

**DIREITO MODERNO À PROPRIEDADE: TENSÕES DE UM
DIREITO NATURAL**

MODERN RIGHT TO PROPERTY: TENSIONS OF A NATURAL RIGHT

Lívia Teixeira Moura

Doutora em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Docente dos cursos de Graduação em Direito da Faculdade Integrada de Advocacia da Amazônia (FINAMA Advocacia) e do Centro Universitário do Pará (CESUPA). E-mail: livia.tmoura@yahoo.com.br.

Ana Luisa Santos Rocha

Bolsista de Pós-Doutorado Júnior (CNPQ) e pesquisadora do INCT Proprietas. Doutora em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFGPA) em regime de cotutela com a Université Paris I – panthéon Sorbonne (École Doctorale de Droit De La Sorbonne). Docente dos cursos de Graduação em Direito Da Faculdade Integrada de Advocacia da Amazônia (FINAMA Advocacia) e da Faculdade Cosmopolita. E-mail: analuisas-rocha@gmail.com.

Carla Noura Teixeira

Doutora em Direito do Estado. Mestre em Direito das Relações Sociais, pela PUC-SP. Professora do curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Faculdade Integrada de Advocacia da Amazônia (FINAMA Advocacia). Pós-Doutoranda e Professora convidada do Programa de Pós-Graduação em Direito do Unicuritiba. Líder do Grupo Permanente de Estudos e Pesquisa “Direito Internacional para o século XXI”. E-mail: carlanoura@gmail.com.

RESUMO

O presente artigo propõe discussões sobre a propriedade como um direito estabelecido, nos moldes atuais, a partir da concepção moderna de direito natural universal. Tem-se como problemática norteadora perceber em que medida o direito à propriedade moderna é tensionado pela promessa de universalidade dos direitos humanos. Do ponto de vista metodológico, trata-se de pesquisa puramente teórica, fundamental ou básica, cujas fontes são bibliográficas. O texto está dividido em três partes. Primeiramente, são discutidos aspectos sobre a historiografia do direito moderno. Posteriormente, debate-se a promessa de universalidade e sua relação com a construção dos direitos humanos. Por fim, analisa-se o direito à propriedade moderna e sua abstração. Abordada pelo prisma da sacralidade de um direito natural, reflete-se, ao final, sobre o impacto dessa abordagem para problemas enfrentados na atualidade.

Palavras-Chave: propriedade; direito natural; direitos humanos.

ABSTRACT

This article proposes discussions about property as a right established, in current terms, based on the modern conception of universal natural law. The guiding problem is to understand to what extent the right to modern property is tensioned by the promise of universality of human rights. From a methodological point of view, this is purely theoretical, fundamental or basic research, whose sources are bibliographic. The text is divided into three parts. Firstly, aspects of the historiography of modern law are discussed. Subsequently, the promise of universality and its relationship with the construction of human rights are discussed. Finally, the right to modern property and its abstraction are analyzed. Approached through the prism of the sacredness of a natural right, it reflects, in the end, on the impact of this approach on problems faced today.

Keywords: property; natural law; human rights.

I INTRODUÇÃO

A recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da tese do marco temporal para a demarcação de terras indígenas está em vias de sofrer um efeito backlash que diz muito sobre a República brasileira e mais ainda sobre a lógica subjetivista de direitos fundamentais que não alcança, seja por estratégia ou miopia, o

sentido das outras formas de conceber e se relacionar com o espaço de convivência, produção e subsistência, ao qual chamamos, nos termos do moderno direito civil, propriedade.

O STF foi provocado a decidir, por meio do Recurso Extraordinário – RE 1017365 –, se a data de promulgação da Constituição Federal (5/10/1988) poderia ser utilizada para definir a ocupação tradicional das terras pelas comunidades nativas do espaço territorial em que hoje está situado o Brasil (STF, 2023).

O referido Recurso chegou à nossa Corte de cúpula em razão de uma decisão transitada em julgado em 2015, o caso Raposa Serra do Sol. Na oportunidade, o estado de Roraima pugnava pela anulação da Portaria Ministerial nº 820, de 1998, na qual o Ministério da Justiça reconheceu, na esteira do artigo 67 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCTC), a delimitação de aproximadamente 1.678.800 hectares para as etnias indígenas Ingarikó, Makuxi, Patamona, Taurepang e Wapixana (TAROCCO, 2021).

Houve renovação da delimitação em 2005, quando a Portaria nº 534, de 2005, aumentou a circunscrição territorial para 1.743.089 hectares. O estado de Roraima ingressou com ação popular sobre a demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol sob o argumento de que as terras demarcadas eram na região fronteira entre Brasil, Venezuela e Guiana, portanto, precisavam estar sob a tutela do Estado para não comprometer a segurança do local, a produção agrícola, além de se observar uma diminuição significativa do próprio estado de Roraima (TAROCCO, 2021).

A questão chegou ao STF dada a sua natureza federativa e, em 2009, houve o julgamento no qual ficou estabelecida a ocupação tradicional das terras, conforme levantamento realizado pela União, e decidida a improcedência do pedido, mas não só isso: em uma “superinterpretação” o Supremo ressaltou a necessidade de o Poder Executivo Federal estabelecer parâmetros objetivos para demarcação de terras indígenas, destacando-se quatro marcos regulatórios para a realização dos processos administrativos de regulação, dentre eles o marco temporal da ocupação, isto é, a data de promulgação da Constituição como o insubstituível referencial para o reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas (TAROCCO, 2021).

A pretensão de objetividade do STF trouxe à tona o argumento utilizado para dar ensejo ao Recurso Extraordinário julgado recentemente pela mesma Corte: o marco temporal diz respeito às terras que os nativos tradicionalmente ocupam, não àquelas que venham a ocupar ou ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente (TAROCCO, 2021).

Em setembro de 2023, a tese do “marco temporal” foi afastada pelo voto de 9 ministros contra 2, considerando-se que a ancestralidade das terras nativas se relaciona com áreas ocupadas e àquelas que têm vinculação com a tradição desses

povos, havendo a Constituição resguardado a sua proteção para que outros direitos fundamentais também pudessem ser resguardados.

Interessa apontar que a tentativa de estabelecer um critério objetivo para a determinação das áreas a serem delimitadas é uma tentativa de equiparação à posse regulada pelo direito civil. Hespanha (2019, p. 319) sustenta que a ideia de direitos subjetivos é tão fortemente enraizada na teoria do direito privado que não parece haver começo para essa concepção jusnaturalista de que os direitos subjetivos são atribuídos pela natureza a cada homem, para que este possa seguir seus planos de vida em acordo com sua capacidade racional. Essa realização dos direitos inatos, contudo, somente seria possível com a criação da sociedade civil, na qual os sujeitos ganhariam proteção pública para desenvolver sua personalidade livres de interferências de outros indivíduos e do próprio Estado.

A propriedade, enquanto direito natural, seria uma prerrogativa de qualquer ser humano, ainda que no plano concreto fosse, e ainda é, muito mais um privilégio de uns. Portanto, a proteção da propriedade era, de fato, a proteção do direito de alguns indivíduos. Numa sociedade desigual, diz-nos Hespanha (2019, p. 345), “a proteção da propriedade funcionava de dois modos: garantindo a de uns e impedindo a de outros”. O autor completa o raciocínio explicando que em sendo a propriedade o poder de uma pessoa sobre uma coisa, nos idos coloniais os direitos dos povos originários sobre as terras, cuja ocupação era coletiva e, eventualmente, transitória, não foram reconhecidos.

Diante da flagrante disputa que a propriedade ainda provoca, é de se refletir sobre a promessa de universalidade que os direitos naturais, hoje internacionalmente chamados de direitos humanos, revelaram ao Ocidente na Modernidade Iluminista. Se nos deparamos com populações nativas tendo seus direitos questionados por meio de institutos jurídicos que no plano abstrato são inerentes a todas as pessoas, questiona-se: Em que medida o direito à propriedade, configurado modernamente, é tensionado pela promessa de universalidade dos direitos humanos?

Para atender ao questionamento, o objetivo geral do artigo é analisar a propriedade como um direito estabelecido, nos moldes atuais, a partir da concepção moderna de direito natural universal. A abordagem metodológica utilizada neste artigo pode ser categorizada, quanto ao objetivo da investigação, como pesquisa puramente teórica, fundamental ou básica, orientada para a compreensão das razões subjacentes aos acontecimentos, direcionando seus resultados para a ampliação do entendimento intrínseco, avaliando uma decisão jurídica com base em conceitos e na interpretação da norma jurídica. Quanto à origem das fontes, trata-se de pesquisa bibliográfica (LOUREIRO, 2018).

2 A HISTORIOGRAFIA DO DIREITO MODERNO

Para a historiografia positivista do século XIX¹, a lei e o documento jurídico constituíam o ponto-chave de entendimento dos eventos. A história se constituía sob o império do direito, tanto material quanto metodologicamente. O universo jurídico foi constringido à operação da redução. O Estado se tornou o único criador do direito, e a lei sua única fonte. O ofício do jurista também se reduziu à exegese do texto normativo. O direito, enquanto sistema de regras pensadas de forma simples, abstrata e reducionista, é fruto desse contexto (GROSSI, 2005).

Em termos metodológicos, as ações ou os eventos isolados, como a análise de uma norma oficial, de uma inovação, de uma atualização legislativa ou da doutrina de determinado jurista, tornaram-se os objetos de estudo. Por essas análises pontuais e de curta duração que surgiam em ritmo frenético, a tradição historiográfica jurídica refletia uma concepção linear e cumulativa do tempo e do progresso (HESPANHA, 1986).

Enquanto campo de pesquisa, uma crise² na história do direito (e da história das instituições jurídicas e da história do pensamento jurídico) deflagrou-se ao lon-

1 É importante a ressalva feita por Ricardo Marcelo Fonseca (2009, p. 155): "A historiografia do século XIX, com efeito, verificou até mesmo certa multiplicidade metodológica, com a emergência de autores talentosos, metodologicamente inovadores e ao mesmo tempo impassíveis de serem reduzidos a uma única vertente teórica. Não se pode dizer, portanto, que a historiografia oitocentista seja um bloco monolítico 'positivista'. Longe de ser unicamente preocupada com aspectos políticos, militares e diplomáticos, como muitas vezes se diz, a historiografia do século XIX contempla muitos cultores da história religiosa, da história sócio-cultural etc. [...]". Tal multiplicidade temática, aliás, é resultado de todo o florescer de uma 'Nova História' que iniciou desde o século XVIII. E foi esse florescer que de certo modo foi estancado pelo importante advento do movimento historiográfico liderado por Leopold von Ranke, em meados do século XIX, que trouxe um novo padrão metodológico à historiografia. Aqui, pode-se dizer, nasce o que chamamos de 'história tradicional' (ou história positivista). Esta 'história tradicional', história 'rankeana' ou simplesmente 'história positivista' é que se tornará hegemônica na historiografia europeia do século XIX, mormente na Alemanha e na França. Pode-se dizer que o ápice de seu prestígio ocorreu entre 1880 e 1930, ao menos na França. Mas seus reflexos no Brasil também foram significativos, e são sentidos até hoje

2 Tendências contrárias ao formalismo da historiografia positivista se consolidaram no início do século XX com correntes da "nova história" (*nouvelle histoire*). A Escola dos Annales (*L'École des Annales*) foi a principal expoente dessa reação. As correntes principais dessa escola francesa caminharam para a predominância do interesse pela história econômica, pela civilização material e para a revalorização das superestruturas. Ante uma análise economicista que entendia que as mentalidades seriam suficientes para expressar a cultura de uma época e que as estruturas sociais e econômicas eram as únicas merecedoras de atenção, Estado e Direito se tornaram secundários. Os "novos historiadores" cultivavam uma má impressão da história do direito. No momento histórico da exegese e do universo jurídico resumido aos Códigos, criou-se uma falsa e anti-histórica imagem do direito (GROSSI, 2009; HESPANHA, 1986; OURLIAC, 1992). 3Esclarece Fonseca (1995, p. 102): "A história positivista do direito, em suma, amontoa uma série de dados (produtos culturais) do passado, pinçados por escolhas nunca confessadas, forjando um discurso histórico linear (porque é excludente) e excludente (porque é linear), relegando ao esquecimento as alternativas históricas dos vencidos, daqueles que em determinado momento foram (e talvez continuem sendo) dominados".

go do século XX. Em primeiro lugar, a história jurídica do século XIX foi construída sob princípios e valores liberais-burgueses com objetivo de desvalorizar a ordem social e jurídica pré-burguesa, além da apologia à luta burguesa como vencedora contra uma ordem ilegítima – o Antigo Regime (HESPANHA, 1978; WOLKMER, 1994).

A historiografia jurídica era instrumento de endeusamento da ordem jurídica, política e social do modo de produção capitalista, presa aos textos legais e ao formalismo técnico-dogmático. Pela perspectiva linear, estática e conservadora, a história do direito perdeu a sua significação e negligenciou-se o papel do direito inserido em um processo dinâmico, no bojo de conflitos e tensões sociais (HESPANHA, 1978; WOLKMER, 1994).

O discurso histórico linear apagava as diferenças e unificava as práticas históricas e sociais em uma suposta homogeneidade. A lógica temporal linear³ e progressiva ignorava as alternativas históricas reais, gerando um saber histórico comprometido com os dominantes e invisibilizando os derrotados e seus saberes alternativos (FONSECA, 1995b).

Ao longo da segunda metade do século XX, o direito recuperou sua complexidade apoiado na dialética entre validade e efetividade que, em outros termos, reflete o vínculo entre direito e civilização (GROSSI, 2005). Sob essa perspectiva, o papel do direito na história, enquanto integrante da dimensão social, pode ser investigado a partir de sua maior ou menor centralidade, avaliando-se o nexo entre determinada experiência histórica e o sistema jurídico (GROSSI, 2009).

Para Grossi (2009, p. 20), foi em razão de equívocos e de falsas interpretações que o direito e as ciências sociais foram separados, sendo necessária “[...] uma cada vez mais viva e intensa tomada de consciência da centralidade da dimensão jurídica em meio ao social”.

Sob a influência dos estudos da teoria política e da antropologia jurídica, recriaram-se também os objetos. A percepção sobre as formas implícitas de poder, informais e quotidianas⁴, para além do poder estatal, traduziu críticas ao padrão

3 Esclarece Fonseca (1995, p. 102): “A história positivista do direito, em suma, amontoa uma série de dados (produtos culturais) do passado, pinçados por escolhas nunca confessadas, forjando um discurso histórico linear (porque é excludente) e excludente (porque é linear), relegando ao esquecimento as alternativas históricas dos vencidos, daqueles que em determinado momento foram (e talvez continuem sendo) dominados”.

4 Stolleis (2020, p. 88) destaca que: “[...] as articulações metodologicamente difíceis com as ciências naturais e sociais encontram particular interesse, principalmente quando as mudanças factuais forçam padronizações rápidas e menos estáveis. Isso, por sua vez, significa cooperação com o sentido adequado da ciência histórica (como a história estrutural, história cultural, micro-história, história social, história econômica, história da tecnologia, história do gênero, história das mentalidades, história das ideias, história dos meios de comunicação, história global), mas também com a teoria do direito, na medida em que se lida com novas formas fluídas de direitos não-estatais ou com questões de constitucionalização da sociedade mundial”.

civilizatório de uma modernidade que se pretendia universal e abstrata e de um Estado como fonte única da regulação social (HESPANHA, 2012).

Os estudos histórico-jurídicos na América Latina na segunda metade do século passado também foram marcos para o reconhecimento de que à história oficial contrapõe-se uma história alternativa, subjacente e problematizante. O pensamento filosófico da libertação⁵ e o direito alternativo brasileiro⁶ levantaram questões para uma interpretação crítica da ordem jurídica e uma nova historicidade das formas de controle legal e da normatividade social que representassem a real história latino-americana (WOLKMER, 1994).

Sob esse viés crítico, ao se voltar ao passado, entende-se que não cabe à história do direito o papel de oferecer modelos universais e clássicos ao presente, oposição válida ao historicismo evolutivo que enxerga ligações diretas com o direito romano, por exemplo. Michael Stolleis (2020) critica essa história do direito que esboça uma “pré-história” do direito vigente, como se existisse uma “essência” conceitual que resistiria ao decurso do tempo. O fruto dessa empreitada é um direito a-histórico.

A análise também se aplica ao processo inverso com as críticas quanto às tendências historiográficas aficionadas por projetar as linhas constitutivas da sociedade atual às sociedades históricas de caráter diverso (CLAVERO, 1974).

O autor critica ainda os historiadores do direito que carregam em suas análises um “ingênuo otimismo do progresso”, sobretudo quando buscam fórmulas estáveis⁷ e não contraditórias para a solução pacífica de conflitos. Seriam inspirados pela história do direito, mas com finalidades não históricas (STOLLEIS, 2020).

Assim, a análise dos objetos jurídicos do passado não pode prescindir de sua devida contextualização histórica. E não só de contextos externos, mas também

5 Para Wolkmer (1994, p. 66), o “[...] tributo do ‘pensamento libertador’ latino-americano para uma nova historicidade das formas de controle legal e de normatividade social, é a afirmação de uma alteridade emancipadora, mediante um direito livre da injustiça e da coerção, composta por sujeitos-cidadãos autênticos, introduz-se, assim, na pesquisa histórica, os conceitos de ‘alteridade’, ‘libertação’ e ‘justiça social’”.

6 De acordo com Wolkmer (1994), o direito alternativo não se constituiu como uma escola homogênea, sendo mais uma corrente que influenciou magistrados e professores de direito no final dos anos oitenta e início dos anos noventa. O movimento possuía a “[...] estratégia de luta dentro da legalidade instituída (no âmbito dos aparatos institucionalizados) e da legalidade a instituir (esfera da pluralidade dos grupos e movimentos sociais que têm seus direitos negados e reprimidos). Exploram-se as fissuras e deficiências da ordem jurídica formal-individualista, buscando recuperar (por meio de uma interpretação crítica e uma aplicação humanista dos textos legais) a dimensão transformadora do direito pondo-o a serviço da libertação” (WOLKMER, 1994, p. 66).

7 Explica Stolleis (2020, p. 44): “Não existe uma classe de palavras com mais elevada dignidade que chamemos de ‘conceitos’; então, são também os conceitos palavras dependentes dos contextos e necessitadas de interpretação”.

as disposições internas – a “economia moral”⁸ – também devem ser valorizadas. Essas representações na esfera do mundo interior baseadas em sistemas de crenças e de valores⁹ de uma cultura em um contexto determinado não podem ser ignoradas, pois essas atividades mentais são dependentes dos contextos externos (HESPANHA, 2012).

A atenção para os processos de continuidade/descontinuidade se coloca especialmente pelo fato de que a história do direito se pratica no presente. É o historiador do direito quem pergunta ao passado a partir do presente (STOLLEIS, 2020), buscando o sentido prático do direito nesse passado (LOPES, 2020). Na relação jurídica entre as duas temporalidades podem ser reveladas inúmeras similitudes conceituais, mas que “[...] não são descobertas de novo uma e outra vez, mas se transformam com a experiência, vagarosamente e em pequenos passos” (STOLLEIS, 2020, p. 66).

A historicidade do direito encontra-se no reconhecimento de que o jurista usa-o tornando-o real e atual. Metodologicamente, não há de se falar em descrição exata de fatos e eventos sociais, nem mesmo de uma naturalização da ordem das coisas, de uma razão jurídica imutável que poderia ser observada pelo historiador do direito. Não há categorias imutáveis e objetivas, mesmo que se utilizem os mesmos termos ao longo da história. A continuidade meramente aparente

8 Explica António Manuel Hespanha (2012, p. 75): “Em que é que se distingue, então, este processo de interpretação, que valoriza a ‘economia moral’, dos métodos das disciplinas tradicionais no domínio da história do direito, quando a entendiam, antes de tudo, como uma história das ideias jurídicas e dos grandes juristas? Justamente por uma atitude que aquelas não cultivavam e que é central nesta última – o ‘distanciamento’ (entfremdung) do historiador em relação ao seu objeto de estudo. Na verdade, a crítica mais pertinente que se pode fazer à história jurídica tradicional é a do seu dogmatismo; ou seja, o de impedir toda a contextualização histórica, pois as construções interiores são consideradas como construções exclusivamente intelectuais necessárias (e, logo, a-históricas), decorrentes da natureza das coisas ou da evidência racional. Em contrapartida, a orientação proposta relativiza os modelos mentais, como resultado de vários processos interiores – desde os racionais aos emotivos – e, também, de uma ‘educação sentimental’ exercida pelo meio externo, pelos contextos práticos. Pode acrescentar-se, ainda, que a história das ideias cultiva uma centralidade do sujeito (do ‘autor’) que está completamente ausente da perspectiva aqui proposta. Ao sujeito substituiu-se o discurso, os contextos dos discursos, a força dos textos como esquemas que modelam a percepção e a avaliação dos autores, os próprios dispositivos materiais de comunicação (a forma impressa, o modelo de paginação etc.). Nada pode estar mais longe da concepção tradicional de que o autor era decisivo na compreensão da história dos saberes”.

9 Sobre vinculação das normas jurídicas com o contexto cultural do passado, enfatiza Stolleis (2020, p. 69–70): “essas regras jurídicas, por outro lado, não proveem todas de modo algum da vontade do estado – essa seria uma perspectiva moderna completamente inadequada ao passado. Ao contrário, entendem-se essas regras jurídicas apenas dentro das redes de convenções sociais que as circundam e lhe dão suporte, e dentro da sensibilidade espiritual das diferentes culturas”.

mascara as rupturas fundamentais de significados. A descontinuidade semântica é uma variável necessária ao se olhar criticamente para trás (HESPANHA, 2012).

3 DIREITOS HUMANOS E A PROMESSA DE UNIVERSALIDADE MODERNA

A fundamentação moderna dos direitos humanos, alicerçada na racionalidade antropocêntrica, permanece em decisões jurídicas e na garantia desses direitos para poucos, tal como na modernidade em que a primeira dimensão dos direitos humanos se consagrava nos ideais e interesses burgueses.

Desde a hermenêutica filosófica de Gadamer (2011, p. 467), pode-se afirmar que a experiência da finitude humana, e seu ensinamento acerca do real, é a experiência da própria historicidade, e esta aponta para contínuas violações de direitos, a começar pelo genocídio do Holocausto nazista até o hiato cada vez maior entre ricos e pobres no ocidente e entre o Norte e o Sul global (DOUZINAS, 2009, p. 99). É parte, pois, da existência experienciar as tensões referentes aos direitos humanos.

O aspecto fundacional da lei moderna e do direito internacional dos direitos humanos comunica-se pela proteção ao indivíduo. O subjetivismo moderno conferiu ao homem os direitos naturais como atributos de sua subjetividade, dificultando o estabelecimento de uma comunidade política que se reconhece e se afirma pela tradição. Este mesmo subjetivismo continua presente nos documentos de direitos humanos positivados internacionalmente, como afirmações e extensões do “eu”, do ser autêntico (DOUZINAS, 2009, p. 29).

A moderna ascensão da proteção do “eu” e da liberdade de seus atos de vontade para a esfera de representação política, isto é, o Estado, foi resultado da emergência dos interesses de classes burguesas. Essa racionalidade, estabelecida como verdadeira na modernidade, foi harmonizada ao determinismo mecanicista, o qual previa a formulação de leis a partir de regularidades sistematicamente observadas, experimentadas e finalmente teorizadas, pressupondo a ordem e a estabilidade do mundo. A teorização determinista convergiu com os interesses burgueses que, ao ascenderem econômica e politicamente, passaram a compreender a sociedade a qual dominavam como o último estágio de evolução da humanidade (SANTOS, 1988, p. 51).

A proeminência da racionalidade do século XIX na senda do conhecimento atual informa que o método científico, desenvolvido para as ciências da natureza no século XVI e estendido para as ciências sociais, efetivamente no século XIX, faz-se dominante e permeado por um discurso de dominação, afinal o não científico seria irracional e não se encontraria em um modelo global, cujas sólidas fronteiras impunham-se contra o senso comum e os estudos humanísticos, como a história,

a filosofia e a teologia. A ideia de totalidade da racionalidade configura-a, pois, como modelo totalitário, o qual não reconhece razão nos conhecimentos apartados de epistemologia e regras metodológicas científicas (SANTOS, 1988, p. 48).

Cabe à modernidade, portanto, o valor concedido ao conhecimento científico e à sua epistemologia autenticadora de uma racionalidade exclusivista, cujas demarcações metodológicas inviabilizaram a conversação entre ciência e as distintas formas de apreender o real, de conhecer (SANTOS; MENESES, 2009, p. 11). A ciência moderna torna-se, assim, um fator de revolução histórica que se impõe sobre o saber filosófico, afastando-lhe a legitimidade, sem, contudo, atentar para a perigosa herança deixada pela tradição contemplativa: a busca pelo saber universal.

Surgidos como desenvolvimento do pensamento burguês na modernidade, os direitos humanos traziam em seu bojo os ideais de liberdade individual e igualdade formal próprios à tradição do liberalismo econômico que empoderava o indivíduo atomizado e abstrato nas positivizações, afirmando-o sujeito de direitos por ser livre, autônomo e racional (BRAGATO, 2013, p. 105).

A anunciada racionalidade distintiva do ser humano, fonte do racionalismo científico e útil aos ideais burgueses para a transformação da natureza e domínio político, gravou o antropocentrismo na compreensão moderna dos direitos humanos. Primariamente, desde a teoria contratualista de Thomas Hobbes, o individualismo foi consequência da liberdade negativa alçada como pilar da política.

O leviatã propunha a liberdade de acordo com o sentido próprio da palavra¹⁰, isto é, como a ausência de impedimentos externos, orientando a liberdade para uma definição natural da possibilidade de locomoção livre conforme a própria vontade e os próprios objetivos. Os homens seriam, na visão naturalista de Hobbes, além de meros corpos, possuidores de vontade; por isso, a liberdade consistiria na não obstaculização, por impedimentos externos, da realização dos objetivos humanos, caracterizando-se, pois, uma pessoa livre, aquela que não se depara com obstáculos capazes de retirar-lhe parte do poder de fazer o desejado conforme seu próprio julgamento e razão (HONNETH, 2014, p. 21).

O que Honneth (2014, p. 22-23) considera decisivo no pensamento de Hobbes é a conexão entre a exclusão de impedimentos internos e os objetivos potenciais para a ação, pois a liberdade seria a consecução dos próprios interesses, não se supondo complicações motivacionais, relativas à falta de clareza sobre as inerentes intenções, como possibilidades de restrição para a livre ação. A ideia de liberdade remete diretamente ao cumprimento de todo desejo, que serviria à autoafirmação do homem. Tratava-se a liberdade hobbesiana, então, de um

10 A palavra inglesa é “liberty” e segundo o dicionário Oxford Online é “o estado de ser livre, dentro da sociedade, de restrições opressivas impostas por autoridade ao modo de vida, comportamento ou visão política de alguém.” Este significado foi traduzido livremente do inglês “the state of being free within society from oppressive restrictions imposed by authority on one’s way of life, behavior, or political views”.

propósito para assegurar e proteger espaço para a ação egocêntrica e insensível às pressões de responsabilidade para com outros.

Hobbes contribui juridicamente, pois passa a conceber o direito natural como a liberdade que cada indivíduo possui para utilizar seu próprio poder, no sentido de preservar sua natureza, isto é sua vida. Dessa forma, a lei natural seria um preceito geral, racionalmente formado, o qual proíbe ao homem fazer o que destrua sua vida, a privação dos meios para conservá-la e omissão daquilo com que se possa contribuir para mantê-la. Portanto, Douzinas (2009, p. 85) afirma que Hobbes, ao derivar a lei da natureza humana, separou o indivíduo da ordem social, alavancando-o como figura central da modernidade. Nesse sentido, a natureza humana, por ser dotada de determinados traços comuns, poderá ser objeto científico e em sendo cientificamente determinada, poderia ser dela derivados os padrões comuns aos homens, bem como as leis naturais a serem seguidas na república.

Essa visão idiossincrática hobbesiana, de que o alvo da liberdade se dirige para a realização de todos os desejos, atingiu profundamente o individualismo moderno, sendo sucedida – não como mera expansão ou mais profunda reflexão – pelo ideal de liberdade reflexiva, modernamente pensada por Rousseau.

Como produtos da modernidade, os documentos revolucionários do século XVIII, isto é, a Declaração de Independência (1776) e a Carta de Direitos (1791) norte-americana, e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) francesa, são proclamadores de direitos naturais, universais e inalienáveis, afirmando o mundo “à imagem e semelhança do indivíduo” (DOUZINAS, 2009, p. 99).

Essa centralidade do homem em abstrato, como fundamento da ação e do significado, é a essência jurídica da modernidade; contudo, o reconhecimento da subjetividade jurídica e a ascensão dos direitos à esfera pública, por meio da ideia de essência compartilhada, abstrata e igual, mostraram-se duvidosos quando tal natureza humana descorporificada ganhou a concretude de um “homem branco e dono de propriedades” entendido como o único ser dotado da razão, moralidade e integridade previstas nas declarações (DOUZINAS, 2009, p. 109-110).

Mundialmente, os direitos humanos foram inaugurados com a Declaração Universal, de 1948, no pós Segunda Guerra, e a Organização das Nações Unidas (ONU) foi parte da campanha de estabelecimento de padrões, convenções, tratados, declarações e acordos, além de incentivo para a criação de organismos regionais de proteção de direitos (DOUZINAS, 2009, p. 127). Tal como na modernidade, prezou-se pela proteção universal do indivíduo contra o Estado, mas a proteção passaria a contar com a proposição de que, pela competição solidária de cada governo pelos interesses da política internacional, toda ação particular seria passível de julgamento em nome do universal (DOUZINAS, 2009, p. 129).

Com efeito, a apropriação do ideal moderno de direitos fundamentais pelo direito internacional é precária em razão das tensões experienciadas historicamente, as quais apontam para um problema de fundamento que parece impelir tais

direitos à incapacidade de atender às necessidades da justiça, como se a sua fundamentação não estivesse genuinamente voltada para a universalidade de proteção. Essa desarticulação entre a fundamentação e a *práxis* importa porque, na esteira de Bragato, Culleton e Fajardo (2009, p. 13), a potência conferida às exigências dos direitos humanos depende da solidez da base de fundamentos que os ampara.

A universalidade dos direitos humanos conviveu sempre com a “deficiência” de humanidade de algumas pessoas (SANTOS, 2013, p. 76), basta se lembrar dos direitos políticos denegados às mulheres e da ausência de direitos das pessoas escravizadas; atualmente a pobreza e a miséria também privam de direitos em nome da competição justa e saudável por oportunidades de mercado que não brilham para todos. Ora, em sendo a concepção moderna de direitos humanos já excludente de boa parte da humanidade, não é surpreendente que sua reflexão não alcance que os humanos estão integrados em entidades mais abrangentes, como a natureza, cuja não proteção faz valer pouco a proteção ao ser humano enquanto indivíduo (SANTOS, 2013).

4 O DIREITO MODERNO À PROPRIEDADE

Diferente das leituras formalistas e lineares do fenômeno e dos institutos jurídicos, as noções de propriedade são profundamente históricas e não lineares (FONSECA, 2005). O termo “propriedade”, não foi utilizado com o único e exclusivo sentido da “propriedade moderna”.

Nesse sentido, no âmbito da experiência francesa, há autores que defendem que ao final do século XVIII a cultura domínial em seu sentido tradicional e plural ainda estava viva, não só pelas práticas de comunidades rurais em províncias francesas, mas especialmente quando se analisa o art. 17 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (CLAVERO, 1998; COMBY, 1989).

Entre o texto original adotado pela Assembleia Nacional Francesa, em agosto de 1789, e o texto adotado como preâmbulo da Constituição, de 1791, há uma significativa diferença. Em 1789, a redação indicava: “les propriétés étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité”¹¹. Sob o argumento de erro ortográfico, o texto foi alterado em 1791, iniciando com “le propriété” (a propriedade).

Entre “les propriétés” (as propriedades) e “le propriété” (a propriedade), discute-se se o sentido originário do art. 17 representava o alcance genuíno da pluralidade de propriedades. Em seu sentido original, o art. 17 buscaria amparar,

11 Sendo as propriedades um direito inviolável e sagrado, ninguém delas pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização (tradução livre).

sob o termo “propriedade”, os rendimentos feudais e senhoriais sob a terra, mas sem que isso necessariamente significasse, embora coubesse a interpretação, um reconhecimento de domínios útil e direto em si. Nessa discussão, não se pensa a propriedade revolucionária como uma “liberação” desses gravames, pois, mais que isso, defende-se que a revolução gestou e produziu um direito de propriedade em singular (CLAVERO, 1998; COMBY, 1989).

Sob esse viés, de continuidades/descontinuidades, coloca-se a questão de que, mesmo no ambiente revolucionário francês, com a redescoberta da unidade da propriedade no plano filosófico e político, a velha mentalidade ainda estaria presente, especialmente quando se considera o perfil do conhecimento técnico-jurídico atrelado ao vínculo entre pessoas e coisas.

Entre 1789 e 1791, as relações entre pessoas e coisas e cultura dominial plural típica do Antigo Regime, ao lado das instituições políticas sob quais o regime repousava, foram desmantelados pelo Decreto, de 4 agosto de 1789, – a “grande demarcação”¹² (BLAUFARB, 2019). Com o Decreto, a Assembleia Nacional Constituinte aboliu um dos pilares desse regime na França, fundado em redes complexas de poderes, privilégios e instituições políticas detidos a título privado. Quanto ao outro pilar, um regime hierarquizado de rendas e direitos sobre a propriedade fundiária, os direitos senhoriais sob a terra foram mantidos, porém abolidos, no plano legal, com o Decreto, de 15 de março de 1790 (GROSSI, 2006; SAES, 2008).

Nesse ínterim, no final do mês agosto de 1789, foi aprovada a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Entre o texto original adotado pela Assembleia Nacional Francesa, em agosto de 1789, e o texto adotado como preâmbulo da Constituição, de 1791, consta a diferença anteriormente apontada. Nesse debate, mesmo em relação ao Código Civil Napoleônico (1804), Grossi (2006) reflete se o art. 544 deixaria, ainda que de forma inconsciente, explícita uma velha mentalidade jurídica ao definir a propriedade como uma “soma” de poderes – gozar e dispor – em certa construção do sistema dos direitos reais, ainda não toda apagada e que articulava poderes de disposição e de uso.

12 A demarcação operada pelo referido Decreto, ao excluir os privilégios particulares instituídos sobre funções e instituições de poder, fundou as bases estruturantes do novo regime, sobretudo quanto à separação da propriedade privada e da autoridade pública/poder público. A Grande Demarcação lançou, assim, a matriz conceitual para a política moderna: a separação entre o político e o social, entre o Estado e a sociedade, entre a soberania e a propriedade, entre o público e o privado (BLAUFARB, 2016).

Foi a pandectística alemã¹³, na segunda metade do século XIX, que efetivamente modelou a estrutura técnico-jurídica da propriedade moderna, em correspondência ao modelo ideológico da propriedade burguesa, como uma fórmula unitária e abstrata. A estrutura forjada pela reflexão pandectística operou quase que uma fusão entre o sujeito e a propriedade. Nesse modelo técnico, a propriedade não é soma de poderes sobre a coisa, mas um poder supremo de natureza jurídica distinta. A existência de outros direitos sobre a coisa, os direitos reais limitados, seria mero acidente a recair tão somente no plano externo, no plano da eficácia, mas nunca alterando a qualidade e a natureza interna do poder proprietário (GROSSI, 2006; VARELA, 2002).

O Código Civil Alemão, de 1900 (BGB), proclamou que o proprietário de uma coisa poderia dela dispor livremente e à sua vontade, excluindo terceiros de qualquer interferência. Enquanto poder supremo, desvinculado das utilidades fáticas e econômicas, consolida-se a sua simplicidade. Nesse mesmo sentido, é um poder supremo de o sujeito titular dotado de capacidade ilimitada tolerar, ou não, outros conteúdos econômicos. Com a sua natureza jurídica desvinculada de conteúdos e qualificações econômicas, consolidou-se a abstração (GROSSI, 2006; VARELA, 2002).

Nesse período de intensas lutas por reconhecimento de direitos, o que hoje se conhece como direitos humanos é resultado de uma positivação inaugural para livrar a individualidade de uma nociva interferência do Estado. A positivação do “eu” nas cartas de direitos era fruto das necessidades da época, não mais condescendentes com o poder divino de o rei comandar, e crente na centralidade do homem e em seu poder de dominar e transformar a natureza.

O que era transcendental foi trazido a terra pelo iluminismo, e o homem virou a medida para o homem, pois não se tolerava mais a mediação do real por meio daquilo que é transcendente e impõe barreiras ao pensamento e à existência. O conhecer virou, pois, uma empreitada ousada e essencialmente humana, baseada na aplicação da razão e na unificação de conhecimentos para iluminar espaços obscuros, livrando-os de mistérios e tornando a realidade um espaço para a manifestação de descobertas e realizações que nada teriam a ver com qualquer ordem considerada mística (FITZPATRICK, 2007, p. 74).

13 A pandectística alemã representou o ápice do racionalismo no âmbito do conhecimento jurídico. O direito, pensado como um dado da realidade, iguala-se a todos os demais ramos do conhecimento, como o conhecimento matemático e das ciências da natureza. Os juristas deveriam lidar com um direito certo, seguro e imutável, fruto da verdade, de princípios gerais e de conceitos jurídicos deduzidos da razão, ordenadores das regras e institutos jurídicos, e, ainda, descolados dos fatos empíricos. A ideia de um direito unificado, coerente, hierarquizado e como um sistema fechado em si mesmo, é dogma resultante da doutrina pandectística (CORTIANO JUNIOR, 2001; HESPANHA, 2012).

Fitzpatrick (2007, p. 77) assinala ser uniforme a luz da modernidade, pois sua preocupação era iluminar os sentidos sem abrir espaço para dualidade ou ambiguidades. Por esses motivos, os objetos deveriam ser coisas materiais separadas, cuja observação fosse propícia à formação de leis, apropriação, autorreferência e completude, não remetendo sua origem à transcendentalidade mítica.

Os objetos tornaram-se, pois, modelos exemplares, prossegue Fitzpatrick (2007, p. 78-79), passaram a informar a validade ou a realidade dos atos, servindo tanto como representações quanto normas, implicadores de um correto modo de agir, pois o impulso universalista do iluminismo situa o objeto em uma relação integrada com o universal concebido em um ordenamento ou razão universal.

Esses objetos medeiam as relações humanas porque são modelos do que o mundo, caso não seja, deveria ser. Fitzpatrick (2007, p. 79-80); contudo, aponta esses objetos como modelos de reificação, mas também de transcendência mitológica, convidando-nos a ver como a propriedade, além de um objeto palpável, é também fundamento da civilização e força motora da origem e do desenvolvimento social, sempre convocando à autoconsciência e à apropriação da natureza, concluindo o autor: “o que está sendo universalizado aqui é uma forma particular da propriedade ocidental. Onde ela está ausente só pode haver seus precursores ou a selvageria”.

O medo da selvageria e a busca por dominar fizeram da lei, outrora portadora das características de Deus, uma derivação, em sua força e origem, da existência. Entretanto, Fitzpatrick (2007, p. 86) entende que a lei não é capaz de “suportar tanta realidade”, por isso, é geral, formal, abstrata, mantendo, assim, distância dos discursos cotidianos e conflitos sociopolíticos para que seus efeitos ganhem forma magicamente, por meio de um método de controle das relações sociais manipulado por um sacerdote e aderido pelas pessoas. A lei cria o seu próprio mundo e sua harmonia provém dele, assumindo sua característica divina a autonomia e independência do que lhe é exterior, até mesmo o tempo, pois todo porvir poderá ser integrado à sua presença eterna.

As características transcendentais da lei, contudo, não mais poderiam ser derivadas de Deus, assim sua identidade autônoma e onipotente, ligada à uniformidade da realidade, passou a encontrar existência naquilo que não é, na diferença, como as outras criações culturais modernas, incapazes de lidar com a selvageria da natureza se não fosse para dominá-la e focá-la com sua luz. Em escapando da luz, o selvagem é definitivamente expulso dela (FITZPATRICK, 2007, p. 94).

O sujeito soberano moderno e pensador da lei é o espelho dela e foi quem assumiu uma identidade desde a diferença, reduzindo o resto do mundo aos termos europeus, os quais eram identificados como universalidade. O ser humano moderno interpretou-se como diverso da natureza brava e desordenada, principalmente do ser humano natural e não domesticado, bastando que se exemplifi-

que como Hegel pensava ser impossível a harmonização do negro com a humanidade absoluta e universalmente europeia (FITZPATRICK, 2007, p. 96).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No deslindar da segunda década do século XXI, é de se afirmar que a tradição Moderna não é somente parte do horizonte da experiência humana, mas é tessitura das ações atuais, é factível na organização social ocidental, nas criações econômicas, políticas, jurídicas com as quais a humanidade vai desenvolvendo sua história.

Os tensionamentos levados a efeito por este artigo foram inflexões sobre um instituto jurídico tradicional, mas cujo fundamento encontra-se absolutamente colapsado por contínuas violações à sua universalidade. Em verdade, o ponto-chave dessa discussão era abordar como a propriedade, sob o manto da sacralidade de um direito natural, foi fundada para ser protegida do traspasse dos não proprietários, privilegiando, pois, alguns em detrimento de outros.

Longe de prescindir dos direitos humanos, prescinde-se do discurso de sobre uma natureza humana igual capaz de ensinar ao Estado sobre direitos naturais iguais para todos. No caso da propriedade, por ser uma liberdade negativa, cuja salvaguarda, em tese, se daria por uma conduta de abstenção estatal, sua proteção seria a manutenção do compromisso do príncipe em tutelar a manutenção do contrato social e da própria ordem civil estabelecida. Não se deve olvidar, entretanto, que a promessa de igual amparo à propriedade de todos os sujeitos passa pela existência de uma universalidade de proprietários.

De fato, o que a tradição nos mostra é um conjunto de normas jurídicas cuja abstração impede sua realização, especialmente para aqueles que têm poucas chances de ocupar os espaços de poder e exercer plenamente sua cidadania a ponto de reivindicar outras formas de se pensar, legislar e aplicar direitos fundamentais.

No campo da história do direito, quando se faz uma reflexão crítica não se quer rever anacronicamente uma narrativa de acontecimentos, mas se quer fazer uma revisão da maneira como o direito vem sendo instrumentalizado para atender às necessidades humanas. Portanto, olhar os encobrimentos estratégicos, revisitar promessas nunca cumpridas, observar como as instituições políticas disciplinaram a vida humana e, precipuamente, que as obliterações históricas podem ser uma ponte de saída, ou pelo menos um olho mágico, para problemas enfrentados na atualidade.

REFERÊNCIAS

BLAUFARB, R. **L'invention de la propriété privée**. Une autre histoire de la Révolution. Ceyzérieu: Champ Vallon, 2019.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Uma crítica descolonial ao discurso eurocêntrico dos direitos humanos. In: Lopes, Ana Maria D'ávila; Maués, Antônio Moreira (org.). **A eficácia nacional e internacional dos direitos humanos**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 105-118.

CLAVERO, B. **Les domaines de la propriété**, 1789-1814: propiedades y propiedad en el laboratorio revolucionario. Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, v. 27, p. 269-378, 1998.

COMBY, J. L'impossible propriété absolue. **Un droit inviolable et sacré, la propriété**, p. 9-20, 1989.

CORTIANO JUNIOR, E. **O Discurso Proprietário e suas Rupturas: Prospectiva e Perspectivas do Ensino do Direito de Propriedade**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2001.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2009

FITZPATRICK, Peter. **A mitologia da lei moderna**. Tradução de Nelio Schneider. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2005.

FONSECA, R. M. Notas sobre a construção de um discurso historiográfico jurídico. **Revista Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, p. 100–107, 1º jan. 1995.

FONSECA, R. M. **O Positivismo**, “Historiografia positivista” e História do Direito. *Argumenta Journal Law*, v. 10, n. 10, p. 143-166, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 11 ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes/ Editora Universitária São Francisco, 2011.

GROSSI, P. O ponto e a linha. História do Direito e Direito Positivo na formação jurista do nosso tempo. **Revista Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, p. 31-46, 1º jan. 2005.

GROSSI, P. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador. Em: **História da Propriedade e Outros Ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-84.

GROSSI, P. História social e dimensão jurídica. **Meritum, Revista de Direito da Universidade FUMEC**, v. 4, n. 2, p. 05–26, 30 dez. 2009.

HESPANHA, . M. **A história do direito na história social.** [s.l.] Livros Horizonte, 1978.

HESPANHA, A. M. Une « **Nouvelle Histoire** » du Droit? Em: GROSSI, P. (Ed.). Per la storia del pensiero giuridico moderno. Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di Lavoro. Atti dell'Incontro di Studio Firenze, 26-27 aprile 1985. Milano: Giuffrè Editore, 1986. v. 22p. 315-340.

HESPANHA, A. M. **A Cultura Jurídica Europeia.** Síntese de um milénio. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

HONETH, Axel. **Freedom's right: the social foundations of democratic life.** New York: Columbia university press, 2014, part I.

LOPES, J. R. DE L. Direito e história: questões para uma estranha disciplina. **História do Direito**, v. 1, n. 1, p. 331–350, 31 dez. 2020.

OURLIAC, P. **Histoire nouvelle et histoire du droit** (A propos d'un livre récent). Revue historique de droit français et étranger (1922-), v. 70, n. 3, p. 363-371, 1992.

SAES, L. A. M. DE. **A propriedade sob a república jacobina:** o impacto da legislação revolucionária sobre a questão fundiária. Mestrado em História Social – São Paulo: Universidade de São Paulo, 14 abr. 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do sul.** Coimbra: edições Almedina, 2009.

STOLLEIS, M. **Escrever História do Direito:** reconstrução, narrativa ou ficção? Tradução: Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Contracorrente, 2020.

VARELA, L. B. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. Em: MARTINS-COSTA, J. (Ed.). **A reconstrução do direito privado:** reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 730-762.

WOLKMER, A. C. Paradigmas, historiografia crítica e direito moderno. **Revista da faculdade de direito UFPR**, v. 28, p. 55-67, 1994.

Recebido em: 18/10/2023

Aprovado em: 19/11/2023