of Things. Civil society. Intellectual property.

NOTAS

* 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 Titular 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, Advogado.

¹ MANDELBROT, B. *The fractal geometry of nature*. S. Francisco : J. Wiley, 1982.

² Afirma, em repetição a Freud, Ilya Prigogine (*O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. São Paulo : UNESP, 1996, p. 74), que a história das ciências é a história de alienação progressiva.

³ FERNANDES, Florestan; FREITAG, Barbara; ROUANET, Sérgio Paulo. *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 indevassável 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 legitimações), 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.”

⁴ Vide art. 1º. do Código Civil.

⁵ Como enfrentar-se-á em sede epistemologicamente adequada, o racionalismo que derivou do Século XIX, efetivamente não se ocupara do tempo e da existência. Assim como o Código tem pretensão de completude e validade universal e atemporal, a Física, tanto no modelo teórico newtoniano como no quântico (que equivaleriam respectivamente a Escola da Exegese e a Teoria Pura do Direito, como herdeiros de Kant em última instância), ignoram aquilo que Ilya Prigogine (*Étude thermodynamique des phénomènes irréversibles*. Liège : Desoer, 1947, *passim*) designara como flecha do tempo, dimensionando o fenômeno, inexoravelmente temporal, da irreversibilidade, não absorvida pela física até então. Agora, as pontes transdisciplinares promovidas pela superação da metafísica, trazendo o diálogo científico para um novo platô de racionalidade, oferecido pela intersubjetividade, conseguem fundar uma rediviva instância metodológica, em que sequer as fronteiras entre as Ciências Humanas e Exatas se reconhecem, sem serem transpostas. Esta Era assiste nascer um novo discurso em sede de ciência. “Dizem” que Nietzsche matou Deus e Foucault ao autor. Não teríamos, em verdade, assistido a morte, prematuramente anunciada, de Kant ? Dos compromissos com a racionalidade metafísica ? Caos.

⁶ E assim se manteve, no curso daquilo que se logrou chamar “Era dos Estatutos”. Vide Gustavo em seu *Temas de Direito Civil* (Rio de Janeiro : Renovar, 1998, *passim*). Alcançou o direito do trabalho, locações, mútuo, contratos imobiliários em larga escala, formas de garantia, regimes familiares, adoção, dentre tantos outros exemplos nacionais.

⁷ Sobre os compromissos axiológicos do Direito Civil vide: ARONNE, Ricardo. Por um direito civil-constitucional. *Estudos de direito civil-constitucional*. Porto Alegre : Liv. do Advogado, 2004, Vol. 1 e 2.

⁸ Ora no prelo.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil - direitos reais*. 18. ed., Rio de Janeiro : Forense, 2004, atualizada por Carlos Edison do Rego Monteiro Filho, Vol. 4, p. 8.

¹⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. 5. ed., Rio de Janeiro : Forense, s.d., Vol. 1, p. 11.

¹¹ 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).

¹² 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.”

¹³ Contraponha-se a realidade imobiliária do *shopping center*, *flat* e *time-share* ao rol do art. 1.225 do CCb para ter-se uma idéia 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 persevera 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 seqüela, de modo que a sua constituição não pode ficar a mercê do arbítrio individual.”

¹⁴ PEREIRA, 2004, p. 1.

- ¹⁵ 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, p. XI.
- ¹⁶ Para aprofundamento crítico vide: ARONNE, Ricardo. *Anotações ao direito das coisas e legislação especial*. São Paulo : IOB, 2005, cap. 1.
- ¹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. São Paulo : Forense, 2003, p. IX.
- ¹⁸ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1943, Vol. 1, p. IX.
- ¹⁹ Idem, ibidem.
- ²⁰ Em Lafayette (idem, ibidem) a “Providência” [sic], comparece literalmente no trecho transcrito acima, com o sentido teológico que a aposição da maiúscula carrega.
- ²¹ Para crítica mais aprofundada do tema: ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados - das raízes aos fundamentos contemporâneos*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, p. 7-197.
- ²² GONNARD, René. *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)
- ²³ ARONNE, 2001, cap. 1.
- ²⁴ 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: “*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 giustificarla 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)
- ²⁵ RIZZARDO, op. cit., p. 1.
- ²⁶ Exemplo do que se afirma, pode ser colhido em sede de responsabilidade civil extracontratual. O dano moral, por não importar em redução do *status quo* 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.
- ²⁷ Afirma Washington de Barros Monteiro (*Curso de direito civil - direito das coisas*. São Paulo : Saraiva, 2003, 37. ed., atualizada, 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."

- ²⁸ Fundamental ao operador jurídico a releitura do papel das titularidades procedida por Luiz Edson Fachin (*Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001).
- ²⁹ Repisa-se integralmente, por necessário: FERNANDES, Florestan; FREITAG, Bárbara; ROUANET, Sérgio Paulo. *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 indevassável 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 legitimações), 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."
- ³⁰ Especificamente tratando os elementos da teoria da justa troca: HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação do capitalismo tardio*. 2.ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1994. p. 90-99, *passim*.
- ³¹ Sobre a questão das cláusulas gerais, importantes considerações encontram-se tecidas por: TUTIKIAN, Cristiano. Sistema e Codificação: as cláusulas gerais e o Código Civil. In: ARONNE, Ricardo (org.). *Estudos de direito civil-constitucional*. Porto Alegre : Liv. do Advogado, 2002, vol. 1, p. 19-31.
- ³² Enquanto construção axiológica, o direito de propriedade se projetou para um inconsciente da percepção jurídica (qualquer paralelismo com o inconsciente coletivo traçado Yung, 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*).
- ³³ Para que se compreenda a real extensão deste fenômeno, com a prospecção nos três pilares fundamentais do Direito Privado (propriedade, família e contrato), vide Luiz Edson Fachin (*Teoria crítica do direito civil*. Rio e Janeiro : Renovar, 2000, cap. 1)
- ³⁴ FACHIN, Luiz Edson. 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, isso 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."
- ³⁵ MEIRELLES, Jussara. 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".
- ³⁶ 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.

- ³⁷ Sobre a formulação e fundamentos da teoria da autonomia: ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 206-211, *passim*.
- ³⁸ ARONNE, Ricardo. 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 : Liv. do Advogado, 2003, p. 239.
- ³⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1996. p. 240-241.
- ⁴⁰ ARONNE, 2001, p. 45-61, *passim*.
- ⁴¹ 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).
- ⁴² Cf. 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 : Liv. do Advogado, 2003, p. 41: "Com a aceitação da idéia 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."
- ⁴³ 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 : Liv. do Advogado, 2003, p. 199.
- ⁴⁴ ARONNE, 1999, p. 67-116, *passim*.
- ⁴⁵ Vide FACCHINI NETO, op. cit., p. 43-44 e em especial nas p. 51-52, 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 fomenta tais direitos, garantindo a *preferencialidade* de tal interpretação sobre quaisquer outras possibilidades que se abram."
- ⁴⁶ GIORGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos tribunais*, São Paulo : RT, n. 747, 1998, p. 35-36. Assim já afirmou ocorrer no curso da década de 60 do Século XX, o autor italiano.
- ⁴⁷ 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.
- ⁴⁸ PEREIRA, 2004, p. 89.
- ⁴⁹ Em perspectiva crítica às teorias personalista e realista, vide ARONNE, 1999, p. 25-35, *passim*. Como as obras jurídicas não 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.
- ⁵⁰ Mais especificamente Institutas 4.3.3: *Dominium est jus utendi, fruendi et abutendi*.
- ⁵¹ RÉMOND, René. *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 cargos públicos e administrativos. Desse modo, a aplicação do liberalismo tende a manter a desigualdade social."

- ⁵² CARVALHO, Orlando de. *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."
- ⁵³ RÉMOND, op. cit., p. 31-32.
- ⁵⁴ PEREIRA, 2004, p. 2-4, *passim*.
- ⁵⁵ 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 (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil - direitos reais*. São Paulo : Atlas, 2001, vol. 4, p. 17).
- ⁵⁶ Ainda na pós-modernidade, prosseguem os manuais a repetir as antigas fórmulas oitocentistas, em míope 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 (op. 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).
- ⁵⁷ ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Direito das cousas*. Rio de Janeiro : J. R. dos Santos, 1908, Vol. 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 cathegoria; 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."
- ⁵⁸ COVIELLO, Nicola. *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 fatto 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 dei diritto ciò che cade sotto la potestà dell'uomo, e invece contenuto dei diritti ciò che a causa dell diritto ci si rende possibile ottenere.*"
- ⁵⁹ Para aprofundamento vide ARONE, 1999, p. 37-86, *passim*.
- ⁶⁰ 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).
- ⁶¹ FACHIN, Luiz Edson. 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."
- ⁶² SEYMOUR-SMITH, Martin. (*Os cem livros que mais influenciaram a humanidade*. 3. ed. Rio de Janeiro : DIFEL, 2002, p. 414-415), elegendo 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.
- ⁶³ Para aprofundamento: LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social, *Revista dos tribunais*, RT, 722, p. 40-45, 1995, p. 45.
- ⁶⁴ Observe-se a resistência de PEREIRA, 2004, p. 4: "Não obstante o desfavor que envolve a doutrina personalista, ela continua, do ponto de vista filosófico (especialmente metafísica), 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, encarada a distinção em termos de pura ciência, a teoria personalista é mais exata."

⁶⁵ PEREIRA, 2004, p. 3.

⁶⁶ PESET, Mariano. *Dos ensayos sobre la história de la propiedad de la terra*. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1982, p.130.

⁶⁷ WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro - Direito das coisas*. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 105.

⁶⁸ No mesmo sentido, não obstante a diversidade metodológica: CHALHUB, Melhim Namem. *Curso de direito civil - direitos reais*. Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 4.

⁶⁹ 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. Tomo 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, destruirle, abandonarla.*

Esa universalidad del derecho de propiedad ha sido afectada por la evolución producida a partir de 1804".

⁷⁰ FERNANDES, Florestan. *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 dinamismos econômicos, sócio-culturais e políticos da sociedade de classes".

⁷¹ 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.

⁷² ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Direitos Fundamentais na Constituição de 88. *Revista dos Tribunais*, n. 758, São Paulo, RT, 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."

⁷³ Por todos, leia-se Arnaldo Wald (op. 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."

- ⁷⁴ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. 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."
- ⁷⁵ Em especial vide: 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 : Liv. do Advogado, 2003, p. 87-103.
- ⁷⁶ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de, *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 pude 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>>), [...]*"
- ⁷⁷ PASQUALINI, Alexandre. *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".
- ⁷⁸ MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais e Interpretação Constitucional, *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, n. 30, Porto Alegre, O Tribunal, 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."
- ⁷⁹ 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."
- ⁸⁰ 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 à distinção de espécies.
- ⁸¹ 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, op. 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 Gonçalo (*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. Acesso em: 19.02.2001), expressam a necessidade da adoção da teoria da autonomia, para constitucionalizar a leitura da disciplina: "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".

⁸² 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).

⁸³ 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 regrados na Lei Maior ou a partir dela.

⁸⁴ ARONNE, 1999, p. 67 *et seq.*

⁸⁵ 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 ARONNE, 2001, cap. 2. Para Teoria Geral do Direito Privado, vide FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2000. (Existe 3^a. ed. atualizada).

⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. p. 21-32, 01 jul. 1993, 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 conseqüência, inaceitável a rígida contraposição público-privado. Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um 'mondo in frammenti', logicamente incompatível com a idéia de sistema unitário."

⁸⁷ CARBONNIER, Jean. *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 idéias ao fundamental texto produzido por Carbonnier, sem rejeitar as anteriores.

⁸⁸ SERRES, Michel. *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."

⁸⁹ Art. 1º, III, CF/88.

⁹⁰ Arts. 5º, XXIII e 170 da CF/88.

⁹¹ Art. 5º, § 1º da CF/88.

⁹² 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).

⁹³ 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 É 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 CONSEQÜENTEMENTE 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

PROJETAR-SE SOBRE TODAS AS FASES SUBSEQÜENTES DO PROCEDIMENTO DE EXPROPRIAÇÃO, CONTAMINANDO-AS, POR EFEITO DE REPERCUSSÃO CAUSAL, DE MANEIRA IRREMISSÍVEL, GERANDO, EM CONSEQÜÊNCIA, 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 GENÉRICAMENTE 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 INEXHAURIBILIDADE.”{sic}

⁹⁴ 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, corroeram 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 insígnies, constituíram o que se pode apontar como a primeira geração do Direito Civil contemporâneo.

⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo. 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).

⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo. Contorni della proprietà nella costituzione brasiliana de 1988. *Rassegna di Diritto Civile*, Ed. Scientfiche Italiane, 1/91, p.96-119, 1991.

⁹⁷ 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* (op.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.

⁹⁸ Em sede de Teoria Geral do Direito, este papel de reprodução do modelo positivista servil aos quadros econômicos de um neoliberalismo globalizado coube a autopoiese.

⁹⁹ TEPEDINO, 1997, p. 279- 280.

¹⁰⁰ Na visão do mesmo autor, vide idem, ibidem, p. 268.

¹⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista do Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal*, Brasília : CEJ, v.1, n.3, p.92-99, 1997, p. 98.

¹⁰² GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, p. 9.

¹⁰³ ARONNE, 1999.

¹⁰⁴ Especificamente sobre o tema, vide Orlando Gomes (op. cit., p. 26-27)

¹⁰⁵ 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).

¹⁰⁶ Cf. ARONNE, 2001, p. 133-135: Do *numerus clausus* como característica dogmática, à taxatividade principiológica, as titularidades assistiram solidificar-se um grupo de formas proprietárias bem distintos dos arranjos tradicionais.

¹⁰⁷ Assim faz o próprio *caput* do dispositivo.

¹⁰⁸ A implementação da usucapião atribui domínio, pendendo da sentença, a constituição da propriedade para oposição frente terceiros.

¹⁰⁹ A abertura da sucessão atribui domínio aos sucessores, sendo que a titularidade somente lhes advém com a transcrição do formal de partilha.

¹¹⁰ No condomínio ocorre uma pluralidade de sujeitos em uma mesma relação dominial, porém a titularidade resta fracionada, havendo, por exemplo, partição na propriedade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro : J. R. dos Santos, 1908, Vol. 1.

ARONNE, Ricardo. *Novo Código Civil anotado*, Porto Alegre : Síntese, 2004a.

_____. *Anotações ao direito das coisas e legislação especial*. São Paulo : IOB, 2005.

_____. Por um direito civil-constitucional. *Estudos de direito civil-constitucional*. Porto Alegre : Liv. do Advogado, 2004b, Vol. 1 e 2.

_____. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados - das raízes aos fundamentos contemporâneos*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

_____. *Propriedade e domínio*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

_____. 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 : Liv. do Advogado, 2003.

- BARBOSA, Adilson J. P. Barbosa; GONÇALO, José Evaldo Gonçalo. *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. Acesso em: 19.02.2001.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. 5. ed., Rio de Janeiro : Forense, s.d., Vol. 1.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1996.
- CARBONNIER, Jean. *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans riguer*. Paris : LGDJ, 1992.
- CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica : seu sentido e limites*. 2. ed. Coimbra : Centelha, 1981.
- CHALHUB, Melhim Namem. *Curso de direito civil - direitos reais*. Rio de Janeiro : Forense, 2003.
- CHEMERIS, Ivan. *A função social da propriedade - o papel do Judiciário diante das invasões de terras*. São Leopoldo : Unisinos.
- COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista do Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal*, Brasília : CEJ, v.1, n.3, p.92-99, 1997.
- COURTIANO JR. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.
- COVIELLO, Nicola Coviello. *Manuale di diritto civile italiano*. Milano : Società Editrice Libreria, 1924.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid, Civitas, 1985.
- 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 : Liv. do Advogado, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil Contemporâneo. *Revista Consulex*, nº 18, Brasília, Consulex, 1998.

____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

____. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre : Fabris, 1988.

____. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. *Estudos Jurídicos*. Curitiba : Ed. Universitária Champagnat, v.2, n.1.

____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre : Liv. do Advogado, 2003, p. 87-103.

FERNANDES, Florestan; FREITAG, Bárbara; ROUANET, Sérgio Paulo. *Habermas*. São Paulo : Ática, 1993.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos tribunais*, São Paulo : RT, n. 747, 1998.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense.

GONNARD, René. *La propriété dans la doctrine et dans l'histoire*. Paris : LGDJ, 1943.

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação do capitalismo tardio*. 2.ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1994.

____. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo : Martins Fontes, 2004.

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 : Liv. do Advogado, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. *Revista dos tribunais*, RT, 722, p. 40-45, 1995.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Direitos reais: à luz do Código Civil e do direito registral*. São Paulo : Método, 2004.

MANDELBROT, B. *The fractal geometry of nature*. S. Francisco : J. Wiley, 1982.

MAZEUD, Henri; MAZEUD, Léon; MAZEUD, Jean. *Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires : Europa-América, 1978. v.4. Tomo 2.

MEIRELLES, Jussara. 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.

MIRANDA, Jorge Miranda. Direitos Fundamentais e Interpretação Constitucional, *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, n. 30, Porto Alegre, O Tribunal, p. 21-34, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil - direito das coisas*. 37. ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. p. 21-32, 01 jul. 1993.

PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil - direitos reais*. 18. ed., Rio de Janeiro : Forense, 2004, atualizada por Carlos Edison do Rego Monteiro Filho, Vol. 4.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1943, vol. 1.

PESET, Mariano. *Dos ensayos sobre la história de la propiedad de la terra*. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1982.

PRIGOGINE, Ilya. *Étude thermodynamique des phénomènes irréversibles*. Liège : Desoer, 1947.

_____. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. São Paulo : UNESP, 1996. FERNANDES, Florestan; FREITAG, Barbara; ROUANET, Sérgio Paulo. *Habermas*. São Paulo : Ática, 1993.

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.

- 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.
- RIBEIRO FILHO, Romeu Marques. *Das invasões coletivas : aspectos jurisprudenciais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do direito civil. *Boletim da Faculdade de Direito*, separata do v.74, Coimbra : Universidade de Coimbra, 1998.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. São Paulo : Forense, 2003.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Direitos Fundamentais na Constituição de 88. *Revista dos Tribunais*, n. 758, São Paulo, RT, p. 23-33, 1998.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil - direito das coisas*. 27. ed. São Paulo : Saraiva, 2002.
- SERRES, Michel. *O Contrato Natural*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1991.
- SEYMOUR-SMITH, Martin. *Os cem livros que mais influenciaram a humanidade*. 3. ed. Rio de Janeiro : DIFEL, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. Contorni della proprietà nella costituzione brasiliana de 1988. *Rassegna di Diritto Civile*, Ed. Scientfiche Italiane, 1/91, p. 96-119, 1991.
- _____. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: *Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro : Renovar, p. 309-333, 1997.
- _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.
- TUTIKIAN, Cristiano. Sistema e Codificação: as cláusulas gerais e o Código Civil. In: ARONNE, Ricardo (org.). *Estudos de direito civil-constitucional*. Porto Alegre : Liv. do Advogado, 2002, vol. 1.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil - direitos reais*. São Paulo : Atlas, 2001, vol. 4.
- WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro - Direito das coisas*. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

Recebido para publicação 22/11/2007

Aceito para publicação 07/12/2007