



**A PROTEÇÃO DOS BENS COMUNS
ENQUANTO PROBLEMA JURÍDICO E POLÍTICO:
apreciações preliminares**
PROTECTION OF PROPERTY AS A COMMON LEGAL
AND POLITICAL ISSUE:
preliminary findings

Rogério Gesta Leal*

Sumário: Notas Introdutórias; A reformatação do Estado Administrador como Estado Social; O evoluir histórico da propriedade e sua inserção social; Bens Comuns e patrimônio: novos paradigmas; Conclusão; Referências bibliográficas.

Resumo: Pretendo neste ensaio tratar de um tema que tem sido recorrentemente debatido no cenário internacional e que diz com a proteção jurídica e política dos chamados bens comuns, eis que nucleadores dos interesses sociais e públicos indisponíveis da sociedade contemporânea.

Palavras-chave: Bens comuns. Democracia. Interesse Público.

Summary: Introductory Notes. Reformatting the State Administrator and the Welfare State. The historic property evolve and their social integration. Common Property and heritage: new paradigms. Conclusion. Bibliography References.

* Rogério Gesta Leal é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito, Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e da UNOESC. Professor Visitante da Università Túlio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira.

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 68	jan. 2011 – abr. 2011	p. 205-228
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	------------





Abstract: I intend in this essay deal with an issue that has been repeatedly discussed on the international scene and says that with the protection of so-called legal and political commons, behold nucleators of social interests and public unavailable in contemporary society.

Key-words: Commons. Democracy. Public Interest.

1 Notas Introdutórias

Pretendo neste ensaio abordar genericamente o tema da proteção dos bens comuns pela Administração Pública enquanto função institucional própria, verificando qual o estado da arte desta questão no debate doutrinário especializado, para então demarcar também em caráter geral a situação brasileira no ponto. Para tanto, vou me valer notadamente das contribuições teóricas que a doutrina italiana vem desenvolvendo no particular, especialmente a produção decorrente de projetos de pesquisa coordenados pelo Prof. Dr. Alberto Lucarelli, Ordinário de Direito Público da Università di Napoli – Federico II, Itália.

Em termos de evolver deste ensaio, optarei, por primeiro, em verificar como se encontra hoje o debate sobre os desafios do Estado Administrador em sociedades altamente complexas, para em seguida identificar algumas matrizes teóricas e normativas sobre o tratamento da propriedade enquanto instituto jurídico e político, passando então ao estudo das reflexões do Prof. Lucarelli enquanto modelo sistematizador do conceito de bem comum que revisa fundamentalmente aquele conceito tradicional de propriedade e mesmo de Administração Pública.

2 A reformatação do Estado Administrador como Estado Social

As últimas reformas da Administração Pública no Brasil têm mostrado de forma muito clara a orientação privatizante do processo de gestão da coisa pública, o que vem a ser uma tendência internacional notadamente a partir da segunda metade do século XX.

Já tive a oportunidade de referir¹ que a economia dos mercados em expansão que pauta a forma e o conteúdo das relações sociais e institucionais da Idade Moderna, demarcando as possibilidades de desenvolvimento nacional e

¹ LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.





internacional, por certo é o Estado Nacional² que ainda responde, mal ou bem, pela mediação entre sistema econômico, sistema político e social, contando, para tanto, com alguns clássicos atores institucionais: legislativo, judiciário, partidos políticos, organizações de classe nacionais, etc. . Suas funções tradicionais e exponenciais são: (1) responder pela infra-estrutura física (energia, urbanização, linhas de subsídios, etc) no território nacional, a fim de viabilizar os investimentos do capital local e alienígena, pressupostamente produtivos e alavancadores do desenvolvimento; (2) responder pelas demandas sociais decorrentes do modelo econômico adotado, em especial ao seu denominado *custo social* (segurança, saúde, educação);³ (3) responder pela estrutura normativa/legislativa asseguradora de determinadas prerrogativas individuais e coletivas, bem como de exigências desses mesmos mercados e capitais (o que por vezes se afigura como contraditório); (4) responder pela estrutura judicial para os efeitos de manter a ordem e a estabilidade dos negócios jurídicos de todo esse processo, ao mesmo tempo em que necessita enfrentar, sob o âmbito jurídico, os litígios de natureza coletiva e social que provém desses cenários.

Ocorre que, como diz Lucarelli:

Tali riforme, che hanno coinvolto il quadro istituzionale e i rapporti tra economia e diritto, indebolendo l'effettiva tutela dei diritti sociali, sono anche, e soprattutto, il risultato di un coacervo di eventi economico-finanziari e geo-politici, esogeni ed endogeni al nostro ordinamento giuridico. Eventi spesso disarticolati e disomogenei tra loro, indotti da crisi economico-finanziarie, da crisi energetiche, ambientali, alimentari, caratterizzati, con logiche neo-colonialiste, dallo sfruttamento sempre più violento dei soggetti deboli. Un processo involutivo che sta recidendo le radici dello Stato sociale, creando insicurezze e conflittualità sempre più drammatiche.⁴

² Aqui entendido como o modelo de Estado que se caracteriza pelo fato de deter ainda a soberania jurídica e política em face de seu território e povo, reconhecida pelos demais Estados e pela Sociedade, conforme BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília: UNB, 1996, p.136. Ao afirmarmos isto não desconhecemos, com GIDDENS, Anthony. *A terceira via*. Rio de Janeiro: Record, 1999, que, hoje, no centro deste Estado, mesmo de feições social-democrata, *o dinamismo das Sociedades de mercado solapa as estruturas tradicionais de autoridade e fratura as comunidades locais; o neoliberalismo cria novos riscos e incertezas e pede aos cidadãos que simplesmente os ignorem*. p.25.

³ O conceito de custo social é utilizado, dentre outros, por MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica*. São Paulo: Paz e Terra, 1991, no sentido de identificar as conseqüências sociais explícitas da agenda de políticas econômicas desenvolvida pelo capitalismo ocidental, tais como: desemprego, marginalização social, criminalidade, violência, etc..

⁴ LUCARELLI, Alberto. *Costituzione e Diritto Pubblico: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale*. Artigo inédito entregue pessoalmente ao autor deste texto, p.01. E neste ponto, coloca Lucarelli: *La sostituzione progressiva dei processi decisionali pubblici e dell'atto pubblico a vantaggio di scelte economiche, espressione di modelli neo-contrattuali, lobbistici e neo-feudali, mi ha spinto (me levou) ad interrogarmi sul senso più profondo del diritto pubblico oggi*.





Este cenário de coisas inevitavelmente implica mutações comportamentais e funcionais da própria Administração Pública, que passa, de um lado, a ser mais demandada em termos de apresentar soluções – através de políticas públicas preventivas e curativas – às conseqüências destes modelos de mercados e relações sociais marginalizantes; por outro lado, tem de continuar desempenhando aquelas funções estabilizadoras da ordem e ensejadoras das chamadas condições infra-estruturais das relações de poder.

Jürgen Habermas tem defendido⁵ a tese de que ao longo do terceiro quartel de nosso século, o Estado Social na Europa e em outros países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) compensou, em grande parte, as conseqüências indesejadas de um sistema econômico altamente produtivo, porém, desequilibrador das relações sociais. Neste cenário, entende o autor que o capitalismo não impediu, antes possibilitou, que se cumprisse a promessa republicana da inclusão igualitária de todos os cidadãos, contando, dentre outras coisas, com uma nova dicção normativa institucional-constitucional.

De fato, o Estado constitucional democrático garante a igualdade também no sentido de que todos devem ter a mesma oportunidade de fazer uso de seus direitos. John Rawls, hoje o teórico mais influente do liberalismo político, fala nesse sentido do “fair value” de direitos repartidos com paridade. Em vista dos desabrigados, que se multiplicam em silêncio sob nossos olhos, vem à memória a frase de Anatole France: não é suficiente que todos tenham o mesmo direito de “dormir sob as pontes”. Quando compreendemos o texto de nossas Constituições nesse sentido material da realização de uma sociedade socialmente justa, a idéia da autolegislação, segundo a qual os destinatários das leis devem ser entendidos ao mesmo tempo como seus autores, ganha a dimensão política de uma sociedade que atua sobre si mesma.⁶

Tais mutações sociais e políticas no cenário internacional também atingiram de cheio a formatação do novo Estado Democrático de Direito e a Administração Pública que lhe é consectária, na expressão de Lucarelli:

Il passaggio da una organizzazione del potere di natura politico-amministrativa, interessata prevalentemente alla migliore ed efficiente gestione pubblica (anche e soprattutto con strumenti di diritto privato) ad una organizzazione pubblica che intende assumersi responsabilità in ordine alla gestione diretta di attività economiche e di servizi pubblici e sociali, che intende produrre norme per garantire l'effettivo accesso ai diritti, caratterizza progressivamente il processo di democratizzazione del diritto pubblico. Un processo teso ad andare oltre il classico e formale rapporto

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Nos limites do Estado*. In Especial para a Folha de São Paulo, Caderno MAIS!, Página: 5-4. Edição: Julho de 1999.

⁶ Op.cit., p.04.





autorità-libertà, e che non può non ruotare intorno ad un ruolo attivo delle istituzioni pubbliche.⁷

De qualquer sorte, o marco normativo-constitucional que inaugura os tempos hodiernos, evidencia um parâmetro de concepção e ação estatal e social em direção a caminhos civilizatórios e de emancipação previamente demarcados, ao menos em suas linhas gerais. Tal parâmetro rompe com o paradigma reducionista da função reguladora meramente individual do direito (enquanto sistema e ordenamento jurídicos), construída, essencialmente, sobre o conceito de direitos subjetivos individuais e mesmo com a matriz francesa de gestão pública como sinônima de legalidade estrita e gramatical, retirando dos administradores possibilidades de exercício subjetivo público envolvendo direitos e garantias muitas vezes estabelecidos pela via muito mais dos princípios do que das regras jurídicas.

Ao mesmo tempo, esta Administração Pública Democrática tem seu acento identitário e diferenciador posto no que se pode chamar de matriz publicístico-democrática, focada na gestão de demandas e conflitos de prestações sociais. Neste modelo, a complexidade das relações sociais não permitem que o direito público (administrativo) cinda a dimensão política da administrativa propriamente dita, mas as tenham como permanentemente presentes na formatação, discussão, deliberação, execução e avaliação das políticas públicas gestacionais de toda a comunidade, com ampla participação da cidadania em todas estas fases.⁸ Por conseguinte, *Il modello di diritto pubblico, delineato dalla nostra Costituzione, si allontanerebbe, in maniera più o meno evidente, sia dal metodo dello Staatswissenschaftliche di von Stein, sia dal metodo giuridico di Gerber, Laband Jellinek, poi recepito in Italia da Orlando, rivolto a regolamentare ed organizzare lo Stato di polizia, il rapporto autorità-libertà, la tutela delle libertà individuali.*⁹

⁷ LUCARELLI, Alberto. *Costituzione e Diritto Pubblico: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale*. Op.cit., p.03.

⁸ Como refere Lucarelli: *Occorre dunque immaginare una sintesi “publicistica” del rapporto politica-amministrazione, una sintesi che è possibile cominciare ad intravedere nella teoria dei diritti fondamentali dello Stato sociale. In tal senso, si pensi a titolo esemplificativo all’esperienza weimariana; ad una organizzazione statale nella quale la pubblica amministrazione, oltre alla “buona gestione della cosa pubblica”, viene incaricata di responsabilità politico-sociali, di erogare prestazioni di natura socio-economica; prestazioni che non possono prescindere da un livello politico, o meglio da un indirizzo politico*. Op.cit., p.04.

⁹ Idem, p.07. Lembra Lucarelli, deixando de lado o período fascista italiano, que: *la Costituzione italiana rappresenta la “chiusura” definitiva del diritto pubblico con la Scuola del Metodo giuridico orlandiano, cioè con quel metodo che portava in sé i modelli privatistici di un’amministrazione servente ad un indirizzo politico tendenzialmente autoritario e comunque orientato, secondo le logiche del liberalismo autoritario, in via primaria alla tutela delle libertà individuali e alla difesa dei valori e degli interessi dello Stato borghese*.





Qual a principal consequência à Administração Pública em face destes desafios que lhe ocorrem? Por certo a progressiva especialização e profissionalização estrutural e operacional de quadros e serviços, para dar conta suficientemente de todas as demandas, o que não deve representar, ao mesmo tempo, insulamento dos demais interlocutores – em especial os soberanos cidadãos –, sob pena de gerar, pela via da tecnoburocracia, outros nichos autoritários de concentração e manipulação de poder. Vale a advertência de Lucarelli no ponto, ao sustentar que:

Il passaggio dalla democrazia formale alla democrazia sostanziale, dal mero riconoscimento del diritto all'effettiva affermazione del diritto (il c.d. accesso al diritto), richiede, al di là delle forme, un diritto pubblico "militante", in grado di riconoscere diritti di prestazione, ma in grado anche di porli in essere effettivamente attraverso l'azione di una buona amministrazione. Questo segna il passaggio da un diritto pubblico che deve regolare la mera titolarità della res publica, ad un diritto pubblico che si pone tra i suoi compiti quello di gestire la res publica, in funzione del perseguimento di interessi generali.¹⁰

O Estado hodierno (e notadamente no Brasil), em tais condições, passa a ter uma revigorada função de ordenação do caos e da agudizante exclusão social provocada pelo modelo de organização produtiva e social hegemônico nos últimos tempos no cenário internacional, agora potencializado pelos termos dos vínculos políticos delimitados pelas diretrizes constitucionais, tendo por tarefa e principal característica revitalizada a administração dos conflitos que perpassam a sociedade multicultural e tensa que o institui. Assim, um processo de democratização da sociedade é, necessariamente, também um processo de organização descentralizada do Estado, em que ele se mobiliza tendo em vista propiciar a possibilidade de prevenção e resolução dos conflitos existentes pela via do Direito Público.¹¹ Na dicção de Lucarelli:

¹⁰ Idem, p.06. Refere ainda o autor que: *Si comprende come la visione formalistica del diritto pubblico, o anche tesa unicamente al buon funzionamento dell'organizzazione del potere, non sia idonea a dare risposte ad un crescente numero di persone, per le quali mancano i presupposti sociali per la realizzazione delle garanzie di libertà giuridica. Questo quadro dunque, lasciato a sé stesso, e non affrontato socialmente attraverso un "ruolo funzionale" del diritto pubblico, esprime sempre più una formula vuota, che richiede appunto una formula nuova.*

¹¹ Veja-se que estas mudanças todas identificadas têm levado o Estado a inserir-se direta e indiretamente no processo de acumulação do capital, seja para conter a tendência decrescente da taxa de lucros nas economias capitalistas, seja para atender os imperativos da divisão e exclusão do trabalho, que requer, cada vez mais, níveis mais altos de competitividade e de inclusão social. Ver o texto de BASBAUM, Leôncio. *História Sincera da República*. 04 volumes. São Paulo: Alfa-Ômega, 1981.





A proteção dos bens comuns enquanto problema jurídico e político: apreciações preliminares

La vera dimensione del diritto pubblico si avverte, invece, in tutta la sua pienezza, quando esso mostra un radicato interesse per la politica sociale; quindi, piuttosto che composizione di interessi diffusi ed orizzontali, il diritto pubblico percepisce e si propone di risolvere le ingiustizie, i conflitti, le contraddizioni, disseminante nel rapporto istituzioni-società e all'interno della società stessa. Quanto più è grave e profondo il conflitto sociale, tanto più si percepisce l'esigenza del diritto pubblico, tanto più se ne esalta il ruolo.¹²

O Estado de que estou falando, pois, não se confunde somente com a instituição jurídica que toma corpo em seus poderes institucionais, mas é espaço de comunicação e explicitação de um mundo da vida ordenado por marcos normativos fundantes, vetores axiológicos positivos que estabelecem as regras do jogo democrático, a partir do que se tem o que posso chamar de mínimos existenciais e plexos de prerrogativas e garantias que se postam como conquista histórica da humanidade em seu evolover. No mais, tudo pode e precisa ser construído, dependendo da capacidade criativa que se vai ter de superar as próprias limitações que se tem.

Como diz Lucarelli, tais questões vão fazendo surgir nova matriz estatal de conformação dos interesses públicos e privados, com a presença mais marcante e, por vezes, interventiva, das instituições públicas à proteção de interesses e bens que são indisponíveis por pertencerem ao sujeito coletivo que é a comunidade, fazendo surgir esta figura que é o Estado Social Administrativo (*L'insorgere dello Stato sociale attribuisce al diritto pubblico un ruolo molto speciale e peculiare, ovvero il tentativo di trasformare l'azione dello Stato da imperium a dominium, cioè strumento di compensazione, governo e gestione dei conflitti sociali; strumento teso all'effettiva tutela ed accesso ai diritti fondamentali*¹³), o que se apresenta de forma cada vez mais emergente, em face até das demandas coletivas que vão explodindo com mais frequência e intensidade.

Assim, o conceito de boa administração envolve inclusive *una estensione progressiva delle forme pubblicistiche al contesto dei rapporti economico-patrimoniali. La configurazione di un modello che si contrappone all'azione amministrativa, intesa secondo schemi formalistici e del diritto privato e*

¹² LUCARELLI, Alberto. *Costituzione e Diritto Pubblico: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale*. Op.cit., p.10.

¹³ Idem, p.07. Ver também FIORAVANTI, Marcelo. *Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica*. In *Quaderni Fiorentini*, 13. Florença: Einaudi, 1984, p.592. Adverte este último autor que *Ciò pone in essere una progressiva edificazione dello Stato sociale-amministrativo, attraverso una crescita di apparati burocratici e l'assunzione di nuovi servizi e compiti da parte dello Stato, nella consapevolezza che dove non c'è sfera pubblica non c'è neppure sviluppo, che le spese sociali non vanno concepite come un costoso passivo nei bilanci pubblici, ma come la forma di investimento pubblico sicuramente più produttiva*.





*orientata prevalentemente al c.d. “buon governo” della cosa pubblica.*¹⁴ Ou seja, até mesmo a propriedade privada – grande bastião fundador dos direitos individuais de matiz liberal –, até então intocável pela interesse público, se vê alcançada pela lógica publicística que passa a vigor na ordem constitucional social do século XX, a despeito de sua historicidade privatista, o que passo rapidamente a abordar.

3 O evolver histórico da propriedade e sua inserção social

A propriedade enquanto instituto social e político, antes de jurídico, tem sido tratada de diversas formas pela cultura ocidental. Estudos clássicos, como o de Coulanges,¹⁵ dão conta de que há três coisas que desde a mais remota antiguidade se encontram fundadas e solidamente estabelecidas: a religião, a família e a propriedade.

Nos estudos de Engels,¹⁶ percebe-se que, em razão de aspectos econômicos e também físicos-naturais, vinculou-se estreitamente a propriedade com a existência de agrupamentos humanos e familiares, relevando-se aqui a causa de produção da subsistência e suas conexões espontaneístas com o cotidiano dos indivíduos, sem existir uma nítida e presente intenção dirigida à sociabilidade. Tal situação autoriza a crença de que a primeira idéia de propriedade surgida em nossa cultura seja a comunal, distinta, pois, da propriedade privada.¹⁷

Entre a maior parte dos agrupamentos primitivos estudados por Coulanges e por Engels, os deuses domésticos ou lares tinham o seu altar assente no solo onde deveriam ficar para adoração pela família, solo este que estabelecia vínculo indissolúvel com esta, e a ambos, a família e o solo, os deuses protegiam como propriedades suas. Assim, cada família, tendo seus deuses e seu culto, devia ter, por estreita correlação, a sua terra particular, a sua propriedade. A divindade doméstica era quem assegurava o seu direito inalienável e imprescritível a essa mesma propriedade e o limite inviolável do domínio, cuja perpetuidade persistia hereditariamente, enquanto persistisse a religião doméstica.

Esta bibliografia citada deixa claro que se dá um salto muito rápido da noção religiosa à associada às relações de produção, mercado e do próprio sistema capitalista vindouro, tendo-se a civilização como estágio

¹⁴ Idem, p. 08.

¹⁵ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Coimbra: Porto, 1987.

¹⁶ ENGELS, Friederich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1984.

¹⁷ GRASSERIE, Raoul de. *Principios sociológicos del derecho civil*. Madrid: Hijos de Reus, 1908, p.251.





de desenvolvimento da sociedade em que a divisão do trabalho, a troca entre indivíduos dela resultante e a produção mercantil, atingem seu pleno desenvolvimento e ocasionam uma revolução em toda a sociedade anterior. Nesse modo de produzir, *foi-se introduzindo lentamente a divisão do trabalho, o que minou a produção e a apropriação em comum, erigiu em regra dominante a apropriação individual, criando, assim, a troca entre indivíduos.*¹⁸

Foi em Roma que a concepção de uma propriedade rigidamente individual se firmou de uma maneira mais dogmática e positivada. Na Roma Antiga, o regime de bens era dominado por dois fatores preponderantes: a concepção do Direito e a organização das famílias. Esta, fundada no culto ao lar e aos mortos, formava uma organização autocrata. Em razão disso exigia um sistema de bens assecuratório de sua auto-suficiência.¹⁹

O direito absoluto de propriedade romana vai, com o decorrer dos tempos, sofrendo limitações legais inspiradas em motivos de ordem pública, privada, ética, higiênica ou prática. Assim, ao proprietário é admitido usar e fruir da propriedade, inclusive abusar dela, desde que isso não ofereça danos à propriedade ou aos direitos de outrem, respeitando-se desta forma os direitos de vizinhança.²⁰

Já na Idade Média, elaborou-se um conceito todo próprio de propriedade, indo de encontro ao exclusivismo dos romanistas e introduzindo uma superposição de titulações de domínios, de densidades diferentes, que se mantinham paralelas umas às outras. A valorização do solo e a estreita dependência entre o poder político e a propriedade de terras criaram uma identificação entre o tema da soberania e o da propriedade, pois se distinguem o domínio direto da propriedade, que é do senhor feudal, e o domínio útil do vassalo.²¹

¹⁸ ENGELS, Friederich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Op.cit., p. 141. Lembra o autor que também são características da civilização, por um lado, a fixação da oposição entre a cidade e o campo como base de toda a divisão do trabalho social e, por outro, a introdução dos testamentos, por meio dos quais o proprietário pode dispor de seus bens ainda depois de morto. *Essa instituição, que era um golpe direto na velha constituição gentílica, não foi conhecida em Atenas, mesmo no tempo de Solon; foi introduzida bastante cedo em Roma, mas ignoramos em que época.*

¹⁹ Na obra de MEIRA, Silvio A. B. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Max Limonad, 1990, p.241, é possível termos a seguinte assertiva: *É certo que o primitivo Direito Romano possuía um direito de propriedade de sentido absoluto e exclusivo, personalista e individualista.*

²⁰ Lembra CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.174, que neste período romano, no próprio terreno, podia o proprietário fazer o que quisesse, desde que não molestasse o direito alheio. Entretanto, mesmo no próprio terreno, o *dominus* teria algumas limitações, sendo, por exemplo, obrigado a deixar espaços livres de cinco pés se se tratasse de prédios rústicos ou urbanos. Nesses espaços, não poderia haver construções.

²¹ WALD, Arnold. *Direito das Coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.96.





Em verdade, pode-se, a partir destes dados, entender como o uso e gozo efetivos da propriedade na história do Ocidente não passou de uma inconfundível dominação sobre a coisa, imposta pela realidade político-social. Como consequência direta disto, deu-se o predomínio das relações reais sobre as pessoais, matéria que o ordenamento jurídico em seguida passaria a regular com vista a estabelecer certa ordem e estabilidade ao modelo de desenvolvimento da Idade Moderna.

A Idade Moderna, pois, começa a esboçar-se com a profunda expansão comercial desde o Mercantilismo, pelo início da grande produção manufatureira, pela formação de impérios financeiros, pelas sociedades por ações e, no século XVI, com a descoberta do Novo Mundo. A idéia de propriedade imobiliária torna-se senso comum e instituição reconhecida em todo o Ocidente. As coroas conquistadoras, à custa das suas novas colônias, inauguraram o período que pode se identificar como fase da acumulação primitiva do capital, o que possibilita o advento do modo de produção capitalista.²² A nova forma de propriedade que ganha relevo em pouco tempo é a propriedade industrial, que vem se juntar à propriedade imobiliária, todas de caráter absolutamente individual e destinadas a atender expectativas particulares e setoriais de uma parcela da sociedade, sendo idealizadoras de que esta propriedade tenha um fim em si mesma, ou seja, servir de capital para gerar mais capital.

Lembra Zolo, neste particular, que Marx acertara em seu diagnóstico no sentido de que a liberdade individual assim como a propriedade, no contexto da separação burguesa entre Sociedade Civil e Estado Político, agudizou os aspectos individualistas e atomísticos que se opõe à dimensão humanitária do ser social, impedindo a igualdade de se materializar.²³

Coube, assim, à Revolução Francesa, enquanto marco histórico e político da Modernidade, instituir novo tratamento à propriedade, tanto no aspecto político-ideológico como no jurídico, ampliando mais o seu significado, oportunizando a abolição dos privilégios, o cancelamento dos direitos perpétuos, desprezando a coisa móvel e priorizando os bens imóveis.

²² Neste sentido BORON, Atílio. *Estado, Capitalismo e Democracia na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 1994. Ver também BERLE JR., Adolf A. *A Propriedade Privada na Economia Moderna*. Rio de Janeiro: Ipanema, 1957.

²³ ZOLO, Danilo. *Libertà, proprietà Ed uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali*. In *Diritti Fonamentali: un dibattito teorico*. Roma: Laterza, 2008, p.61. Refere o autor que: *Questo è un aspetto della critica marxiana della società liberale che a mio parere conserva ancora oggi una sua attualità... non perchè la fonte della disuguaglianza social e della povertà sia la struttura esclusiva e particolaristica della proprietà privata, ma perchè ad operare in senso antiuguagliitario sono i potenti meccanismi dell'economia di mercato*.





Daí resultaram preocupações jurídicas envolvendo o instituto da propriedade, amplamente regulada pelo Código de Napoleão de 1804.²⁴

Conforme Pugliatti,²⁵ o direito de propriedade, a partir do Código de Napoleão, destaca-se dos direitos políticos, até então lugar especial de alojamento do instituto, desligando-se do poder de jurisdição e afirmando-se como direito civil, direito à utilização econômica da coisa, garantindo-se ao seu titular a mais ampla liberdade, dentro dos limites de regulamentação legal existentes.²⁶

Por outro lado, a doutrina jurídica francesa que enfrenta a problemática da propriedade e do direito de propriedade, principalmente com Jossierand²⁷ e Duguit,²⁸ avança teoricamente no sentido de agregar à reflexão jurídica elementos políticos e sociais. O primeiro autor, por exemplo, aloca o direito de propriedade na classe dos direitos de caráter egoístico, em razão do que, se tal direito for exercido sem utilidade, caracteriza-se o abuso, por se encontrar o direito desviado de sua destinação econômica e social, *i.e.*, ter uma utilidade, por mais particular que ela seja. Para Duguit, o direito positivo não protege nem deve proteger o direito subjetivo absoluto do proprietário, mas simplesmente garante a liberdade ao possuidor de constituir riqueza com a finalidade de cumprir com uma função social.²⁹

Veja-se que a idéia de função social aqui diz com o fato de o titular do direito utilizar as faculdades inerentes ao domínio para extrair do bem os frutos que este tem capacidade de produzir, ficando sujeito às cominações legais se não o fizer, fundamentalmente para que a propriedade possa ser recolocada em seu caminho normal. A função social, aqui, insisto, visa justamente a fazer com

²⁴ Com a tomada do poder pela burguesia, na Revolução Francesa (1789), a propriedade passa a figurar dentre os direitos fundamentais, juntamente com a vida e a liberdade; prova disso é o constante no art. 17 da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, que afirma ser o direito de propriedade *inviolable et sacré*, posição ratificada, claramente, pelo Código de Napoleão, onde é considerada um direito o assento territorial da independência do indivíduo. Era possível, a seu detentor, utilizar-se do bem segundo os princípios do *jus utendi* e *jus abutendi* do Direito Romano. Ver o trabalho de HAURIUO, André. *Derecho Constitucional y Instituciones Políticas*. Barcelona: Ariel, 1990.

²⁵ PUGLIATTI, Salvatore. *La Proprietá nel Nuovo Diritto*. Milano: Giuffrè, 1994, p.96.

²⁶ Consoante disposição expressa do art.544, do Código de Napoleão. Ver o texto de FERRO, Marcelo Roberto. *A Propriedade Privada no Código de Napoleão*. IN: Revista de Direito Civil, vol. 70, pág. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

²⁷ JOSSERAND, August. *De L'Esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Ginevre, 1939.

²⁸ DUGUIT, León. *Las Transformaciones generales del derecho privado*. Madrid: Sacramento, 1960, e o clássico texto *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1967.

²⁹ É importante ter presente que Duguit vai buscar na sociologia de Durkheim e em sua teoria da solidariedade, fundada na divisão do trabalho social, um fundamento para o direito no sentimento de solidariedade, ao qual agrega, depois, na terceira edição do seu *Traité de Droit Constitutionnel* (1967), um sentimento centrado na idéia de justiça.





que ela seja utilizada de maneira a cumprir o fim econômico a que se destina, não gerando contraposição entre os interesses individuais e coletivos.³⁰

No âmbito histórico brasileiro mais recente, em especial no Código Civil de 1916 (art. 485 e seguintes), esta tradição da propriedade tida como direito absoluto vem projetada na perspectiva de assegurar ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens (art. 524, deste CCB) – referido por Maria Helena Diniz como direito correspondente ao *jus utendi, fruendi e abutendi* do Direito Romano;³¹ mais do que isto, dispõe o art. 527, do mesmo diploma legal, que o domínio presume-se ilimitado e exclusivo, até prova em contrário.

Interessante registrar o depoimento de Gustavo Tepedino sobre esse período:

Função social da propriedade é, pois, conceito relativo e historicamente maleável, de acordo com a tábua axiológica inspiradora da doutrina e do sistema positivo de cada época. Com o liberalismo do século XIX, a marca do individualismo moldaria a função social como instrumento de afirmação da inteligência e da liberdade do homem. A propriedade cumpriria necessariamente sua função social pela apropriação em si, como forma máxima de expressão e de desenvolvimento da liberdade humana. Esta dogmática inspiraria, com efeito, a codificação da Europa do último século e, em sua esteira, o nosso Código de 1916.³²

Ocorre que desde o constitucionalismo social do século XX,³³ junto com a idéia de Estado Social que abordei acima, começa-se a verificar o progressivo reconhecimento, pelo ordenamento jurídico (constitucional e infra-constitucional), da necessidade de se constituir uma ordem social mais justa e equilibrada, para garantir a democracia e o desenvolvimento, o que atinge inexoravelmente a concepção de propriedade, sua natureza e funções. Esta concepção se propaga internacionalmente, de forma que hoje já se imprime à propriedade privada um conjunto de limitações formais, de restrições e de

³⁰ Ver o meu livro LEAL, Rogério Gesta. *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

³¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985, p.86. Na mesma direção ver o texto de GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *O Estatuto da Propriedade Perante o Novo Ordenamento Constitucional Brasileiro*. IN: Revista de Direito Civil, vol. 64, pág. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

³² TEPEDINO, Gustavo. *A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o CC, a legislação ordinária e a Constituição)*. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol.306, p.73/78. Na mesma direção ver o excelente trabalho de FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

³³ Estou me referindo aos movimentos políticos que redundam em expressões normativas, tais como: a Constituição Mexicana de 1917, a Declaração Russa dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, a Constituição de Weimar de 1919, a Constituição Espanhola de 1931, etc., que incorporaram em seus textos o conceito de justiça social, ao menos no âmbito do direito constitucional.





induzimentos que compõem, ao menos preliminarmente, conteúdo mínimo à função social da propriedade.³⁴

Em outras palavras, a propriedade varia conforme as relações sociais e econômicas de cada momento. O grau de complexidade hoje alcançado pelo instituto da propriedade deriva do grau de complexidade das relações sociais. É assim que se impõe o reconhecimento de que a propriedade já não pode mais ser sustentada, ao gosto do período de codificação acima referido (o que inclui o Brasil), como instituto meramente jurídico e tratado como mônada no âmbito do tecido social em que opera, mas, ao contrário, revela-se insuficiente a abordagem jurídica da propriedade que a descontextualiza de sua natureza social e de suas correlações políticas, o que importa considerá-la como fato/ato jurídico proveniente muito mais de correlações de forças sociais – perspectiva fenomenológica – do que de disposições normativas engessadas, desconectadas de seu tempo.

Em verdade, a preocupação com a função social da propriedade, no caso brasileiro, plasmou-se de forma mais clara no âmbito da Constituição de 1946, em face do condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social. Já a Emenda Constitucional nº 1/69, modificou o artigo 160, da CF/46, asseverando que: *A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social*. Da mesma forma a Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), tratou da função social da propriedade rural, a partir do que tal expressão viu-se agregada nas Constituições de 1967, em seu art. 157, III, e na Constituição de 1969, em seu art. 160, III.

É interessante notar que festejados doutrinadores do Direito Civil pátrio vêm incorporando, desde então, a despeito de que timidamente, esta evolução em suas obras. Veja-se o exemplo de Caio Mário da Silva Pereira:

A verdade é que a propriedade individual vigente em nossos dias, exprimindo-se embora em termos clássicos e usando a mesma terminologia, não conserva, todavia, conteúdo idêntico ao de suas origens históricas. É certo que se reconhece ao dominus o poder sobre a coisa; é exato que o domínio enfeixa os mesmos atributos originários – *ius utendi, fruendi e abutendi*. Mas é inegável também que essas faculdades suportam evidentes restrições legais, tão freqüentes e severas, que se vislumbra

³⁴ De forma arguta, Tepedino (op.cit., p.77) lembra que este processo intervencionista, ao se realizar por força da Constituição, a qual, seguramente, serve como ponto de atração para todo o sistema normativo, atinge violentamente a pretensa autonomia então vigente no âmbito da codificação privada ocidental, em especial no caso dos Códigos Civis, mercê da socialização do direito civil que o tornou voltado para valores sociais e não tão-somente para valores patrimoniais. Isto ocorre, na opinião do autor, em face de que, na lógica normativa-publicista nascente, é inadmissível conceber um sistema que responda a lógicas setoriais ou meramente particulares. Portanto, a perda de espaço pelo Código Civil coincide com a chamada publicização ou despatrimonialização do direito privado, invadido pela ótica publicista, própria do Estado Social de Direito.





a criação de novas noções. São restrições e limitações tendentes a coibir abusos e tendo em vista impedir que o exercício do direito de propriedade se transforme em instrumento de dominação.³⁵

A função social, pois, nessa perspectiva, relaciona-se, fundamentalmente, com o *uso* da propriedade, incidindo, também, sobre o exercício das faculdades e poderes inerentes ao direito de propriedade, eis que sua utilização deve servir ao bem da coletividade,³⁶ razão pela qual a Constituição brasileira de 1988, de certa forma, tentou andar na direção apontada, na medida em que instituiu uma série de normas protetivas da propriedade e delimitadoras de conteúdos mínimos à sua função, a saber: (1) A inclusão da propriedade privada como um dos princípios da ordem econômica, ao lado de sua função social, nos termos do art. 170, incisos II e III; (2) A inserção da função social da propriedade no âmbito dos direitos e garantia fundamentais, no inciso XXIII do art. 5º, ao lado da proteção à propriedade privada;³⁷ (3) O art. 182, e seguintes, da Constituição atual fixa regras pertinentes à propriedade territorial urbana, referindo-se ao tema da Política Urbana, assim como o art.184, e seguintes, tratam da propriedade rural no capítulo dedicado à política agrícola e fundiária e da reforma agrária;³⁸ (4) Há, ainda a regulação – art.185 – sobre a pequena e a média propriedade, garantindo ao seu titular, desde que não possua outra área, ser insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária. Neste sentido, tem-se a disposição do art. 5º, XXVI, como garantia de impenhorabilidade da *pequena propriedade familiar e rural* para pagamento de débitos oriundos de sua atividade produtiva, gozando de meios de financiamento específicos para o seu desenvolvimento; (5) Da mesma forma, a pequena propriedade, de até 250 metros quadrados, se urbana, e de até 50 hectares, se rural, destinada à moradia familiar, e, no caso da rural, tornada produtiva pelo possuidor, é suscetível de aquisição por usucapião em prazo de cinco

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.67.

³⁶ Esta concepção foi elevada à condição de princípio jurídico pela Constituição de Weimar (1919).

³⁷ Veja-se que, na Constituição de 1967, a função social da propriedade era princípio da ordem econômica e social. Diante disso, pode-se entender que, nos termos do texto atual, respeitada a técnica adotada pelo constituinte, tal imposição à propriedade figura em lugar mais privilegiado, isto é, enquanto direito e garantia fundamental do indivíduo.

³⁸ Nesse sentido, a Constituição também disciplinou a função social da propriedade imobiliária urbana, valorizando o plano diretor a ser estabelecido por lei local – art.182; previu o parcelamento compulsório e a tributação progressiva de solo urbano não edificado, bem como a desapropriação mediante pagamento em títulos da dívida pública, com prazo de até 10 anos, nos termos do art. 182, § 4º, I, II e III; instituiu o usucapião especial urbano – art.183 – sob os seguintes requisitos: a) área de até 250 m²; b) 5 anos de ocupação como moradia própria ou da família; c) ausência de oposição; d) não possuir outro imóvel rural ou urbano.





anos, nos termos dos arts. 183 e 191; (6) Não se perca de vista o disposto nos arts. 182 e 183, da Constituição, que dão as bases do direito de propriedade urbana, devidamente regulamentados pela Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade.

A doutrina estrangeira assim se manifesta também:

La función social es ni más ni menos que el reconocimiento de todo titular del dominio, de que por ser un miembro de la comunidad tiene derechos y obligaciones con relación a los demás miembros de ella, de manera que si él ha podido llegar a ser titular del dominio, tiene la obligación de cumplir con el derecho de los demás sujetos, que consiste en no realizar acto alguno que pueda impedir u obstaculizar el bien de dichos sujetos, o sea, de la comunidad.³⁹

De outro lado, tais elementos normativos da Carta Política precisam ser cotejados com os Princípios Fundamentais que a informam, a saber, e em especial, com as disposições do seu capítulo primeiro, arts. 1º a 4º, o que significa dizer que a função social da propriedade está prévia e definitivamente vinculada, em termos de significado, com os temas da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades sociais e regionais, etc.

Qualquer interpretação que seja dada à propriedade que não leve em consideração tais elementos, inexoravelmente, irá de encontro com o previsto no texto constitucional brasileiro, a despeito das posições doutrinárias e jurisprudências ainda resistentes desta perspectiva que há no Brasil e mesmo em outros países nesta quadra histórica.⁴⁰

Por estas razões é que os próprios civilistas brasileiros têm concordado com o fato de que, se é verdade incontestável que o regime jurídico da propriedade privada se submete às normas de direito civil,⁴¹ tais normas

³⁹ VIVANCO, Antônio Carlos. *Teoría de Derecho Agrario*. México: Porrúa, 2008, p. 49.

⁴⁰ Importante aqui a lembrança de Lucarelli no ponto, quando assevera que: *Basti pensare, subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione alla celebre e discussa sentenza della cassazione, sez. unite penali, del 7 febbraio 1948, con cui si introduceva una tripartizione tra le norme costituzionali, tra norme precettive ad applicazione immediata, norme precettive ad applicazione differita, che per dispiegare la loro forza normativa richiedevano un intervento attuativo del legislatore, prima del quale non potevano esplicare alcun effetto cogente o abrogativo, e norme direttive o meramente programmatiche, che si distinguevano da quelle precedenti perché lasciavano al legislatore discrezionalità quasi senza limiti per la loro attuazione. Ciò rappresentava un evidente freno alla forza normativa-innovativa della Costituzione, in difesa di valori e principi consolidati della borghesia di matrice liberale*. LUCARELLI, Alberto. *Costituzione e Diritto Pubblico: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale*. Op.cit., p. 10.

⁴¹ Isto está posto de forma clara – inclusive sob a perspectiva da noção mais absolutista de propriedade –, no atual Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002), em seu art. 1.231, dispondo que *A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário*.





reclamam conformidade à ordem constitucional. Como quer Arendt, *a palavra “privada” em conexão com a propriedade, mesmo em termos do pensamento político dos antigos, perde imediatamente o seu caráter privativo e grande parte de sua oposição à esfera pública em geral.*⁴²

Não foi em vão que o Novo Código Civil Brasileiro se preocupou em estabelecer limites à propriedade em seus artigos 1.228⁴³ a 1.232, objetivando dar cumprimento à determinação constitucional do uso da propriedade equacionar-se ao bem-estar social. Em especial neste art.1.228, em seu §1º, tem-se de forma muito clara a preocupação em proteger o que se pode nominar de bens comuns à sociedade, asseverando que *o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.*

Disposição desta natureza, para além de demarcar as possibilidades da vida civil entre particulares, institui verdadeira política pública normativa de gestão de bens comuns que dizem respeito não só ao mercado, mas fundamentalmente à toda a comunidade, o que *aumenta la responsabilità delle istituzioni pubbliche, non in quanto proprietari del bene, ma in quanto tutori degli interessi generali e dei valori etico-sociali, riconducibili alla protezione del bene stesso e quindi in quanto soggetti responsabili verso le generazioni future.*⁴⁴

Demarcados estes cenários teóricos e normativos, cumpre agora verificar como se pode delimitar ainda mais este conceito de Bem Comum enquanto novo paradigma da propriedade, o que passo a fazer.

(Código Civil – Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

⁴² ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 70. Na dogmática jurídica, ver o trabalho de ORRUTEA, Rogério Moreira. *Da propriedade e sua função social no direito constitucional moderno*. Londrina: UEL, 1998, em que destaca ser a função social da propriedade o resultado da combinação dos direitos individuais e os direitos sociais.

⁴³ Vide o que estabelece o art. 1.228, ao prever em seu §1º, que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. Demanda ainda em seu §2º, que são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

⁴⁴ LUCARELLI, Alberto. *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*. Nápoli: Univeristà Frederico II, 2007, p. 03.





4 Bens Comuns e patrimônio: novos paradigmas

Para cumprir o intento de enfrentar os contornos semânticos e pragmáticos do conceito de Bem Comum vou me valer, dentre outros, mas principalmente, do excelente trabalho de Alberto Lucarelli (já referido), até em face das investigações que vem desenvolvendo sobre o tema no *Centre International d'Etudes et de Recherches sur les Biens Communs*, de Paris e Nápoli.

Tem sustentado o professor Lucarelli que, para construir uma noção jurídica de Bem Comum, deve-se partir de uma visão mais universal do direito, fixando-se em valores/princípios notadamente vinculados à sobrevivência e à convivência social lato sensu,⁴⁵ o que demandaria, dentre outras coisas, partir-se da delimitação de um quadro de princípios envolvendo a natureza do direito sob comento, em vez de se partir da individualização de bens juridicamente já dimensionados pelos ordenamentos positivados.

Assim, a noção de Bem Comum é o resultado de um fenômeno de necessária coesão econômica, social e territorial, envolvendo bens (naturais e construídos) da civilização, e por isto fundamentais a ela, os quais, por decisão política parlamentar e democrática, positivam-se em ordenamentos jurídicos vinculantes à tutela de tais bens enquanto condizentes à natureza humana em sua forma social e inclusive moral.

A partir deste conceito aproximativo e exemplificativo de Bem Comum, o problema que Lucaralli se coloca diz com as dificuldades de sua efetiva proteção, constantemente ameaçados não só pela cultura privatista que historicamente se tem de propriedade, mas em face da tradição de transferência do domínio e uso destes bens, pela via das concessões de serviços públicos, gestão de recursos naturais (hídricos) pelo mercado, etc. Por certo que mecanismos de controle e transparência sobre estes bens são constantemente aprimorados, o que não tem evitado os seus depauperamentos progressivos.

Assim que:

⁴⁵ Lucarelli opta por estabelecer uma relação entre o Direito Natural e o Direito Positivo nesta abordagem que não vou aprofundar e mesmo eleger como foco, a uma porque tenho divergências epistemológicas quanto a tal opção, a duas porque, em meu sentir, se pode aprofundar este conceito de Bem Comum sem optar pela relação proposta, a três porque não teria tempo para enfrentar a abordagem filosófica proposta neste ensaio. Por uma questão de respeito ao texto do autor impõe-se esta advertência pessoal. No particular, refere Lucarelli: *L'adesione ad un contenuto minimo di diritto naturale declina altresì il principio della responsabilità giuridica verso le generazioni future e non implica alcuna violazione del principio della separazione tra diritto e morale. Questo modo di ragionare non violerebbe il principio humeano della fallacia naturalistica, cioè l'errore logico consistente nella deduzione di una conseguenza normativa da una premessa fattuale, infatti, l'idea del contenuto minimo del diritto naturale si ispira "solamente" all'idea di sopravvivenza e convivenza.* Idem, p. 05.





I beni comuni sono beni che, al di là della proprietà, dell'appartenenza, che è tendenzialmente dello Stato, o comunque delle istituzioni pubbliche, assolvono, per vocazione naturale ed economica, all'interesse sociale, servendo immediatamente non l'amministrazione pubblica, ma la stessa collettività in persona dei suoi componenti..... Tali istituti, infatti, oltre lo spirito originario dei beni comuni, tendono, nel migliore dei casi, a bilanciare esigenze collettive con esigenze individuali.⁴⁶

Com acerto Sandulli adverte para o fato de que o conceito de Bem Comum não implica a transmutação ou negação da propriedade privada, que continúa íntegra tanto na cultura como na maior parte dos sistemas jurídicos ocidentais – tampouco pode ser confundido com o conceito tradicional de bem coletivo –, mas dá relevo, para além do título dominial da propriedade consecratória, ao significado e função reconhecida pelo Direito no particular, fundado em situações fáticas que geraram o reconhecimento (e tutela) normativo deste bem como comum.⁴⁷

Ou seja, parte o conceito de Bem Comum da premissa de que a sobrevivência e convivência de valores, tradições, hábitos, costumes, e todas as suas projeções materiais e imateriais na realidade histórico-social da civilização, se afiguram como bens absolutos, dos quais declinam direitos fundamentais que, para serem tutelados eficazmente, precisam de políticas públicas e ferramentas protetivas adequadas.

Com este espectro semântico é que um dos mais importantes marcos normativos internacionais sobre o tema o define, a saber:

Artigo 1º

Definição de bens culturais

Para fins da presente Convenção são considerados como bens culturais, qualquer que seja a sua origem ou o seu proprietário:

a) Os bens, móveis ou imóveis, que apresentem uma grande importância para o patrimônio cultural dos povos, tais como os monumentos de arquitetura, de arte ou de história, religiosos ou laicos, ou sítios arqueológicos, os conjuntos de construções que apresentem um interesse histórico ou artístico, as obras de arte, os manuscritos, livros e outros objetos de interesse artístico, histórico ou arqueológico, assim como as coleções científicas e as importantes coleções de livros, de arquivos ou de reprodução dos bens acima definidos;

⁴⁶ SANDULLI, A. M. *Beni pubblici*. In *Enciclopedia de Diritto*. Vol. V. Milano: Giuffrè, 1959, p. 285.

⁴⁷ Nas palavras de Lucarelli: *Non si è in presenza di un bene demaniale o patrimoniale dello Stato, o comunque di un bene riconducibile all'istituzione pubblica, ma, si è in presenza, invece, di una res communis omnium, che, al di là del titolo di proprietà, si caratterizza da una destinazione a fini di utilità generale; si è in presenza di un bene orientato al raggiungimento della coesione economico-sociale e territoriale e al soddisfacimento di diritti fondamentali*. LUCARELLI, Alberto. *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*. Op. cit., p. 04.





b) Os edifícios cujo objetivo principal e efetivo seja, de conservar ou de expor os bens culturais móveis definidos na alínea a), como são os museus, as grandes bibliotecas, os depósitos de arquivos e ainda os refúgios destinados a abrigar os bens culturais móveis definidos na alínea a) em caso de conflito armado;

c) Os centros que compreendam um número considerável de bens culturais que são definidos nas alíneas a) e b), os chamados “centros monumentais”.⁴⁸

Daí a importância, para Lucarelli, de se configurar à abordagem de tema tão complexo o que ele chama de uma Teoria Mista, capaz de levar em conta *i temi classici delle scienze giuridiche, quali la proprietà, la nozione di interesse generale, gli istituti partecipativi; una nozione che esercita diretta influenza sulla fruibilità e sulla gestione del bene comune, ovvero che presenta una diretta ricaduta sulla tutela effettiva dei diritti fondamentali*.⁴⁹

Por outro lado, está em jogo nesta lógica protetiva de bens comuns a mudança paradigmática de cultura envolvendo a idéia não só de propriedade privada de interesse público, mas fundamentalmente de responsabilidade do Estado em relação a isto, porque não se pode associar a este novel tipo de propriedade mascarada espécie expropriatória que demanda indenização pecuniária ao titular do domínio ou posse. Na dicção de Lucarelli: *I principi della sussidiarietà orizzontale e verticale, l'azione di soggetti privati per il perseguimento di interessi generali ed il ruolo sempre più attivo delle amministrazioni locali non deve indurre ad un disarmo funzionale e di responsabilità da parte dello Stato*.⁵⁰

Vale aqui a tese de que deve o proprietário ou possuidor, em nome da subsidiariedade horizontal, solidariedade, responsabilidade cívica e republicana e tolerância, ser também responsável pela proteção de patrimônio que, além de ser privado, também é público – material e imaterialmente –, sem restringir de forma absoluta os atributos dominiais de estilo (fruição, uso, gozo, disponibilidade, etc.) do bem sob comento.

⁴⁸ Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (Convenção de Haia) – 1954. Adotada a 14 de Maio de 1954 pela Conferência de Haia de 1954 sobre a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (que reuniu de 21 de Abril a 14 de Maio de 1954). Entrada em vigor na ordem internacional: 7 de Agosto de 1956.

⁴⁹ Idem, p. 06. Mais adiante reforça o autor que *la conversione del diritto soggettivo (diritto di proprietà) in funzione (socio-economica) del bene apre la strada del controllo circa l'esercizio del diritto e circa l'eventuale abuso. L'abuso del diritto di proprietà costituirebbe un'aggressione a quella tavola di valori universali, oggettivizzati attraverso il diritto pubblico internazionale, le Costituzioni ed eventualmente attraverso la legislazione di rango primario*.

⁵⁰ Idem, p. 08.





Governo pubblico dei beni comuni non va identificato con proprietà pubblica, la natura del diritto dovrebbe prevalere sulla natura giuridica del bene ed i cittadini potrebbero integrarsi nei processi di governo, attraverso un rapporto politico, piuttosto che economico. In sostanza, andrebbe data più rilevanza al soggetto, titolare di diritti, nella sua dimensione di homo civicus, piuttosto che al bene, alla cosa, espressione di una mera valenza economica. In questa dimensione giuridico-istituzionale, viene esercitata l'azione dello Stato, ora di gestore, ora di regolatore, ora di controllore, ma sempre orientata all'utilità pubblica, sempre tesa ad evitare la degenerazione dell'homo civicus in homo economicus.⁵¹

Por certo que quando o exercício destes atributos foram inviabilizados ou prejudicados de maneira predominante, poderá restar caracterizada a expropriação pública até indireta, com os consectários próprios, o que deverá ser matéria de ampla instrução probatória e caracterização conjuntural adequada, levando em conta a natureza híbrida da propriedade que se formou.

É Umberto Cerroni que, desde há muito, contextualiza bem esta abordagem, ao sustentar que *Il governo dei beni comuni, anche attraverso il coinvolgimento della cittadinanza attiva, deve svolgersi attraverso l'adozione di responsabili politiche pubbliche, che le istituzioni dovrebbero porre in essere, non sull'ancestrale titolo proprietario, ma in quanto tutori del più ampio concetto di interesse generale.*⁵²

Mas que bens materiais típicos poder-se-iam demarcar como comuns à humanidade/sociedade a partir desta reflexão de Lucarelli? Ele mesmo responde a isto, sustentando que: *Ricordiamoci che efficienza e qualità nel governo dei beni comuni significano tutela della salute, dell'ambiente, dell'occupazione, nel rispetto dei principi della dignità, della giustizia sociale e della solidarietà.*⁵³

⁵¹ Idem, p. 12. Alerta ainda o autor que *Governare i beni comuni, in particolare le risorse naturali, impone una prospettiva universalistica, in base alla quale, il soggetto titolare del diritto di fruire dei beni comuni è l'umanità nel suo intero, concepita come un insieme di individui eguali.*

⁵² CERRONI, Umberto. *Sulla storicità della distinzione tra diritto positivo e diritto pubblico.* In *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*. Roma: Einaudi, 1960, p. 362. Lucarelli neste ponto lembra que *Alla base del bene comune vi è, dunque, il primato della funzione sul titolo, il primato della posizione giuridica soggettiva sul bene, il primato dell'ordine fenomenico e sociale sull'individuo. Una pluralità di soggetti sono consapevoli di non poter esercitare diritti individuali esclusivi e non si rapportano ad un bene in comunione in chiave concorrenziale con gli altri, dove l'interesse generale cede dinanzi al diritto di proprietà (concezione individualistica romana).*

⁵³ LUCARELLI, Alberto. Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni. Op.cit., p. 14. Na mesma direção foi o trabalho histórico de HARDIM, Garrett. *The Tragedy of the Commons.* In *Science*, December 13, 1968. Neste texto, o autor chega a dar exemplos paradigmáticos, em 1968, dos chamados bens comuns violados periodicamente, a saber: a sobrepesca e destruição dos Grandes Bancos, o fim da migração dos salmões em rios represados (em tempos mais recentes, principalmente no rio Colúmbia, noroeste dos EUA, mas, historicamente nos rios que deságuam no





Contemporaneamente pode-se associar de igual sorte aos bens comuns ameaçados os que dizem com: (a) crescimento populacional descontrolado levando à superpopulação; (b) a poluição e a crise por que passa o acesso a água, com a superexploração de aquíferos e desperdício de água devido a problemas com irrigação; (c) problemas atinentes à extração predatória de madeira em áreas de fronteira agrícola e o uso indiscriminado de queimadas; (d) a queima de combustíveis fósseis e o conseqüente aquecimento global; (e) a destruição de habitats e a caça clandestina, levando à extinção em massa de holoceno; (f) a superexploração da pesca predatória, colocando em risco espécies de vida oceânica e de rios em extinção; etc.

5 Conclusão

Em termos de marcos normativos nacionais, com certeza é o art. 216, da Constituição Federal de 1988, que melhor exemplifica a preocupação formal do país com a matéria deste ensaio, referido expressamente que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Aduz ainda o parágrafo primeiro daquele dispositivo constitucional que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

A despeito mesmo da existência de legislação infraconstitucional protetiva destes bens – atinentes ao tombamento e mesmo inventários, por exemplo –, o grande problema ainda é o cultural, a ponto de dar efetividade às prerrogativas e garantidas destes interesses públicos indisponíveis que representam tais bens, afigurando-se ainda um longo caminho a percorrer, sabe-se lá a que custo para o patrimônio de gerações.

Atlântico Norte), a devastação na pesca do esturjão (em tempos recentes, especialmente na Rússia, mas em outros períodos históricos, também nos Estados Unidos), e, em termos de abastecimento de água, o suprimento limitado disponível em regiões áridas (por exemplo, a região do Mar de Aral), e o abastecimento de água de Los Angeles, especialmente no lago Mono e lago Owens.





6 Referências bibliográficas

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- AZEVEDO, Paulo Ormindo de. *Por um inventário do patrimônio cultural brasileiro*. Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. n. 22, 1987.
- BASBAUM, Leôncio. *História Sincera da República*. 04 volumes. São Paulo: Alfa-Ômega, 1981.
- BERLE JR., Adolf A. *A Propriedade Privada na Economia Moderna*. Rio de Janeiro: Ipanema, 1957.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília: UNB, 1996.
- BORON, Atílio. *Estado, Capitalismo e Democracia na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 1994.
- CASTRO, Sônia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- CERRONI, Umberto. *Sulla storicità della distinzione tra diritto positivo e diritto pubblico*. In *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*. Roma: Einaudi, 1960.
- COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro et al. *Crimes e infrações administrativas ambientais. Comentários à Lei nº 9605/98*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Coimbra: Porto, 1987.
- CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- CUREAU, Sandra. *Algumas notas sobre a proteção do patrimônio cultural*. Brasília. Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Ano II, nº 9, out/dez. 2003. p. 189-195.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- DUGUIT, León. *Las Transformaciones generales del derecho privado*. Madrid: Sacramento, 1960.
- _____. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1967.
- ENGELS, Friederich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1984.
- FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- FERRI, Píer Giorgio. *Os bens culturais no direito italiano*. In: *Direito do Patrimônio Cultural*. Coord. MIRANDA, Jorge et. all. Instituto Nacional de Administração, Lisboa, 1996 p. 111-149
- FERRO, Marcelo Roberto. *A Propriedade Privada no Código de Napoleão*. IN: *Revista de Direito Civil*, vol. 70, pág. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle de. *Competências Administrativas dos Estados e Municípios*. Doutrina Jurídica Brasileira, Caxias do Sul: Plenum, 2004. 1 CD-ROM. ISBN 85-88512-01-7.





A proteção dos bens comuns enquanto problema jurídico e político: apreciações preliminares

FIORAVANTI, Marcelo. *Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica*. In *Quaderni Fiorentini*, 13. Florença: Einaudi, 1984.

GIDDENS, Anthony. *A terceira via*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *O Estatuto da Propriedade Perante o Novo Ordenamento Constitucional Brasileiro*. IN: Revista de Direito Civil, vol. 64, pág. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GRASSERIE, Raoul de. *Principios sociológicos del derecho civil*. Madrid: Hijos de Reus, 1908.

HABERMAS, Jürgen. *Nos limites do Estado*. In Especial para a Folha de São Paulo, Caderno MAIS!, Página: 5-4. Edição: Julho de 1999.

HARDIM, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. In *Science*, December 13, 1968.

HAURIOU, André. *Derecho Constitucional y Instituciones Políticas*. Barcelona: Ariel, 1990.

IBANEZ, Maria Del Rosário Alonso. *Direito do patrimônio cultural em Espanha: situação actual e perspectivas*. In: Direito do Patrimônio Cultural. Coord. MIRANDA, Jorge et. all. Instituto Nacional de Administração, Lisboa, 1996 p. 151-179.

JOSSERAND, August. *De L'Esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Ginevre, 1939.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LUCARELLI, Alberto. *Costituzione e Diritto Pubblico: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale*. Artigo inédito. Nápole, 2009.

_____. *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*. Nápoli: Univeristà Frederico II, 2007.

MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica*. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

MARÉS, Carlos Frederico. *A proteção jurídica dos bens culturais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, nº 2. 1993. p. 19-35.

MEIRA, Silvio A. B. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Max Limonad, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MESNARD, André-Hubert. *Política e direito do patrimônio cultural em França: situação actual e perspectivas*. In: Direito do Patrimônio Cultural. Coord. MIRANDA, Jorge et. All. Instituto Nacional de Administração, Lisboa, 1996. p. 181-204.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

NABAIS, José Casalta. *Introdução ao direito do patrimônio cultural*. Coimbra. Almedina. 2004.

PARDO, Guillermo Orozco e ALONSO, Esteban J. Pérez. *La tutela civil y penal Del Patrimonio histórico cultural o artístico*. Madri. McGraw-Hill. 1996.





Rogério Gesta Leal

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- PUGLIATTI, Salvatore. *La Proprietá nel Nuovo Diritto*. Milano: Giuffrè, 1994.
- RICHTER, Rui Arno. *Breves considerações acerca da tutela jurídica ao meio ambiente cultural*. Atuação Jurídica. Associação Catarinense do Ministério Público. Ano 4, n. 6, ago. 2001, p. 69-73.
- RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *O patrimônio cultural nos documentos internacionais*. In *Direito Ambiental Internacional*. Orgs. Cristiane Derani e José Augusto Fontoura Costa. Ed. Universitária. Santos, 2001, p. 199-215.
- SANDULLI, A.M.. *Beni pubblici*. In *Enciclopedia de Diritto*. Vol. V. Milano: Giuffrè, 1959.
- SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo. *A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o CC, a legislação ordinária e a Constituição)*. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. 306, p. 73-78.
- VIVANCO, Antônio Carlos. *Teoria de Derecho Agrário*. México: Porrúa, 2008.
- WALD, Arnold. *Direito das Coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- ZOLO, Danilo. *Liberta, proprietá Ed uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali*. In *Diritti Fonamentali: un dibattito teorico*. Roma: Laterza, 2008.

