



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



EVERILDA BRANDÃO GUILHERMINO

AS TITULARIDADES DE DIREITO DIFUSO E AS RELAÇÕES PRIVADAS.
TESE DE DOUTORADO

Recife
2017



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



EVERILDA BRANDÃO GUILHERMINO

TESE DE DOUTORADO

AS TITULARIDADES DE DIREITO DIFUSO E AS RELAÇÕES PRIVADAS.

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutora em Direito.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito

Linha de pesquisa: Transformações do Direito Privado

Orientador: Professor Doutor Paulo Luiz Neto Lôbo.

Recife
2017

Catálogo na fonte

Bibliotecário Josias Machado da Silva Junior CRB/4-1690

- G956t Guilhermino, Everilda Brandão
As titularidades de direito difuso e as relações privadas. – Recife: O Autor, 2017.
233 f.
- Orientador: Paulo Luiz Neto Lôbo.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017.
Inclui referências.
1. Interesses difusos. 2. Direitos reais 3. Resolução de disputa (Direito). 4. Transmissão (Direito). 5. Responsabilidade (Direito). 6. Tutela jurisdicional - Brasil. 7. Meio ambiente. 8. Direito ambiental. 9. Propriedade privada. 10. Direito de Propriedade. 11. Direito – Filosofia. I. Lôbo, Paulo Luiz Neto (Orientador). II. Título.
- 340.1CDD (22. ed.)UFPE (BSCCJ2018-02)

EVERILDA BRANDÃO GUILHERMINO

“As Titularidades de Direitos Difusos e as Relações Privadas”

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Teoria Dogmática do Direito

Orientador: Prof. Dr. Paulo Luiz Neto Lôbo

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Doutorado, e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADA _____

Professor Dr. Paulo Luiz Neto Lôbo (Presidente/UFPE)

Assinatura: _____

Professor Dr.

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Dr.

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Dr.

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Dr.

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Dr.

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Recife, 07 de dezembro de 2017

Coordenadora Prof^{fa} Dr^a **Juliana Teixeira Esteves**

Para Maria Luiza Brandão Guilhermino cuja presença em minha vida ultrapassa as leis da matéria, do tempo e do espaço que conhecemos; e para Maria Barbosa Duarte, que mesmo não tendo lido os tantos livros que li, tem me ensinado ao longo de uma vida inteira de amor materno incondicional que existem saberes ainda mais amplos que todos aqueles guardados na minha biblioteca.

AGRADECIMENTOS

Um estudo desde porte não comporta solidão. Ao lado de horas infindáveis de leitura e escrita é preciso contar com aquelas presenças encantadas que de longe ou de perto, com maior ou menor frequência, nos fazem seguir em frente nos dias mais difíceis. Nada mais justo que compartilhem da alegria da linha de chegada. Fica aqui o registro da minha gratidão.

A Deus, que através de sua providência divina traçou os caminhos que percorri e que me levaram ao incrível universo do conhecimento científico.

Aos meus pais, Antenor e Maria Luiza (*in memoriam*) que mesmo tendo pouco conhecimento formal, fizeram da educação dos filhos uma prioridade. Essa escolha me trouxe ao doutorado e a eles devo grande parte dessa conquista.

Aos meus irmãos, Fátima, Sandra, Helenilda e Elenilson. Cada um, com seu estilo e virtudes, me ensinou o mais amplo e profundo conceito de patrimônio: o elo de afeto indissolúvel que une irmãos. E aqui incluo Flávia Leão (uma irmã afetiva) e Ana Regina Brandão (a prima) pela torcida incondicional, me vendo sempre maior do que sou.

Ao meu orientador, Professor Doutor Paulo Luiz Neto Lôbo, que me deu o privilégio da convivência e a honra de me segurar pela mão durante tantos anos de vida acadêmica. Da graduação ao doutorado foi meu grande mentor e não sei se me encanto mais com seu conhecimento genial ou com sua humildade no trato com seus alunos. Uma certeza que tenho é que diante dele serei sempre mais uma aluna ávida por aprender.

À Professora Doutora Fabíola Lôbo, pelo zelo para comigo desde a minha chegada a Recife, me trazendo segurança nos estudos, amizade na convivência e exemplo de humildade no compartilhamento de seu saber.

Aos professores do curso de doutorado, aqui representados pelo Professor Doutor Leonardo da Cunha e Professor Doutor Roberto Paulino, cujas competências me servirão de exemplo por toda a vida.

A Marcos Ehrhardt, meu irmão afetivo que sempre me conduziu nos estudos e na vida, me ensinando sempre lições de lealdade, proteção e amizade. Foi seguindo seu exemplo que cheguei a este doutoramento.

Aos amigos Marcos Catalan e Pablo Malheiros, que fizeram da distância física um mero detalhe, marcando sua presença na construção das primeiras ideias que estruturaram este trabalho, mantendo-se sempre atentos durante todo processo de escrita.

Ao amigo Paulo Felisberto da Rocha, pela revisão metodológica do texto e pela amizade protetora que sempre me emociona e me honra. Também à querida amiga Laís Rossiter pela contribuição com a tradução e pela torcida inabalável pelo êxito desta pesquisa.

Aos amigos do Grupo de Pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas – CONREP, que tanto contribuíram com seu conhecimento e amparo afetivo durante a construção da tese. De forma muito especial segue meu agradecimento a Luciana Brasileiro, Catarina Oliveira, Maria Rita Holanda, Carla Moutinho, Elaine Buarque, José Barros e Gustavo Andrade. Graças a eles, o caminho de suor e disciplina exigido pela escrita se viu florido e iluminado.

Aos funcionários do PPGD, nas pessoas de Maria do Carmo e Gilka, pelo cuidado pessoal que dispensam aos alunos. Sua gentileza me trouxe tranquilidade e seu carinho me traz gratidão.

RESUMO

A presente pesquisa propõe uma reflexão sobre as titularidades sobre direitos difusos e seus reflexos sobre as relações privadas. Para tanto, apresenta um contexto histórico sobre os principais modelos de titularidades vividos até a era moderna, oferecendo um parâmetro de observação do novo modelo de pertencimento proposto pela era contemporânea a partir do final do século XX. A tese trabalha do ponto de vista dogmático como se dá a estrutura do pertencimento no ordenamento jurídico brasileiro a partir das titularidades de direitos difusos, redefinindo o conteúdo dos institutos clássicos ligados à propriedade: coisas, bens, patrimônio, titularidade. No trato da relação jurídica estabelece a sociedade como sujeito de direito, situação que exclui a figura do direito subjetivo na concepção clássica criada pelos modernos. A partir disso aponta como se estabelece a legitimidade processual, afirmando que ao lado dos corpos intermediários, cada cidadão apresenta a sociedade na defesa de direitos difusos em juízo. Assim, a partir da análise do direito material a tese supera uma limitação até então traçada pelos processualistas quanto ao interesse e legitimidade do cidadão na defesa de direitos que ultrapassam sua esfera privada. E segue demonstrando como é possível haver uma dupla titularidade sobre bens, sendo uma individual e outra difusa, apontado como é possível harmonizar os dois direitos no caso concreto. Embora o reflexo da titularidade sobre direitos difusos se dê de forma ampla nas relações privadas, esta tese restringiu o campo de observação ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, por considerar que eles resguardam os conflitos mais impactantes entre os direitos individuais e difusos. Por fim, demonstra a aplicabilidade da teoria, através da análise de casos concretos onde se estabeleceram conflitos entre direitos individuais ou coletivos frente aos difusos, e entre difusos entre si, propondo uma harmonização entre eles através da técnica da ponderação.

Palavras-Chave: Direitos difusos. Titularidades. Relações privadas.

ABSTRACT

The present research proposes a reflection on the entitlements on diffuse rights and their reflections on private relations. For that, it presents a historical context about the main models of entitlements lived until the modern era, offering a parameter of observation of the new model of belonging proposed by the contemporary era from the end of the XX century. The thesis works from the dogmatic point of view as the structure of belonging in the Brazilian juridical system derives from diffuse rights entitlements, redefining the content of classic institutes related to property: things, assets, ownership. In dealing with the legal relationship establishes society as a subject of law, a situation that excludes the figure of the subjective right in the classical conception created by the modern. From this, it points out how the procedural legitimacy is established, stating that alongside the intermediary bodies, each citizen is present in society in the defence of diffuse rights in court. Thus, from the analysis of material law the thesis overcomes a limitation hitherto drawn by proceduralists as to the interest and legitimacy of the citizen in the defence of rights that go beyond his private sphere. Moreover, it goes on to show how it is possible to have a double ownership of goods, one which is individual and one diffuse, pointing out how it is possible to harmonize the two rights in the concrete case. Although the reflection of ownership of diffuse rights takes place amply in private relations, this thesis has restricted the field of observation to the environment and to historical and cultural patrimony, considering that they safeguard the most striking conflicts between individual and diffuse rights. Finally, it demonstrates the applicability of the theory, through the analysis of concrete cases where conflicts between individual or collective rights have been established vis-à-vis the diffuse ones, and between diffuse rights themselves, proposing a harmonization between them through the technique of weighting.

Key Words: Diffuse rights. Entitlements. Private relations.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 AS RELAÇÕES DE PERTENCIMENTO E OS NOVOS OBJETOS DE APROPRIAÇÃO NUMA SOCIEDADE DE RELAÇÕES JURÍDICAS COMPLEXAS.....	16
2.1 Compreendendo as relações de apropriação de pessoas sobre bens.....	16
2.2 A apropriação de bens na perspectiva de uma realidade imaterial.....	19
2.3 As novas possibilidades de pertencimento: o uso compartilhado em harmonia com a propriedade individual.....	22
2.4 Uma sociedade de relações complexas compondo novas demandas sociais e jurídicas.	28
2.5 As novas demandas de pertencimento e o advento de uma nova categoria jurídica: os bens difusos.	33
3 HISTORICIDADE DAS TITULARIDADES NO MUNDO OCIDENTAL	40
3.1 A Propriedade Romana: uma titularidade vinculada à família e ao Estado.	40
3.2 A sobreposição de titularidades no Medievo: um direito adquirido pelo uso efetivo do bem.....	44
3.3 A titularidade dos modernos: a abstração da propriedade e o modelo do individualismo proprietário.....	47
3.3.1 A tutela do pertencimento no ordenamento jurídico brasileiro	52
3.3.2 O Estado Social e a Funcionalização do Direito de Propriedade	58
3.4 Uma nova titularidade no mundo contemporâneo: o pertencimento compartilhado numa relação jurídica difusa.....	65
3.4.1 O direito de acesso como nova expressão do pertencimento e renovação do modelo liberal-burguês.....	68
4 COMPREENDENDO OS DIREITOS DIFUSOS E SUAS IMPLICAÇÕES COMO OBJETO DE RELAÇÕES JURÍDICAS.....	74
4.1 A formação de um bem jurídico que transformou o sujeito e o Direito.....	74
4.1.1 O conceito de bem comum como base do tratamento legal dos direitos difusos	74
4.1.2 O indivíduo contemporâneo e sua socialidade	87
4.2 As categorias jurídicas ligadas ao pertencimento: coisas e bens, interesses e direitos, uso e titularidades.....	94
4.2.1 Direito difuso: um <i>tertium genus</i>	104
4.3 Bens difusos e direitos difusos como objeto de tutela jurídica	107
4.4 O Direito Difuso sob a perspectiva da relação jurídica	112

4.5 Uma reflexão sobre as titularidades num ordenamento voltado para a proteção dos direitos difusos: dificuldades de efetivação.	120
5 A CONSTRUÇÃO DA TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS DIFUSOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	126
5.1 De interesses difusos a direitos difusos	126
5.2 A sociedade como sujeito de direito titular de direitos difusos	135
5.3 A autonomia privada numa perspectiva de proteção dos direitos difusos.....	153
5.4 Instrumentos legais de proteção de direitos difusos no ordenamento jurídico brasileiro.....	160
5.5 A experiência estrangeira na proteção de direitos difusos.	167
6 MEIO AMBIENTE E PATRIMÔNIO HISTÓRICO COMO BENS DIFUSOS EM CONSTANTE DIÁLOGO COM A PROPRIEDADE PRIVADA.....	172
6.1 A titularidade difusa do meio ambiente e as relações privadas.	172
6.1.1 A patrimonialização dos recursos naturais e os riscos à tutela dos bens difusos.	175
6.2 A titularidade difusa do patrimônio histórico e cultural e as relações privadas.	183
6.2.1 A tutela do patrimônio cultural em Roma	183
6.2.2 A tutela do patrimônio cultural na era contemporânea.....	185
6.2.3 A insuficiência do tombamento como única medida de proteção do bem difuso	194
7 DIREITOS DIFUSOS E SUA APLICABILIDADE NAS RELAÇÕES PRIVADAS	200
7.1 Colisão de direitos individuais, coletivos e difusos: uma análise sob a perspectiva de titularidades distintas e simultâneas no caso concreto.....	200
7.1.1 Enfrentamento entre direitos de titularidade difusa e de titularidade individual.....	200
7.1.2 Enfrentamento entre direitos de titularidade difusa e de titularidade coletiva	206
7.1.3 Enfrentamento entre dois direitos de titularidade difusa	209
7.2 A necessidade de harmonização entre as diferentes esferas de direitos.	211
8 CONCLUSÃO.....	214
REFERÊNCIAS	225

1 INTRODUÇÃO

A sociedade atual é mais sofisticada em relação ao início da modernidade porque promove relações mais articuladas e mais complexas. Como consequência, os ordenamentos jurídicos ocidentais vêm ampliando seu universo de tutela para contemplar direitos que possam ir além do conflito individual, abarcando conflitos metaindividuais.

A concepção de novas formas de pertencimento, vista desde a imaterialidade da propriedade intelectual até a fluidez dos bens digitais propiciaram um estudo para além do direito civil no que diz respeito aos fenômenos de apropriação. Sem a moderna tecnologia não seria possível avançar na compreensão do pertencimento para além do que é corpóreo. E a descorporificação dos bens tem se mostrado de forma muito clara a partir do século XX culminando na tutela dos bens difusos, os quais ensejam uma nova titularidade, com efeitos jurídicos impactantes nas relações privadas.

Até época recente o indivíduo só encontrava valor naquilo que fosse sólido e tangível. Numa sociedade eminentemente agrícola justificava-se o protagonismo do direito imobiliário na regulação da propriedade. Com a era digital e com a tutela dos bens difusos o sólido abre espaço para o fluido, promovendo grandes impactos na economia, e o conceito de patrimônio se alarga para contemplar as riquezas do espírito humano que possam ser experimentadas de forma compartilhada, em contraponto à apropriação exclusiva imposta pela propriedade tal como regradada no Código Civil.

A sociedade mudou e exigiu uma adequação do ordenamento jurídico na tutela dos bens da vida. Essa mudança começou a partir da tutela dos bens difusos.

Novos centros de interesse ligados ao pertencimento ensejam novos bens jurídicos, e consequentemente, novos titulares. A Constituição Federal deu os primeiros passos, mas ainda se mantém a resistência do Código Civil. Nesse contexto, o papel da doutrina é fundamental, propondo a readequação ou criação de conceitos, ensinando o ordenamento para responder às novas demandas de uma sociedade que vive na abertura de um novo milênio.

Os códigos do século XIX são frutos da revolução industrial, por isso seu foco foi no desenvolvimento. As demandas atuais ensejam uma nova linguagem e novos centros de interesses e legitimam a positivação de direitos difusos pela Constituição Federal brasileira, a qual resguarda compromissos com os deveres de solidariedade e sustentabilidade.

A existência de bens compartilhados, e o direito de acesso ao que não pode ser apropriável de forma exclusiva, são exemplos que propõem uma teoria mais elaborada que visualize a tutela do pertencimento para além da apropriação exclusiva prevista no Código Civil ao tutelar a propriedade privada. Eles demonstram o nascimento dos chamados bens e direitos difusos, ensejando a criação de uma nova categoria que já encontra tutela no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988, com forte impacto nas relações privadas.

Há um estranhamento natural ao se deparar com bens que não foram previstos pelo Código Civil, o grande guardião da propriedade, que a classificou em pública ou privada. Mas, os bens difusos não se enquadram nesta polarização e por isso precisam de uma nova categoria. Traduzem uma nova forma de pertencimento desafiando as estruturas sobre as quais sempre erguemos a relação de apropriação sobre coisas.

É consequência natural do avanço da história a valoração social de novos bens da vida, os quais serão entregues aos ordenamentos jurídicos para receberem a proteção legal que a sociedade espera. Esses novos bens da vida ora vão desafiar o conceito de propriedade, ao se perguntar se podem ser objeto de apropriação (o que ocorre com tecidos humanos), e ora vão desafiar o próprio pertencimento, quando se inaugura um novo modelo de relacionamento entre ser humano e bens, eliminando a exclusividade (o que ocorre com o direito de acesso à água ou à internet). Esses dilemas são apresentados no primeiro capítulo, no intuito de situar o leitor no contexto de imaterialidade que se apresenta nos tempos atuais e que tem pressionado o ordenamento jurídico a se preparar para os novos parâmetros deste século.

Os mecanismos de apropriação dos bens criados pelos mais diversos ordenamentos deixam claro que independentemente do tipo de organização política a regulação do pertencimento está sempre na pauta prioritária. E diante da impossibilidade de se estudar todas as sociedades, este texto se limitará a três épocas históricas que resguardam forte influência sobre o direito brasileiro de ontem e de hoje, para utilizá-las como comparativo ao modelo contemporâneo. Todas elas trouxeram especificidades essenciais para compreender o passado e melhor visualizar o presente. Por isso, no segundo capítulo apresenta-se um estudo sobre os diferentes modelos de titularidades sobre coisas vividas no mundo ocidental a partir da era romana clássica.

Da propriedade quiritária dos romanos, passando pelas múltiplas titularidades das sociedades feudais do medievo até a propriedade individual dos modernos, cada povo buscou uma resposta para o que seria justo na apropriação e repartição dos bens. E a sociedade

contemporânea conseguiu ir além, criando novas respostas para o pertencimento, à medida que paulatinamente vem valorizando o compartilhamento ao lado do pertencimento exclusivo.

O que interessa aqui é a visualização histórica do tratamento legal e dos diferentes critérios utilizados por diferentes sociedades sobre os temas da apropriação. Tudo isso para proporcionar um esclarecimento sobre uma possível inadvertida e errônea conclusão de que a propriedade dos modernos foi o único modelo previsto historicamente.

A propriedade romana foi erguida sob o pilar do civismo. A medieval, sobre a terra. A moderna sobre o indivíduo. A contemporânea sobre a sociedade. Os ordenamentos ocidentais da era moderna foram pensados para uma relação indivíduo *versus* indivíduo, como marca do individualismo assentado nas ideias de Locke, Rousseau e Voltaire. A mudança de milênio tem estabelecido uma nova realidade, a qual tem gerado novas demandas sociais, estabelecendo um novo modelo de relação jurídica envolvendo indivíduo e sociedade.

A complexidade dessa relação jurídica é explanada no terceiro capítulo, propondo uma reflexão sobre a natureza jurídica dos bens difusos e as novas titularidades que ensejam. E avançando-se para o quarto capítulo o leitor poderá refletir sobre as limitações do processo civil para as demandas de titularidade difusa, uma vez que foi pensado a partir das concepções de sujeito de direito e de direito subjetivo, fator que estruturou o processo e o procedimento sobre a bipolaridade de um autor e um réu individualizados.

Quando o cidadão se identifica como titular de bens que ultrapassam a apropriação exclusiva, constrói um sentimento de dever para com aquilo que não pode ser individualizado. O sujeito consciente é ativo e não espera que outro proteja seu direito, ele é sujeito do seu destino. A apreensão do conceito de bem difuso como algo a ser compartilhado para garantir o desenvolvimento da pessoa humana redimensiona um hábito antropológico da espécie humana refletido na conquista dos bens para a satisfação de um único indivíduo.

O desafio é compreender o regime de titularidades sobre o pertencimento a partir de paradigmas diferentes do direito civil clássico. E é nesta vertente que se assenta o presente estudo, partindo da compreensão da existência de vários estatutos proprietários, realidade que abriu portas para a tutela de formas muito especiais de pertencimento: os bens difusos e os direitos que recaem sobre eles.

E objetivando tornar mais clara a aplicação dessas novas articulações jurídicas envolvendo direitos difusos sobre forte impacto nas relações privadas é que o quinto capítulo apresenta dois exemplos clássicos caracterizados como bens difusos: o meio ambiente e o patrimônio histórico. Eles permitem reflexões profundas e essenciais sobre as novas demandas produzidas no diálogo entre direitos individuais e difusos. Diante da limitação de

tempo da pesquisa, o presente estudo se limitou a estes dois núcleos de trabalho, embora haja muitos outros a serem trabalhados.

O que se mostra relevante é refletir como uma nova tábua de valores jurídicos presente na Constituição Federal impacta o direito civil e as relações privadas, à medida que produz rupturas no sistema clássico das titularidades.

Tomando como exemplo o meio ambiente enquanto bem difuso, transitou este ao longo da história desde *res nullius* até bens públicos, e o trato da natureza com o fenômeno da patrimonialização traçou dilemas jurídicos envolvendo o ser humano e os recursos naturais. O que não pertencia a ninguém passa a ter um titular, propiciando um esquema de exclusão. Mas nos dias atuais, o pertencimento mudou sua estrutura e passou a exigir uma mudança na sua lógica de funcionamento social e de tutela jurídica.

O estudo dos direitos difusos contemplados no novo conceito de patrimônio gera uma inevitável atualização de seus postulados. Entraves como a indefinição conceitual do bem difuso na lei ainda deixa margem para discussões sobre sua natureza de bem público ou se constante de nova categoria, uma imprecisão que este estudo tenta sanar.

O futuro do direito privado depende do diálogo que se permita estabelecer com outros ramos do direito, especialmente os de natureza transdisciplinar. Há muito o direito civil busca comunicar-se com outros ramos do direito, fruto do fenômeno da constitucionalização do direito, e os direitos difusos aceitam e impõem este diálogo. Por esta razão o sexto capítulo apresenta a aplicabilidade da teoria ora proposta ao apresentar demandas jurídicas envolvendo direitos individuais, coletivos e difusos.

A partir da Constituição Federal de 1988 a legislação civil recebeu um conteúdo axiológico renovado e é a partir disso que busca aclarar os novos contornos atribuídos aos seus institutos. A metodologia proposta neste estudo se contrapõe ao isolamento do direito civil na regulação dos conceitos essenciais ligados ao pertencimento, ampliando os pilares tradicionais do direito civil, exclusivista e patrimonialista. Isso acontece porque há uma necessidade de coerência entre os sistemas econômicos, sociais e ambientais.

Pretende-se não apenas estudar os fundamentos da tutela da propriedade, mas ir além, estudando o pertencimento de forma ampla para assim encontrar na era contemporânea outros modelos para além da titularidade exclusiva.

E um estudo sobre titularidades sobre bens (coisas e direitos) exige uma compreensão das diversas formas de apropriação vivenciadas em sociedade e consolidadas juridicamente ao longo do tempo, independente do formato do sistema legal adotado e da forma de organização do Estado.

Não há como não perceber uma profunda reforma no trato da tutela do pertencimento, que começa na crescente valoração social do incorpóreo (e dos chamados bens do espírito) para atingir a estrutura de tutela jurídica dos bens, redimensionando-a a partir da sua funcionalização.

O que se pretende é demonstrar a possibilidade de conformidade entre as titularidades individuais e as titularidades dos direitos difusos. Esse é núcleo temático da presente pesquisa. O reconhecimento legal de direitos difusos exige novas reflexões sobre a sua titularidade e os efeitos de sua presença nas relações jurídicas. Este trabalho acadêmico destaca esses efeitos nas relações jurídicas privadas.

A sociedade busca uma participação mais direta nos assuntos de interesse social, e a Constituição Federal de 1988 firmou uma linguagem em que o cidadão é convocado a participar mais diretamente dos assuntos de interesses que ultrapassam sua individualidade. Essa tendência vem proporcionando mudanças significativas no ordenamento, quanto à sua estrutura e sua linguagem. O exercício do voto, o plebiscito, o referendo, o tribunal do Júri, são instrumentos mais conhecidos que viabilizam essa participação. Não obstante, outros meios de participação estão presentes como a convocação à proteção do meio ambiente e preservação do patrimônio histórico e cultural. É na tutela dos direitos difusos que a Constituição convoca o cidadão para harmonizar os seus interesses privados com o interesse social.

O estudo aprofundado do pertencimento deixa claro que ele não possui um modelo único, e mais ainda, que não está adstrito ao direito civil. As titularidades de origem constitucional demonstram que há vários estatutos para regular cada relação jurídica que elas encerram. A tutela da propriedade no Código Civil se limita aos bens corpóreos, por escolha do legislador, mas não exclui os demais modelos. Observe-se que o Código Civil não define propriedade, o que demonstra que a tutela do pertencimento é mais ampla que as regras positivadas em tal diploma legal.

O grande objetivo desta pesquisa é contribuir para uma recolocação do direito no mundo social, demonstrando como se faz urgente uma reestruturação das bases do código civil, que até hoje é pouco permeável a inovações no campo do pertencimento. Essa realidade transforma as estruturas de raciocínio erguidas para um sistema pautado na tutela do direito individual. Essa tarefa é da doutrina e do judiciário, já que o legislativo já tratou de positivizar os direitos difusos em mais alto grau, a seara constitucional. Mas enquanto o legislador anda a passos lentos a doutrina encontra o caminho pelo método da constitucionalização do direito civil.

2 AS RELAÇÕES DE PERTENCIMENTO E OS NOVOS OBJETOS DE APROPRIAÇÃO NUMA SOCIEDADE DE RELAÇÕES JURÍDICAS COMPLEXAS.

2.1 Compreendendo as relações de apropriação de pessoas sobre bens.

Se procurarmos um traço marcante da humanidade presente em todas as épocas e em todas as formas de agrupamento, seja na era civilizada ou não, encontraremos a relação de pertencimento estabelecida entre o ser humano e as coisas. Essa inclinação, quase instintiva, de poder sobre as coisas, acompanha o indivíduo desde a época mais remota.

O que inicialmente, em épocas pré-civilizatórias, se constituiu como um poder fático das pessoas sobre as coisas, posteriormente se tornou um poder jurídico, estabelecendo-se titularidades, relações de poder, demarcação de fronteiras, *status* e as mais profundas desigualdades. Disse Rousseau (2005, p. 61) que “[...] o primeiro que tendo cercado um terreno se lembrou de dizer: isto é meu, e encontrou pessoas bastante simples para o acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil”. E disse Paolo Grossi (2006, p.10) que “[...] talvez nenhum discurso jurídico seja tão permeado de bem e de mal, tão temperado por visões maniqueístas quanto o que versa sobre a relação homem-bens.”

O centro de interesse patrimonial da humanidade foi se modificando historicamente à medida que as pessoas conseguiram se apropriar de objetos antes fora de seu alcance, e também pela criação ou transformações de novos objetos de interesse advindo das relações jurídicas e que pudessem ser considerados como coisa.

Hannah Arendt (2013, p. 26) diz que “[...] as coisas e os homens constituem o ambiente de cada uma das atividades humanas, que não teriam sentido sem tal localização; e, no entanto, esse ambiente, o mundo no qual nascemos, não existiria sem a atividade humana que o produziu”.

Na era pré-civilizatória o centro de interesse patrimonial se limitava aos objetos que propiciassem a busca do alimento para o indivíduo, a exemplo das ferramentas rústicas, e a fabricação de cobertas para o corpo por questões climáticas. Quem as possuísse conseguiria o alimento mais rapidamente e o seu preparo seria de melhor qualidade, assim como estaria protegido do frio e dos insetos. A apropriação de bens estava ligada substancialmente ao objetivo de sobrevivência.

As comunidades indígenas vivenciam um modo muito peculiar de pertencimento em relação às coisas. Sua concepção é de que cada indivíduo também compõe a terra em que vive e os recursos que ela oferece. Assim, o índio é ao mesmo tempo sujeito e objeto de apropriação. Sua postura é muito mais de detentor e guardião de um bem que é coletivo e

deve ser compartilhado entre gerações. Nesse contexto, o sujeito visualiza mais deveres do que direitos em relação a coisa.

As comunidades quilombolas também possuem uma forma peculiar de lidar com a terra onde vivem. O compartilhamento dessa terra proporciona a moradia, mas vai além, garantindo a conservação dos elementos culturais e a passagem do conhecimento dos antepassados através das gerações.

Na era da civilização, o centro de interesse estava na terra e tudo que dela pudesse ser extraído. O acúmulo de mais coisas do que se pudesse consumir propiciou o comércio e com ele a complexidade das relações privadas. A terra era o instrumento de acumulação de riquezas e quem mais acumulasse mais respeito e poder adquiria em relação a seus pares. Descreve Rousseau (2005, p. 69) que “[...] na cultura das terras resulta necessariamente a sua partilha, e da propriedade, uma vez reconhecida, as primeiras regras de justiça: porque, para dar a cada um o que é seu, é preciso que cada um possa ter alguma coisa”.

Na Roma antiga, a conquista territorial significava a ampliação do poder. Curiosamente, foi a conquista de tantos territórios que levou ao seu declínio. A modernidade também se iniciou com essa obsessão pelas conquistas territoriais. Riqueza e poder estavam enraizadas no solo, literalmente. A propriedade estava voltada para as fazendas, as fábricas, maquinários pesados, as locomotivas, os leitos de minério de ferro e carvão. Bauman (2001, p. 132) chama isso de “era do hardware”, onde tudo é denso e sólido. Ele chama esse período de “modernidade pesada”.

Ilhas, arquipélagos, mares. Todo espaço vazio era um estímulo à conquista, e era preciso aumentar as áreas cartografadas. Não é de se admirar que após conhecer todos os lugares do globo, a humanidade passou para a conquista do espaço.

Quanto mais poder de apropriação sobre as coisas de interesse de muitos, mais distinto se sente o indivíduo; e o desafio sempre foi aumentar cada vez mais a lista de coisas apropriáveis, chegando-se a extremos de tornar, em certo tempo histórico, o próprio ser humano em coisa.

Observando-se a linearidade da História é possível vislumbrar as relações de pertencimento passando por núcleos de interesse. Primeiro a natureza (recursos naturais), depois o fruto do trabalho (bens de produção) e finalmente as coisas do espírito, o produto das artes e do intelecto (propriedade intelectual), o patrimônio histórico e cultural.

Já na era contemporânea, as riquezas perdem a sua densidade, chegando-se a se falar em despatrimonialização dos bens, e a globalização associada à realidade virtual encaminham a humanidade para um novo centro de interesse, incorpóreo, fluido e até mesmo

invisível a olho nu. Bauman (2001, p. 136) chamou isso de modernidade leve ou líquida. É o mundo dos *bits* e *bytes*, da nanotecnologia, das conexões virtuais, das ondas eletromagnéticas, dos avatás e dos hologramas, conduzindo a humanidade a novas relações de pertencimento, relações estas que já desafiam o Poder Judiciário a buscar novas soluções para conflitos jurídicos até então desconhecidos.

A nova geração de pessoas está nascendo num cenário onde o incorpóreo promovido pela tecnologia instrumentaliza a rotina humana. O mercado de trabalho tem seu maior apreço nos talentos e nas criações do espírito, o que faz a riqueza ganhar um novo contorno, também incorpóreo.

É fácil perceber como esta mesma geração está construindo uma nova forma de interação com o mundo, baseando-se no desenvolvimento das virtudes, na solidariedade, no compartilhamento e nas ações de ecologia e cidadania. E todo produto destas interações não permite a possibilidade de apropriação exclusiva, eis que pensados e criados para a satisfação de todos, não só daquele que lhe deu origem.

É notório o valor dado pela sociedade contemporânea ao patrimônio histórico, às obras de valor artístico, científico e literário, ao meio ambiente como um todo e nas suas dimensões mais restritas como as florestas, o acesso à água como direito humano, a proteção dos animais. Trata-se do redimensionamento do próprio conceito de riqueza, num sinal claro que a propriedade proposta pelo modelo liberal não é a única possibilidade e que novos conceitos já marcam a era contemporânea.

Essa nova riqueza gera demandas a serem tuteladas e é imprescindível que o legislador perceba essa nova forma de interação social e assim atualizar o sistema jurídico, mas também é necessário que o intérprete perceba essa nova linguagem, proporcionando a aplicação mais adequada das normas no caso concreto.

Num giro de pensamento tem-se ainda os chamados bens virtuais. Eles não se enquadram nas categorias existentes ligadas ao pertencimento. O Código Civil regula os bens corpóreos e a Lei de Propriedade Intelectual abarca as produções do espírito humano, e nenhuma destas leis pode enquadrar corretamente a propriedade virtual que se expande nos dias atuais.

Define-se facilmente o enquadramento jurídico de bens móveis e imóveis, ou dos bens produzidos pela produção artística e científica, mas não há a mesma facilidade para enquadrar nessas leis a propriedade de um holograma, de uma moeda virtual ou mesmo um perfil em redes sociais. Como acentua Weill, Terré e Simler (1985, p. 48), “*Ce n’est pourtant pas d’hier que date la critique de la construction suscitée notamment par cette attitude des*

rédacteurs du code qui avaient donné la primauté au critère physique sur le critère de valeur.”

Esses novos bens estão no mundo incorpóreo, e ao mesmo tempo que não se enquadram no direito das coisas, também não se enquadram na propriedade artística, científica e intelectual, ultrapassando o leque de possibilidades jurídicas das leis tradicionais. E essa dificuldade em lidar juridicamente com bens de natureza fluida explica a dificuldade de se trabalhar no cotidiano do Poder Judiciário com temas ligados a nova geração de direitos, os direitos difusos, que também são fluidos e incorpóreos.

Eis o cenário que dá legitimação à existência dos bens difusos, uma nova forma de apropriação, fundamentada no compartilhamento, que marcará o novo milênio e que já bate às portas do Direito, desafiando-o a rever seus critérios de tutela sobre o pertencimento.

2.2 A apropriação de bens na perspectiva de uma realidade imaterial.

Utilizando-se da alegoria criada por Pontes de Miranda, que didaticamente demonstra a evolução biológica do ser humano através da perspectiva da mão, da garra e do dedo, é possível propor uma outra dimensão evolutiva, a substituição da pena pela caneta, pelo tolken, pela leitura digital, pela leitura biológica, como a íris do olho.

Para visualizar essa nova realidade, iniciemos pelo Japão, onde surgiu a primeira “cantora holográfica”, de nome Hatsune Miku, na verdade uma boneca holográfica 3D extremamente realista criada pela empresa Crypton Future Media e que se apresenta em shows, lança CDs e DVDs. Não há uma voz real por trás da cantora, sua voz vem de um poderoso programa de computador cujo software cria músicas que são interpretadas por personagens eletrônicos. A cantora já chegou ao primeiro lugar de vendas nas listas especializadas japonesas e projeta sua carreira internacional. O significado do nome Hatsune Miku (初音ミク) resulta da combinação de Miku (futuro), de Hatsu (primeiro) e de Ne (som). Ou seja, “o primeiro som do futuro”. (Disponível em: <<http://www.japaoemfoco.com/hatsune-miku-a-cantora-holografica-3d-do-japao/>>, acesso em 30.01.2016) Realmente anuncia uma nova era na indústria do entretenimento, nas relações humanas e na definição legal de bens.

Num foco semelhante, a cantora mexicana Selena, morta em 1995, está sendo “ressuscitada” pela empresa Arcovit, que diz estar em processo de criação de “[...] uma essência humana digitalizada” (*Digitized Human Essence*), em parceria com a Universidade da Califórnia. A empresa afirma que não se trata de um holograma, mas de uma nova

tecnologia ainda em segredo. A projeção poderá realizar shows e fazer com que as novas gerações conheçam a cantora. (Disponível em <<http://blogs.estadao.com.br/link/tecnologia-ressuscita-cantora-para-nova-fase/>>, acesso em: 30.01.2016)

Parece ser inevitável a análise da titularidade de toda riqueza produzida pelo holograma, se dos sucessores de Selena, ou da empresa que o criou. Enquanto no caso japonês a criação é de algo novo, aqui se trabalha a partir de uma pessoa real para projetar algo irreal, no sentido corpóreo. Poder-se-ia dizer que a cantora extingue sua personalidade corpórea para inaugurar uma personalidade virtual após a morte? Tal personalidade seria regida pelo direito das coisas ou pelo direito de personalidade? Se esta prática se torna popular, certamente o direito da personalidade teria que ampliar seu regime legal de tutela. Eis um desafio para os ordenamentos jurídicos.

Já em sintonia com as novas tecnologias, o ator e comediante americano Robin Williams restringiu o uso de sua imagem a partir de hologramas até 25 anos após sua morte. Com isso, ele não pode ser digitalmente inserido em shows, filmes ou propagandas até a data predeterminada. (Disponível em: <<http://cultura.estadao.com.br/noticias/cinema,testamento-de-robin-williams-restringe-uso-de-sua-imagem-ate-2039,1661785>>, acesso em 30.01.2016)

A Suécia anunciou em 2016 o fim da circulação de dinheiro de papel no país. A previsão é de que até 2030 todas as transações financeiras sejam feitas por meio de dinheiro virtual movimentado por cartões de débito e de crédito e por meio de aplicativos. Grande parte dos estabelecimentos comerciais já chegam a ostentar avisos informando que não aceitam mais dinheiro de papel. (Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/04/1760052-dinheiro-pode-sair-de-circulacao-na-suecia-ate-2030.shtml?cmpid=facefolha>>, acesso em 13/04/2016.)

A simbologia é notória. Cada vez mais o mundo caminha para uma realidade vivida na virtualidade.

Se no início da modernidade o espaço vazio a ser conquistado estava nas terras e mares desconhecidos, hoje ele está representado num ambiente fluido, dir-se-á mesmo, invisível. O foco sai do solo e vai para o espaço não percebido pelos sentidos, dominado pelo sinal wireless, pelas ondas eletromagnéticas do rádio, da TV e dos telefones. Há de se perguntar onde fica a nuvem que guarda tantos dados importantes que marcam o ritmo da humanidade. E um banco de dados virtuais de uma empresa pode representar seu maior ativo financeiro, a exemplo do Google e Amazon, cujo patrimônio está em seu acervo de informações, ou seja, num bem da vida incorpóreo e fluido.

As cinco maiores empresas de capital aberto do mundo, cujo patrimônio está nas “nuvens”, juntas embolsaram mais de US\$ 25 bilhões em lucros líquidos no primeiro trimestre de 2017. Hoje para se determinar o impacto de um negócio é preciso levar em consideração a extensão dos ativos de dados controlados pelas empresas que pretendem se fundir. Na era do petróleo o tipo de análise que determinava o grau de competição em dado setor de atividade era totalmente diferente do que hoje se chama de “economia dos dados”. (Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,uma-regulacao-para-as-gigantes-da-internet,70001765621>>, acesso em 07/05/2017.)

O espaço vazio de conquista agora é virtual. Um pequeno espaço de terra é capaz de abrigar várias empresas cuja atividade está totalmente ligada a um mundo virtual. O terreno em si torna-se uma riqueza insignificante diante das outras produzidas por essas empresas. Essa é a “era do *software*”, segundo Bauman (2001, p. 136).

No universo do software, da viagem à velocidade da luz, o espaço pode ser atravessado, literalmente, ‘em tempo nenhum’: cancela-se a diferença entre ‘longe’ e ‘aqui’. O espaço não impõe mais limites à ação e seus efeitos, e conta pouco, ou nem conta. Perdeu seu ‘valor estratégico’, diriam os especialistas militares.

A delimitação de novos interesses econômicos ao longo do tempo, sobre as coisas corpóreas e incorpóreas, foram delimitando os fatos históricos e demarcando as eras da humanidade. Podemos fazer um passeio no tempo histórico visualizando a roda, a domesticação de animais, as fazendas, os minérios, as máquinas, os meios de transporte, o crédito, o espaço de armazenamento virtual na “nuvem”. É possível ver como as riquezas foram sofrendo um processo de descorporificação.

Marc Halévy (2010, p. 9-10) afirma que vivemos numa época de ruptura. Segundo ele encerramos o milênio da modernidade, inaugurando novos valores, novos marcos, novos modos de vida, novas prioridades:

A explosão das tecnologias da informação e da comunicação (TIC) transformou de modo radical nosso modo de funcionamento, tanto doméstico quanto profissional. Os chamados mundos ‘virtuais’ provocaram a desmaterialização de muitos aspectos da vida cotidiana, a começar pelo cartão de banco, que substituiu o dinheiro, símbolo e coração da moribunda era moderna.

O mundo está diferente, isto é fato. E o mundo dos fatos busca novos diálogos com o mundo do direito. As novas tecnologias partem de um objetivo que é a conexão do ser humano com toda a humanidade. Todos em rede, é o que prometem as invenções mais

populares. E esse novo cenário e essa nova forma do indivíduo se enxergar no mundo, vêm impondo aos ordenamentos jurídicos da contemporaneidade uma recomposição em suas bases valorativas, especialmente no tratamento do direito ao pertencimento e da apropriação de bens, promovendo uma mudança radical na linguagem individualista que marcou a era das codificações.

2.3 As novas possibilidades de pertencimento: ousar compartilhado em harmonia com a propriedade individual.

No tempo das certezas jurídicas, a propriedade era sólida e tudo era feito para durar. A modernidade líquida, ao mesmo tempo em que despregou o indivíduo do solo, ampliando seus horizontes, criou o ambiente da superficialidade, dos desejos intensos e passageiros, do consumo desnecessário, das amizades breves.

Curiosamente, o maior centro de poder que gera riqueza está no compartilhamento, e não na sua concentração. Segundo a Revista Exame, dos 1.826 membros do ranking da Revista Forbes em 2015, 46 bilionários tem menos de 40 anos e metade destes deve sua fortuna à tecnologia. (Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/os-15-bilionarios-mais-jovens-de-2015>>, acesso em 02/08/2015). Bill Gates, eleito reiteradamente o homem mais rico do mundo, com fortuna de 79,2 bilhões de dólares em 2015 tem sua riqueza associada ao mundo virtual.

Os novos bilionários não concentram mais suas riquezas em imóveis, mas em ações, tecnologia, sites, vídeos, aplicativos, know-how. No mundo das coisas incorpóreas e fluidas, o bem mais caro não é terra, mas o conhecimento. E quanto mais compartilhado o bem, mais riqueza ele gera. O patrimônio se diluiu porque a tribo agora é planetária.

Se parece consensual que a informação não se reduz a uma rede na qual emissores e receptores trocam, estatisticamente, mensagens advindas de canais específicos, e isso porque informação é memória, estocagem, tradição, não se sabe ainda quais os devires reservados à cognição humana, diante da constituição poliscópica das novas tecnologias de inteligência, das mídias-esferas, das infovias, da simulação, dos ciberespaços e de máquinas artificiais que, eventualmente, possam vir a simular os mecanismos essenciais da mente humana. (CARVALHO, 2006, p. 111-112) [AQUI]

Um dado relevante é que muitas dessas novas propriedades não se limitam à satisfação exclusiva dos seus proprietários, sua razão de ser está no compartilhamento com a humanidade. Estes proprietários buscam o seu legado, o qual transcende o que lhe pertence individualmente. Estes novos bens só são possíveis porque são acessados e usufruídos por

muitas pessoas além do seu titular, a exemplo do patrimônio histórico e cultural. Agrega-se ao patrimônio individual um segundo valor, de modo que enquanto o primeiro realiza o proprietário, o segundo realiza a sociedade. Neste último contexto criam-se os chamados bens difusos, cuja essência está numa apropriação compartilhada, redimensionando o sentido do “ter” exclusivo consolidado nos ordenamentos da modernidade.

Destaque-se que o ordenamento jurídico está preparado para as demandas do bem individual mas ainda encontra grandes limitações nas demandas oriundas das relações jurídicas onde se faça presente um bem difuso.

O mercado também já entendeu o poder do compartilhamento e não é de se estranhar que ele seja o elemento fundante de duas das empresas mais rentáveis do mundo: facebook e google. Essa transformação de paradigma na economia, por exemplo, ainda que de forma muito incipiente, mas com uma possibilidade real de atingir o coração do capitalismo, gera um novo sistema econômico.

Trata-se da “economia do compartilhamento” que já é uma realidade entre os jovens e coloca-se à frente do capitalismo como uma proposta para um novo salto histórico, como se deu no final da idade média com a transição da economia feudal para a de mercado, e depois, na idade moderna, do modelo de mercado para a economia capitalista. (Disponível em <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1094/noticias/bem-vindo-a-era-do-almoco-gratis>>, acesso em 30/01/2016).

O pensamento comunitário altera o jeito individualista de pensar a economia. Enquanto o liberal pensa na competição e no ganho individual, o solidarista ganha em conjunto e lucra muito mais. A economia muito ganhou quando descobriu o benefício do compartilhamento com os shoppings, o consórcio, a cooperativa, as feiras.

É curioso observar que as cinco maiores empresas do mundo não têm um produto específico a oferecer que venha da sua própria produção ou expertise. A Uber é a maior empresa de transporte e não possui um único carro em sua frota. O facebook é a maior empresa de mídia e não cria um único conteúdo. O Alibaba é o maior site de vendas do mundo e não possui um único produto em estoque. A airbnb é a maior empresa de hospedagem e não possui um único quarto disponível. O google é o maior site de pesquisas e não produz uma única linha de conhecimento. A pedra fundante dessas empresas é o compartilhamento e elas comprovam que esse valor social é capaz de produzir riquezas.

Essa nova forma de interação com o mundo tem impactado a ciência, as relações humanas, a economia e, conseqüentemente, o Direito.

Alinhavando esta ideia, Marc Halévy (2010, p. 73), baseado nos valores da chamada revolução noética, movimento que explica bem este fenômeno do compartilhamento, chama a atenção para a revolução dos princípios básicos da economia.

Compartilhamento e gratuidade como fundamento do valor noético. Ou seja, o exato oposto dos princípios básicos da economia e do comércio clássicos. Esta observação simples, mas cheia de bom senso, não deve ser esquecida: quando dou um objeto que possuo, eu não o possuo mais; quando dou a outra pessoa uma informação que possuo, nós dois a possuímos integralmente.

Ele propõe um sistema híbrido entre o capitalismo e o socialismo. Seu objetivo é diminuir drasticamente a divisão de renda, democratizar a economia global e criar uma sociedade ecologicamente sustentável. Mercados dão lugar a redes e o acesso se torna mais importante que a posse. “*Definiscono un modello sociale e produttivo basato sulla cooperazione anziché sulla concorrenza, sul legame sociale e sulla solidarietà anziché sull’egoismo individuale* (RICOVERI, 1995, p. 83).

O interesse próprio dá lugar ao interesse colaborativo. O modelo tradicional de riqueza financeira é substituído por um sonho de uma vida ecologicamente sustentável. Contudo, não propõe o fim do capitalismo, apenas objetiva que este não fique reduzido a um único aspecto da produção de bens e serviços especializados. (Disponível em <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1094/noticias/bem-vindo-a-era-do-almoco-gratis>>, acesso em 30/01/2016).

Tal modelo econômico propõe uma nova forma de vida, onde as pessoas compartilham as informações, energia renovável, entretenimento, carro, casa e até roupas. Jovens empreendedores criam empresas e novos negócios a partir dessa premissa, substituindo o “valor de troca” pelo “valor do compartilhamento”. A riqueza não se limita a um título que garante um poder de troca no mercado, ela se torna um elemento constitutivo da pessoa e da sua cidadania.

Esse modelo de vida produz impactos significativos na economia de mercado, criada para a acumulação individual de riquezas. Tomemos por base a propriedade consolidada pelo sistema de *time sharing* que já é bastante utilizado em nossos dias. Nele o indivíduo compartilha a propriedade de um único bem com outras pessoas, tendo o domínio pleno em apenas certos períodos de tempo durante o ano. Esse modelo é bastante comum no mercado de alto luxo, como carros, aeronaves, embarcações e imóveis. Trata-se de alternativa

bastante interessante para quem quer ter acesso a esses bens mas não tem dinheiro suficiente para possuí-lo de forma exclusiva.

Segundo dados da Revista Exame, esse modelo se projetará fortemente até 2050. Atualmente, mais de um terço da raça humana está produzindo a própria informação e compartilhando-a através de vídeos e autos pela internet com custo próximo de zero. Essa prática começa a atingir setores da economia como a indústria e a educação. Tem sido frequente a distribuição gratuita de propriedade intelectual de autores de livros e artistas da música. A previsão é que nas próximas duas ou três décadas esses produtores-consumidores estejam compartilhando energia renovável, bens físicos e serviços, levando a economia mundial a uma nova era, um tempo em que as coisas sejam praticamente gratuitas. (Disponível em <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1094/noticias/bem-vindo-a-era-do-almoco-gratis>>, acesso em 30/01/2016).

O capitalismo busca levar para a área econômica todos os aspectos da vida, como se fez com os alimentos, com a água, com os artefatos produzidos, com as relações sociais. Pouca coisa fugiu a esse poder transformador. Felizmente ainda hoje o acesso a certos bens da vida só é possível pela solidariedade, como a doação de órgãos, sangue ou material genético.

E se por um lado essa realidade empolga e até assusta pelas possibilidades que gera para o espírito humano, por outra cria desafios para os ordenamentos jurídicos, os quais deverão tutelar as relações privadas que se estabelecem em volta dessas riquezas e dessas propriedades, relações complexas que desafiam legislações criadas no século XIX para um mundo vivenciado de forma corpórea, limitado ao que se pode ver, tocar e acumular. A nova titularidade de cunho constitucional impõe novas interpretações do sistema, para que se garanta a correta e mais ampla tutela dos direitos, pois como bem ressalta Fachin (2015, p. 33) “[...] não basta novo significante. Cumpre abrir as portas para entender os novos significados”.

O compartilhamento proporciona uma nova categoria de bem jurídico (o bem difuso), e uma nova gama de direitos (os direitos difusos). Também inaugura uma titularidade desconhecida nos ordenamentos liberais da era moderna, desafiando o direito a uma reestruturação normativa que proporcione meios mais adequados para a violação desses novos direitos, de contornos tão precisos.

Foram os princípios de cunho solidarista, incorporados pela Constituição Federal Brasileira, que propiciaram uma nova ordem na tutela de direitos do ordenamento. Como bem destaca Marcelo Neves (2013, p. 144), é a diferenciação funcional de cada sociedade, assim como a diferença entre homem e sociedade que indicam quais serão os princípios adotados na

sua Constituição. Diz o autor que “[...] eles são construídos e compreendidos a partir das exigências de cada um dos sistemas sociais, que se relacionam conflituosamente em uma sociedade hipercomplexa”. As demandas entre homem e sociedade, ou indivíduo e sociedade é que marcam a necessidade de uma tutela ampla e direcionada aos direitos difusos.

O presente estudo propõe uma análise dessa nova categoria jurídica ligada ao pertencimento, especialmente quando a temática se apresenta no seio de uma relação privada. É possível vislumbrar a presença de um direito difuso, cujo titular é a sociedade, em variadas situações jurídicas regidas pelo direito civil, agregado aos bens de tutela jurídica individual.

Se em dado tempo um conflito jurídico sobre um pacote de dados contratado entre consumidor e empresa se encerrava numa discussão contratual de caráter eminentemente privado, hoje envolve uma segunda seara de direitos, exigindo a discussão sobre o acesso à internet como direito fundamental, e por isso sem restrições.

No campo dos direitos autorais é possível discutir se o direito individual de propriedade se sobrepõe à importância social atribuída à obra quando em análise a possibilidade de proibição de acesso aos não proprietários.

Também no campo da responsabilidade civil há demandas onde o ato danoso do agente ultrapassa a esfera de direitos da vítima, a exemplo de atos de racismo. Quando uma pessoa é ofendida em sua honra por causa da cor negra, todas as outras são ofendidas, ainda que não estejam no local da ofensa. Por esta razão, foi editada a Lei 12.966, de 24.4.2014, alterando a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), para incluir a proteção à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. Ressalte-se que não se trata de um direito coletivo, mas difuso, posto que a raça, a etnia e a religião não se enquadra como categoria coletiva no sentido clássico.

Da mesma forma, um litígio que verse sobre danos causados por um medicamento numa demanda individual pode exigir a discussão sobre os impactos da sua permanência no mercado, diante do perigo de contágio, disseminação de epidemias ou deformidade física em adultos, crianças ou nascituros.

O tema de medicamentos lança ainda uma importante discussão sobre a amplitude dos direitos ligados ao domínio daquele que detém a propriedade. Pode o titular de uma patente decidir não fabricar um medicamento sabidamente eficaz contra uma doença que cause grande mal à humanidade, a exemplo da AIDS ou do câncer?

Entre as discussões mais contemporâneas tem-se o direito ao esquecimento, trabalhado sob a ótica do direito individual. Certos fatos ou acontecimentos pessoais constroem a história do indivíduo e ao mesmo tempo a história de um país ou de uma região

trazendo um conflito entre a tutela de direitos, porque o direito ao esquecimento é individual, mas o direito à memória é difuso. Esse contexto deve ser ponderado para definir a aplicação do direito ao esquecimento no caso concreto.

Essas demandas não mais encontram soluções suficientemente adequadas com a simples aplicação da tutela dos direitos individuais ou mesmo com o cumprimento da função social da propriedade. O uso destes institutos limita a discussão à seara privada e impede o ingresso de um segundo direito que precisa ser tutelado e ponderado em julgamento judicial que vinculará pessoas e determinará condutas de impacto substancial na sociedade.

[...] vislumbrar um sentido contemporâneo para o regime do direito das coisas. Temas como a função social da propriedade, o seu sentido específico como mecanismo de distribuição de riscos e vantagens comunitárias, a divisão de riquezas nacionais, como as jazidas de gás e petróleo e a arquitetura física do sistema de telecomunicações, podem ser temas que auxiliem a entender a importância de saber o sistema de direito das coisas e verificar a prestabilidade de suas categorias para o homem de hoje (PENTEADO, 2012, p. 40)

Somente a certeza da existência de uma nova titularidade sobre direitos difusos no ordenamento jurídico proporcionará uma interpretação de caráter transdisciplinar, de ordem constitucional e que se reflete por todo o direito privado. A partir disso será possível encontrar soluções mais adequadas para esses conflitos jurídicos que se desenvolvem num sistema complexo de direitos e deveres presentes nas relações jurídicas que envolvem bens e direitos individuais e difusos.

Os assuntos de impacto global já são intensamente vividos pela sociedade contemporânea e há tempos impõem uma revolução no trato dos ordenamento, do trabalho doutrinário e da formação da jurisprudência. Carbonnier (1979, p. 179) chama a atenção para a necessidade do Direito estar alerta para os temas que ultrapassam a individualidade do ser humano e que passam a compor um problema social.

O problema da jurisdição não se põe realmente senão a partir do momento em que se dá conta de uma outra espécie de normas cuja observância ou inobservância já não é, como para a moral, um assunto estritamente fechado na *psyché* do indivíduo, mas antes, como para o direito, um problema social.

Por questões didáticas e no intuito de cumprir uma metodologia de trabalho o estudo será restrito à temática das titularidades, harmonizando as titularidades difusas com as titularidades individuais e coletivas, refletindo sobre os impactos produzidos na tutela do

pertencimento, ao mesmo tempo que se demonstrará o amplo espaço de pesquisa aberto pelo tema.

2.4 Uma sociedade de relações complexas compondo novas demandas sociais e jurídicas.

Em épocas longínquas, estabeleceu-se por longo tempo a certeza de que o universo tinha na ordem sua lei primeira, fato que se consolidou especialmente após Descartes criar o seu método de solução de problemas através da separação de seus elementos. O conhecido método cartesiano, aplicado por mais de meio século, propiciou uma apropriação do conhecimento através de suas partes e a consequência natural foi a divisão das disciplinas, estabelecendo-se a premissa de que, ao estudar uma parte do todo, o observador não se devia deixar contaminar pela outra parte. Só assim se produziria o conhecimento puro sobre determinado objeto.

O estudo da ciência jurídica também incorporou o método cartesiano e por tanto tempo negou a interdisciplinaridade, o que vimos com clareza na clássica divisão entre direito público e direito privado. Era o ordenamento dividido em partes estanques que não dialogavam entre si, oferecendo soluções simples para os conflitos sociais.

No século XIX, com a descoberta da segunda lei da termodinâmica, a ciência descobriu a desordem como parte do universo, e com ela veio a quebra das certezas que só podem existir num mundo governado pela ordem. Contudo, enquanto o começo do século XIX enfrentou o diálogo entre a ordem e a desordem, o fim do século propiciou o surgimento das ciências sistêmicas, iniciando pela ecologia, cujo estudo parte da concepção de interação entre os elementos. Enquanto o mundo pautado na ordem propunha o estudo da natureza em partes (geologia, vulcanologia, meteorologia), o mundo da desordem junta os diferentes saberes, concebendo a terra como um sistema complexo. (MORIN, 1999, p. 24)

Essa mudança de paradigma foi determinante para a visualização de um mundo interligado, onde a autonomia das partes só tem um sentido no todo que as compõem e consolidou-se a ideia de que a compreensão dos fenômenos está nele mesmo e no seu contexto. A partir dos anos 70 surge uma “antropologia transdisciplinar” modernizando a complexidade organizacional que definia o fenômeno humano.

Há, pois, uma incontestável tendência ao espírito humano para entrelaçar as ciências, a fim de que se ajudem mutuamente na descoberta das verdades e o que é mais notável é que esse entrelaçamento se opera pela especialização de cada uma, constituindo-se todas elas em fatores eficazes da unificação do saber e de forma tal vão trabalhando que essa especialização mesma reclamará a necessidade de uma ciência única para explicar tudo quanto se

refere ao homem e à natureza, chegando-se ao resultado final de constituir-se uma ciência que poderá ser denominada Biologia Integral. (LOBO, 2006, p. 124)

Fácil perceber como esse cenário proporcionou o surgimento e a valorização de temas transdisciplinares como a ecologia que saiu de um simples movimento *hippie* na década de setenta para a consolidação de uma disciplina própria, o direito ambiental, impondo deveres constitucionais de sustentabilidade para o exercício da propriedade privada.

Para compreender melhor tal fenômeno, tem-se a teoria de Edgar Morin que desde a década de cinquenta foi responsável por pensar e descrever a complexidade humana. A partir de suas reflexões foi possível entender algumas premissas que determinam a visão humana sobre si mesma e as consequências produzidas nos modelos de apropriação que ao longo do tempo regularam o poder do ser humano sobre as coisas.

O método proposto pelo autor foge do reducionismo, tanto a que considera o todo sem a parte, como a que considera a parte sem o todo. Sua proposta está no olhar conjunto sobre os fenômenos, porque tudo está interligado. “Não podemos compreender alguma coisa de autônomo, senão compreendendo aquilo de que ele é dependente”. (MORIN, 1999, p.25). Para ele a realidade se mostra para o ser humano em seus sistemas, sub-sistemas e polissistemas a exemplo das galáxias, da biosfera, da sociedade”.

A grande questão, portanto, é esta: combinar o simples e o complexo. Quando a simplicidade não funciona mais é preciso passar ao elo, à espiral, a outros princípios do pensamento. Temos assim a revolução que diz respeito a um grande número de ciências e que substitui a incerteza pelo jogo do certo e do incerto, do separável e do inseparável. (MORIN, 1999, p. 28)

Seu método propõe uma nova maneira de usar a lógica, em contraponto ao paradigma lógico da ordem, sem que isso signifique abandonar os princípios lógicos clássicos. Segundo ele, “[...] a ambição do pensamento complexo é dar conta da articulação entre os campos disciplinares que são desmembrados pelo pensamento disjuntivo (um dos principais aspectos do pensamento simplificador”. (MORIN, 2011, p. 6). Como explica Emílio Roger (2006, p. 91), “[...] o *paradigma da complexidade* nos abre as portas da lógica da articulação e da abertura frente à lógica do fragmento”.

A teoria da complexidade propõe que o fenômeno seja observado em sua inteireza, não se limitando às partes que compõem o todo, mas indo além disso para observar ainda o resultado de suas interações. Como explica Marc Halévy (2010, p. 44), “[...] em um sistema complexo, o todo é igual à soma das partes *mais* o conjunto dos processos de

interações combinatórias entre essas partes”. O poema é mais que a junção de palavras e um time é muito mais que um conjunto de jogadores.

Para além do humanismo racionalista do renascimento, Morin cria o homem complexo e biocultural. Como explica Edgard Carvalho (2006, p. 107), “[...] devolve-o ao império da natureza sem retirá-lo da república da cultura, descentrá-lo de sua superioridade, para reinseri-lo na diáspora global cósmica”. Para Morin há um modo mutilador na organização da ciência que resiste a enfrentar que o real tem uma natureza complexa, e negar este fato produz uma cegueira causada pelo uso degradado da razão.

Propõe assim a mudança do “paradigma da simplicidade” para o “paradigma da complexidade” porque só este último permitirá civilizar o conhecimento, retirando-o da era bárbara das ideias. O paradigma simplificar põe ordem no universo, reduzindo esta a uma lei, a um princípio. Diz ele que “[...] o pensamento simplificador é incapaz de conceber a conjunção do uno e do múltiplo (*unitat multiplex*). Ou ele unifica abstratamente ao anular a diversidade, ou, ao contrário, justapõe a diversidade sem conceber a unidade”. (MORIN, 2011, p. 12)

Para isso, é imperioso praticar a auto-ética, como uma espécie de arte articulada à ética política, construída a partir de seis idéias-guia que, para Morin, são fundamentais para a ‘restauração do sujeito responsável’: a ética do religamento, a ética do debate, a ética da compreensão, a ética de magnanimidade, a ética de resistência e a incitação às boas vontades. (CARVALHO, 2006, p. 116)

Com base nessa ideia, somente o paradigma complexo permite perceber o caráter solidário e multidimensional de toda realidade. O autor indica ainda três princípios básicos que auxiliam o indivíduo a entender este paradigma complexo: o princípio dialógico, o princípio da recursão organizacional e o princípio hologramático.

O princípio dialógico promove a associação de dois termos ao mesmo tempo complementares e antagônicos, mantendo a dualidade no seio da unidade. Já o princípio da recursão organizacional parte da ideia que somos ao mesmo tempo produtos e produtores de algo. Os indivíduos produzem a sociedade que produz o indivíduo. Por fim, o princípio hologramático que diz que cada pedaço do todo contém a totalidade da informação do objeto representado. Cada célula do organismo possui a totalidade da informação genética desse organismo. (MORIN, 2011, p. 74)

Contudo, embora afirme Morin (2011, p. 93) que é necessário viver e lidar com a desordem, também destaca o perigo do excesso de complexidade, o que seria destruturador.

Para ele, uma organização que só tivesse liberdade e pouca ordem se desintegraria, a menos que fosse possível uma solidariedade profunda entre seus membros.

A contemporaneidade já incorporou essa premissa da complexidade em diversos campos do saber, e a ciência jurídica não é imune a ela. Vivemos numa sociedade de massa cujos membros se relacionam entre si gerando situações de fato cada vez mais complexas, exigindo do Direito uma tutela eficiente nos conflitos que provoquem prejuízos em massa.

Enquanto a ciência jurídica estiver estruturada e preparada apenas para os conflitos individuais, estas situações da vida ficarão à margem da lei, reclamando uma tutela cada vez mais urgente. O mundo moderno tem exigido soluções eficientes para demandas essencialmente coletivas, cuja natureza é de complexidade, destacando a insuficiência de uma tutela meramente individual, pensada para uma outra sociedade, em um outro tempo, onde tudo era mais simples porque o indivíduo estava seguro no seu mundo limitado de certezas absolutas.

A ciência, de forma geral, trabalha hoje com a perspectiva da complexidade, por compreender que “[...] à ordem mecânica dos sistemas simples, não raro bem controlados pelos métodos cartesianos, vem se juntar uma ordem orgânica que funda os sistemas complexos e pede novos métodos de estudo” (HALÉVY, 2020, p. 11)

Essa ideia também está posta na sociologia, através dos estudos de Bauman (2001, p. 38) quando sustenta que há uma atividade incessante da sociedade moderna no processo de individualização, ao mesmo tempo que há uma constante reformulação e renegociação na atividade dos indivíduos na rede de entrelaçamento chamada sociedade. Segundo ele, “a individualização” agora significa uma coisa muito diferente do que significava há cem anos e do que implicava nos primeiros tempos da era moderna – os tempos da exaltada “emancipação” do homem da trama estreita da dependência, da vigilância e da imposição comunitárias.

E não poderia a ciência jurídica não sofrer os impactos dessa recomposição da sociedade e da ciência em sua forma ampla. Tomando por base os ordenamentos jurídicos do século XIX, apenas para traçar uma linha do tempo que possibilite a comparação ora desejada, é possível perceber como a visão da sociedade como um sistema simples proporcionou ordenamentos jurídicos que se constituíam em sistemas simples, com soluções pretensamente pré-determinadas para os conflitos jurídicos também compreendidos de forma simples.

É o caso do direito de família que foi estruturado como um sistema simples pautado no matrimônio civil. Só o sujeito casado tinha acesso ao direito de família e com isso

se negou por séculos a complexidade das relações advindas do afeto. Somente a visão do real sistema complexo que envolve as relações afetivas tornou possível o ingresso de outros projetos parentais no direito de família.

Também o direito de propriedade foi erguido sobre um sistema simples: ou se era proprietário e assim se tinha acesso ao trânsito jurídico ou não se era proprietário, mantendo-se à margem do direito de propriedade. Grande avanço se dá com a presença da posse no direito das coisas, como uma forma de titularidade distinta dos direitos reais, mas integrante da tutela do pertencimento. Agora é hora de se compreender uma nova forma de titularidade inaugurada na Constituição Federal de 1988, a titularidade sobre bens difusos, que alarga ainda mais a tutela do pertencimento.

A visualização do sistema complexo que envolve o pertencimento alarga a visão do ordenamento jurídico e também do intérprete, pois não basta que algo esteja na lei para que seja imediatamente compreendido e corretamente aplicado. Somente a partir dessa nova compreensão sobre a complexidade das relações entre pessoas e bens permitirá a visualização de um tipo de pertencimento que vai além dos direitos das coisas. Trata-se da compreensão de que o ordenamento já prevê outra titularidade, a que recai sobre bens difusos, os quais rejeitam a exclusividade típica do direito de propriedade e até mesmo o seu registro formal.

Nesse contexto, pertinente a reflexão de Ricardo Aronne (2014, p. 178) ao tratar dos filtros artificiais que permitem ou impedem o ingresso de um direito no ordenamento jurídico.

Ou seja, regulando a vida, a partir de um filtro artificial denominado relação jurídica, é traçada uma linha entre o direito e o não direito, cujo pórtico de entrada ao trânsito jurídico se dá em face do reconhecimento da condição de sujeito de direito, que, no caso do direito das coisas, implica a titularidade, e não a condição humana, ubicada em um mínimo social.

No âmbito privado, os sujeitos de direitos exerciam seu poder sobre os bens jurídicos e estabeleciam situações de crédito, de parentesco ou de propriedade, tudo assentado em suportes fáticos normativos que prometiam prever todas as relações sociais possíveis. O método cartesiano era suficiente para adequar o fato à norma, promovendo a segurança jurídica desejada.

Já os ordenamentos do século XX abriram espaço para a incorporação de direitos ligados a relações jurídicas complexas, envolvendo direitos de ordens diversas reivindicados por múltiplas titularidades. Nesse contexto, a metodologia anterior se mostrou deficiente por não ser capaz ao menos de visualizar a multiplicidade de direitos envolvidos em certos

conflitos jurídicos. Por esta razão, Marc Halévy (2010, p. 15) sustenta que “[...] temos de renovar nossa caixa de ferramentas intelectuais”. E acrescenta:

Nossas linguagens naturais tão lineares, tão hierarquizadas, tão codificadas, tão unívocas, também devem ser completadas e superadas por novas metalinguagens poéticas, metafóricas e simbólicas, aptas a assumir a globalidade, a fluidez, a rapidez e a imprecisão das situações e dos processos complexos

Nessa seara, fica fácil perceber que um litígio é muito mais que um enfrentamento entre dois interesses antagônicos de um autor e de um réu. Os interesses e direitos envolvidos em uma relação privada ultrapassam o que propõe os sujeitos do processo. Negar a existência de outros titulares de direitos e de outros objetos de direito leva a simplificação de uma relação complexa e o preço será sempre uma decisão míope e injusta.

2.5 As novas demandas de pertencimento e o advento de uma nova categoria jurídica: os bens difusos.

Não é de se estranhar que tradicionalmente as primeiras codificações civis tutelassem apenas as relações de pertencimento com as coisas corpóreas, fazendo delas o centro do capítulo destinado ao direito de propriedade. Ainda em tempos atuais, há uma dificuldade notória do legislador brasileiro em inserir no capítulo destinado à propriedade qualquer tema ligado aos bens incorpóreos, tanto que a propriedade intelectual está inserida em lei extravagante.

Teixeira de Freitas (2003, LXXI) nos dá uma razão que justifica este balizamento do direito das coisas às coisas corpóreas, explicando que somente elas são passíveis de domínio:

A possibilidade do direito real, com o seu efeito essencialmente físico, só concebe-se em relação aos objetos corpóreos – coisas- no sentido natural da palavra; e tal é a primeira limitação, que de necessidade restringe a ideia de propriedade em seu sentido mais extenso. Os objetos incorpóreos, que são apreciáveis pelo denominador comum –moeda-fazem parte do nosso patrimônio, mas não estão sob nosso domínio, não são suscetíveis de posse, nem dos efeitos do direito real

O certo é que a opção legislativa de estabelecer uma relação de domínio do ser humano somente sobre as coisas corpóreas parece muito mais uma herança de uma visão cultural e histórica de mundo ligada ao que se pode ver e tocar do que uma impossibilidade real do instituto. Consequentemente, os ordenamentos jurídicos se prepararam para as

demandas produzidas pelo pertencimento individual, mas timidamente tocam, ainda na era contemporânea nas demandas que ultrapassam o interesse exclusivo de um titular, a exemplo dos bens difusos.

Marcos Alcino (2008, p. 273) encontra na propriedade uma característica de flexibilidade, ao contrário da rigidez de sua definição clássica, graças ao trabalho de atualização do sentido da norma produzido pela doutrina e jurisprudência: “[...] por natureza, o direito de propriedade é flexível e maleável, conforme a característica do seu tempo, conforme a interpretação que lhe dá a doutrina e os tribunais e conforme a natureza do bem, agora polarizada “para realização de finalidades ou objetivos sociais”.

Agora a urgência está tanto na atualização das normas jurídicas como das perspectivas do intérprete, que precisa estar pronto para adequar corretamente as palavras de um texto normativo quando isso for possível. Como bem acentua Richard Posner (2011, p.167), *“o direito venera a tradição, o precedente, o ritual, o costume, as práticas antigas, os textos antigos, a terminologia arcaica, a maturidade (...) Desconfia da inovação, das rupturas, das “mudanças de paradigma”, bem como da energia e do ímpeto dos jovens”*.

Se a ausência de normas propicia o perigo da liberdade sem freio entre os particulares nessas novas relações jurídicas, muito mais perigosa será a conduta de um julgador que não vislumbra as inovações já possíveis na lei. Como sustenta Perlingieri (2008, p. 8), abre-se para o civilista um vasto e sugestivo programa de investigação, que se propõe a realização de objetivos qualificados:

Individuar um sistema do direito civil harmonizado com os valores constitucionais e, antes de tudo, ao valor da pessoa humana; redefinir os fundamentos, as rationes e assim as extensões dos institutos, ressaltando-lhes seus perfis funcionais; adequar as técnicas e os conceitos tradicionais e sobretudo renovar funditus a argumentação jurídica, propondo uma teoria da interpretação respeitosa da legalidade constitucional.

Nesse mundo de possibilidades que se apresenta, onde se criam novas necessidades para o espírito humano, as coisas objeto de pertencimento podem se tornar essenciais, por serem o traço de uma nova era, a ponto de ganharem uma importância tal que já não seja possível viver sem elas. Para além do telefone, como meio de comunicação entre duas pessoas, necessitamos cada vez mais dos smartphones e seus aplicativos para viabilizar a completa satisfação dessa interação que vai além do diálogo falado numa troca de informações.

Sob este aspecto, a atividade privada que lida com tecnologias podem ter no seu produto um interesse global com capacidade de gerar discussões internacionais ligadas a direitos fundamentais. Imaginemos, pois, as situações em que países ditatoriais, a exemplo de China e Cuba, inibem ou determinam a redução do sinal de internet por parte dos provedores para que os cidadãos não tenham acesso irrestrito à informação ou tenha dificuldade de organização em momentos de conflitos sociais.

Há que se perguntar, então, se o acesso à internet se tornou um direito fundamental, um direito que paira sobre o serviço oferecido pelas empresas denominadas provedores, afinal ela consegue romper com a lógica da modernidade construída sobre a lógica da propriedade privada exclusivista, podendo ser um “paradigma do bem comum global”, numa expressão de Ugo Mattei (2011, p. 93). Se a resposta for afirmativa então a internet será considerada um bem difuso e seu trato legal não poderá se limitar ao poder do titular (o provedor), tendo que levar em conta o poder do segundo titular (a sociedade) que sem ela já não vive sua expressão mais legítima nessa nossa era.

Como se vê, um novo mundo começa a se moldar e estamos apenas no começo. Neste novo cenário, onde o incorpóreo aumenta sua relevância na formação do conceito de riqueza, o cidadão moderno também sente necessidade de experimentar as coisas que afetam o espírito, a exemplo da arte, do patrimônio histórico, da música atemporal. Mais que uma possibilidade de experimentação, o mundo contemporâneo exige o acesso a estes bens da vida como direitos, garantidos nos diversos meios normativos. É esse valor humano que torna possível a positivação de bens e direitos difusos no sistema jurídico brasileiro.

O que se percebe é que quando se busca a regulação de certos bens percebe-se que eles não se encaixam adequadamente no formato proprietário proposto pelo código civil, seja porque já nascem de forma comunitária, como a internet, seja pela função que exercem na sociedade, a exemplo da água. Essa inadequação é que vem pressionar o legislador, o intérprete e o julgador a vislumbrarem uma nova forma de tutela dos bens e direitos.

O imaterial começa a ser considerado como riqueza, e como valor atribuído pelo espírito humano, e tem ocupado um espaço cada vez maior na esfera de interesses do indivíduo com a denominação de bens difusos. A novidade dos tempos atuais é que as pessoas têm atribuído a esses bens imateriais a mesma relevância que naturalmente se dá aos bens ordinariamente sujeitos à tutela jurídica, rompendo com as certezas da legislação civil.

As inovações que despontam causam impactos significativos no direito civil justamente porque desafiam os modelos consolidados no âmbito das relações privadas. Sem a correta percepção desta nova realidade corre-se o risco de viver num mundo novo regulado

por um ordenamento velho, que não o alcança, causando-se sérios problemas de efetividade normativa.

Num mundo digital e virtual o pertencimento tem um perfil próprio, de natureza incorpórea e sem expressão econômica, mas de grande valor para o seu titular. São os chamados bens digitais. Eles são compostos por uma gama de coisas incorpóreas que fazem parte da vida do indivíduo, tomando boa parte do seu tempo, da sua atenção e da sua esfera de valores. Contemplar a estrutura destes bens se faz necessário para compreender as possibilidades do mundo incorpóreo, pois é nele que habitam os bens difusos.

O conhecimento, as informações e as memórias não são mais registrados e guardados em material sólido como livros, material fotográfico e documentos, eles estão cada vez mais em ambiente virtual. Estamos falando da propriedade de contas de armazenamento na nuvem, e-mails e arquivos on-line de músicas e livros. Hoje é comum que um herdeiro atribua grande valor a uma lista de músicas e livros comprados no aplicativo “itunes” pelo simples fato de resguardar a memória musical do *de cujus*, o que pode levar a discussões em um processo de inventário, uma vez que o acervo de música em “cds” ou vinis são considerados bens móveis, mas os arquivos digitais ainda não têm um assento seguro no espólio.

Imagine-se ainda como se agravaria a discussão que enfrentasse o desejo de um ícone da música ou do cinema que resolvesse por meio de testamento destinar seu acervo pessoal armazenado na nuvem para que as imagens, vídeos e textos pudessem ser compartilhados com a humanidade, permitindo o livre acesso de qualquer pessoa. Estaria indiscutivelmente criando um bem difuso.

Sabendo-se que uma fotografia ou um escrito pessoal de uma pessoa famosa pode ser vendida por preços altos, e que pode render altos valores com sua exibição, haveria de se discutir se o acervo imaterial deve compor o inventário, ou se ao ser considerado patrimônio sofreria a limitação do percentual de cinquenta por cento da parte disponível para o testamento.

Tomemos outro exemplo: o facebook. O aplicativo mudou a vida das pessoas de forma significativa. É nesse ambiente virtual que as pessoas se expressam, se relacionam, compartilham informações e emoções. O acervo guardado no aplicativo começou a ser de grande interesse de seus titulares e mais recentemente de seus sucessores. Trata-se da memória do falecido que pode ser perpetuada para parentes e amigos através de fotos, textos e vídeos que tenha selecionado ou produzido.

Agora é possível que o usuário escolha um “contato herdeiro” ou “contato de legado” para administrar sua conta após sua morte. Segundo a página oficial do aplicativo (Disponível em: <<https://www.facebook.com/help/1568013990080948>>, acesso em 18 de agosto de 2016), um contato herdeiro é a pessoa que você escolher para cuidar da sua conta, se ela for transformada em memorial. Esse herdeiro poderá baixar uma cópia de tudo que foi compartilhado e alimentar a página com homenagens ao falecido. O mais interessante é que, pelas regras da empresa, o administrador é indicado pelo titular do perfil ainda em vida e não pode passar essa função a terceiros, nem mesmo que seja um inventariante judicial.

Mas ainda há outras situações que geram conflitos, atingindo a esfera existencial de pessoas. Ainda mencionando o mesmo ambiente virtual do facebook tem-se o processo judicial iniciado por uma mãe no Mato Grosso do Sul que conseguiu uma liminar para excluir a página do perfil de sua filha já falecida. A alegação foi de que as frequentes postagens de amigos da filha lhe causavam grande abalo emocional. (Disponível em: <<http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2013/04/mae-pede-na-justica-que-facebook-exclua-perfil-de-filha-falecida-em-ms.html>>, acesso em 18 de agosto de 2016).

A situação aqui tem como destaque o fato de que a mãe não deseja continuar o direito de uso do bem digital, seu interesse está em findar o acesso, tomando decisões de destinação sobre um bem que considera ter herdado, como faria com qualquer bem corpóreo. Certamente, a definição deste bem como propriedade, e consequentemente a possibilidade de ser objeto de herança, não está claramente posto no código civil. Essa nova realidade impõe uma readequação de linguagem, e a partir dela uma readequação dos institutos. Só assim será possível dar respostas às novas demandas do mundo contemporâneo.

Todas essas situações demonstram como os bens imateriais estão redefinindo o conteúdo dos institutos do direito privado. Todas as áreas sofrem os impactos da valorização social crescente sobre os bens imateriais. A economia do compartilhamento, por exemplo, é uma prova de que os valores imateriais redimensionam o jeito de viver e se relacionar, exigindo do ordenamento jurídico novas estruturas e novas tutelas.

Este estudo tem seu objeto de análise na seara do pertencimento, onde os bens imateriais impactam a sociedade, sendo qualificados como bem difusos e que frequentemente podem ser objeto de conflito quando enfrentado com relações patrimoniais ligadas ao domínio exclusivo de um proprietário. O campo de pesquisa é imenso e não há dúvidas que a partir dos conceitos e categorias aqui apresentados, muito há a ser analisado em futuras pesquisas.

Esse é um desafio para um Código Civil criado para regular um patrimônio sólido, num âmbito deveras limitado, onde o livro que regula o pertencimento é denominado “direito

das coisas”, conceito limitado aos bens de natureza corpórea. O direito das sucessões que tradicionalmente gerou ações de inventário para a partilha de imóveis e veículos agora se vê diante de bens digitais, um desafio imposto pelas relações geradas no ambiente imaterial.

O projeto da modernidade iniciou-se sobre os pilares das certezas, com a ciência desvendando os segredos da natureza e o Direito estabelecendo a ordem através de conceitos jurídicos que se propunham a regular a vida pública e privada através de categorias pré-determinadas, densas o suficiente para traçar um muro sólido entre o certo e o errado e entre o possível e o impossível jurídico.

Na era contemporânea, esse projeto segue se desfazendo dessas certezas, a ponto de Zygmunt Bauman (2001, p. 8-9) defini-la como uma modernidade líquida. Ao explicar a natureza dos fluidos, com sua ausência de forma própria, com uma enorme capacidade de movimentação, e com sua permanente disponibilidade a mudanças, encontra nela a metáfora ideal para se assimilar os contornos de uma nova era. “Essas são razões para considerar “fluidez” ou “liquidez” como metáforas adequadas quando queremos captar a natureza da presente fase, *nova* de muitas maneiras, na história da modernidade.”

As reflexões de Bauman levam à compreensão de um mundo onde tudo é transitório, sem raízes, “líquido”. Nele não se deseja viver, mas compartilhar o que se viveu através das redes sociais. As experiências só têm sentido se transmitidas, e registrá-las é mais importante que vivê-las. Constrói-se assim um sujeito globalizado mas extremamente solitário, tangível apenas no mundo virtual.

Paradoxalmente, essa fluidez que torna as relações humanas superficiais firmou as bases para o compartilhamento de valores coletivos importantes para a construção de bens comuns. Esse sujeito virtualizado, isolado fisicamente, se sente parte do mundo e compartilha sentimentos de sustentabilidade, direitos humanos e quebra de fronteiras.

Diz o autor que a modernidade encontrou os sólidos pré-modernos em estado avançado de desintegração. “Os primeiros sólidos a derreter e os primeiros sagrados a profanar eram as lealdades tradicionais, os direitos costumeiros e as obrigações que atavam pés e mãos, impediam os movimentos e restringiam as iniciativas. Para construir seriamente uma nova ordem (verdadeiramente sólida!) era necessário primeiro livrar-se do entulho com que a velha ordem sobrecarregava os construtores.” (BAUMAN, 2001, p. 10)

Nos dias atuais essa velha ordem corresponde às relações jurídicas exclusivamente individualistas, sem responsabilidades externas a si e descompromissada com o meio onde se relacionam e com os sujeitos além dos contratantes.

Para Bauman (2001, p. 12), a nova ordem trata prioritariamente de “derreter os sólidos” compondo uma tábua de interesses diferentes que convivem entre si.

Os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas – os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro.

Para ele, a profunda mudança trazida por esta modernidade líquida está na profunda transformação do espaço público, e, de modo mais geral, no modo como a sociedade moderna opera e se perpetua. (BAUMAN, 2001, p. 33)

As verdades sólidas vividas pelo direito até o início da era moderna delimitavam no campo jurídico uma separação cartesiana entre terreno público e privado. Como colorário dessa classificação fundou-se um direito civil erguido sob os pilares da família, da propriedade e do contrato.

A família, concentrada na figura do patriarca diluiu-se na figura de todos os seus membros como sujeitos de direito; a propriedade corpórea agora divide espaço com outra, a incorpórea e compartilhada. Ela que foi concebida pelos modernos como apropriação exclusiva, viu nascer a coletiva e em seguida a difusa; e o contrato, sempre restrito aos interesses das partes, ganhou um terceiro contratante: a sociedade.

Há, pois, desafios contemporâneos para o estudo e para a aplicação do Direito. Cumpre ter em conta as premissas de contextualização histórica; dela não podem se descurar as transformações no Direito Privado; são reptos para a Constituição a ser realmente efetivada e para o papel dos tribunais superiores; esses apontamentos se voltam, pois, à retomada da ética na sociedade e na sua expressão jurídica. (FACHIN, 2015, p. 153)

Adequar um mundo novo a um direito antigo é o grande desafio dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Como bem acentua Ricardo Aronne (2001, p. 36) “atender ao conteúdo normativo e axiológico da Constituição não é uma opção e sim um dever do civilista, pelo pressuposto de otimização dos princípios jurídicos”.

Espera-se do intérprete que tenha sensibilidade aos novos direitos e às novas titularidades contemplados na temática dos direitos difusos, uma vez que, ao menos no Brasil, a Constituição Federal de 1988 já iniciou a vanguarda desta mudança trazida pela nova era.

3 HISTORICIDADE DAS TITULARIDADES NO MUNDO OCIDENTAL

3.1 A Propriedade Romana: uma titularidade vinculada à família e ao Estado.

Uma análise histórica sobre um objeto de estudo sempre clareia a visão do observador. Mas é importante tomar como premissa o alerta de San Tiago Dantas ao afirmar que “*Todo conhecimento histórico é função do presente, responde a uma pergunta que esse presente formula sobre si mesmo, e tenta dar inteligibilidade no futuro.*”. (2015, p. 1)

A escolha de iniciar esta análise pela propriedade romana se dá pelo fato de sua influência umbilical com os ordenamentos do sistema romano-germânico, bem como pela peculiaridade de seus institutos, muitos perpetuados até os dias atuais e com marcante influência na formação do direito das coisas na era moderna e contemporânea.

É difícil falar do direito privado na modernidade sem uma referência ao direito romano. Ele moldou nossa forma de estruturar o código civil e sua autoridade se mostra latente na construção dos institutos jurídicos ligados à tutela da titularidade sobre coisas. Lafayette (2004, XVIII) chegou a afirmar no início do século dezenove que “*O código civil francês, bem como os demais códigos, não são senão a acomodação escrita do Direito Romano, à civilização moderna.* Segundo o autor, ele continua a ser substância e o molde do pensamento jurídico moderno.

Roma foi fundada originalmente pela reunião de tribos, num agregado de diferentes famílias, cujo chefe, o *pater famílias*, recebia forte proteção do Estado no sentido de garantir sobre o seu território a mais ampla liberdade de condução de sua vida privada, o poder sobre os membros da sua família e sobre os escravos, e ainda a propriedade sobre as coisas.

Existia uma ligação profunda entre o cidadão romano, seus antepassados, sua família e o Estado. E é justamente a justaposição desses elementos que fundamenta o direito romano. De início, quando a sociedade romana tinha um espírito guerreiro e conquistador, este direito era inacessível ao estrangeiro. Com o tempo essa base alargou-se, e o critério do *civitas* deu lugar ao critério do *libertas* como meio de acesso ao direito romano. “Já não era preciso ser *cidadão romano*, bastava ser *homem livre* para gozar das franquias e proventos do direito. (LOBO, 2006, p. 129)

Os jurisconsultos romanos explicaram por meios diversos a disponibilidade exclusiva dada ao proprietário dentro do território, o que tornou possível a conclusão de vários tipos de propriedade romana. Numa fase primitiva, a *mancipium* designava o *potestas*

sobre pessoas e coisas; nos últimos tempos da República passou-se a utilizar o *dominium* como faculdade ou poder do proprietário; e finalmente, o surgimento do *proprietas* que acentuou a pertença absoluta e exclusiva da *res* ao proprietário. (JUSTO, 1997, p. 15-16)

O direito romano vigorava para uma sociedade de economia fechada, agro-pastoril e escravagística, polarizada em núcleos chefiados por um chefe, o *paterfamilias*. A ele era dado de forma exclusiva os poderes do *dominium*, uma apropriação em caráter de exclusividade sobre as coisas corpóreas, onde se reflete a fortuna, as quais lhes permitiam o poder de exclusão, fruição e destruição. É o que se consolidou no *corpus jus civile* como o *dominium ex jure Quiritium*. (CARVALHO, 2012, p. 22)

A propriedade quiritária, exclusiva do tradicional cidadão romano e proibida aos estrangeiros, se estendia aos limites de terras na região da Itália (os *fundi italici* e o *jus italicum*). Quirites era uma outra forma de se nominar os romanos. O restante era *ager publicus*, constituído por terras de conquista, e por isso pertenciam ao *populus Romanus* (CARVALHO, 2012, p. 23). Interessante que aqui já se nota a concepção de terra pública no sentido de uma titularidade da nação.

A doutrina de Santos Justo destaca que só potencialmente é possível falar de uma propriedade ilimitada no direito romano, pois esta recebia vários limites de caráter religioso, político e econômico. E aponta de forma mais incisiva as limitações apoiadas em interesse público: a expropriação por utilidade pública; o dever de ribeirinhos de rios navegáveis de permitir a utilização de suas margens aos navegantes; o dever do proprietário de permitir o trânsito em suas terras quando as vias no seu limite sofressem deterioração; e os deveres com a estética urbana, devendo o proprietário proteger a beleza dos edifícios, através de suas esculturas, estátuas e outros itens ornamentais.

Foi o governo de Diocleciano que tornou paritária a situação de todos os imóveis, submetendo-os igualmente ao pagamento de tributos. A medida foi impactante porque pela tradição romana, estavam isentos de tributação os que detinham a propriedade quiritária (*dominium ex jure Quiritium*), a titularidade que distinguia os legítimos cidadãos romanos daqueles que eram súditos do Império em razão de conquista entre os povos. (CARVALHO, 2012, p. 27)

A doutrina especializada aponta três teorias distintas para a origem da titularidade sobre coisas no direito romano, apontando formas que não se traduzem de modo específico no conceito de propriedade, tal qual concebemos a partir da modernidade. Segundo Bonfante inicialmente só existia a propriedade coletiva sobre *res Mancipi*. Já Visscher defende que no início não havia uma propriedade, mas um poder (*imperium*) doméstico atribuído ao

paterfamilias. Finalmente Kaser, afirmando que no início não havia um direito de propriedade, mas tão somente um poder sobre uma *res*. Isso se confirma observando-se a *vindicatio* que era utilizada para reivindicar a coisa, e não o domínio. O domínio viria mais tarde, como uma variação da posse (*apud*JUSTO, 1997, p. 19-20).

Um traço curioso sobre o direito romano, normalmente vinculado ao conservadorismo que levou a criação de institutos milenares do direito privado, é a presença de um caráter publicístico na regulação dos bens, como bem assenta João Batista Herkenhoff (2010, p. 178):

Na sociedade gentílica dos romanos, os bens das gens pertenciam conjuntamente a todos, e o direito daí recorrente se diferenciava do direito de cada um em particular. Não era um direito exclusivo (como o direito de cada um em particular), mas um direito indiviso, conectado à qualidade que cada um guardava, como membro da comunidade.

Se levarmos em conta o sentimento patriótico tão marcante entre os romanos, é possível entender como a propriedade estava ligada, antes mesmo do indivíduo, à nação de Roma, daí a aversão da permissão de acesso à terra romana pelos estrangeiros, e a criação da propriedade quiritária. Vê-se um traço de proteção ao bem comum, ainda que só indiretamente tutelado na proteção da propriedade individual dos romanos. Aqui oportunas as palavras de José Isidoro Martins: “o direito em Roma foi uma consagração da força e do poder do Estado, uma instituição eminentemente social, onde a consideração da *res publica* sobrepujava a todas as outras”. (MARTINS JR *apud*HERKENHOFF, 2010, p. 179)

O direito romano que se perpetuou nas legislações de quase todos os povos encontra-se no período entre a Lei das XII Tábuas até o Código Teodosiano, sempre transformado pelo trabalho dos juristas profundamente influenciados pelas ideias cristãs. (LOBO, 2006, p. 130)

Nesse sistema, a transmissão da propriedade sobre algo se dava por uma cerimônia solene chamada *mancipatio*, realizada na presença de cinco testemunhas. José de Alencar a denomina “cerimônia civil de investidura da propriedade. Ali, em praça pública, a pessoa declarava sua intenção de fazer sua a coisa. (ALENCAR, 2004, p. 11)

Tudo que fosse passível de apropriação através da cerimônia de investidura era considerada *res Mancipi*. As que estavam fora dessa baliza eram chamadas *res nec Mancipi*. Os filhos nasciam como “coisa”, integrando a *res Mancipi*, pertencente ao *pater* até que fosse resgatada sua condição de criatura racional, dando-se a emancipação (*emancipatio*). (ALENCAR, p. 12)

Ao *pater* era concedido um poder vastíssimo em seu território, englobando liberdade para alienar, transmitir e partilhar, podendo inclusive usar mal sua coisa, dando-lhe o destino que lhe aprouvesse. (VILLEY, p. 46)

Sobre o seu pequeno domínio agrícola, sobre todas as coisas de que é proprietário, o *pater* famílias possui uma autoridade completa e exclusiva, que o comparava por vezes à soberania dum Estado sobre o seu território e do qual se tem procurado a origem na soberania das antigas tribos sobre as suas terras.

Tais elementos traçam um sinal de destaque na sociedade romana que é seu caráter amplamente privado na condução da vida em sociedade, com amplo respeito à liberdade e à autonomia privada do *pater*.

Na seara das relações de pertencimento, o direito romano estabeleceu um tipo de propriedade de contornos precisos, a chamada propriedade quiritária, nascida do *jus civile quiritium*. Villey (p. 51) afirma que “[...] o antigo direito quiritário, saiu do gênio nacional dos romanos, assentou algumas bases da civilização ocidental e é bem, pelos seus traços fundamentais, a fonte do direito moderno.”

Roma se reuniu a Quirium, cidade vizinha e rival, dando ao povo o seu apelido. A nação chamou-se Roma e o povo *quirites*. Diz José de Alencar (2004, p. 10) que “[...] como o direito civil se creava sob a forma de um privilegio de nacionalidade, elle começa a ser conhecido pelo título de direito quiritário (*jus quiritium*) que nos foi conservada pelos jurisconsultos romanos.” (sic)

É certo que a propriedade romana tinha um caráter individual, fundada na hereditariedade e na nacionalidade. No direito romano a propriedade é justificada por sua origem. O *dominium ex jure quiritum*, que vigorou até o fim da República e originou a expressão “domínio” tão utilizada nos direitos reais em dias atuais, se constituía em um privilégio dos antigos pais de família e era proibido a quem não fosse romano. Sua incidência se dava apenas nas terras romanas, excluindo-se as províncias, vindo posteriormente a abarcar as terras itálicas. (VILLEY, p. 128)

A expressão proprietária do sujeito era tão marcante no direito romano que é possível identificar uma organização jurídica voltada não para a proteção do ser humano, mas do ser proprietário, situação que veio a se repetir na era moderna.

A propriedade oriunda do direito quiritário estava tão ligada à dignidade da pessoa que era ela quem proporcionava a “[...] última consagração da sua qualidade cívica”, dando ao estrangeiro a tão desejada nacionalidade romana. (ALENCAR, 2004, p. 14)

Na época de Justiniano, as institutas apresentaram uma classificação dos bens em coisas sagradas (que eram de titularidade dos deuses), coisas públicas (de titularidade do Estado e de Roma) e coisas comuns (que não podiam ser apropriadas). Mais tarde, por influência da escola de Aristóteles sobre Cícero e Sêneca, foi agregada a classificação das coisas em corpóreas e incorpóreas. As primeiras seriam o que podemos ver e tocar (uma casa, um escravo), as segundas, a que só podem ser compreendidas pelo espírito (a tutela, o parentesco). (VILLEY, p. 115-116)

Esclarece Villey (p.131) que em Roma a propriedade, apesar de ser individual, sofria limitações, originadas do poder familiar, do controle do censor e das leis imperiais. E segundo ele, a falta de definição legal dos poderes do proprietário se dava porque “o fim do direito em Roma, era apenas repartir as coisas e não medir poderes”.

Para José de Alencar (2004, p. 16) apesar do legado romano da criação da constituição civil, a propriedade se reveste numa forma de tirania, e segue afirmando:

A propriedade se manifesta logo sob a fôrma de uma tyrannia. Ella tem o poder de infundir no cidadão livre, no civis romanus, uma entidade escrava e possível. O homem politicamente independente é servo na vida privada. E' ella ainda essa tyrannia da propriedade que no seio misero da democracia transforma o santuario das affeições domésticas em uma servidão; e o poder marital e paterno n'uma autocracia despótica. (sic)

O direito civil, nasce assim com forte traço materialista, permitindo a propriedade sobre pessoas e coisas e promovendo através dela a distinção entre indivíduos, consagrando uma titularidade muito específica do pater famílias e do cidadão romano.

3.2 A sobreposição de titularidades no Medievo: um direito adquirido pelo uso efetivo do bem.

De todas as formas de mentalidade proprietária consolidadas em ordenamentos jurídicos e dos diferentes formatos de suas titularidades, certamente uma das mais interessantes é aquela vivida no alto medievo. Ali se desenvolveu uma estrutura coletiva muito peculiar, com várias formas a serem vividas, numa concepção muito mais ligada à posse do que ao modelo de titularidades estabelecido pelos modernos. E para apresentar uma visão detalhada e segura desta época nos reportamos à obra de Paolo Grossi.

Eis como devemos abordar o direito medieval: como uma grande experiência jurídica que abriga uma infinidade de ordenamentos, em que o direito – antes de ser norma e comando – é ordem, ordem do social, movimento espontâneo, isto é, que nasce das bases, de uma civilização que protege a si mesma da rebeldia da incandescência cotidiana, construindo para si essas autonomias, verdadeiros refúgios para indivíduos e grupos. (GROSSI, 2014, p. 39)

Descreve o autor que foi o medievo responsável por uma experiência do pertencimento em um formato tão peculiar que torna equivocada qualquer análise que tome como ponto de partida o modelo concebido para a propriedade moderna. O estudo da propriedade medieval faz o observador se deparar com “formas primordiais de organização comunitária de uma terra, nas quais não é somente o espírito individualista que falta, mas até mesmo o próprio espírito proprietário”. (GROSSI, 2006, p.7)

Segundo Adriana Corrêa (2010, p. 13), há um ponto fundamental para a compreensão da ordem jurídica medieval que é a visão antropológica como elemento marcante desse período histórico. E segue afirmando:

A cultura medieval tem como traços marcantes o reicentrismo (a centralidade da res, da coisa) e o comunitarismo (a prevalência dos grupos sobre os indivíduos). O homem integra o cosmo e, ao contrário do que ocorre na modernidade, não se vê como um indivíduo externo à natureza, que pode refletir sobre ela, conhecê-la e dominá-la.

Este texto manterá as expressões “propriedade” coletiva e “propriedade” medieval para descrever essa relação de pertencimento típica do medievo, e tão distante do modelo proprietário dos modernos, por ser mais didática, facilitando a compreensão do leitor.

O início do feudalismo se deu com a ruína do Estado romano antigo, com a crise da produção econômica e o esvaziamento das cidades, invertendo a relação entre homem e natureza. Com as invasões bárbaras sobre Roma estabeleceu-se um novo regime de titularidades, com o fracionamento do *dominium*. Ao senhor era dado o *dominium directum* e ao vassalo o *dominium utile*. (CARVALHO, 2012, p. 32).

Nesse tempo histórico desenvolveu-se várias formas de pertencimento, estabelecendo uma pluralidade de titularidades, mas assentadas por uma plataforma comum: a garantia de sobrevivência de uma comunidade plurifamiliar, acompanhadas de um valor e uma função essencialmente alimentares. Pode-se falar na existência de um bem comum protegido através dessas múltiplas titularidades, desde que se compreenda a advertência que nos é dada por Hannah Arendt:

[...] o conceito medieval do “bem comum”, longe de indicar a existência de um domínio político, reconhecia apenas que os indivíduos privados têm interesses materiais e espirituais em comum, e só podem conservar sua privatividade e cuidar de seus próprios negócios quando um deles se encarrega de zelar por esse interesse comum.

Para Eroulths Cortiano Jr (2002, p. 22;25), a melhor representação do homem-terra da época era a propriedade feudal parcelada, mas existem quatro características marcantes da sociedade feudal: o desenvolvimento dos laços de dependência de homem para homem, o parcelamento máximo do direito de propriedade, a hierarquia dos direitos sobre a terra e o parcelamento do poder público com hierarquias regionais de instâncias autônomas. O sistema feudal permitiu ainda outros tipos proprietários além do feudo: a propriedade senhorial, propriedade comunal, propriedades eclesiásticas, municipais e de universidades.

Assegura Paolo Grossi (2006, p. 8) que a alta idade média é uma grande civilização possessória e a efetividade é a palavra central para identificar a sua essência. Seu conteúdo fundamental é um gozo condicionado do uso do bem.

As lentes do pertencimento individual não permitem uma correta compreensão da propriedade medieval porque neste modelo não se limita a um vínculo formal e exclusivo sancionado pelos livros fundiários, o pertencimento do bem a alguém; é a efetividade sobre o bem prescindindo das suas formalizações. (GROSSI, 2006, p. 8)

A pluralidade de exercícios efetivos e uma forma de titularidade exercida sobre a terra, paralela a uma relação de dependência entre os sujeitos ligados à coisa é que formam a tônica da época medieval. Não se assenta no modelo de validade do *dominium*, “mas um acúmulo torrencial de situações emergentes, não filtradas e não modeladas através de nenhuma peneira oficial, transbordantemente pluralistas. (GROSSI, 2006, p. 44)

O autor diz ainda que a visão correta da complexa experiência jurídica medieval compõe-se de múltiplos ordenamentos que não requererem legitimação externa, “mas que substancialmente se autolegitimam enquanto expressões espontâneas das mais variadas dimensões do social” (GROSSI, 2014, p. 286)

São reconhecidas todas as formas de poder da pessoa sobre a coisa, desde que seja externalizada a aparência, ou o gozo ou o exercício. A terminologia romanística torna-se, assim, insatisfatória para denominar uma cultura do pertencimento em uma sociedade pautada pela efetividade, ou seja, o que é economicamente e socialmente efetivo.

Seria difícil falar em propriedade, durante a Idade Média. Sobre uma mesma terra, por exemplo, vários tem direitos. Um deles é o que estaria mais perto de ser o que hoje chamamos de seu proprietário: um homem livre, que a adquiriu por herança ou compra. Mas acima dele, está o seu senhor – ou mesmo, uma hierarquia de senhores – cada um dos quais tem certos direitos sobre o bem. (HOBBS, 2004, p. 11)

Destaque, porém, nesse reino da efetividade, para uma paisagem eminentemente agrária, e um modelo agrário e não urbano de *dominium*, marcado pela relação entre sujeito e terra, “*res frugifera* por excelência e por excelência fonte de toda *utilitas*.” (GROSSI, 2006, p. 54)

Segundo o autor, a resposta da procura do momento mais intenso do pertencimento medieval está nos chamados *dominia*. São estes o fio condutor entre o *dominium* clássico, os *dominia* dos glosadores e a propriedade dos pandectistas. (GROSSI, 2006, p. 55)

Dentre as figuras jurídicas ligadas ao pertencimento é na idade média que encontraremos a mais ampla das figuras, a enfiteuse. Importada dos romanos, ela sofre profundas transformações no medievo e é nesse momento que os glosadores passam a operar com a identificação da titularidade (intersubjetiva), a *proprietas* com o vínculo real que a instrumentaliza, o *dominium*. São as glosas que passam a identificar o vínculo real com a titularidade (ARONNE, 2001, p. 211)

A ordem feudal se firmou para garantir que o indivíduo retirasse da terra o seu sustento, razão pela qual abdicava de sua liberdade, criando laços de dependência para com o seu Senhor. Quando o sistema de produção migrou para um sistema de mercado exigiu alterações profundas que levou a construção de um novo regime jurídico ligado à apropriação de bens. Surge, então, a propriedade dos modernos, inaugurando um novo modelo de titularidades.

3.3 A titularidade dos modernos: a abstração da propriedade e o modelo do individualismo proprietário.

O fim do período histórico chamado de Idade Média se deu com o início da Modernidade. Para Paolo Grossi, seu início se dá no século XIV quando o sujeito aos poucos vai abandonando o sistema objetivo de propriedades para seguir em direção que lhe garanta uma maior autonomia, e será o trabalho da pandectística do século XVIII quem consolidará o completo e rigoroso modelo que assumirá uma nova ordem. Esta ordem, de fundamento

científico, e não ideológico, construindo um ordenamento identificado como um sistema de conceitos, fortemente lastreado no direito romano. Nasce aqui, nas palavras de Grossi (2006, p. 64), uma renovada antropologia do pertencimento.

O Estado Moderno unificou o poder político fragmentado, estabeleceu uma ordem jurídica pretensamente neutra e aperfeiçoou a ideia de direitos subjetivos, o que trouxe por consequência uma visão individualista da sociedade que marcou a construção do discurso proprietário da modernidade. (CORTIANO JR, 2002, 21) Também estabeleceu a divisão de poderes, o primado da lei e divisão entre as esferas pública e privada. Hardt e Negri (2010, p. 28) chegam a afirmar que as três grandes revoluções burguesas (inglesa, americana e francesa) demonstram a consolidação da república da propriedade: “[...]il concetto di proprietà e la sua difesa si confermano come il fondamento di tutte le Costituzioni politiche moderne. In tal senso, la repubblica, dalle grandi rivoluzioni borghesi fino ai giorni nostri, è una repubblica della proprietà.”

As concepções filosóficas do iluminismo construíram um modelo de indivíduo livre e racional, dotado de uma autonomia absoluta na condução do seu destino e que não estava ligado a nenhuma classe que lhe impusesse qualquer status social ou jurídico, como no medievo. A valorização dessa individualidade o desvinculou da sua comunidade e da sua cultura, e não tendo nenhum dever para com qualquer outro que não a si mesmo, o indivíduo tornou-se livre para construir seu projeto de felicidade, e a acumulação de bens produziu sua primeira experiência de realização pessoal. Diz Eroulths Cortiano (2002, p. 48) que “[...] a construção da sociedade pensada a partir do indivíduo atinge seu ápice e rompe definitivamente com o passado coletivo.”

Os modernos pensadores não indagavam mais, como os antigos, das relações morais do bem na vida, mas sim das suas condições efetivas racionais de sobrevivência. Enquanto os antigos procuravam uma adequação à ordem natural, o moderno busca dominar a natureza ameaçadora. “É nesse momento que surge o temor que irá obrigar o pensador a indagar como proteger a vida contra a agressão dos outros.” (FERRAZ, 2015, p. 37)

A partir das ideias cristãs, os modernos afastam a concepção de sociedade hierarquizada difundida pelos gregos, onde cada um já nasce predestinado para a fortuna ou para o infortúnio, e elaboram a noção de que a humanidade é fundamentalmente uma e que os homens são iguais em dignidade. Desenvolve-se a noção de livre-arbítrio, onde cada ser humano pode decidir o bom ou mau uso de suas virtudes naturais. Nesse sentido, não é mais a natureza que comanda a diferença entre os homens, mas a sua liberdade. Essas noções foram

fundamentais para a construção da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789 (FERRY, 2010, p. 99).

Ela faz dele não apenas o único ser sobre a Terra, verdadeiramente digno de respeito, mas também propõe a igualdade de todos os seres humanos, sejam eles ricos ou pobres, homens ou mulheres, brancos ou negros... Nisso a filosofia moderna, para além das diversidades das correntes que a compõem, é em primeiro lugar e antes de tudo um humanismo. (FERRY, 2010, p. 135)

Essa construção filosófica do ser individualizado permitiu a construção do conceito de direito subjetivo, aquele que atribui uma titularidade exclusiva de direitos ao sujeito, direitos oponíveis contra todos, até mesmo contra o Estado, representação máxima da liberdade humana. Uma concepção de deveres só seria possível em outro momento histórico, pois o tempo era de fortalecimento da individualidade, o que pressupunha uma liberdade sem freios. “A igualdade e a liberdade, enquanto pura forma, servem para, através das titularidades, organizar o Estado Liberal: “o estado liberal organizou-se, assim, de forma excludente, pela liberdade e igualdade, sim, mas prioritariamente dos proprietários”.” Cortiano (2002, p. 56)

A primeira providência foi libertar a terra dos diversos ônus que recaiam sobre ela durante o medievo para que plenos poderes proprietários fossem atribuídos a um só indivíduo. Tratando-a como mercadoria, era possível promover a sua circulação como riqueza. (CORTIANO, 2002, p. 32). Não se pode deixar de registrar outra grande contribuição da modernidade que é a criação de uma propriedade que foi além do direito agrário, permitindo a tutela de direitos inéditos na história, como o de empresa e de propriedade intelectual. Paripasso a isso, tem-se ainda um aumento da esfera pública, fraca em tempos medievais. (HOBBS, 2004, 11)

Nos escritos de Paolo Grossi (2006, p. 69-70) vamos encontrar o que para ele é a noção mais revolucionária deste período histórico: a consolidação da ideia do *dominium sui*, descrita como a descoberta que o indivíduo faz de sua natureza proprietária, ao perceber em si gestos e comportamentos instintivamente proprietários, um *dominus* por designação de Deus e da natureza, atribuindo-lhe uma carga agressiva que o projeta dominadoramente sobre o mundo.

A propriedade moderna tem seu traço distintivo mais marcante em relação à propriedade medieval justamente no conceito de individualidade, na exclusividade da relação de pertencimento da coisa. Paolo Grossi (2006, p. 67) sustenta que “o moderno da propriedade está todo no descobrimento da sua simplicidade.”. Tal expressão é utilizada

como contraponto ao modelo complexo do medievo, em que a regra se dava nas múltiplas formas de experiência proprietária. A propriedade moderna se denomina simples e unitária, assim como o indivíduo o é perante a criação divina.

Na evolução histórica da propriedade verifica-se que a propriedade comum, tribal ou grupal, precedeu a individual, com um destaque interessante: não fora nunca comunística (de todos) e sim do grupo, como bem leciona Pontes de Miranda (2012, p. 103), que segue dizendo: “[...] à formação histórica da propriedade individual presidiu o princípio do interesse de cada um. De modo que ficou êsse *em frente* ao interesse grupal, mais antigo. Depois, com a quase absorção do interesse grupal pelo individual, o interesse grupal reagiu como antítese.”

Aponta Pena López (2009, p. 31) que foi a ideologia liberal do século XIX juntamente com a exaltação da pandectística alemã sobre a autonomia da vontade que consolidaram a subjetivação do direito a correspondente construção do direito real como senhorio imediato de uma pessoa sobre uma coisa.

Um bom exemplo disso está na exclusão, nos códigos liberais, do direito de superfície tal como prevista no medievo, por não se admitir uma propriedade que não seja plena, como bem explica Roberto Paulino:

Daí o banimento do direito de superfície dos códigos de inspiração liberal, como o Código de Napoleão e o Código Civil Brasileiro de 1916, porquanto nada repugna mais à mentalidade liberal típica da revolução francesa que a submissão de um indivíduo a outro no gozo de seu patrimônio, ganhando força a propriedade plena e, é justo acrescer, hipertrofiada e absoluta. Substitui-se, assim, o absolutismo monárquico pelo absolutismo do indivíduo, intangível que se torna a sua vontade nas relações privadas. (ALBUQUERQUE JR, 2006, p. 4)

No mesmo contexto, tem-se a taxatividade dos direitos reais apresentada pelos códigos liberais, e ainda hoje mantida no direito civil brasileiro, é uma resposta à multiplicidade do medievo que previa várias formas simultâneas de domínio.

Mas diz ainda Paolo Grossi (2006, p. 71) que há um segundo traço marcante, tipificador da propriedade moderna: a abstração. “E se delineia como ideia suprema uma *dominium sine usu*, versão invertida do velho domínio útil, em que um *dominium* acolhido como vontade, como *animus*, pode tranquilamente separar-se dos fatos da vida quotidiana e ser imune a eles”. É o que chamou de espiritualização da propriedade, transformada na pedra filosofal da sociedade capitalista.

O fenômeno da abstração foi imprescindível para a consolidação das titularidades no campo jurídico. Na paisagem liberal todos são formalmente iguais e podem ser

titularidades dos mesmos direitos, especialmente o mais desejado, o de propriedade. “Se o real é concebível como zona de expansão do sujeito, é na apropriação de bens que se encontra a chave da liberdade humana. Logo, a liberdade e a igualdade dos homens passam pela abstração do indivíduo e pela colocação das titularidades no centro da ordem jurídica (CORTIANO, 2002, p. 58).”

Diz o autor ainda que o direito privado moderno passa a ter na titularidade exclusiva o seu elemento nuclear. A categoria sujeito de direito dissolve os atributos de particularidade que compõem a personalidade do indivíduo e as carências materiais que organizam suas identidades enquanto sujeitos, libertando e igualando tudo e todos. (CORTIANO, 2002, p. 117)

Embora tenha a modernidade começado com o período do absolutismo monárquico, é no Estado de Direito inaugurado pela Revolução Francesa que vamos encontrar o nascimento do modelo proprietário que serve de base para os ordenamentos criados até os dias atuais, de caráter individual e que marcaria este tempo histórico.

É o êxito de uma visão não harmônica do mundo mas agradavelmente antropocêntrica segundo uma bem definida tradição cultural que, exasperando o convite marcado nos textos sagradíssimos das antigas tábuas religiosas a dominar a terra e a exercitar o domínio sobre as coisas e sobre as criaturas inferiores, legitimava e sacralizava a insensibilidade e o desprezo pela realidade não-humana. (GROSSI, 2006, p. 12)

Mesmo os Estados que estabeleceram modelos proprietários essencialmente coletivos a partir do século XIX, a exemplo dos socialistas e comunistas, não propuseram um modelo fora do parâmetro da propriedade, promovendo apenas uma nova forma de titularidade, sem aniquilar o pertencimento. Mantiveram eles uma concepção de poder e de apropriação concentrada no Estado em vez de concentrada no indivíduo, o que nesse sentido, os deixam mais próximos do arquétipo criado pelos modernos.

Mesmo nos sistemas socialistas e apesar da já referida repugnância pelo ‘publica privatis scernere’, se admite uma zona de actuação da ‘igualdade jurídica’ que, além de ser a zona por excelência do cidadão, corresponde a uma técnica de acção jurídico-económica útil até para organismos estaduais” (CARVALHO, 1981, p. 28)

Com o racionalismo iluminista criou-se o perfil de homem livre, dotado de autonomia e que realiza seus anseios humanos na condição de proprietário. A ciência firmava a concepção de que o homem era a medida de todas as coisas e o “ter” era o catalizador da felicidade; eram os bens materiais que podiam promover a dignidade humana.

Para consolidar na lei a concepção iluminista do sujeito racional e dotado de autonomia surgiram as codificações, notadamente o Código Francês de 1804, voltado para a proteção da esfera patrimonial dos sujeitos que conduziu toda a codificação ocidental no século XIX, inclusive a brasileira. “O direito da Revolução Francesa afeiçoou ao seu individualismo o sistema das Institutas – *personae, res e actiones*- e construiu o seu *Code Civil* na tal feição antropocêntrica.” (CARVALHO, 1981, p. 32)

E mais, ao delimitar uma demarcação clara entre o público e o privado, os códigos tinham como objeto a regulação da propriedade individual e exclusiva, afastando qualquer possibilidade de propriedade coletiva. “Liberté et propriété sont ainsi mises sur le même plan. Tout l’effort du législateur révolutionnaire tendra à organiser, dans le domaine civil, à côté de la liberté des personnes, celle des propriétés.” Weill, Terré e Simler (1985, p. 76)

Nesse contexto, a propriedade privada passou a ser o centro da ordem social, formando-se o discurso proprietário dos modernos: “[...] um modelo proprietário transformado em princípio proprietário” (CORTIANO, 2002, p. 83). A propriedade, e por consequência o estímulo ao acúmulo de bens de valor econômico, tornou-se o suporte do sistema e garantiu-se na lei a liberdade ilimitada do uso da autonomia da vontade, seja no domínio sobre a coisa, seja nas relações obrigacionais.

É possível perceber como a propriedade foi o eixo central dos Códigos Civis ocidentais. Tomando por base o *Code* francês, três quartos dos seus artigos foram consagrados à propriedade, e não ao pertencimento de forma geral, privilegiando a apropriação individual e afastando qualquer regulação sobre os bens comuns. Nas palavras de Diego Machado (2016, p.15), “A pessoa a que, logo em seu I, o *Code Napoléon* se inclinava não era o ser humano concreto, mas sim o indivíduo titular de propriedade imobiliária e fundiária, o *sujeito de direitos subjetivo de propriedade*.”

Deixando o sujeito livre para decidir como seria o exercício pleno dos poderes que lhes eram garantidos na lei, não fazia sentido naquele tempo histórico a imposição de qualquer dever ou compromisso do proprietário para com a sociedade ou com o bem comum.

3.3.1A tutela do pertencimento no ordenamento jurídico brasileiro

O liberalismo permitiu que todos os interesses do indivíduo fossem articulados na linguagem da propriedade. (CORTIANO, 2002, p. 93) A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) tornou a propriedade exclusiva um direito natural, inviolável e sagrado, hierarquicamente superior a todos os outros, como bem assinala José Castán Tobeñas (*apud* CORTIANO, 2002, p. 99):

La Revolución Francesa y la Codificación napoleônica consumaron y exaltaron la individualización del derecho de propiedad. Se concibe ahora a la propiedad y se la declara como un derecho asistido de la triple prerrogativa de ser inviolable, sagrado y absoluto, al servicio del individuo. La propiedad individualista adquiere así los caracteres de un dogma intengible y un amística. Esta amística del “carácter inviolable y sagrado de la propiedad marca el apogeo de la propiedade privada.

Sendo a propriedade a linguagem de articulação dos códigos, foi ela quem ditou no Brasil os contornos regulatórios do direito contratual, do direito das coisas e da responsabilidade civil.

Nos primeiros séculos de colonização do Brasil, o pertencimento era determinado pela posse-utilidade (sesmarias), inspirada no regime de múltiplas titularidades que marcou o direito medieval. Fato de destaque é que foi adotado aqui o modelo de sesmarias quando a Europa já o havia descartado, substituindo-o pela propriedade moderna, exclusivista e abstrata.

Sobre este aspecto afirma Paulo Lôbo (2017, p. 20) que não houve um transplante do modelo medieval para o modelo de sesmarias adotado no Brasil. Diz o autor que as metamorfoses que as sesmarias sofreram no Brasil anteciparam o modelo moderno de propriedade, como titularidade exclusiva, abstrata e transacionável”. Explica ainda que ao contrário do usufruto enfiteutico, as terras de sesmarias eram isentas de tributos por pertencerem à Coroa e quando registrada e confirmada convertia-se em título, num modelo muito próximo da propriedade dos modernos. “A retomada da terra, pelo não uso ou pelo uso insuficiente, quase nunca ocorreu, o que fortaleceu a convicção social de que a carta de sesmaria era menos uma concessão para uso e mais um título perpétuo de domínio sobre a coisa.”

Quanto à presença de uma tutela não exclusiva, o que pode ser visto como um gérmen da tutela de um bem comum que se daria cinco séculos depois, tem-se a previsão dos “baldios”, presente nas Ordenas Filipinas. “Estas terras, utilizadas em “proveito comum”, não podiam ser dadas em sesmarias, nem cercadas em prejuízo dos moradores, pois pertenciam aos “povos” a que foram dados, que foram considerados pessoas coletivas” (LÔBO, 2017, p. 21)

O regime jurídico de sesmarias, que vigorou até 1822, foi previsto nas Ordenações Filipinas e propiciava a múltipla titularidade sobre as terras. Sem transferir domínio, o qual permanecia com o Reino, propiciava posse ou direito de uso sob a condição exclusiva dada ao seu titular de povoamento da colônia. (LÔBO, 2017, p. 19)

Somente com a independência do Brasil é que veio se consolidar o modelo de titularidade exclusiva dos liberais, quando se editou a Lei 601, de 1850, conhecida como Lei de Terras, dando efetividade à propriedade privada estabelecida pela Constituição de 1824.

Tal concepção moderna de propriedade, absolutista e abstrata, inspiraria mais tarde a elaboração do Código Civil, bem como a doutrina dos maiores civilistas brasileiros do século XIX, a exemplo de Lafayette, Conselheiro Ribas e Teixeira de Freitas, os quais viam no proprietário o senhorio absoluto sobre a coisa. Explica Isabel Vaz (1992, p.149) que as instituições regidas pelo Código Civil de 1916 “visavam, no que tange aos “Bens” e às “Coisas”, a estabelecer, principalmente, as garantias dos tipos de propriedade consideradas em seu aspecto estático, ou seja, as grandes propriedades imobiliárias, os créditos e as relações jurídicas deles decorrentes para os seus titulares”

Com o advento das novas teorias aplicadas à propriedade no século XX, o estatuto proprietário se revestiu de novos valores normativos, de origem constitucional, causando fortes impactos no Código Civil de 2002. Os princípios da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana remodelaram profundamente a regulação do direito das coisas. A propriedade funcionalizou-se, estabelecendo um novo paradigma ao atrelar deveres ao proprietário, antes protegido na redoma do seu direito subjetivo.

Contudo, mesmo diante de tantos significativos avanços trazidos com a ruptura do paradigma individualista que recaía sobre a propriedade, ainda se verifica a exclusão do Código Civil de qualquer linguagem que sugira os bens difusos, mesmo diante da clara positivação no texto constitucional. Quando o contrato ganhou um sentido coletivo, com a criação do direito do trabalho e mais tarde o direito do consumidor, foi preciso criar leis especiais para regê-lo. Hoje, com a positivação de bens e direitos difusos, exigindo uma reformulação de linguagem no trato do direito das coisas, claramente o Código Civil mantém, em pleno século XXI, sua expressão liberal para o contrato e para a propriedade.

O direito civil é muito mais amplo do que o Código Civil e é por isso que afirma Ricardo Aronne (2001, p.7) que “o direito civil contemporâneo rompe o casulo conceitual para reencontrar a sociedade, para ser o direito do homem comum”.

Nos primeiros anos do século XX o trabalho industrial no país era insignificante, vigorando o interesse de uma classe agrícola abastada que impedia a todo custo a inserção de qualquer proteção social na elaboração do Código Civil. A mentalidade dominante era a do individualismo jurídico, consentâneo com o grau de desenvolvimento das forças produtivas do país, fundadas no sistema colonial de exploração das riquezas (GOMES, 2006, p. 33-34).

Mas hoje o mundo está renovado, vivenciando novas experiências ligadas ao pertencimento, o que não justifica o silêncio do Código Civil diante das novas titularidades.

O Código Civil da Argentina já avançou na linguagem trazendo em seu recente texto a previsão dos direitos de incidência coletiva, ao lado dos direitos de valorização econômica. Expressa a imposição de “limites ao exercício dos direitos individuais”, os quais devem ser exercidos em compatibilidade com os direitos de incidência coletiva. Aqui o texto claramente se refere aos direitos difusos, embora se utilize do termo “coletivo”.

O artigo 14 reconhece dois tipos de direitos: os individuais e os de incidência coletiva. Diz o texto: *“La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.”*

Outra alteração se destaca no texto do Código Civil argentino, a que trata dos limites do exercício dos direitos individuais sobre os bens previstos no art. 240:

ARTÍCULO 240.- Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

A doutrina de Boretto comenta as alterações trazidas pelo Código Civil. O autor ainda considera a existência de meros interesses, mas suas palavras demonstram como a Argentina está avançando na tutela de direitos difusos ao ampliar a linguagem do Código para além do direito individual de valor econômico.

Los llamados intereses difusos o derechos de incidencia colectiva son intereses supra-individuales; la facultad de actuar no atañe exclusivamente a la esfera propia de cada sujeto, sino que es compartida con los demás miembros de un grupo o categoría. Se procura, conjuntamente, la satisfacción de necesidades comunes, a través de bienes indivisibles y, por eso, no susceptibles de fraccionamiento. (BORETTO, 2017, p.5)

O autor também destaca que estes “interesses” deixam duas questões básicas: quais são os mecanismos processuais idôneos para sua tutela; e quem são as pessoas legitimadas para reclamar em juízo. E é o texto constitucional que em seu art. 43 dá a resposta a estas questões.

A Constituição argentina prevê em seu art. 43 a “acción de amparo” como instrumento processual para proteger esses direitos de incidência coletiva e são legitimados

para ingressar com essa ação o defensor do povo (correspondente ao nosso Ministério Público) e o afetado. Este último pode ser o cidadão comum.

La petición tiene por objeto la tutela de un bien colectivo, o sea, pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y sin exclusión alguna (por ej., se peticiona la limpieza de un río contaminado); Por esta razón, se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre ese bien. (BORETTO, 2017, p.6)

O texto procura ampliar suas categorias, como bem aponta a doutrina argentina: “Los conceptos anteriores se mantienen en el nuevo CCyC, por su tradición, utilidad y grado de conocimiento. Sin embargo, se agregan otras categorías que contemplan los nuevos supuestos (ambiente, cuerpo humano, comunidades de pueblos originarios, etc.).” (BORETTO, 2017, p. 22)

Em seu art. 18 o Código prevê a propriedade comunitária:

Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto en el art. 75, inc. 17, Constitución Nacional”. (BORETTO, 2017, p. 31)

A doutrina reconhece o novo tipo de propriedade, trazida diretamente do texto constitucional: “*De esta manera, el CCyC incorpora un nuevo tipo de propiedad, reconocida en la Constitución Nacional; su regulación específica queda a cargo de la ley especial que en el futuro dicte el Congreso de la Nación.*”

Esse tipo de propriedade ainda é estranha no Código Civil brasileiro, o qual previu apenas a posse coletiva, deixando esse modelo para a Constituição Federal ao tratar de terras de quilombolas, por exemplo.

No Brasil, é certo que já temos cláusulas gerais de grande importância na condução da autonomia privada, a exemplo do artigo 421 que impõe a função social aos contratos e o artigo 1.228 que conduz o uso da propriedade com o dever de sustentabilidade. Contudo, não se tem na parte geral nenhuma norma que imponha expressamente o dever jurídico de compatibilizar o exercício de qualquer direito individual de natureza civil ao direito difuso, o que se faz apenas quando o julgador exerce o correto exercício interpretativo no caso concreto.

É preciso avançar na estruturação da linguagem do código, a fim de atender os direitos difusos presentes no texto constitucional e que impactam fortemente as relações

privadas. Estes direitos não possuem um objeto, mas uma finalidade, uma racionalidade teleológica, tal como se dá com os direitos da personalidade.

Disse Orlando Gomes (2006, p. 19) que na organização jurídica da Propriedade o Código Civil de 1916 sofreu a influência marcante dos costumes próprios de uma sociedade subdesenvolvida que paradoxalmente iniciou uma vertiginosa transformação logo após sua promulgação. Na década de cinquenta, já afirmava San Tiago Dantas (2015, p. 01) que “[...] *as transformações da economia brasileira no sentido de uma diversificação cada vez maior de atividades e de uma ampliação de escala dos empreendimentos, conduzem o sistema legal a deficiências insanáveis (...)*”.

É a indicação de que a legislação civil historicamente não acompanha as transformações substanciais da vida privada do cidadão, chegando atrasado em muitos temas (a exemplo de temas importantes de família em 2002) ou mesmo omitindo-se em outros, como o faz com a tutela dos bens difusos.

A explicação está no fato de que o ordenamento jurídico é feito pelas pessoas e para as pessoas, não se podendo exigir que ele reflita algo diferente dos valores coletivos de uma determinada época histórica. No século XIX não havia como se projetar uma legislação civil a frente do tempo, sob o risco de se tornar incompreensível, e, portanto, ineficaz. Os valores sociais ligados a direitos difusos que apontam desde o final do século XX são demanda deste tempo que reclamam a atualização de toda a linguagem codificada ligada ao pertencimento.

As codificações do século XIX foram marcadas por pretensões de certeza e definitividade. No final do século XX ficou claro que este perfil não atende mais as demandas formadas por uma sociedade marcada por relações jurídicas complexas.

3.3.2 O Estado Social e a Funcionalização do Direito de Propriedade

Enquanto o Estado Liberal preocupou-se com a afirmação do indivíduo no pertencimento exclusivo e no acúmulo de bens, o Estado Social procurou estabelecer para ele uma identidade social. A redução das desigualdades trazidas pelo modelo proprietário exigia uma reformulação do Estado e de suas leis a partir da mudança de seus fundamentos.

Para tanto, o pensamento de Léon Duguit (2006, p. 29) exerceu grande influência sobre as bases desse novo modelo de Estado. Para o filósofo, o direito de solidariedade foi estabelecido objetivamente e é partir dele que nascem os direitos subjetivos. Tais direitos objetivos obrigam o sujeito a cooperar na solidariedade social. Desta forma, só tem poderes porque precisa deles para cumprir seus deveres sociais. O melhor exemplo seria o direito de

propriedade que segundo ele “*deve ser compreendida como uma contingência, resultante da evolução social; e o direito do proprietário, como justo e concomitantemente limitado pela missão social que se lhe incumbe em virtude da situação particular em que se encontra.*”

O ponto de partida do Estado Social foi a mudança do protagonismo do patrimônio para o protagonismo da pessoa no ordenamento jurídico. A partir disso foi possível consolidar como direitos positivados os valores existenciais, que passaram a compor o patrimônio privado. Era a consolidação da concepção do ordenamento como um sistema axiológico, onde o humano tem primazia.

Foi nesse sentido que escreveu Orlando de Carvalho (1981, p. 90-91):

Sem dúvida que esta directriz personalista tende a imprimir-se a todo o mundo do Direito, salientando-se, que contra o relativismo, quer contra os transpersonalismos que o relativismo alimentou (do Estado, da Nação, da Raça), que o Direito, não sendo um sistema lógico, como pretendia a jurisprudência conceitual, é todavia, um sistema axiológico, um sistema ético a que o homem preside como o primeiro e mais imprescritível dos valores.

Uma visão humanista do Direito abriu espaço para a proteção normativa da pessoa quando em colisão com o interesse meramente patrimonial. Ao mesmo tempo, passou-se a exigir deveres desse indivíduo, especialmente quanto às suas relações patrimoniais. Se o direito passou a enxergar a pessoa humana, esta precisava enxergar e respeitar os outros humanos em seu entorno. Surge assim um processo de funcionalização dos direitos.

O caminho começou a ser trilhado com uma reestruturação na produção normativa. Enquanto a era das codificações (século XIX) focou-se na produção de normas fechadas, sem margem de interpretação por parte de seu aplicador, a era dos microssistemas jurídicos (século XX) propiciou conceitos abertos que permitem ao aplicador buscar o espírito de cada norma, promovendo o que se chamou de justiça social.

Aos poucos foi-se abandonando a visão estrutural do ordenamento e abrindo-se uma perspectiva funcional para os institutos. Nesse sentido, disse Orlando de Carvalho (1981, p. 94)

Atrás dos variados dispositivos com que o Direito se apetrecha para atingir os seus fins(...) as noções integradoras dessas estruturas, como a noção de coisa, de patrimônio, de ausência, de dano, de culpa, de contrato, etc -, atrás destes diversos mecanismos está a função que eles entendem prosseguir e que é, em último termo, a sua instância de controle. Para se compreenderem estes meios e se avaliar do seu uso há que fazer apelo a essa dimensão de serviço – de serviço da vida, para falarmos como Heck – sem a qual o Direito não terá sentido algum.

Norberto Bobbio (2007, p. 44-45) identificou as consequências de uma mudança do elemento fundante no processo de produção das leis. Enquanto o Estado Liberal tem como objetivo o controle social e por suas normas são eminentemente providas de sanção; já o Estado assistencial objetiva o controle social através de normas cuja força deriva da relação meio-fim. Difere assim as “normas instrumentais” das “normas finais”. As primeiras se preocupam em regular o meio pelo qual se deseja chegar a um fim; as segundas, indicam o fim a ser atingido pelo meio mais adequado. E sobre essa diferença destaca o autor:

Essa diferença, além disso, é tão importante em relação à própria função do direito que, no dia em que se ampliar o campo reservado às normas técnicas e se tornar cada vez mais marginal o campo das normas penais (em sentido amplo), não deveremos mais falar do direito como instrumento de controle social. Neste caso, seria mais apropriado falar em ‘direção social’.

A presença da tutela dos bens difusos no ordenamento jurídico brasileiro indica que estamos paulatinamente migrando de um Estado baseado em normas instrumentais e seguindo para um Estado de normas finais. O ordenamento passou a exigir um novo perfil do indivíduo, mas ele também precisou se transformar. O impacto mais profundo se deu com uma mudança de foco na criação das normas que passariam a compor um formato que exige do intérprete menos preocupação com sua estrutura e mais preocupação com a função que lhe é inerente, a exemplo da tutela do meio ambiente e do patrimônio cultural, uma tendência que só cresceu ao longo do século XX e ainda se modula no início do século XXI.

Quando a função social foi vinculada ao direito de propriedade insculpiu-se a ideia de deveres a um instituto que foi criado historicamente para libertar o cidadão dos deveres impostos pelo Estado quando em sua era de absolutismo monárquico. Deste princípio da função social nasceu o princípio da função ambiental, que ganhou autonomia e trouxe novos deveres ao proprietário. No primeiro caso os deveres ligam o proprietário aos demais cidadãos, proprietários, ou não; mas no segundo caso, seu dever está para com o que não é humano, a exemplo do meio ambiente. Esses princípios funcionalizam o direito de propriedade e materializam a compreensão jurídica de que o descumprimento da função social atinge o meio, mas também traz efeitos ao proprietário que nele está inserido como mais um elemento da grande teia da vida.

Um arcabouço teórico foi de extrema importância nessa reestruturação normativa e foi na teoria de Norberto Bobbio que se encontrou o suporte desejado. O autor defendeu uma teoria funcionalista do Direito que proporcionasse aos ordenamentos um modelo menos

punitivo e predominantemente promocional, na certeza de que a promoção da virtude oferece melhor resultados que a imposição da punição.

Em poucas palavras, é possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precípua impedir o máximo possível a sua prática; ao segundo, interessam, principalmente, os comportamentos socialmente desejáveis, sendo seu fim levar a realização destes até mesmo aos recalcitrantes. (BOBBIO, 2007, p. 15)

Essa mudança de perspectiva possui, segundo o autor, a possibilidade de construir novos valores sociais e jurídicos, à medida que o Estado venha a tomar por base medidas de encorajamento, as quais proporcionam mudanças, contrariamente às medidas de desencorajamento, que apenas objetivam a conservação social. (BOBBIO, 2007, p. 19)

A consequência natural dessa ressignificação do ordenamento impacta profundamente o direito civil, e de forma especial o instituto da propriedade. Nos ordenamentos mais punitivos, a norma é estruturada para garantir ao proprietário proteção absoluta em relação a qualquer um que ameace seu arcabouço de direitos, e por consequência, punição a quem desejar violar essa esfera de direitos; já nos ordenamentos mais promocionais, estimula-se o bom uso da propriedade, num objetivo claro de satisfação dos interesses do indivíduo e da sociedade.

É nesse contexto que ganha força o direito ambiental, o qual vem agregar responsabilidades ao proprietário, agregando-se a sustentabilidade como marca indelével do exercício dos poderes conferido pelo domínio. É o marco de uma mudança significativa, e felizmente, sem volta, onde o direito individual é agregado ao direito difuso, numa conformação de interesses que leva a um modelo mais justo de sociedade.

Na seara dos direitos reais, a propriedade funcionalizou-se, mudando-se paulatinamente a perspectiva do pertencimento. Muito mais do que saber o que pode ser objeto de pertencimento, desejava-se saber e proteger legalmente o que não possui valor de mercado e que está fora da possibilidade de apropriação. Surgem os deveres jurídicos do proprietário com o meio natural e social e cultural.

A ordem internacional já compreendeu que há uma profunda alteração no sentido tradicional de propriedade, bem como a existência de valores que transcendem ao interesse patrimonial individual do titular. Essa realidade é conclamada em países como Itália, na voz de Pietro Perlingieri, na Espanha, por intermédio de Aguirre Y Valdaz, e na Argentina por Ricardo Lorenzetti.

Pietro Perlingieri (1977, p. 34) afirma que a reconstrução do direito privado vai além da importância dos interesses da personalidade no direito privado. A reconstrução do direito civil não está centrada em aumento ou diminuição da tutela de situações patrimoniais, mas numa tutela qualitativamente diversa.

Desse modo, evitar-se-ia comprimir o livre e digno desenvolvimento da pessoa mediante esquemas inadequados e superados; permitir-se-ia o funcionamento de um sistema econômico misto, privado e público, inclinando a produzir modernamente e a distribuir com mais justiça.

No Brasil, a doutrina é impulsionada nas palavras de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber(2005, p. 117)

De fato, o condicionamento da tutela do domínio ao atendimento dos interesses sociais relevantes, e em especial ao atendimento da dignidade da pessoa humana, vem remodelando o direito de propriedade, de modo a conformar os interesses proprietários com os múltiplos interesses não-proprietários, e sobretudo o de conformar os interesses patrimoniais àqueles de natureza existencial.

No Brasil, a vinculação da propriedade ao cumprimento de uma função social é fruto de uma construção normativa que se iniciou na Constituição de 1934, mas foi na Constituição Federal de 1988 que ganhou seu conteúdo mais profundo, lançando as bases normativas para o desenvolvimento do que Daniel Bucar e Daniela Mucilo (2015, p. 40) chamaram de comunitarismo, definindo a expressão com um conjunto de ideias em que a comunidade é legitimada para conceber o justo sem, no entanto, suprimir a expressão individual (como feito em regimes totalitários)”.

Segundo os autores encontra-se na função social como internalização, nas situações patrimoniais, de interesses coletivos, um dos reflexos deste ideário, vislumbrando em tal princípio “uma sintonia entre o solidarismo próprio da função social, com o respectivo interesse coletivo do comunitarismo, sem jamais suprimir uma liberdade pessoal”.

Na esfera internacional o Código Bustamante, de 1928 (Convenção de Direito Internacional Privado de Havana), ratificado pelo Brasil em 1929, trouxe em seu artigo 117 a consolidação das regras de propriedade e seus modos de aquisição como tema de ordem pública internacional. Diz o texto: “*Art. 117. Las reglas generales sobre propiedad y modos de adquirirla o enajenarla entre vivos, incluso las aplicables al tesoro oculto, así como las que rigen las aguas de dominio público y privado y sus aprovechamientos, son de orden público internacional.*”

A funcionalização da propriedade propiciou uma outra discussão: a do acesso à propriedade, como pressuposto das discussões sobre igualdade entre proprietários. O direito de habitação, por exemplo, adentra na pauta jurídica com a mesma importância da proteção da propriedade individual. Com isso os não proprietários passaram a ter um papel no ordenamento, o que era impensável no Estado Liberal.

Nas palavras de Eroulths Cortiano (2002, p. 141), “se antes a função social da propriedade era exercida à medida que refletia a autonomia e liberdade humanas, impõe-se agora compreender sua função em face dos desprivilegiados, dos não proprietários, daqueles cuja autonomia e liberdade inexistiam por não serem proprietários.” E segue afirmando que “a titularidade da situação proprietária passa a implicar, para o seu titular, no concomitante respeito a crescentes não proprietários.” (2002, p. 153)

Muito mais do que um dever atribuído ao proprietário, a função social propiciou uma nova dimensão axiológica do ordenamento jurídico erguido sobre o individualismo proprietário. Segundo Cortiano (2002, p. 143), essa é uma importante ruptura do discurso proprietário, à medida que sai da abstração da propriedade para concretizar a melhor utilização social da propriedade. “Com a função social, a idéia de condicionamento de um direito a uma finalidade, geralmente adstrita ao direito público, ingressa no direito privado e conforma o direito de propriedade”.

O autor chama atenção ainda para um elemento fundamental na repersonalização do direito: as noções de despatrimonialização, pluralismo e solidariedade. A despatrimonialização vem então dar maior prevalência aos valores existenciais em face dos valores patrimoniais. (Cortiano, 2002, p. 171)

Nas palavras de Weill, Terré e Simler (1985, p. 91), a despatrimonialização e intelectualização do direito caracterizam a evolução do patrimônio. “Si le recours à l'*anticipation* est, depuis des siècles, assez répandu dans le comportement juridique, la *dématérialisation* ou l'*intellectualisation* du droit de propriété ont, depuis quelques décennies, caractérisé l'évolution du droit de patrimoine.”

O conceito também é defendido por Judith Martins-Costa (*apud* PENTEADO, 2012, p. 54) que afirma que “[...] houve uma desmaterialização da propriedade, um corpóreo que se tornou incorpóreo e que permite, diante da contemporaneidade do fenômeno da era do virtual, a aplicação das categorias da propriedade, da posse e da usucapião a bens sem lastro corporal.”

Também Pietro Perlingieri (2008, p. 5) aponta que a tendência do constitucionalismo contemporâneo está assentada na forte ideia do sistema voltado não

somente para o mercado, mas também na dignidade da pessoa humana, numa perspectiva que tende a despatrimonializar todo o Direito.

A partir dessa ideia de despatrimonialização é possível propor uma nova dimensão do próprio conceito de patrimônio, a partir das rupturas apontadas no direito civil, preenchendo-o com a noção de compartilhamento como base do pertencimento. O titular único e individualizado de determinado bem convive harmoniosamente com uma titularidade compartilhada sobre um bem difuso. O patrimônio de um não inibe a ideia de um patrimônio comum.

O produto do intelecto e do espírito, associado a uma compreensão humana de que certas riquezas são imateriais e não devem ser apropriadas de forma exclusiva, desafia a lógica de mercado, o direito empresarial e o direito de propriedade. É sobre essa realidade que reflete Marc Halévy (2010, p. 155)

Todo o nosso direito baseia-se na noção de propriedade: o direito à propriedade é inalienável, propriedade de meus bens, de minha vida, de minha identidade, de meu estatuto, etc. A noção de propriedade vem da noção de raridade: como todo objeto é único, se me pertence, não pertence a você, e vice-versa. Com a informação e o conhecimento, tudo muda: quando tenho uma ideia e a passo a alguém, eu não a perco, essa ideia, ao contrário, ganha tanto mais valor quanto mais compartilhada for. Daí os esforços imensos e inúteis de nosso direito para tentar fundar a noção e a proteção da “propriedade intelectual”, ou seja, aplicar uma lógica de raridade e de penúria à informação, que é multiplicável ao infinito e de modo quase gratuito.

Essa base de argumentação é erguida sobre o pilar da solidariedade, valor jurídico constitucionalizado que assenta as bases de uma sociedade plural que se relaciona a partir de uma concepção de sociedade. “Surge uma comunidade viva e integrada, conforme a uma ordem socialmente orientada, na qual se tende a nivelar os indivíduos em um plano que permita, nas melhores condições possíveis, o maior desenvolvimento de todos eles” (MONREAL *apud* CORTIANO, 2002, p. 173)

A repersonalização da propriedade através do dever de cumprimento da função social exige uma nova avaliação do sujeito de direito a quem se dirige as titularidades ligadas ao pertencimento. Convém redimensionar as palavras, e por vezes até mesmo abandoná-las, quando seu conteúdo não comporta mais a realidade jurídica e social. Assim acontece com a expressão “sujeito de direito”, que se mostra inadequada na tutela dos direitos difusos. Com isso será possível construir um direito civil numa nova articulação que compreenda as novas demandas da contemporaneidade.

3.4 Uma nova titularidade no mundo contemporâneo: o pertencimento compartilhado numa relação jurídica difusa.

A classificação tradicional dos bens, entendendo-os como públicos ou privados, estabeleceu uma divisão rígida entre as disciplinas jurídicas que os tutelam. Trata-se de um efeito lógico da adoção de um critério cartesiano para a compreensão do ordenamento jurídico como um sistema lógico e racional.

No entanto, a contemporaneidade guarda novos anseios e estabelece novos valores, ao mesmo tempo que redefine seus conceitos de ordem moral, política e jurídica. Essa clássica divisão do direito só se justificou numa época em que o indivíduo e o Estado se viam como inimigos, num eterno conflito de interesses, pois nada do que viesse deste poderia ser benéfico para aquele. Não é à toa que a formação de grupos sociais tem sido tão marcante ao longo da história, a exemplo das corporações, sindicatos, associações, partidos políticos. Somente em grupos os indivíduos conseguem se proteger do Estado.

Mas um destaque se faz importante. O Estado Liberal teve seus méritos, foi a partir dele, ajustando uma época histórica que se construiu o cenário social que séculos depois permitiria a positivação de normas de cunho solidarista. Foi preciso soltar algumas amarras no passado para abrir caminho para uma nova tábua de valores sob a qual se ergueriam os ordenamentos contemporâneos. Como bem afirmou Léon Duguit (2006, p. 13), *“a doutrina individualista, embora não absolutamente exata em seus fundamentos, prestou imensos serviços e inspirou consideráveis progressos, levando a conceber, pela primeira vez, a limitação de poderes do Estado pelo direito.”*

Hoje esses sujeitos precisam se ver como parceiros, unidos em prol da realização do bem comum. A compartimentação de interesses não se mostra mais como a solução para os problemas sociais. Num mundo interligado os problemas de uma parte repercutem no todo e só um pensamento globalizado é capaz de trazer soluções. A proteção do indivíduo está na proteção do coletivo porque é nele que se realiza.

O Estado Social impôs um paradigma de plurissubjetividade na produção e interpretação das normas, respaldado em um fundamento filosófico de fraternidade jurisdicionalizado com o título de solidariedade. Para além da dicotomia interesse público x interesse privado, criou-se o espaço do interesse social.

A expansão do conceito de interesse público se faz necessária, estabelecendo-se uma distinção entre este e o interesse do Estado, enquanto ente político, alocando

corretamente os interesses difusos, os quais estão no campo dos interesses sociais, pois nem sempre o Estado se mostra um bom guardião do bem comum.

A verdade, todavia, é que a propriedade pública é, por definição, voltada não ao interesse social, mas ao interesse público, e o reconhecimento de sua função social impõe uma verificação de conformidade entre esses dois interesses, cuja importância não pode passar despercebida ao intérprete. (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p. 112)

Nas palavras de Rui Piva (2000, p. 27), que prefere usar a expressão “metaindividual” para definir o que ora se denomina direito difuso, o interesse metaindividual se trata de “um interesse que, não obstante estabelecido pelo Estado, não lhe pertence.” É por não ser o titular dos direitos difusos que decorrem dos interesses difusos que o Estado tem o dever, tanto quanto o cidadão de zelar pelos bens de titularidade compartilhada.

E esse dever se estende também para aqueles que recebem especial proteção do Estado no uso do bem ambiental, a exemplo dos índios. Notícia recente apresentada na imprensa (Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/11/1830699-apos-acordo-gol-pagara-r-4-milhoes-a-tribo-indigena-por-queda-do-voo-1907>>. Acesso em 4 de maio de 2017) informa que a companhia aérea Gol firmou acordo com os índios Caiapós para reparar os danos causados pela queda do avião há dez anos através do pagamento de 4 milhões de reais. Pelos termos da avença será revertido para a comunidade indígena, a qual prestará contas às autoridades.

É totalmente pertinente perguntar o motivo desse valor não ter sido depositado em fundos ambientais, já que os índios não são titulares da terra onde vivem, sendo-lhes atribuída apenas a posse indigenata. O pagamento foi assim destinado a quem não tem legitimidade, gerando apropriação exclusiva a um grupo quando o dano se deu sobre bem difuso. Considerando que o acordo contou com a participação do Ministério Público, tem-se a certeza de que nem sempre o Estado é um bom guardião dos bens difusos.

Esse novo interesse, tutelado através dos direitos difusos, impacta as disciplinas jurídicas, e notadamente, a propriedade, que nesse contexto exige uma revisão na sua categoria. Essa revisão faz ressurgir os bens comuns, num modelo muito particular vivenciado pela era contemporânea. Diz Stefano Rodotà (2013, p. 463) que “la revisione delle categorie proprietarie, dunque, porta con sé anche una revisione delle categorie dei beni, con il riemergere dei beni comuni, che tuttavia assumono caratteristiche anch’esse irriducibili ai modelli storicamente già noti.”

Para o autor, há uma revolução larga e difusa proporcionada pelos bens comuns, fundada numa conexão intensa entre pessoa e mundo externo. Diz ainda que a propriedade pública ou privada não pode compreender e exaurir a complexidade das relações estabelecidas entre pessoas e bens.(RODOTÁ, 2013, p. 464-465).

Essa revisão de categoria permite o surgimento de um valor jurídico que vai além da função social da propriedade, permitindo respostas mais eficazes para problemas específicos da sociedade sempre que um fato jurídico ameace a integridade dos bens de titularidade compartilhada, os chamados bens difusos.

Um exemplo de como a lei interfere na vida privada das pessoas impondo a tutela do bem difuso da saúde pública, é a lei 5.141/2010, do Estado do Rio de Janeiro, que na tentativa de erradicar a proliferação de mosquitos transmissores de doenças, prevê multa para qualquer pessoa que impedir o ingresso de agentes de saúde em seu imóvel. Neste caso, a decisão do particular de não cuidar de seu imóvel promove uma lesão ao bem difuso da saúde pública, e por isso, impõe-se-lhe a obrigação de fazer, no sentido de manter o ambiente em condições adequadas.

Antes de prosseguir, uma reflexão importante. A compartimentação dos interesses em grupos, unidos pela vontade de obter privilégios, afastando-se do grupo social, não atende ao interesse social porque seu objetivo não é difuso. Por vezes, as associações, os partidos políticos, e tantos outros agrupamentos, não estão interessados em condutas altruístas, sua intenção é o privilégio dos seus pares, promovendo um *status* que os diferenciem socialmente. Por estarem focados unicamente em seus propósitos, suas ações não fortalecem os ideais de bem comum e tantas vezes se estabelecem conflitos entre grupos, numa verdadeira luta de classes.

Aqui são oportunas as palavras de Rui Piva (2000, p. 30): “[...] a indeterminação do titular de um direito difuso, por exemplo, é muito mais significativa do que a indeterminação do titular de um direito coletivo”. Neste último caso tem-se um direito para categorias, com interesses próprios, algo muito diferente da sociedade.

Toda a regulamentação jurídica aplicada à proteção dos bens na modernidade partiu de um paradigma individualista, podendo-se dizer até mesmo egoísta. Foi a partir dos conflitos trazidos pela revolução industrial que o parâmetro de proteção se alargou, partindo dos direitos individuais, passando pelo coletivo (proteção de direitos de grupos) até se tornar mais fluido (proteção de direitos transindividuais) a partir das discussões que envolvem o bem ambiental.

Esse alargamento do parâmetro de proteção exigiu dos ordenamentos jurídicos a partir do século XX uma readequação, e até mesmo a criação de novos conceitos e categorias, uma necessidade que se originou do fato de que estes não possuíam nos séculos XVIII e XIX um cunho de generalidade que fosse o bastante para abarcar a tutela das novas demandas jurídicas de natureza transindividual.

Todas as sociedades ditas civilizadas buscaram criar um critério justo de apropriação sobre coisas e direitos. Os romanos criaram uma propriedade baseada na nacionalidade, no medievo o justo era entendido como a possibilidade de múltiplas titularidades sobre o mesmo bem e os liberais encontraram a resposta na propriedade exclusiva e individualizada. A contemporaneidade retoma as reflexões sobre o pertencimento, e sem negar a propriedade individual, estabelece uma outra titularidade, onde a exclusividade dá lugar ao compartilhamento, redimensionando a forma de apropriação sobre bens.

O reconhecimento e proteção de direitos passíveis de uma titularidade difusa causou uma nova ruptura no discurso proprietário, utilizando-se a linguagem proposta por Eroulths Cortiano. Desde a criação da função social como dever jurídico não se tinha um elemento que propiciasse uma revolução tão profunda na estrutura de regulação das relações de pertencimento.

Na contemporaneidade, as grandes transformações havidas nas concepções do direito subjetivo, notadamente no que dizem respeito aos modos de pertencimento das coisas, máxime com a consolidação do princípio da função social, impulsionaram a superação do modelo individualista de propriedade, que segundo Stefano Rodotà (1990, p.21), demonstram a impossibilidade de se construir a propriedade como sistema completamente autorreferente. (LÔBO, 2017, p. 31)

Somente o interesse difuso, consolidado juridicamente como direito difuso e com ampla tutela, é capaz de atender ao projeto constitucional de uma sociedade solidária.

3.4.1 O direito de acesso como nova expressão do pertencimento e renovação do modelo liberal-burguês

O estudo aprofundado do direito de propriedade gera reflexões que vão além do poder de apropriação exclusiva sobre bens. É possível avançar e questionar o direito ao pertencimento por parte daqueles que não são proprietários, nascendo disso grandes temas da sociologia, e também é possível analisar o direito daqueles que não desejam ser proprietários exclusivos da coisa, desejando tão somente o direito de acessá-las. Esse segundo tema é o ponto de reflexão que ora se passa a destacar: o direito de acesso a certos bens.

Duas são as concepções do direito de acesso que se pode observar no âmbito da tutela do pertencimento. A primeira delas está nos fundamentos do Estado Social, quando se percebeu que era preciso alargar o tratamento legal da propriedade aos não-proprietários. Pietro Barcelona (1996, p. 66) é quem chama a atenção para um potente agente externo que a artificialidade da ordem jurídica não conseguiu exorcizar: *“el conflicto social entre propietarios e no propietarios, la potencia de la acumulación que domina y transtorna el mercado, la pretensión destructiva de los trabajadores que se organizan para luchar contra la propiedad privada”*.

A segunda concepção está ligada ao direito de um acesso compartilhado a certos bens de importância universal. Como bem acentua Marcelo Milagres (2014, p. 171), *“se é certo que a pessoa é o cento das preocupações, é o valor-fonte da ordem jurídica; não menos necessária é a defesa da acessibilidade a bens indispensáveis ao seu pleno desenvolvimento*.

O problema do acesso aos bens gerou as primeiras discussões que levaram ao surgimento do Estado Social, afinal era urgente integrar às discussões legais sobre propriedade, o direito de acesso a ela. Se o código protegia o proprietário e seu domínio sobre as coisas, só estaria amparado pela lei aquele que pudesse compor o *status* de proprietário, mas havia uma tutela a ser gerada para os não-proprietários.

Os não-proprietários, por não possuírem uma titularidade sobre qualquer bem, estavam alijados do direito civil, pois se nada tinham, não chegavam a se qualificar como um sujeito de direito na ordem civil. Na abstração da lei todos podiam sê-lo, contudo, as relações de mercado separavam bem os que nasceram para servir e os que nasceram para ser servidos, um critério decisivo para a aquisição de bens. Como bem acentua José Robson da Silva (2002, p. 29), *“A miséria e a opulência fazem desaparecer o sentido do público e do privado. Na primeira, porque não se consegue ter; na segunda, porque a abundância desativou a percepção social e não se consegue ser.”*.

Utilizando-se da expressão de Eroulths Cortiano (2002, p. 159-162), essa reflexão traria importantes rupturas no discurso proprietário que marcariam para sempre o modelo de apropriação e de acesso aos bens dos liberais. Grandes transformações se deram com as Constituições do México (1917) e Weimar (1919), influenciando as codificações a partir do século XX.

Para o autor, a existência de uma pluralidade de bens (de produção, móveis e imóveis, materiais, imateriais, empresariais, culturais) gera pluralidade de regimes. Para cada bem um regime particular conforme suas qualidades, daí a necessidade de não se falar em

propriedade, mas em propriedades, com tratamentos jurídicos diversos, pluralizando-a. Aqui mais uma ruptura do modelo oficial e unitário do liberalismo.

A doutrina de Stefano Rodotà (2013, p. 476) também aponta para a existência de mais de um modelo proprietário, afirmando existir uma propriedade formal e outra substancial: “Se è così cominciato a parlare non esclusivamente di *una* proprietà, ma di più proprietà”, destacando que não se trata de um retorno ao regime proprietário anterior à unificação promovida pelos códigos e pela doutrina científica oitocentista.

Luciano Penteado (2012, p. 80), embora concorde com a visão de pluralidade de regimes proprietários, destaca o fato de que a diversidade qualitativa e quantitativa dos poderes e das faculdades do proprietário não impediu que a noção de propriedade continuasse unitária. Para ele, o processo de relativização atingiu somente os poderes do proprietário sem alterar a noção mesma de propriedade.

Não obstante a opinião do doutrinador, já é possível ver que essa unicidade da propriedade já sofre rupturas significativas, de modo a se visualizar uma nova forma de relação entre pessoas e bens. A visão contemporânea do direito de acesso é a prova disso. Neste aspecto José Robson da Silva (2002, p. 117) faz uma ressalva de grande relevância: “*A questão de fundo que se apresenta ao deslinde não é estabelecer a quem efetivamente pertence a titularidade sobre os bens públicos, especificamente os bens ambientais. A questão central refere-se aos mecanismos de acesso a estes bens.*”

Novas palavras vão se agregando ao dicionário no mundo contemporâneo, a exemplo de “no copyright” ou “software livre”. Elas nos lembram que no mundo contemporâneo há novos bens que podem ou devem ser de livre acesso, e que não dispõem de uma titularidade exclusiva. Esses bens comuns podem ser mais novos no tempo, e outros mais antigos que ganham nova perspectiva, mas ambos moldando uma nova experiência do pertencimento em dias atuais. Não se trata de um retorno ao modelo de pertencimento de outros tempos históricos, mas da construção de algo oposto à propriedade no seu modelo clássico liberal.

Estamos falando da internet, do conhecimento em rede, da informação, do acesso livre à água, aos medicamentos essenciais e ao alimento. Eles atingem, portanto, bens naturais e artificiais, ampliando uma possível visão equivocada de que só os recursos naturais estão abarcados nessa nova forma de pertencimento. É neste contexto que Dantas e Rentería (2016, p.135) apontam para os novos arranjos institucionais ligados ao pertencimento:

Nesse cenário, ampliam-se os estudos sobre arranjos institucionais alternativos à apropriação exclusiva, capazes de promover a gestão de recursos econômicos de modo eficiente e sustentável. As atenções voltam-se, naturalmente, aos bens comuns, que são assim revisitados e revigorados.

Não se busca nesses elementos uma apropriação exclusiva, mas o direito de acessá-los na condição de não-proprietário individual. A perspectiva é de tornar esses bens instrumentos de acesso de todos a direitos que são essenciais para a condição humana digna, permitindo a todos vivenciar seu tempo histórico num processo global de inclusão, ao mesmo tempo que garantem a materialização de outros direitos, como a formação da personalidade e o direito de livre expressão.

É por isso que eles vêm tomando forma de direito humano fundamental na atualidade, como bem acentua Ricardo Lorenzetti (2010, p. 22): “Nos últimos anos tem-se revelado outro fenômeno derivado da escassez de recursos coletivos, e é o surgimento de direitos humanos vinculados a bens ambientais”,

A água, por exemplo, vem sendo submetida a regimes de mercado, o que leva a uma cobrança que nem todos podem pagar. Por esta razão, em 2010 a ONU aprovou uma resolução declarando como direito humano fundamental o acesso à água limpa e segura, bem como ao saneamento básico. (Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agua-potavel-direito-humano-fundamental/>>. Acesso em 10/09/2016). Em 2011 o acesso à internet recebeu o mesmo enquadramento. (Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2011/06/onu-afirma-que-acesso-internet-e-um-direito-humano.html>>. Acesso em 10/09/2016).

Rodotá (2013, p. 489) defende a necessidade de se transformar a internet num bem comum e também em um direito fundamental da pessoa, fator que contribui para ampliar a participação social na vida política, com a imersão progressiva em uma cidadania global.

Il modo in cui si sta evolvendo la partecipazione popolare alla vita politica, con l'emersione progressiva di una vera cittadinanza globale, exige che Internet venga appunto considerato come un “common”, um spazio comune, dove dev'essere respinta ogni forma di disegualianza digitale, controllo esterno, censura.

A tutela do acesso passa a ser tema de extrema relevância no estudo desta matéria porque amplia os horizontes normativos, garantindo ao ordenamento a máxima de efetividade. O reconhecimento de um bem como bem comum traz como consequência a garantia do direito de acesso.

Rodotá (2013, p. 462-463) apresenta um novo conteúdo do direito de acesso, como um novo modelo de pertencimento ainda não experimentado desde a propriedade exclusiva proposta pelo sistema liberal-burguês. “Accesso e proprietà si presentano come categorie autonome e, in diverse situazioni, potenzialmente o attualmente in conflitto. Si può accedere a un bene, e goderne delle utilità, senza assumere la qualità di proprietario.” Segundo o autor, se passa assim de uma propriedade exclusiva para uma inclusiva. “Il discorso sull’esclusione viene tramutato così in quello sull’accessibilità.

Ainda segundo Stefano Rodotá (2013, p. 469) quando se fala em direito de acesso como direito fundamental, “si affida l’effettiva costruzione della persona “costituzionalizzata” a logiche diverse da quella proprietaria, dunque fuori da una dimensione puramente mercantile”

Paulo Lôbo (2017, p. 32) defende inclusive a necessidade de regulação de mercado para garantir o acesso aos bens da vida.

Daí a necessidade de regulação do mercado e de intervenção legislativa no sentido de efetivação crescente do acesso das pessoas aos bens da vida. Especialmente os que se consideram essenciais à existência da pessoa, em suas dimensões. Torna-se imprescindível a convivência entre liberdade e poder sobre as coisas, de um lado, e solidariedade social e funcionalização do direito, do outro, como indicação da propriedade contemporânea no Brasil.

É a insuficiência de recursos, impedindo que todos tenham uma titularidade sobre eles, que demanda uma reformulação no modelo proprietário. O direito de acesso redefine a lógica de mercado, baseada na oferta e na procura, igualando os que podem e os que não podem pagar por uma titularidade exclusiva. Como bem afirmam Dantas e Rentería (2016, p.143), com base no modelo proprietário proposto por Stefano Rodotá, o que se tem é “uma concepção de direito que não o reduz a mecanismos de instrumentalização de interesses econômicos, mas como canal de transmissão de valores socialmente relevantes inclusive para aqueles que não são proprietários”.

E é Rodotá (2013, p. 44) quem propõe o que denominou, numa tradução livre, de “fundo não proprietário” (*retrotterra non proprietario*), um interesse “não proprietário” que surge a partir de uma emersão de um direito que transcende o indivíduo e que caminha paralelo ao interesse proprietário de caráter exclusivo. Para ele é preciso abandonar a lógica proprietária e o direito civil precisa de uma imagem diversa daquela do passado, organizada em torno das relações proprietárias. Adverte, contudo, que não se trata de registrar a

existência de uma área genericamente qualificada como coletiva, “ma che la dimensione coletiva penetra ormai nelle stesse aree pubblica e privata.”. E acrescenta:

Si trata, invece, di individuare, da una parte, aree in cui la logica proprietária deve integralmente cedere a uma logica diversa, genericamente definita ancora come `non proprietaria´ e di cui possono essere manifestazione le domande di tutela dell´ambiente o dela salute, di controllo sugli investimenti industriali. (...) la questione dei controlli collettivi e diffusi, in sostanza, diventa fondamentale, incarnando la dalettica tra interessi non proprietari e base proprietária, rispetto ala quale non appare praticabile uma distinzione fondata unicamente sulla qualificazione formale (pubblico, privato, cooperativo) del soggetto titolare dei diritti sul bene. (RODOTÁ, 2013, p. 45)

É preciso assentar bases sólidas para o que Hermam Benjamim chama de “acesso supraindividual”, pois aqui é o terreno onde crescem os direitos difusos, que é de titularidade múltipla e pode ser protegido pela ação de um único indivíduo, que é parte do todo a ser protegido. Quando se trabalha com uma ação coletiva pode-se observar o “todo” representando o “um”; na ação de natureza difusa é o “um” quem representa o “todo”.

4 COMPREENDENDO OS DIREITOS DIFUSOS E SUAS IMPLICAÇÕES COMO OBJETO DE RELAÇÕES JURÍDICAS

4.1 A formação de um bem jurídico que transformou o sujeito e o Direito.

4.1.1 O conceito de bem comum como base do tratamento legal dos direitos difusos

Se pudéssemos reunir numa sala um cidadão romano que viveu na era de Justiano e titular de propriedade quiritária, um agricultor do medievo, um comerciante liberal e um sócio de uma empresa virtual contemporâneo, conseguiríamos materializar a história das titularidades no mundo ocidental.

Seria possível compreender as distintas fases e formas legais que as sociedades estabeleceram ao longo do tempo para regular a relação de pertencimento. Da propriedade sólida, marcada por bens corpóreos até a fluidez do mundo virtual, cada sociedade foi construindo sua tábua de valores que marcaram os tipos legais de tutela sobre as relações de fato e de direito entre pessoas e bens.

A passagem da economia agrícola para a economia industrial e depois pós-industrial, assim como o progresso da ciência, fez nascer novos bens da vida, como afirma Weill, Terré e Simler (1985, p. 48): “*Planification, répartition et contingentement, organisation professionnelle... tout cela alimente un courant solvante décrit: on invente de nouveaux biens, savoir-faire ou faire-valoir; on imite aussi des biens qui existent, ce qui caractérise solvante le domaine des choses de l’esprit.*”.

Entre os gregos foi Platão (2000, p. 160) o responsável por propagar as ideias de Sócrates, escrevendo em sua obra “A República” a cidade ideal, onde não deveria haver propriedade individual, sendo esta uma condição para a felicidade dos cidadãos. Cria ele a figura dos guardiões que deverão ter educação correta, disciplina e bens comuns. Não deveriam eles possuir casas próprias, nem terras, nem quaisquer bens a não ser coisas de primeira necessidade; em seguida, nenhum deveria ter depósito algum, em que não possa entrar quem quisesse.

Foram as reflexões de Kant que ergueram os dois pilares sob os quais se ergueram o que se conhece como moral moderna: o desinteresse e a universalidade. Em sua Crítica da Razão Pura elaborou a ideia de que “*a virtude reside na ação ao mesmo tempo desinteressada e orientada não para o interesse particular e egoísta, mas para o bem comum e “universal” – quer dizer, falando simplesmente, para o que não vale apenas para mim, mas também para todos os outros.*”.

A partir das ideias de Rousseau, Kant propaga o ideal do bem comum e a universalidade das ações morais, entendidas como a superação dos exclusivos interesses particulares. *“O bem não está associado ao meu interesse particular, ao da minha família ou da minha tribo. Evidentemente ele não os exclui, mas deve também ter em conta os interesses de outrem, até mesmo o da humanidade inteira – como o exige a grande Declaração dos Direitos do Homem.”* (Ferry, 2010, p. 154-156)

Se o ser humano não é naturalmente bom, precisa lutar contra seus institutos naturais para aplicar a moral do dever. É por isso que Kant defendeu a necessidade de “imperativos categóricos”, pois só com eles seria possível combater o egoísmo que naturalmente há em nós. A vontade livre cria uma segunda natureza, criando o que ele chamou de “reino dos fins”, posicionando o homem como centro do universo.

Tomás Prieto Álvarez (2015, p. 41) faz uma interessante reflexão a partir do pensamento kantiano:

En definitiva, pienso que dos enseñanzas pueden extraerse de las reflexiones del genial filósofo alemán: en primer lugar, que los deberes para con uno mismo (de carácter moral, sin sanción jurídica) no pueden, sin embargo, desligarse de los deberes para con los demás (estos sí, jurídicamente exigibles); en segundo lugar, que las acciones indignas que realicen los hombres pueden producir efectos que “le sobrepasan”, es decir, que van más allá de los límites de su privacidad.

Para Léon Duguit (2006, p. 16) a ideia de um homem livre e independente de outros homens é uma abstração desvinculada da realidade. Para ele, *“não é razoável afirmar que os homens nascem livres e iguais em direitos, mas sim que nascem partícipes de uma coletividade e sujeitos, assim, a todas as obrigações que subentendem a manutenção e desenvolvimento da vida coletiva”*. Sustenta o autor que o direito está fundamentado no caráter social e no uso dos poderes de cada indivíduo que só existem para o livre cumprimento de suas obrigações sociais.

Em épocas mais distantes, outros filósofos se reportaram às coisas comuns. Hobbes, em seu “Leviatã” (2002, p. 119) propôs o acesso às coisas comuns por um critério quantitativo, chegando a sugerir o sorteio quando tal coisa não se faça possível. Diz ele que *“As coisas que não podem ser divididas, que sejam gozadas em comum, se assim puder ser. Se a quantidade da coisa o permitir, sem limite. Se não permitir, proporcionalmente ao número daqueles que a ela tem direito”*.

Já Aristóteles, na “Política” (2002, p. 44-46), afirma que “[...] não é possível constituir um Estado sem dividir e separar as propriedades” pois sendo tudo comum a todos

não haveria como se identificar as desigualdades naturais entre os homens. Propõe que a propriedade seja particular, pondo-a a serviço dos amigos, todos se servindo como coisa comum. Aponta como sentimento natural o desejo de cada indivíduo de dizer que algo lhe pertence. “É preferível, portanto, que os bens sejam pertencentes aos particulares, porém que se tornem propriedade comum pelo que se faz deles. Compete ao legislador inspirar nos cidadãos os sentimentos convenientes para formar uma tal ordem de coisas”. Como se vê, o filósofo só considera o uso comum desde que se respeite a propriedade individual.

O jurista Georges Renard resgatou expressões contidas na “Suma Teológica” de São Tomás de Aquino, para alcançar o sentido e a necessidade de dinamização da propriedade. Segundo ele “os bens exteriores devem retornar ao bem comum”: “seu proprietário é obrigado a fazê-los retornar ao bem comum”, pois não é proprietário senão para isto. (*apud* VAZ, 1992, p. 152)

Na atualidade o economista Marc Halévy (2010, p. 14-16) defende que já se estabeleceu o início do que chama de “revolução noética”, (do grego *noos*: espírito, inteligência, conhecimento) a qual materializa um salto de complexidade inaudito que delineia uma nova ética, tornando a humanidade portadora de uma responsabilidade cósmica, uma realidade “em que os deveres se sobrepõem aos direitos, em que os direitos se subordinam à realização, em que o humanismo moderno deve ser superado em um super-humanismo pós-moderno e nietzschiano”.

Diz ainda o autor que “Com ela, a sociedade do conhecimento e da criação tomará o lugar da velha sociedade industrial e capitalista, hoje moribunda. Não se trata de uma aspiração ideológica, mas de uma superação radical. O homem noético não é de direita nem de esquerda, ele é para frente!”. (HALÉVY, 2010, p. 20) Trata-se de uma revolução conceitual, com imensos prolongamentos filosóficos, éticos e metafísicos.

Alinhavando esse pensamento diz Ortiz Diaz (*apud* ÁLVAREZ, 2015, p. 7) que o bem comum “*requiere el establecimiento de aquel supuesto de condiciones que hagan posible la práctica de la virtud*”. Sem a mudança interna do indivíduo, de seus valores morais e de seus critérios de relacionamento social, grandes dificuldades encontrará o legislador para tutelar o que é comum de todos.

E essa mudança já começou, anunciando o que será um futuro breve. Marc Halévy (2010, p. 22) afirma que “o homem que acumulava objetos cederá o lugar ao que cria conhecimentos. A nova riqueza será cognitiva e cultural, imaginativa e artística: o capital essencial de amanhã será o talento, a inteligência, a memória, a intuição, a imaginação.”

É possível perceber, a partir do passado, como a contemporaneidade vem construindo a sua marca própria nas relações de pertencimento, ao estabelecer uma nova concepção de bem comum. Não um conceito utópico de felicidade geral, algo a ser espiritualmente conquistado, mas um bem jurídico, recebedor de tutela jurisdicional que regula direitos e deveres ligados ao pertencimento. Trata-se do que Luigi Vallauri (1995, p. 43) chama de “*riorientamento personale generalizzato del proprio desiderio di conquista*”.

O individualismo pregado desde a Revolução Francesa ainda mostra sua presença nos ordenamentos, ainda que estes tenham caminhado bastante na tutela do interesse social. O filósofo espanhol Cruz Prados afirma que “La raíz está (...) en “[...] lo difícil que se ha hecho para el hombre contemporáneo captar lo común, percibir en la sociedad contenidos compartidos, y argumentar en términos de bien común ante los conflictos sociales”.

(*apud*ÁLVAREZ, 2015, p. 53)

O presente estudo trata dos direitos difusos, os quais abarcam uma série de bens jurídicos de natureza fluida e incorpórea, cuja essência está no compartilhamento do seu uso e de sua titularidade, uma forma distinta da propriedade singular e individualista dos liberais, mas que compõe a generalidade do pertencimento. O certo é que, em tempos contemporâneos, o existir humano demanda duas esferas a serem preenchidas: a patrimonial e a existencial. E os bens difusos compõem essa esfera existencial.

Sua maior expressão está na sua natureza fluida e difusa, cujos bens não possuem um contorno físico que os permitam ser tocados, mas que ainda assim podem ser experimentados por cada indivíduo na sua integralidade, a exemplo do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.

Eis aqui a grande revolução das relações de pertencimento desde o início da era moderna: o direito de uso de tais bens só tem sentido se compartilhado.

Trata-se da consolidação de uma análise específica desse conceito de “bem comum”, diverso daquele já experimentado pelo direito civil e pelo direito administrativo e que traz novas bases de regulação nos ordenamentos contemporâneos. E tal conceito é visitado por importantes autores que expressam o conteúdo renovado dessa expressão, o qual reflete novos valores sociais que impactam positivamente as leis ligadas a o pertencimento à medida que impõem ao sistema jurídico o traço marcante da alteridade no lugar da exclusividade.

Como bem acentua Luigi Vallauri (1995, p. 45-47), três são as premissas que dão conteúdo ao bem comum. Em primeiro lugar são bens essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana “e quindi corrispondenti ai diritti umani fondamentali”. Em segundo lugar,

são bens que excluem “la privatizzazione e la sotposizione alle leggi del mercato”. Por fim, são bens não exclusivos, orientados a igualdade: “all’uguaglianza tra tutti esseri umani, ivi comprese le generazioni future”.

Os autores Hardt e Negri (2010, p. 176) delimitam o bem comum como a reunião das produções da natureza e da sociedade, reunindo tanto o ar, a água, a fauna, como a língua, os costumes e os afetos. Soma ainda uma disposição social em produzir e conservar o que é comum. Segundo os autores, “Potremmo definire tutto questo un’ecologia del comune – un’ecologia, a un tempo, della natura e della società, del mondo umano e di quello non umano in una dinamica di interdipendenza, di cure reciproche e di mutue trasformazioni. “

Dentre tantos modos de visualizar o bem comum, faz-se necessário apresentar as balizas que guardam o presente estudo na conceituação do que ele seja, pois a expressão utilizada num sentido muito largo e abstrato compromete a eficácia da sua tutela, podendo até mesmo banalizar a expressão.

A base conceitual desse estudo está na ideia de bem comum proposta por Stefano Rodotà (2013, p. 483) que o define como aquele que não permite vantagem ou direito exclusivo, incorporando numa solidariedade intergeracional:

Appartengono a tutti e a nessuno: tutti possono accedervi, nessuno può vantare diritti esclusivi. Divengono condivisi per se stessi, e dunque devono essere gestiti in base ai principi di eguaglianza e solidarietà, rendendo effettive forme di partecipazione e controllo degli interessati e incorporando la dimensione del futuro, nella quale si riflette una solidarietà divenuta intergerazionale, un obbligo verso le generazioni future.

Esse conceito vai além do enquadramento clássico proposto pelo direito administrativo e até mesmo pelo direito civil. Ele envolve temas que interessam à condição humana, à percepção das virtudes, como a justiça, e ideais filosóficos de fraternidade. Sua fonte normativa é uma propriedade constitucionalizada, com contornos distintos e tratamento legal específico. O conceito jurídico é de direito difuso, amplamente fundamentado na ideia filosófica e sociológica de bem comum, mas no formato diverso daquelas disciplinas jurídicas.

Também se assenta este estudo na expressão trazida por Léon Duguit (2006, p. 22-23), “a consciência de uma sociabilidade” que seria inata ao ser humano, em paralelo a sua individualidade. Segundo ele, a “solidariedade social” é que constitui os liames que mantêm os homens unidos”, uma interdependência que abrange toda a humanidade. Destaca ainda o autor que embora essa ligação seja a busca do cidadão universal, o ser humano sempre

formou seus grupos sociais, onde pode exercer mais de perto essa solidariedade social. É o caso da família, da cidade, da nação, locais onde realiza tradições, crenças comuns ou idioma.

No Equador, criou-se no texto constitucional o “*Régimen Del Buen Vivir*”, em seus artigos 395 a 415, um conceito em construção, mas notoriamente plural e intercultural, como alternativa ao antropocentrismo, o que se mostra mais claramente quando no mesmo diploma se reconhece a “Natureza” como sujeito de direitos.

No Brasil, essa construção racional é possível graças aos novos caminhos interpretativos proporcionados pela metodologia do direito civil-constitucional. “A concatenação da normativa constitucional pode revelar, por suas falas e também por seus silêncios, a construção dogmática e ideológica da propriedade no direito brasileiro contemporâneo”. (CORTIANO JUNIOR, 2014, p. 30)

Ugo Mattei (1995, p. 61) esclarece essa natureza diversa do bem comum, nos seguintes termos: “Il bene comune, a differenza del bene privato (cose) e di quello pubblico (demanio, patrimonio dello Stato) non è un oggetto meccanico e non è riducibile a mercê. Il bene comune è una relazione qualitativa.” Observando que historicamente é o Estado quem escolhe os interesses relevantes que serão jurisdicizados, a compreensão dos direitos difusos demonstram que a sociedade passa a ser agente desta escolha, ao valorar os bens que serão considerados difusos.

Não se trata de uma forma de governo, como já experimentada pelos regimes socialistas, mas de uma ordem social diversa e alternativa ao capitalismo, com um modo participativo e solidário de experimentar o mundo e o que ele tem a oferecer. Como bem afirma Ugo Mattei (2011, p. 87): La battaglia per i beni comuni è una battaglia per nuove relazioni social, fondate sulla qualità della vita, il rispetto e il piacere di affrontare insieme in modo partecipato i problemi drammatici del nostro tempo”. O autor chega a afirmar que esse é a base de uma terceira República, fundada na participação.

O mesmo autor apresenta uma classificação bastante oportuna. Os bens comuns se dividem em bem comum natural(ambiente, água) e bem comum social (bens culturais, memória histórica, o saber). (MATTEI, 1995, p. 62)

O tratamento legal do bem comum exige uma nova forma de racionalidade jurídica, ultrapassando o esquema dualístico existente nos dois últimos séculos, como bem afirma Stefano Rodotà (2013, p. 461)

I beni comuni esigono una diversa forma di razionalità, capace di incarnare i cambiamenti profondi che stiamo vivendo, e che investono la dimensione sociale, economica, culturale, politica. Siamo così obbligati ad andare oltre lo schema dualistico, oltre la logica binaria, che ha dominato negli ultimi due secoli la riflessione occidentale – proprietà pubblica o privata

Enquanto o direito civil e o direito administrativo definem o bem comum numa perspectiva de controle estatal (confundindo por vezes com o bem público de titularidade do Estado) ou na permissão de uso por qualquer pessoa (rios, praças), neste estudo a expressão é tomada a partir da ideia de um bem jurídico cujo pertencimento só se materializa na possibilidade de compartilhamento e que está ligado a uma titularidade difusa, representada por toda a sociedade.

O conceito de bem comum, portanto, traz aquele que pertence a todos e a nenhum exclusivamente, cuja experiência de pertencimento está no compartilhamento, estando ele ligado a uma titularidade difusa. Ele inaugura uma lógica não proprietária e é administrado pelo princípio da solidariedade.

Na seara do direito administrativo, fala-se em bem comum para expressar o interesse geral, bem definido por Villar Palasí (*apud* ÁLVAREZ, 2015, p. 8) nos seguintes termos:

Desacreditado hoy en día un Estado providencial y omnipresente, que aparece ahora frenado en su dimensión e incisividad por principios pro libertate como los de subsidiariedad e intervención mínima, parece lógico concluir que “la primera de las actividades integrantes del cometido propio del Estado es el establecimiento de las leyes que regulan la convivencia para que esta sirva al bien común...”. Expresado de otra manera: compete en primer lugar al poder público garantizar el libre desarrollo en sociedad de los derechos y libertades individuales, asegurando un ejercicio de estos sin daño recíproco y para el bien común.

Aqui a ideia de bem comum está como algo a ser atingido, um bem-estar social, um cenário de paz e felicidade geral. Consolida-se juridicamente como um conceito jurídico indeterminado a ser completado pelo magistrado na aplicação do direito ao caso concreto.

O presente estudo também vai além da concepção de bem comum proposta pelo autor espanhol Tomás Prieto Álvarez (2015, p. 53), que o vê apenas como a destinação final de todas as ações do Estado, que é seu legítimo gestor. “Pues bien, además de la condición de ser social del hombre, entiendo que el otro gran ausente en la temática interventora que nos ocupa es, precisamente, la responsabilidad del Estado como gestor del bien común.”

A ideia do autor conflui com a visão do direito administrativo, ainda que faça uma distinção importante entre bem comum e interesse geral. Para ele, o bem comum resgata um conceito da escolástica, difundido por São Tomás de Aquino no século XIII.

Obsérvese que estamos hablando del mismísimo fin del Estado, como ya se señaló más atrás: “la función del Estado ha de hallarse regida por la idea de que este no es nada más, ni nada menos, que una ayuda precisa para el bien común de todos los miembros que componen la sociedad civil”, nos dice el filósofo Millán-Puelles¹³¹. Y, en la misma línea, desde el Derecho Administrativo nos dice Martínez López-Muñiz que “todo poder público lo es y está investido de potestades exclusivamente por su necesidad para el específico servicio que ha de rendir a la sociedad que lo erige y sustenta para su bien común”¹³². Fin esencial del Estado que operará, por tanto, como su límite, en la medida en que aportará legitimidad a sus actuaciones. (PG, p. 53-54)

Apesar de reconhecer que a expressão “bem comum” tem um sentido absolutamente diverso de “interesse geral”, toma por base a noção proposta pelo Concílio Vaticano II, definindo o bem comum como as perfeitas condições desejadas para a vida social.

Lo expresado nos puede llevar a dar por buena la noción de bien común que propuso el Concilio Vaticano II, que va mucho más allá de un axiológicamente aséptico interés general: “el bien común abarca la suma de aquellas condiciones de la vida social con las que los hombres, las familias y las asociaciones pueden conseguir, de una forma más plena y expedita, su propia perfección” (ÁLVAREZ, 2015, p. 57)

Uma regulação em um nível internacional demonstra uma tendência contemporânea mundial de construir uma identidade de um novo bem, aqui denominado de bem comum, e de uma nova titularidade, que traduz uma nova cidadania ao mesmo tempo que conduz os textos normativos em cada sociedade, bem como as políticas públicas em âmbito nacional e internacional. É possível verificar que quanto mais civilizada uma sociedade, mais consolidada está esta ideia de bem comum, assentada em princípios normativos de solidariedade e funcionalização dos direitos.

Nas palavras de Stefano Rodotà (2013, p. 56), trata-se de reconhecer a existência de uma distinta e autônoma categoria de bens. “[...] la conseguenza di questa riconosciuta autonomia può anche consistere nella sottrazione dei beni appartenenti ad una determinata categoria ad una o più regole proprietarie “comuni” ”.

Curioso notar que no passado, o Brasil conseguiu vivenciar modelos normativos de tutela do bem comum, ainda que em estrutura diversa do que ora se propõe neste estudo.

Quando aqui imperava as Ordenações Filipinas, com a vigência do regime de Sesmarias, já se reservavam os chamados “baldios”, terras incultas que não foram contados nem reservados pelo Rei. “Essas terras, utilizadas em “proveito comum”, não podiam ser dadas em sesmarias, nem cercadas em prejuízo dos moradores, pois pertenciam aos “povos” a quem foram dados, que foram considerados pessoas coletivas. (LÔBO, 2017, p. 21)

Não obstante, a República consolidou o modelo liberal e a Constituição de 1824 consolidou a propriedade individualista dos modernos, de titularidade exclusiva, vindo a demarcar definitivamente suas bases no Código Civil de 1916.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 abarcou em seu texto uma espécie de patrimônio que reflete todas as importantes rupturas sofridas desde o Estado Liberal para atribuir-lhe um conteúdo totalmente diferente daquele proposto pelo Código Civil. Verifique-se por exemplo o art. 225 da Constituição Federal que qualifica as floresta como “patrimônio nacional”, o que notoriamente traz uma perspectiva absolutamente diversa da concepção dominial proposta pelo Código Civil.

Impossível não visualizar o alargamento do conceito de patrimônio para caracterizá-lo também como conjunto dos bens de titularidade compartilhada quando designa o conjunto de bens difusos, promovendo importante ruptura no conceito clássico civilista. Torna-se claro que o patrimônio enseja um novo conteúdo, mais amplo que o de bens corpóreos previstos pelo legislador do Código Civil em 1916, diante de uma sociedade eminentemente agrícola, cuja maior riqueza era representada por imóveis rurais.

Os bens imobiliários deixaram de ser a maior expressão de riqueza e a sociedade atual, mais complexa que a do século passado, a qual atribui ao incorpóreo grande valor social e jurídico. Como bem alerta José Robson da Silva (2002, p. 138), “Na linguagem clássica, pode-se afirmar que o patrimônio, na Constituição, tem funções privadas e públicas. Para além disto e numa perspectiva crítica, o patrimônio possui funções sociais e difusas.”

Trata-se de perceber uma distinção clara entre propriedade e riqueza. A primeira encerra uma titularidade sobre bens, formalizada na lei; já a segunda, compreende os bens que resguardam valor para a sociedade, mas que prescindem de um registro formal ou mesmo de um reconhecimento jurídico sobre sua existência e apropriação.

Tal concepção de riqueza, baseada na experiência do compartilhamento tem bases humanistas e impacta profundamente o próprio conceito de dignidade humana, que não termina no indivíduo, mas na humanidade que mora nele, como afirma Carlos Ayres Brito (2010, p.25):

A humanidade que mora em cada um de nós é em si mesma o fundamento lógico ou o título de legitimação de tal dignidade. Não cabendo a ele, Direito, outro papel que não seja o de declará-la. Não propriamente o de constituí-la, porque a constitutividade em si já está no humano em nós.

Historicamente a riqueza só foi percebida como aquilo que serve ao indivíduo isoladamente, mas a contemporaneidade vem alargando o seu conceito para fazê-lo abarcar bens que servem à sociedade, seja expressada em uma pequena comunidade, seja na grande comunidade global.

Quanto ao Código Civil, o grande guardião e gestor dos bens e de suas titularidades, mesmo com a reforma em 2002, ainda se mostra refratário à tutela das novas formas de pertencimento. Há uma tendência natural de manter afastado do Código toda propriedade que não seja corpórea e que não seja dotada de valor econômico, tal como se deu com a propriedade intelectual e com o direito ambiental que ainda são regulados em legislação extravagante. Já está na hora do Direito de Propriedade contemplar outras formas de titularidade.

Uma perspectiva interessante é a do direito penal, que tutela coletivamente o dano que atinge o indivíduo. É por esta razão que em um homicídio, mesmo que a família da vítima perdoe o agente agressor, o Estado permanecerá com o processo punitivo porque há um direito difuso que transcende o individual e que deve ser protegido. É esta perspectiva transcendente que precisa ser descoberta pelo Código Civil na tutela dos direitos difusos.

Fácil constatar que os direitos reais estão ligados unicamente às coisas corpóreas e por isso é preciso criar novas categorias para um universo de bens que não se enquadram nesse perfil, a exemplo dos bens de titularidade difusa. Temos, contudo, que destacar algo relevante na estruturação do Código na regulamentação dos bens: o capítulo é intitulado como direito das coisas, o qual abarca os direitos reais.

Tal qualificação se deu pela necessidade de regular a posse, que não é um direito real, mas é uma forma de pertencimento. É uma tímida abertura para as relações jurídicas entre pessoas e coisas que não se limitem ao poder de domínio, uma esperança de que a codificação se permita experimentar um alargamento da sua linguagem para abarcar outras “coisas” além da posse, a exemplo das relações patrimoniais difusas.

É interessante perceber como a partir do final do século XX as pessoas iniciaram uma participação mais direta nos assuntos de interesse difuso. A previsão legal das audiências públicas e do *amicus curae* instrumentalizaram essa participação.

Para o direito civil brasileiro não é estranho o exercício de dois direitos sobre o mesmo objeto, especialmente no direito das coisas. É possível, por exemplo, que sobre uma casa consolide-se dois direitos, como uma propriedade e uma hipoteca, ou uma propriedade e um usufruto. Também no direito de superfície tem-se a convivência entre duas titularidades individuais, consolidando-se duas relações autônomas de pertencimento sobre a mesma coisa. “Foi no direito medieval, graças ao trabalho dos canonistas e glosadores, que se desenvolveu a doutrina do domínio fragmentado, separado em útil, pertencente ao enfiteuta ou superficiário, e direto, ou nua-propriedade, conferido ao senhor do solo.” (ALBUQUERQUER JR., 2006, p. 3)

A característica marcante aqui é que são dois direitos individuais que convivem harmoniosamente, enquanto o que ora se propõe neste estudo é a visualização da possibilidade de convivência de um direito de titularidade individual paralelo a um direito de titularidade difusa.

Tem-se assim, o patrimônio individual, cuja titularidade é exclusiva, e regulada pelo direito civil, ao lado do bem difuso, cuja titularidade é difusa. Os bens difusos compõem um patrimônio, cuja peculiaridade é não poder ser objeto do tráfico jurídico. Aqui torna-se oportuna o destaque de Stefano Rodotà (2013, p. 56) quando afirma que “il valore ordinante non è piú quello dela stabilità (incarnato dalla definizione astratta e immutabile), ma quello del movimento”. Ele diz que é a elasticidade do esquema unitário.

Caso interessante aconteceu com o último livro escrito por Vladimir Nabokov, famoso escritor russo-estadunidense, criador da expressão “Lolita”, amplamente replicada entre as pessoas. Ele deixou inacabada sua última criação, cujo título é “Laura”. Pressentindo sua morte, que se deu em julho de 1977, deixou ordens expressas para sua esposa Vera para que acaso não conseguisse finalizar o romance no qual trabalhava há meses, seus originais fossem queimados. Sua esposa cumpriu o desejo de não publicar a obra, mas não o queimou. Quando ela morreu, o herdeiro Dimitri instaurou um verdadeiro debate nacional sobre seu desejo de publicá-lo, o que foi feito em 2009. (GUEL BENZU, 2016).

O primeiro desafio do observador desta história é contemplar junto ao manuscrito um direito difuso de um grupo indeterminado de pessoas que consideram sua obra de relevância para a literatura mundial. Sem um ato de tombamento, por exemplo, caberá a um juiz, diante do caso concreto, reconhecer o bem difuso existente no manuscrito, a fim de estabelecer condutas sobre o novo titular do bem corpóreo.

A disposição de última vontade de Vladimir Nabokov traz a discussão se a obra pode ser maior que seu autor. A resposta é positiva. Don Quixote de La Mancha, de Miguel

de Cervantes, e Carlitos, de Charles Chaplin, são bons exemplos disso. Em determinado momento, por razões complexas, uma produção intelectual individual pode ultrapassar o interesse econômico individual e passar a representar um pequeno grupo, uma região, um país. É o nascimento espontâneo do bem comum, cuja existência é paralela ao bem individual.

Nesse momento, limitar o acesso à coisa, ou a sua projeção, em nome do exercício pleno do domínio é negar a existência de um bem paralelo que gera direitos e deveres e que merece receber ampla tutela. Destaque-se que uma obra que se torna maior que seu autor, traz até para este uma limitação sobre seu direito individual, pois nem mesmo ele poderia impedir seu acesso à sociedade ou mesmo alterá-la substancialmente a ponto de retirar sua identidade ou substância.

Hans Jonas (2006, p. 178) afirma haver uma “responsabilidade” sublime do artista em relação a sua obra, mas é ao se transformar em patrimônio do mundo que nasce a responsabilidade de todos que não são o autor da obra, e que não se podem valer da preocupação egoística de um titular em relação ao que lhe pertence.

Assim, a criação da obra de arte faz parte do agir humano constituinte do mundo; e sua presença é parte do patrimônio do mundo instituído pelos homens, o único onde os homens podem encontrar abrigo. Não podemos imputar ao artista a preocupação em aumentar o acervo artístico ou fomentar a cultura; é melhor que ele se ocupe exclusivamente de sua obra. Mas, no que concerne à preservação de sua criação por parte de outros, como patrimônio da humanidade (um dever indubitável), a obra não se beneficia da imunidade com a qual o seu criador, responsável apenas pela obra, pode se desfazer de todos os seus outros deveres”.

É por isso que é possível afirmar que urge a harmonização dos direitos advindos das duas titularidades. Torna-se interessante ver como o exercício do direito ao bem comum está umbilicalmente ligado ao compartilhamento. Enquanto o bem corpóreo, de propriedade material, precisa ser guardado, registrado e experimentado individualmente, o bem comum precisa ser compartilhado, e receber possibilidade de amplo acesso. A titularidade da coisa individual serve a um, a titularidade da coisa comum serve a todos, indistintamente. Utilizando-se das palavras de Carlos Ayres Brito (2010, p. 21), é a prevalência do “reino” sobre o “rei”.

Se há duas titularidades não há justificativa para permitir o exercício pleno de apenas uma delas. É preciso garantir o exercício de ambos os direitos, individual e difuso, pois não se excluem. Por esta razão, a obra deve ser exposta, ainda que sobre a resistência do seu autor, em virtude do bem difuso que paira sobre ela. Há dois senhores a serem servidos, e não há razão para se escolher um deles.

Já é possível perceber no âmbito privado a influência dessa noção de bem comum e como ela pode conduzir as condutas individuais nas relações privadas ligadas ao pertencimento. Uma categoria de pessoas tem encontrado nesse paradigma altruísta o futuro da humanidade; são alguns poucos milionários e bilionários, que após atingir todos os degraus almejados por um ser humano no acúmulo de coisas apropriáveis, resolvem dar um novo sentido para suas riquezas, contrapondo o espírito individualista de milênios de civilização. Eles materializam o novo paradigma do sistema econômico, como proposto por Plauto Azevedo (2008, p. 146). Diz o autor que “para que esse desiderado seja eficaz, é crucial a convicção da impossibilidade da realização prática de uma outra política, de uma outra economia, em suma, de uma outra forma de convívio inter-humano.

Para Hannah Arendt foi a perda do desejo de imortalidade quem permitiu o declínio da esfera pública, tão importante no meio social. Segundo a autora, “Talvez o mais claro indício do desaparecimento da esfera pública na era moderna seja a quase completa perda de uma autêntica preocupação com a imortalidade, perda esta um tanto eclipsada pela perda simultânea da preocupação metafísica com a eternidade.” (*apud* CARDOSO JUNIOR, 2007, p. 53)

Curiosamente, tem sido nos Estados Unidos, berço do capitalismo, que vem se criando paulatinamente um espaço para a cultura de doações de fortunas, prática de alguns poucos milionários e bilionários que tentam convencer seus pares de um novo sentido a ser atribuído às riquezas apropriáveis. Culturalmente os americanos investem parte dos seus ganhos com instituições que acreditam fazer a diferença no desenvolvimento social, a exemplo de universidades e museus.

O milionário Stephen Schwarzman fez uma doação de U\$ 150 milhões à Universidade de Yale, onde estudou na década de 1960 e dará seu nome ao moderno centro de artes que deu lugar a um dos salões da instituição. Andrew Carnegie, que é conhecido como o maior filantropo americano, é um bilionário da siderurgia e em 1901 mandou construir mais de 3 mil bibliotecas nos Estados Unidos. Em 1889, escreveu o artigo “The Gospel of Wealth”, defendendo que os ricos deveriam viver com comedimento e tirar da cabeça a ideia de legar sua fortuna aos filhos. Para ele melhor seria doar o dinheiro para alguma causa, ou várias delas, a sua escolha, ainda em vida. (Disponível em: <<http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2015/06/por-que-os-milionarios-brasileiros-nao-doam-suas-fortunas-universidades.html>>, acesso em 10 de julho de 2015).

Para Bill Gates, o maior filantropo dos tempos atuais, os ricos deveriam distribuir suas próprias riquezas com cuidado e responsabilidade. Em 2009, ele lançou, junto com

Warren Buffett, o mais impressionante movimento de incentivo à filantropia já visto: The Giving Pledge. A campanha conseguiu, até 2015, 128 signatários. Para participar, basta ser um bilionário e assinar uma carta prometendo doar, em vida, mais da metade de sua fortuna a projetos humanitários. Larry Ellison, criador da **Oracle**, comprometeu-se em doar 95% de sua fortuna, hoje avaliada em US\$ 56 bilhões. Buffett foi além: vai doar 99%. (*idem*)

Eles se convenceram de que a propriedade não deve existir para a realização de um único indivíduo, mas de toda a humanidade. E esse hábito não é exclusivo dos detentores de grandes fortunas; em geral os cidadãos americanos comuns possuem o hábito de doar parte de seus ganhos com instituições de grande importância social, a exemplo de museus, universidades ou orquestras sinfônicas – os chamados “fundos de *endowment*”, uma poupança de longuíssimo prazo, mantida unicamente por doações. Há 75 universidades com fundos de mais de US\$ 1 bilhão. O maior de todos, de Harvard, tem US\$ 36 bilhões em caixa. (*idem*).

É a ideia de legado produzindo seus efeitos no seio do capitalismo. No lugar da simples sucessão por dinastia no momento da morte do proprietário, a imortalidade do indivíduo através de sua solidariedade.

4.1.2 O indivíduo contemporâneo e sua socialidade

Se é possível traçar um perfil do ser humano contemporâneo que o marque como sujeito histórico do século XXI, nele encontraremos as marcas indiscutíveis da cidadania global, da conexão com a natureza, do respeito à pluralidade e à diversidade. Eis o perfil adotado pelas legislações democráticas ao redor do mundo, a exemplo do Brasil. E todo aquele que não segue esses horizontes certamente é taxado como um sujeito retrógrado e resistente aos novos tempos.

Já é visível que os ideais de justiça, igualdade e fraternização parecem ser os objetivos planetários neste final de século. Esse horizonte, ainda distante, envolve a virtude cívica, a liberdade de opinião, a cidadania geral irrestrita, um conjunto orgânico de valores que religa, cada vez mais, pessoa, grupos e até intelectuais identificados pela necessidade de uma refundação antropológica, capaz de alterar percepções, maneiras de pensar, valores, e instaurar a síntese em lugar da análise, a cooperação em lugar da competição, a sabedoria intuitiva em lugar do conhecimento nacional, a conservação em lugar da expansão, o indeterminado em lugar do determinado e do causal. (CARVALHO, 2006, p. 112).

Esse cidadão é global e complexo, nos termos elencados por Edgar Morin. Ao mesmo tempo que preserva sua individualidade e luta pelo seu lugar no mundo, vê-se conectado e responsável pelo meio que o cerca, conduzindo cada atitude individual em prol de

si do que está além de si. Não é à toa que Pietro Barcelona (1996, p.89) afirma que “el desarrollo de la modernidade y de sus crisis se presenta como la imagen de um gran, colossal processo de debilitación del yo”

É o que Eros Grau (2008, p. 288) denominou de “[...] concepção antropológica social do homem” que supõe que o homem não se basta a si mesmo. Ela vigora hoje em contraposição a uma “concepção antropológica liberal”. Segundo ele, a concepção social clama por uma transformação hermenêutica do ordenamento porque o intérprete não age como um legista que examina um corpo morto, ele atua no campo da vida, a partir da sua pré-compreensão da realidade.

A ideia condiz o conteúdo da palavra trazido por Sérgio Aquino (2014, p.27): “Ser cidadão implica na reflexão de que as nossas pessoas interferem e contribuem para a construção de uma identificação antropológica comum no qual transborda à solidariedade vertical imposta pela Legislação. Trata-se de um fenômeno transfronteiriço”.

Sem essas bases de pensamento e sem a mudança radical da relação entre os seres humanos e seu entorno, não será possível reverter as consequências trazidas pela cultura individualista ao longo de séculos. Como afirmou Bauman (2001, p. 45), citando Tocqueville, “[...] o indivíduo é o pior inimigo do cidadão”.

Franco Cassano (2004, p. 19) apresenta importante doutrina italiana defendendo que o individualismo radical que rege os dias de hoje só pode ser enfrentado com a efetividade do que chamou de *homo civicus*. Para ele, “l’*homo civicus* costituisce l’única risposta non oppressiva, l’única risposta que permette di ritrovare la comunità senza perdere la libertà”.

A ideia do autor é importante à medida que se percebe que historicamente foi o enfrentamento dos ideais de liberdade do capitalismo e os ideais de compartilhamento dos estados socialistas que sempre tornaram belicosa a temática dos bens comuns. O autor ponderadamente encontra um meio termo para o capitalismo sem precisar ingressar no socialismo. E em sua obra utiliza a expressão “bem comum” a partir da ótica da filosofia, ou seja, aquilo que faz bem a todos. Diz ele que “Il problema è quello di un equilibrio tra libertà e bene comune, e tale ponderazione si può raggiungere solo attraverso la centralità di una forma di vita che spinga i soggetti ad occuparsi delle questioni pubbliche, che incoraggi le virtù civiche” (CASSANO, 2004, p. 20). Seu pensamento recai sobre o retorno do exercício da cidadania como única forma de retorno do interesse comum, sem imposições, de forma livre e democrática.

Com a separação do Estado e da Religião, o direito não mais precisava prestar contas ao direito canônico. É o início da criação da esfera pública, onde os interesses do indivíduo podem ser discutidos em outras bases de pensamento.

Os gregos desenvolveram uma peculiar construção de espaço público. Era na Ágora que os problemas privados eram traduzidos para a linguagem das questões públicas e a solução das questões públicas para os problemas privados eram negociadas e acordadas. Diz Bauman (2001, p. 49-51) que foi o esvaziamento dessa simbologia da Ágora que promoveu o esvaziamento do espaço público na era moderna.

Para ele, é preciso reunir novamente o que foi separado pela individualização formal e o divórcio entre o poder e a política, redesenhando e povoando a hoje quase vazia Ágora – o lugar de encontro, debate e negociação entre o indivíduo e o bem comum, privado e público. O “cidadão” é uma pessoa que tende a buscar seu próprio bem-estar através do bem-estar da cidade – enquanto que o indivíduo tende a ser morno, cético ou prudente em relação à causa comum”, ao “bem comum”, à “boa sociedade” ou à “sociedade justa”. (BAUMAN, 2001, p. 45)

Os gregos não entendiam uma vida privada fora do “mundo comum” e os romanos a entendiam como um refúgio temporário da *res publica*. (ARENDT, 2013, p. 46)

Rousseau tinha um ponto de vista semelhante. Quanto mais um país exige dos seus cidadãos, maior sua devoção a ele. Para ele, um mau governo afasta as pessoas da vida pública, voltando-se para as preocupações domésticas. Já os que promovem o exercício zeloso da cidadania intensificam a virtude cívica. Diz ele que um Estado está prestes a desmoronar quando o serviço público deixa de ser a principal preocupação dos cidadãos. (*apud* SANDEL, 2012, p. 127)

A grande dicotomia “direito público x direito privado” remonta ao Direito Romano e nasceu do trecho de Ulpiano no Digesto, o qual afirmava que “o direito público diz respeito ao estado da coisa romana, à *pólis* ou *civitas*, o privado à utilidade dos particulares”. E para melhor compreensão desse fenômeno, nos explica Hannah Arendt:

Devemos o pleno desenvolvimento da vida no lar e na família como espaço interior e privado ao extraordinário senso político do povo romano, que, ao contrário dos gregos, jamais sacrificou o privado ao público, mas ao contrário, compreendeu que esses dois domínios somente podiam subsistir sob a forma de coexistência.

A esfera privada compreendia as exigências da condição animal do homem (alimento, descanso, procriação). É a necessidade de sobreviver que coage o homem ao

exercício de uma atividade: o labor. A casa era a sede da família e as relações familiares eram baseadas nas relações de comando e obediência. Isso constituía a esfera privada. “A palavra privado tinha aqui o sentido de *privus*, do que é próprio, daquele âmbito em que o homem, submetido às necessidades da natureza, buscava sua utilidade como meios de sobrevivência.”

Aqueles que se libertavam dessa condição eram chamados cidadãos (*cives*) e sua atividade era exercida no âmbito da cidade, da *polis*, local onde encontrava seus iguais, também homens livres, que se governam. Daí a ação política que cria o animal político, numa expressão aristotélica, cuja área de atuação era dominada pela palavra, pelo discurso, pela busca do bem governar. A vida política constituía a esfera pública. (FERRAZ, 2003, p. 133-134).

A filosofia tratou de refletir sobre a índole naturalmente social do ser humano. Aristóteles (2002, p. 210) afirmou que “[...] o homem é um ser político e está em sua natureza viver em sociedade”. Já Hobbes e Rousseau negaram essa natureza social.

São Tomás de Aquino, por sua vez, traduz para o latim a expressão “animal político”, de Aristóteles, transformando-a em “animal social”, causando uma distinção significativa que só foi percebida por Hannah Arendt. A expressão “social” vai além da expressão “política”, que compreende somente a esfera pública, e passa a abarcar, já na Idade Média, tanto a esfera pública quanto a privada. “O âmbito doméstico também era social. Com isso principia-se uma projeção do privado sobre o público que vai ter importantes consequências para o modo como o jurista moderno irá entender a dicotomia direito público e direito privado”. (FERRAZ, 2003, p. 135).

Na filosofia moderna, Hannah Arendt (2013, p. 26) considera a sociabilidade como condição humana fundamental. “Nenhuma vida humana, nem mesmo a vida do eremita em meio à natureza selvagem, é possível sem um mundo que, direta ou indiretamente, testemunhe a presença de outros seres humanos”.

Álvarez (2015, p. 48) destaca esta necessidade do homem ser um ser social e diz que “*buena parte de la filosofía moderna los proclama sin ambages, e insiste en su necesidad para la perfección del hombre*”. O autor trata ainda das consequências inevitáveis do que chama de “ontologia social humana”.

¿Y cuáles serían las consecuencias jurídicas de esta ontología social humana? Parece claro: esta circunstancia condiciona las actividades de los hombres. “Todas las actividades humanas —nos dice también Arendt— están condicionadas por el hecho de que los hombres viven juntos”.

Foi a filosofia cristã que tomou para si a tarefa de unir uma comunidade de pessoas destituídas de um interesse comum. Santo Agostinho propôs edificar todas as relações humanas sobre a caridade e não apenas sobre a fraternidade Cristã. (ARENDT, 2013, p. 65). Esse princípio tem uma importância inegável na construção de vínculos existenciais entre os seres humanos, pois abriu uma estrada que resultaria séculos depois na concepção de uma grande irmandade universal, titular de valores sociais, morais e jurídicos que começam a redimensionar o mais individualista dos conceitos: a propriedade.

Na era moderna, o social abarca a esfera do governo e da família, permitindo uma nova oposição: a dicotomia entre o social e o individual. A esfera social passa a abarcar a econômica, estabelecendo o terreno do mercado, das trocas e do comércio. O privado começa a associar-se com a ideia de riqueza, de propriedade. Dessa mistura entre o público e o privado, juntamente com associação do privado com a propriedade da riqueza faz nascer a necessidade de proteção econômica contra os excessos do Estado. O direito público e o direito privado passam a ser diferenciados pelos interesses do Estado e os interesses dos indivíduos. (FERRAZ, 2003, p. 136)

Tercio Ferraz (2003, p. 138) destaca ainda que essa mesma era moderna acentua a diferença entre o social privado e o social público, o âmbito da propriedade e da riqueza privada e o âmbito da propriedade e riqueza comuns. É possível perceber que a sociedade vem exercitando o que Ada Pellegrini (2014, p. 53) denominou de “apropriação coletiva de bens comuns” a partir do final do século xx.

Para Edgar Morin (1999, p. 33), a reestruturação do pensamento individualista e isolado é uma necessidade para o desenvolvimento da humanidade. “A necessidade vital da era planetária, do nosso tempo, do nosso fim de milênio, é um pensamento capaz de unir e diferenciar. É uma aventura, e muito difícil. Mas se não o fizermos, teremos a inteligência cega, a inteligência incapaz de contextualizar”.

Esta postura impõe aos ordenamentos jurídicos adequações constantes no seu conteúdo normativo, algumas de fácil trato e outras que exigem grandes discussões e pressões sociais. Cada instituto jurídico é passado a limpo diante de uma nova fase histórica, e da tensão entre as certezas do passado e as promessas do futuro é que se tem a síntese de valores que vão compondo os ordenamentos.

Nesse ponto o pensamento sistêmico, partindo da premissa de que tudo que é real é também complexo, nos ajuda a clarear a visão para enxergar nas disciplinas jurídicas não o fragmento de um ordenamento, mas uma parte interligada num todo que não pode ser compreendida isoladamente, senão na teia em que é situada. Como propõe Edgar Morin

(2011, p. 20), uma das virtudes do pensamento sistêmico está na possibilidade de se situar num nível transdisciplinar concebendo os tipos e as complexidades dos fenômenos de associação/organização.

Na era contemporânea, um novo rompimento antropológico vai se impondo aos poucos, abrindo espaço para mais um novo modelo de pertencimento que permite a possibilidade de junção do exclusivo com o difuso num novo arranjo de titularidades.

Para melhor compreender do que se trata quando se fala dessa nova categoria jurídica, é necessário partir de uma distinção importante que existe entre alguns conceitos da teoria geral do direito: as coisas, os bens, os direitos e as titularidades.

Há direitos que se expressam num formato individual, outros só são possíveis quando exercidos coletivamente, seja em um grupo determinado ou mais indeterminado. Mas existem direitos que são multifacetados e possuem a capacidade de se realizarem de forma plúrima, a exemplo da saúde pública ou do patrimônio histórico.

Quando se tutela o direito ao tratamento de um indivíduo num hospital público, tem-se um direito subjetivo; quando a proteção recai sobre a cobertura contratual de um plano de saúde em seu contrato massificado, nasce o direito coletivo; e finalmente, quando se estabelece uma ordem de quarentena para viajantes que chegam ao país oriundos de um país que sofre uma epidemia letal, tem-se a proteção do direito difuso.

O ponto central de análise de um bem difuso está na percepção de seus contornos fluidos, sua marca de originalidade em face dos demais. Enquanto os direitos coletivos tem uma tendência de proteção de um grupo menor em relação ao grande grupo social, os direitos difusos são marcados por seu perfil agregador, funcionalizado e solidário, atingindo todos indivíduos;

Notoriamente se diluem as certezas jurídicas de outrora e a construção de um novo cidadão promove a transformação desejada para o direito em busca da formação de uma sociedade mais inclusiva e mais solidária.

O projeto de felicidade individual projetada na era moderna após a Revolução Francesa vem sendo substituído nas últimas décadas por um ideal solidarista que vem modificando os textos legais e construindo as bases normativas de regulação de direitos e deveres a partir do final do século XX. A tendência crescente na sociedade é a predisposição de reconhecer-se no outro e a partir disso consolidar novas relações sociais e jurídicas.

Ao apontar uma nova racionalidade jurídica para o tratamento dos bens comuns, Stefano Rodotà (2013, p. 461) faz o seguinte destaque:

E tutto questo viene proiettato nella dimensione della cittadinanza, per il rapporto che si istituisce tra la persone, i loro bisogni, il beni che possono soddisfarli, così modificando la configurazione stessa dei diritti definiti appunto di cittadinanza, e delle modalità del loro esercizio.

Esse cenário vem redimensionando os valores normativos que desde a implementação do Estado Liberal têm consolidado um projeto de um cidadão individualizado, egoísta e isolado do mundo. O sujeito de direito destinatário do Código Civil era, nesse contexto, um acumulador de riquezas individuais, um contratante beligerante e de rígida moral nas relações familiares.

Rodotá vem lembrar que a concepção de existência de um bem comum promove a necessária reaproximação entre o homem e o cidadão:

Si potrebbe dire che, per tale via, si costruisce una rinnovata opportunità di ricongiungimento tra l'uomo e il cittadino. Si individua uno spazio appunto "comune", al di là dell'individuo e Stato. 'É questa dimensione metastatale e metaindividuale l'elemento caratteristico di uno spazio comune o collettivo la cui importanza e pervasività appaiono crescenti ed evidenti'. (RODOTÁ, 2013, p. 479)

A era contemporânea tem exigido mais deste sujeito de direito, e no Brasil, desde a Constituição Federal de 1988, uma verdadeira revolução se instaurou entre os institutos jurídicos ao se estabelecer como objetivo da República a construção de uma sociedade solidária. A ubiquidade constitucional é um fato e impõe um diálogo constante entre os ramos do direito, de forma que cada norma do ordenamento reflita e materialize o projeto constitucional que como um polvo se estende entre todos os ramos do direito. Nas palavras de Marc Halévy (2010, p. 106), *"A ideia central nessa perspectiva de fraternidade e de amor é a comunhão viva de todos os seres vivos dentro do projeto de vida universal, cada um com sua partitura na sinfonia comum"*.

O direito civil não ficou imune a este fenômeno e todos os seus institutos sofreram rupturas profundas que vêm transformando radicalmente o sujeito de direito ali assentado, bem como as possibilidades jurídicas a ele destinadas. Em suas relações privadas exige-se deste sujeito a preponderância do afeto nas relações de família, o solidarismo contratual e a funcionalização da propriedade. *Parallelamente si assiste ai più diversi tentativi di "ridefinire il diritto di proprietà", di stabilire correttamente "il posto della proprietà, de ricostruire realisticamente "i mutamenti di funzione della proprietà privata"* (RODOTÁ, 2013, p. 38).

Para um novo sujeito, um novo ordenamento. E quando o texto legal não se mostra condizente com este espírito, é possível modificar o conteúdo das palavras, arejando e modernizando o ordenamento num exercício constante de hermenêutica.

4.2 As categorias jurídicas ligadas ao pertencimento: coisas e bens, interesses e direitos, uso e titularidades.

Para poder sobreviver toda pessoa precisa se apoderar de coisas passíveis de apropriação e que satisfaçam suas necessidades, e quanto mais necessários ou escassos, tanto mais serão objeto de disputa entre os que o desejam. Por razões biológicas os recursos naturais são as coisas essenciais para manutenção da vida, como a água e os alimentos. Com a modernidade nasceram as necessidades ligadas à utilidade e ao supérfluo, tornando mais complexo o tratamento legal sobre o pertencimento e sobre a titularidade de pessoas sobre bens.

A tradição jurídica ocidental, erguida sobre o jusracionalismo, herdou dos romanos uma forma de pensar geometrizar e sistêmico-dedutiva, vivenciada como refinamento científico do saber jurídico, e a introdução de um pensamento sistêmico, especialmente a forma cartesiana, veio com as codificações europeias e pelo influxo da pandectística (CASTRO, 2010, p. 635).

A técnica jurídica, compreendida como o estudo que propõe os processos técnicos pelos quais aplicaremos o direito, utiliza-se, portanto, de instrumentos racionais como os conceitos e as categorias. Diz Rui Piva (2000, p. 76) que “as categorias jurídicas são quadros em que se agrupam, por afinidade, os elementos da vida jurídica, tais como, principalmente, os sujeitos do direito e os objetos do direito, que são elementos da relação jurídica, considerada a categoria básica do direito”.

Como ensina Torquato Castro (2010, p. 641), “a doutrina realiza seu “ensinar” e “aprender” num ambiente de imagens familiares à comunidade de falantes”. E essas imagens serão sempre vistas ou reconstruídas como metáforas. Por esta razão, metaforicamente, a regra jurídica funcionará como um olho capaz de captar um acontecimento fora do direito para em seguida jurisdicizá-lo.

Seguindo suas observações, o doutrinador se baseia no pensamento de Lakoff, que afirma haver um paradigma objetivista vigendo no ocidente que permite conceber a relação entre o pensamento e as coisas. É o fenômeno da categorização, baseado em “gêneros

próximos” e “diferenças específicas” cujas raízes estão em Platão e que foram retomados por Aristóteles em sua obra “Categorias”.

Tudo começa no processo de divisão ou partição dos conceitos “em função de se lhes afirmar ou negar um atributo absoluto.” Essa divisão e subdivisão dos fatos em categorias deu origem a expressão “Árvore de Porfírio”, numa alusão aos comentários feitos por Porfírio no século IV à referida obra de Aristóteles, onde propõe uma metáfora de uma ramificação invertida (dividindo-se as ramas de cima para baixo) em que a partir de uma categoria, novas ramas vão se abrindo, classificando os eventos jurídicos (CASTRO, 2010, p. 642).

A partir da era das codificações o processo apropriatório sempre foi regulado pelo direito das coisas. Esta disciplina “cuida da situação jurídica não relacional, através da qual se tutela e protege o contato humano com as coisas.” (PENTEADO, 2012, p. 34) Tradicionalmente foi esse ramo do direito que regulou a categoria dos bens corpóreos passíveis de apropriação. Ali se consolidou os conceitos de propriedade e domínio, delimitando o direito subjetivo individual do pertencimento de coisas, excluindo qualquer outra forma de pertencimento que não se expressasse na individualidade.

As categorias jurídicas para serem formadas lançam mão dos conceitos. Contudo, a formação de um conceito jurídico é tarefa complexa que precisa de articulação linguística, pois a linguagem utilizada será o instrumento de comunicação das ideias, como bem afirma Marcos Alcino Torres (2008, p. 261): “[...] o conceito é forma de comunicação e de conhecimento de uma certa realidade e se elabora com base na observação de um determinado fenômeno científico ou social e as características e peculiaridades que permitem distinguir o objeto do conceito de outros objetos”. E Marcelo Neves (2013, p. 102) arremata esta ideia ao afirmar que “toda área de saber constrói esquemas conceituais que ordenam a realidade, a princípio caótica, que se pretende conhecer.”

Para se propor um estudo sobre titularidades é fundamental que se parta da análise das categorias jurídicas que definem e agrupam os elementos jurídicos ligados ao pertencimento na era contemporânea. Nessa análise dogmática encontramos os bens, as coisas, o patrimônio, interesses e direitos, buscando onde essas expressões se adequam no ordenamento jurídico. Sob a lição didática de Eroulths Cortiano (2014, p. 29), “as categorias e os institutos jurídicos, por ordenarem e organizarem a realidade jurídica, são instrumentos metodológicos imprescindíveis para a atuação do jurista teórico e prático, na medida em que permitem, de forma consistente e coerente, a tomada de decisões”.

Tudo que é passível de apropriação de fato, juridicamente é considerado coisa. Os objetos corpóreos foram os primeiros participantes das relações jurídicas de pertencimento, e longa é a tradição no direito que liga as coisas aos bens corporais. Luciano Penteadó (2012, p. 34) chega a afirmar que “[...] a existência humana configura-se, de certo modo, em e a partir das coisas”.

Tudo que existe no comércio jurídico e que sejam objeto de um direito de propriedade encontrará um titular, como bem explica a doutrina de Weill, Terré e Simler (1985, p. 17):

A s’em tenir aux choses se situant dans le commerce juridique, la plupart d’entre elles sont l’objet d’un droit de propriété, le propriétaire pouvant être un particulier, une société, une association, une collectivité publique (domaine privé). Cependant, il existe des choses non appropriées, des choses sans maître. On en distingue traditionnellement deux catégories.

Não há consenso doutrinário entre a distinção de coisas e bens. Para Maria Helena Diniz e Sílvio Rodrigues, coisas são gênero, e bens, espécie. Segundo Marcos Ehrhardt, correta é a classificação de Orlando Gomes (*apud*, EHRHARDT, 2011, p. 371) que defende o contrário: bem é o gênero, e coisa a espécie. “A noção de bem compreende o que pode ser objeto de direito sem valor econômico, enquanto a de coisa restringe-se às utilidades patrimoniais, isto é, as que possuem valor pecuniário.

Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 400) assim define o que é um bem:

Bem é tudo que nos agrada: o dinheiro é um bem, como é a casa, a herança de um parente, a faculdade de exigir uma prestação; bem é ainda a alegria de viver o espetáculo de um pôr-do-sol, um trecho musical; bem é o nome do indivíduo, sua qualidade de filho, o direito à sua integridade física e moral. Se todos são bens, nem todos são bens jurídicos. Nesta categoria inscrevemos a satisfação de nossas exigências e nossos desejos, quando amparados pela ordem jurídica.

Esclarece Paulo Lôbo, dirimindo o impasse doutrinário, que “para o direito civil, coisa significa o que pode ser objeto de apreensão, uso, fruição e disposição, com natureza patrimonial e econômica”. Diferem de bens, conceito mais amplo que engloba tudo que pode ser de interesse de alguém sem necessariamente ter valor econômico, abrangendo “*todas as situações que são valiosas e merecedoras de proteção pelo direito*”. (LÔBO, 2017, p. 16). Na mesma linha, Luciano de Camargo Penteadó (2012, p. 54) ao dizer que “a coisa, em direito, parece ter três características identificadoras fundamentais, quais sejam, o caráter corpóreo, a possibilidade de apropriação e a função utilidade, ou valor econômico”.

Para Orlando de Carvalho (2012, p. 17), “todo Direito é um direito dos bens” porque tudo que regula o acesso aos bens, sua apropriação, sua utilização, e tudo que interessa ao homem e que lhe serve de objeto de disputa, incluindo bens pessoais e culturais, é tomado como “bem”.

Tradicionalmente, ao conjunto de bens e direitos de uma pessoa deu-se o nome de patrimônio, que também reflete o pertencimento em sua forma mais ampla. Segundo o art. 91 do Código Civil “é o conjunto das relações jurídicas de caráter econômico da pessoa”. Segundo Paulo Lôbo (2017, p. 32), “com rigor dos termos, são os efeitos dessas relações, como os direitos, as pretensões e ações, na dimensão ativa, e os deveres jurídicos, as obrigações e a situação passiva de acionado na dimensão passiva.”

Preferiu o legislador utilizar na parte geral do Código Civil de 2002 a expressão “bem”, de forma genérica, afastando-se do preciosismo das palavras. Somente na parte especial é que se utiliza da expressão “coisa” e o livro das coisas trata essencialmente dos bens corpóreos.

Há coisas que embora sejam passíveis de apropriação, ainda não se estabeleceu sobre elas nenhuma relação jurídica, as chamadas *res nullius*. Outras, já foram objeto de uma relação jurídica, mas foram abandonadas por seus titulares: *as res derelictae*. Também há os direitos que se coisificam por necessidade do tráfego jurídico, como o usufruto de um crédito ou a hipoteca de um direito de superfície. Por fim, existem aquelas que não podem ser objeto de apropriação exclusiva de ninguém por causa do compartilhamento de interesses que recaem sobre elas. São chamadas as *res communesomnium*.

De todas essas classificações, a que mais marcou a humanidade foi aquela que enquadrou o ser humano como coisa, quando a lei permitiu que o ser humano fosse objeto de pertencimento através da escravidão.

Por outro lado, num giro de Copérnico, atualmente fortes são os debates que tentam desqualificar os animais como coisas. Com o aprofundamento dos estudos de direito ambiental, os animais passaram a receber maior atenção jurídica. Na França, na República Tcheca, na Nova Zelândia, e em Quebec, no Canadá, a legislação os considera como seres sencientes, afastando a qualificação de coisa. No Brasil, o projeto de Lei 351/15 busca aprovar tal qualificação, mas até que seja aprovado, vige o art. 82 do Código Civil que os qualifica como “bens suscetíveis de movimento próprio”.

Tudo aquilo que o espírito humano atribui valor econômico-social será tutelado pelo Direito como coisa; o que for valorado sem tal atribuição será tutelado como bem

jurídico. Segundo Piva (2000, p. 98), “[...] bens jurídicos são valores materiais e imateriais que servem de objeto a uma relação jurídica”.

Bem é um conceito mais amplo que o de coisa; ele resguarda valores de ordem moral, sem expressão econômica, como a vida, a liberdade, a honra. Quando tutelado por um ordenamento passa a ser chamado de bem jurídico. Segundo Piva (2000, p. 67), “visto de maneira simples, o *valor*, como elemento do direito, objetiva uma espécie de afirmação da humanização do próprio direito, cuja norma é endereçada aos seres humanos, em seu benefício.”

Os bens materiais possuem existência física e os bens imateriais são os direitos que as pessoas têm sobre as coisas ou sobre a produção do seu intelecto. Modernamente, as coisas e os bens são passíveis de pertencimento.

Historicamente, os ordenamentos jurídicos deram maior proteção aos bens materiais em relação aos bens imateriais. Na era moderna, marcante foi a proteção aos bens particulares e a centralização de direitos num indivíduo, o chamado “sujeito de direito”.

A satisfação das necessidades da pessoa vem se modificando na contemporaneidade e a satisfação do homem não é mais o paradigma absoluto para a definição do objeto de direito. O desenvolvimento de softwares, de novos medicamentos, as marcas e patentes englobam valores que superam em muito a importância econômica da maioria dos bens corpóreos. (EHRHARDT, 2011, p. 371)

Somente a partir do final do século XX é que o conceito de bem jurídico ampliou-se para abarcar os bens que não são apropriáveis individualmente e que são mesmo invisíveis, mas indispensáveis para as pessoas. A propriedade intelectual foi a que primeiro desafiou a corporeidade definida pelo Código Civil, e a partir dela foi possível alargar ainda mais esse campo de regulação para permitir a positivação dos bens difusos.

Inaugurou-se no Direito a expressão de bem comum, representando todos os bens de titularidade difusa (frequentemente chamada de metaindividual ou transindividual) e que rompem com o espectro da apropriação individual, dando lugar ao compartilhamento.

Neste aspecto, definir o que seja esse “bem difuso” seria uma primeira tarefa do intérprete, já que o legislador constituinte não o fez. Usemos como ponto de análise o “bem ambiental”, espécie de bem difuso. Mesmo a lei 6.938/91, que em seu art. 3º, I, buscou essa definição como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”, o fez de forma bastante abstrata e genérica, justamente pela amplitude trazida pela expressão “meio ambiente”. Diz Rui Piva (2000, p. 72) que o uso de conceitos jurídicos indeterminados é uma

opção do legislador quando a intenção é garantir uma ampla tutela sobre determinado bem, o que dá uma margem maior de subsunção dos acontecimentos à previsão legal.

Não há dúvida que essa indeterminação natural de um bem difuso impõe um cuidado maior do intérprete, que deve estar preparado para uma observação interdisciplinar da matéria, pois precisará analisar no caso concreto se há incidência de uma norma que o tutele, determinando que tipo de bem é objeto de análise, especialmente quando, por exemplo, não houver um instrumento de segurança, como é o caso de um tombamento. Importante lembrar que este estudo aponta a desnecessidade de um registro formal para que haja tutela do bem difuso, diante de sua titularidade constitucional. A titularidade prevista no sistema notarial não lhe é adequada pela diversidade de sua natureza jurídica.

O registro cartorário, premissa do direito que recai sobre uma titularidade individual, tem como função permitir a publicidade do domínio e estabelecer direitos para o particular e dever abstenção *erga omnes*. Já a titularidade de direito difuso dispensa o registro e quando existente sua função é determinar direitos para a sociedade e deveres para o indivíduo.

Notadamente, ao reconhecer-se certos bens comuns (como o meio ambiente, os bens essenciais de consumo, o patrimônio cultural, a saúde pública) decidiu-se num primeiro momento por individualizá-lo em um titular único, para fins de proteção. Assim, no lugar de textualmente garantir-se ao cidadão a titularidade e a legitimidade de agir, individualizou os direitos comuns no Estado, transformando-o no grande titular da coisa pública.

E por não ser sido topograficamente alocado junto à categoria de bens descrita pelo direito material, o bem comum foi alojado no direito público, sendo confundido por muito tempo com “bem público” ou “de interesse público”, cujo guardião era o Estado, e não o cidadão. E isso se deu porque vigente era o modelo cartesiano que dividiu o ordenamento jurídico em direito público e direito privado a partir da codificação francesa, afastando qualquer possibilidade de um terceiro campo. Nas palavras de Benjamin (2014, p. 322) “[...] em tal categoria, está em jogo ente modificado – numérica e essencialmente diverso (...) algo, que, por mutação genética, é ‘qualitativamente diverso’”.

A classificação trazida pelos artigos 98 e 99 do Código Civil devem ser lidos a partir da metodologia do direito civil-constitucional, interpretando-se a norma a partir da titularidade constitucional para o Código, e não o contrário. Com essa metodologia não há dúvidas que a titularidade é da sociedade enquanto sujeito de direito e o Estado é apenas guardião e gestor dos bens difusos ali enumerados. Merece nota a indicação do art. 98 de que “são públicos os bens do domínio nacional”, e domínio tem sua raiz em poder exclusivo sobre

a coisa, o que colide com a natureza dos bens difusos. Somente a leitura sistemática permite a correta adequação da imprecisão terminológica do legislador.

Destaque-se que pela ótica do direito de danos, eventuais condenações ao ressarcimento de lesão causada a um bem público (do Estado) e um bem difuso (da sociedade) terão contornos diferentes, especialmente quanto ao destino dos valores pagos pelo agente. Nenhuma indenização por dano a bem difuso é pago ao Estado, como parte do seu tesouro, mas depositado em fundos específicos, a exemplo de fundos ambientais. Isso demonstra que possuem natureza jurídica e titulares diferentes.

A mesma orientação deve ser dada na leitura do art. 2º, I, da Lei 6.938/81 que define o meio ambiente como patrimônio público. Sendo a lei anterior à Constituição de 1988 deve ser interpretada segundo seus preceitos, que reviu a titularidade de tal bem no art. 225, numa distinção muito clara entre patrimônio público e difuso. Destaque-se que o art. 225 da Constituição Federal preferiu utilizar a expressão “bem” de uso comum na definição de meio ambiente, num conceito mais amplo do que “patrimônio” ou “domínio” público.

Foi a divisão do direito nessas duas áreas distintas e bem delimitadas que guardou a propriedade no direito privado, na medida que transformou em direito público tudo que fosse do interesse do Estado. Ao cidadão não cabia o resguardo dos bens de interesse comum, pois só o Estado poderia proteger os interesses do cidadão na esfera pública. O conceito individualista de que domínio expressa “o que é meu” ainda dificulta a compreensão de que há algo pode ser meu e de todos ao mesmo tempo, ainda que de imediato seja o Estado o gestor de tais bens.

É fácil perceber ainda que os interesses estatais se dão prioritariamente nos fenômenos que podem se converter em políticas públicas, como segurança pública, moralidade administrativa, aumento do emprego, etc. A tutela do bem comum não encontra lugar permanente na pauta política estatal e por isso é preciso aumentar a participação do cidadão na proteção do bem comum, especialmente quando o Estado é negligente nesse sentido.

De início, a humanidade só reconheceu a possibilidade de se estabelecer as relações de pertencimento com as coisas corpóreas, o que se explica pela sua limitação de conhecimento sobre a natureza que os cercava e a ausência de relações complexas no campo fático e jurídico. Essa realidade se estendeu até a modernidade.

Essa concentração da tutela jurídica nos bens que pudessem ser apropriáveis, e singularmente guardados por um sujeito de direito individualizado (marca da modernidade) impediu por muito tempo a jurisdicação de um bem que fugisse da tutela individual. Sem

tornar possível o alargamento do conceito de bem como algo que pudesse ser apropriado transindividualmente, não era possível visualizar o bem comum como uma nova categoria de bens. Orlando Gomes (*apud* EHRHARDT, 2011, p. 372) chegou a dizer que “há coisas que não são bens, por não interessarem ao Direito, como a luz, o ar, a água do mar”. Hoje esses elementos são protegidos como bens difusos e guardam a marca da contemporaneidade que é a proteção dos bens transindividuais, tanto na esfera nacional quanto internacional, sendo o dever de solidariedade seu eixo constitucional.

Somente com o processo de civilização, e muito posteriormente, com o desenvolvimento da ciência, foi possível a criação de tecnologias que permitissem a observação do que não é corpóreo e a partir do desejo humano de apropriação também deste universo é que se deu um alargamento da visão do mundo e do ordenamento jurídico que tutelava as relações entre pessoas e coisas. Assim, é possível perceber que a evolução do conceito de bens jurídicos se deu a partir do alargamento do conceito de patrimônio para nele abarcar os bens incorpóreos cuja apropriação só é possível numa experiência de compartilhamento.

A partir do momento em que a interação humana com a natureza saiu do mundo exclusivamente plano e tangível e passou a existir num plano metafísico, visto em toda a sua complexidade, iniciou-se uma revolução no conceito de bens jurídicos. Com isso foi possível atribuir juridicamente uma relação de pertencimento entre uma pessoa e um bem material e entre uma pessoa e um bem imaterial.

O Código Civil brasileiro de 1916, por exemplo, delimitava com rigor o que podia, ou não, ser considerado patrimônio, com forte fundamento doutrinário. Clóvis Beviláqua assim o definia: “os bens não econômicos são irradiações da personalidade, que, por não serem susceptíveis de medida de valor, não fazem parte do nosso patrimônio.”. Na mesma linha, afirmava Orlando Gomes: “[...] o patrimônio, é, em síntese, a representação econômica de uma pessoa”. (*apud* PIVA, 2000, p. 98-99)

O conceito de patrimônio, tradicionalmente vinculado ao conjunto de bens econômicos de um indivíduo, passou a conviver no ordenamento com os bens existenciais, de valor moral, para em seguida expandir-se ainda mais, e abarcar os bens de valor metaindividual. No Brasil, esse fenômeno se realizou na Constituição Federal de 1988, a qual passou a se referir ao patrimônio artístico, cultural, histórico, genético, ao lado do patrimônio econômico e individual.

Contudo, essa desmaterialização progressiva a que está submetida a geração atual não torna obsoleto o direito das coisas, como afirma Luciano Penteado (2012, p. 34), apenas o

moderniza e o adequa à tutela contemporânea do pertencimento. E sobre este aspecto afirma o autor:

A progressiva desmaterialização a que está submetida a geração contemporânea pode levar a crer que se está na era apenas e tão somente dos contratos e obrigações, da empresa e do feixe de relações obrigacionais interligadas, no mundo virtual. Realmente a importância das relações obrigacionais é central no sistema privado como um todo, mas não é, nem pode ser excludente dos direitos referentes a coisas.

A elasticidade dos conceitos existentes na legislação infraconstitucional não é suficiente para dar ao bem difuso o protagonismo que lhe foi determinado pela Constituição Federal, e sua confusão com o bem público (de origem estatal) só gera equívocos que evitam a real tutela dessa nova categoria de direitos, bens e titularidades. A tentativa de esclarecer pode criar divergências, nem sempre salutares para a real aplicação do direito, como bem explica Maria Helena Diniz:

Tem razão Alexandre Caballero ao afirmar que é um fenômeno normal o da evolução dos conceitos, mesmo dos mais elementares e fundamentais. Quanto mais manuseada uma idéia, mais ela fica revestida de minuciosos acréscimos, sempre procurando os pensadores maior penetração, maior exatidão, maior clareza. 'A interferência das mais diversas teorias sobre um conceito, em lugar de esclarecer, complica, frequentemente, as idéias. E o que era antes um conceito unívoco, converte-se em análogo e até em equívoco. Tal a variedade e disparidade de significação que lhe acabam sendo atribuídas' ". (inPIVA, 2000, p. 48)

E se ainda persiste a pergunta sobre a necessidade de uma nova categoria para identificação do bem difuso no ordenamento, já que temos a categoria dos bens públicos no Código Civil, a resposta está no fato de que nenhuma das categorias nele propostas atendem à tipificação constitucional de uma nova forma de pertencimento e titularidade, pautado em um objeto e em um titular difuso. As categorias já existentes, pautadas no individualismo, são insuficientes para promover a ampla e correta tutela dessa nova categoria.

Nesse sentido, oportunas são as palavras de Gustavo Tepedino (2016, p.20), ao cobrar o dever do direito civil em respeitar o compromisso constitucional da sociedade, especialmente nos temas que rompem as fronteiras entre o público e o privado:

O despertar do Direito Civil (e, por conseguinte, da magistratura) para a vida além do Código, na tentativa de abrir o sistema e buscar o conteúdo normativo dos preceitos codificados a partir do compromisso constitucional da sociedade, relaciona-se, por sua vez, a duas circunstâncias históricas que alteram radicalmente a preocupação da doutrina nas últimas décadas, relativizando as fronteiras entre o Direito Público e o Privado.

Destaca-se nesse contexto que a qualificação de bens como públicos não especificam a titularidade do Estado, tornando-o apenas guardião e gestor. A sociedade é a verdadeira titular desses bens e a escolha do Estado como guardião se dá unicamente pela solução prática que propõe na sua gestão cotidiana.

Tomemos por exemplo a Lei 8.159/91, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos. Seu texto não atribui a titularidade ao Estado, e inicia já no artigo 1º indicando-lhe como guardião e impondo-lhe o dever de gestão documental e proteção especial a documentos e arquivos.

Outro exemplo está nos parques arqueológicos, previstos como patrimônio cultural brasileiro, no art. 216, V, da Constituição Federal. Também nesta lei não se atribui titularidade ao Estado, determinando apenas que “o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro”.

Isso só ocorre porque o verdadeiro titular é a sociedade, ainda que alguém os qualifique como públicos, e não difusos.

A relação jurídica difusa entre indivíduo e sociedade incidindo sobre direitos difusos surge sempre que uma situação jurídica de público ou privado venha atingir direitos difusos tutelados pelo ordenamento jurídico. Seguindo o pensamento de Luciano Penteado (2012, p.46) o direito das coisas é um dado fenomênico do contato humano com as coisas e esse contato interessa ao direito pelas consequências que vão além do contato sujeito/objeto na sua singularidade. Diz o autor que “há relevância jurídica do *processo apropriatório* de alguém em relação a alguma coisa na medida em que há ou pode haver repercussões dessa prática na posição ou situação jurídica de outros indivíduos que sejam estritamente derivadas desse processo.

A ubiquidade do direito difuso sobre os demais ramos do direito só será devidamente visualizada e valorizada quando o mesmo for reconhecido como ramo autônomo e de natureza constitucional, inaugurando um novo regime de titularidades. Não há enquadramento de uma titularidade de um direito real, consolidado como apropriação individual, como o é a propriedade prevista no direito das coisas; tampouco na propriedade intelectual, ainda que se considere um avanço na tutela dos direitos imateriais. Trata-se de nova categoria jurídica, que exige um novo trato da matéria no tráfego jurídico.

Somente assim será possível uma reavaliação de todo o tratamento jurídico destinado ao pertencimento.

4.2.1 Direito difuso: um *tertium genus*

A teoria geral do direito já propõe a divisão clássica entre direito subjetivo público e direito subjetivo privado, uma divisão que atendeu bem aos anseios de uma realidade de outrora, cartesiana, e que buscava a simplificação do mundo. Contudo, existe uma nova zona de direitos tutelados pelo ordenamento jurídico, que não se desenha com uma bifurcação, mas estabelece-se em círculos interligados, cuja finalidade é assegurar direitos difusos ao mesmo tempo em que garante direitos individuais. É a seara de realização do indivíduo que se vê no coletivo em que faz parte, e que guarda em si a expressão desse coletivo, na clássica visão de Laplace.

Esses bens difusos não se enquadram na clássica conceituação do Código Civil porque esta lei regula o pertencimento a partir do corpóreo, sendo esta a base de conceituação da expressão “coisa” no direito das coisas. Contudo, a era em que vivemos proporciona novas formas de riqueza, de natureza incorpórea e fundadas no compartilhamento. Esses bens estão ligados às artes, à cultura, à história, à memória de um povo, etc. Embora possam ser sentidos e experimentados não conseguem ser isolados para uma apropriação exclusiva, dada a sua natureza fluida. O dado mais curioso é que embora agregados a um bem corpóreo dele se destacam, podendo ser separado da coisa em si, material.

Neste contexto, oportunas as palavras de Weill, Terré e Simler (1985, p. 106): *“Il est arrivé aussi à la pensée philosophique de proposer un dépassement de l’opposition, non sans situer, à partir d’une analyse du passage ‘de la propriété capitaliste à la propriété humaine’, l’essentiel dans une projection de la personnalité humaine”*

Tomemos por exemplo o bem difuso denominado literatura de cordel. Embora seja possível ver o livro, que é corpóreo, pode-se sentir, mas não visualizar a arte que ele resguarda. O livro de cordel é o bem corpóreo, mas a literatura de cordel é um bem difuso a ele subjacente. No mesmo sentido, a renda de bilro produzida por artesãs nordestinas traz a linha como bem corpóreo e a arte da renda, enquanto técnica, como bem difuso. O idioma é um bem autônomo em relação aos sons emitidos por uma pessoa, o frevo é um bem autônomo em relação ao dançarino, assim como o “repente” é um bem autônomo em relação ao cantor.

Esses bens agrupam-se pela afinidade e sua integridade é protegida pela existência de direitos que os abarcam e definem através de uma expressão normativa geral. Em outras palavras, existem bens imateriais que possuem uma expressão externa, mas não podem ser delimitados corporeamente e por isso não são coisas e sim difusos. Há ainda os direitos

criados pela lei para tutelar esses tipos de bens e por isso chamados de direitos difusos cuja titularidade é transindividual.

Para melhor ilustrar o que ora se diz basta visualizar que o frevo, o idioma e a literatura de cordel são bens difusos, mas reunidos conceitualmente à cultura, sendo esta o direito difuso tutelado. Impedir que uma pessoa se expresse através do frevo é um dano que viola diretamente o direito que ele representa, a cultura. Da mesma forma, a alteração do traçado da arquitetura de uma igreja do século XVIII não causa um dano material ao edifício, mas viola o direito difuso denominado conservação do patrimônio histórico.

Isso possibilita a criação de um *tertium genus*, o direito subjetivo difuso que redimensiona a estrutura clássica da titularidade sobre bens. Seguindo o pensamento de Ugo Mattei, o “comum” favorece um modelo colaborativo e participativo, refutando a lógica clássica de poder. E acrescenta o autor:

Il comune costituisce un altro genere, radicalmente antagonista rispetto alla declinazione esauritiva del rapporto pubblico/privato o Stato/mercato. Il comune, infatti, rifiuta la concentrazione del potere a favore della sua diffusione. Il comune ha come modello un ecosistema, ossia una comunità di individui o di gruppi social legati fra loro da una struttura a rete. (MATTEI, 2011, p. 81)

Os chamados bens difusos, ainda que chamados de bens comuns, têm como marca indelével a inclusão, afastando, portanto, qualquer condição de exclusão. Seu valor está no acesso, no uso sempre responsável, e não na apropriação individual ou no valor que possa ter na troca de mercado.

Segundo Piva (2000, p. 79-80), “o direito subjetivo difuso, que nos interessa mais de perto, surge quando um acontecimento valorado concretiza uma previsão legal que protege um interesse difuso, nele reconhecendo-se um fato jurídico de igual natureza.”

Esse terceiro gênero não está isolado em relação dos demais, ao contrário, promove uma integração do sistema jurídico. Diz Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 43) que falta aos interesses difusos contornos definidos em norma. Tal autor baliza seu entendimento na premissa de que não há direitos e sim interesses, contudo, tais direitos existem e são de natureza essencialmente constitucional. Guardam eles uma relação peculiar com o direito público e com o direito privado, sob a base da reciprocidade, guardando ampla receptividade das noções jurídicas aplicáveis a estes dois ramos, ao mesmo tempo em que lhes oferece conceitos autônomos e inovadores.

O principal campo de impacto dos bens difusos está no direito privado, pois nasce no texto constitucional, mas não se adequa à qualificação dos bens proposta pelo código civil, pois nele não encontra seu *locus* para uma conceituação metodológica. Ao mesmo tempo que está ligado à tutela do pertencimento, o bem difuso, por não ser corpóreo está afastado da regulação normativa do direito das coisas. A interlocução com o direito de propriedade surge para propor a este um novo conteúdo. É o que Fachin (2008, p. 15) denomina de ressignificação de balizas linguísticas, reescrevendo os limites e possibilidades emancipatórias do próprio Direito.

Trata-se de propor uma harmonização entre o direito civil e o direito constitucional, redefinindo seus fundamentos e as extensões dos institutos, adequando técnicas e conceitos tradicionais, renovando tal ramo do direito e proporcionando uma teoria da interpretação condizente com a legalidade constitucional. Para Fachin (2008, p. 12), o direito civil-constitucional evidencia, desde logo, três superações: “[...] a do monismo das fontes, a da rigidez literal da hermenêutica, e a da significação monolítica de institutos e figuras jurídicas fundantes da radiografia das relações sociais, como contrato, família e propriedade.

Da queste diverse considerazioni dovrebbe risultare evidente la necessità di considerare la questione della proprietà non solo in un’ottica diversa da quella tradizionalmente individuata dalla contrapposizione pubblico-privato, ma pure da quella che crede di risolvere il problema ipotizzando tre arce differenziate di proprietà (pubblica, privata, cooperativa). Entrambe queste impostazioni, infatti, rispecchiano categorie interpretative legate al passato, piuttosto che esprimere i dati rilevabili nella realtà di oggi. (RODOTÁ, 2013, p. 44)

Esse poder normativo da Constituição, criando uma terceira categoria de bens (os bens difusos), decorre de seu novo papel a partir do advento do Estado Social. Sua função não mais está em apresentar limites e impedimentos à lei ordinária, também não se configura em simples suporte hermenêutico para um completo conhecimento do ordenamento. “Elas, além de indicar os fundamentos e as justificações de normatividade de valor interdisciplinar tanto das instituições jurídicas quanto dos institutos jurídicos, apontam parâmetros de avaliação dos atos, das atividades e dos comportamentos, como princípios de relevância normativa nas relações intersubjetivas” (PERLINGIERI, 2008, p. 2)

A Idade Média legitimou o pertencimento num sistema de uso efetivo sobre a coisa; os modernos a legitimaram na forma, no registro, e no poder dado a uma pessoa sobre uma coisa pelo ordenamento positivado. Essas estruturas propiciaram experiências diferentes

de relação de pertencimento entre a pessoa e a coisa, e não há razão para acreditar que sejam elas os únicos modelos possíveis a serem adotados nos ordenamentos, nem mesmo que só possam ser percebidas de forma separada.

O olhar sobre o passado facilitará a compreensão do presente, o que lhe permitirá compreender uma forma de pertencimento que embora positivado, prescinde do registro formal, cartorário. Sua previsão é de ordem constitucional e sua identificação não está no registro de uma titularidade, mas numa existência efetiva presente numa realidade fática envolvendo pessoas e bens. É o reconhecimento de direitos proprietários de ordem constitucional que permitem a problematização do regime de titularidades.

Parallela a questa vicenda corre quella di situazioni proprietarie ormai punto d'incidenza d'una molteplicità d'interessi, e quindi oggetto di discipline che possono concretarsi in strumenti espressivi di una logica diversa da quella proprietaria. La quale, così delegittimata pure negli ambiti di incidenza diretta, non può certo costituire il criterio regolatore invocato per situazioni o ambiti diversi. (RODOTÁ, 2013, p. 42)

O medievo já apresentava uma construção do pertencimento onde se permitia o fracionamento dos poderes sobre a coisa, mantendo-se a sua unicidade, na descrição de Paolo Grossi (2006, p. 57)

A certeza medieval de que o dominium não cai do sujeito sobre a coisa mas nasce da coisa, e a sua conseqüente dessacralização; a hipótese de mais propriedades fracionadas sobre a mesma coisa, cada uma tendo objeto uma determinada fração de poderes sobre a coisa, não pode deixar de tornar mais instável e mais vaga a fronteira entre propriedade e direito real limitado, e é aliás até mesmo imaginável uma osmose entre uma e outro

Compreender o bem difuso exige como premissa o alargamento da visão do observador sobre o sistema jurídico e sobre as estruturas de pertencimento construídas para a era contemporânea. Urge uma necessidade de se perceber a tutela dos direitos fundamentais para além dos direitos de primeira geração, chegando aos direitos de outras gerações, pois o indivíduo tem sua subjetividade marcada pelo sua individualidade e sua socialidade.

4.3 Bens difusos e direitos difusos como objeto de tutela jurídica

Conceber o bem de titularidade difusa como categoria jurídica só é possível se o observador visualiza o sistema jurídico como algo complexo, interligado, como propõe a teoria de Edgar Morin. Só assim aceitará a existência de um bem jurídico que inova uma categoria no Direito e cuja tutela se irradia em diferentes disciplinas jurídicas. Hoje podemos

afirmar “*O fim das ciências humanas é mostrar a complexidade conceitual, relacional e articulatória necessária para pensar o ser humano.* (ROGER, 2006, p. 93)

Trata-se de uma forma de pertencimento, capaz de ver com normalidade o compartilhamento de titularidades, não entre indivíduos determinados (a exemplo do condomínio indiviso), mas entre o indivíduo e uma coletividade de pessoas indeterminadas (a sociedade), ambos exercendo poderes sobre o mesmo bem, unindo o interesse singular com o coletivo, numa relação recíproca e solidária de direitos e deveres. Altera-se, assim, o paradigma individualista do ordenamento, pois, como afirma Paolo Grossi (2006, p. 6), “[...] ficar fechado no nicho de uma cultura de pertencimento individual é visualizar um horizonte demasiado estreito”.

Não estando ele exclusivamente tutelado pelo direito privado, nem pelo direito público, exige-se do observador que se mantenha posicionado não em um desses lados, mas em um lugar autônomo a eles e com eles interligado. Sua natureza é fluida e não pode ser abarcada por nenhuma instituição de natureza coletiva.

O direito das coisas “cuida de realidades ordinárias de apropriação” (PENTEADO, 2012, p. 59). O pertencimento de caráter extraordinário, como o que decorre da titularidade de direito difuso aloca-se em campo jurídico mais amplo que aquele do Código Civil. Seu *status* jurídico é constitucional e sua aplicação é transdisciplinar.

Hoje estamos vivendo este surgimento: o nascimento dos espaços culturais arraigados no espaço cultural, dos campos imateriais arraigados no campo material, das arquiteturas cognitivas arraigadas na arquitetura social. E desses subsistemas cognitivos e criativos já surgem propriedades novas e novos modos de interação, insuspeitados porque eram insuspeitáveis há apenas algumas décadas. (MARC HALÉVY, 2010, p. 56)

A palavra propriedade é utilizada pelo autor em sua concepção comum, pois a ideia proposta sugere uma nova forma de pertencimento, que vai além da titularidade de direitos reais. Trata-se do bem difuso como nova forma de pertencimento, cuja apropriação não é exclusiva, pois seu sentido está na experimentação compartilhada.

Neste aspecto, são exemplos de bens difusos o meio ambiente equilibrado, as informações e objetos de valor histórico, a internet, os ritmos de dança, as obras literárias clássicas, as pinturas de apreço nacional ou mundial, o patrimônio histórico e paisagístico. Todos esses bens são protegidos para realizar direitos difusos, a exemplo da sadia qualidade de vida, do meio ambiente equilibrado, do direito à memória, da cultura. A seguir destacamos alguns exemplos expressos na Constituição Federal:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(sem grifos no original)

Cabe destacar como o legislador aponta a titularidade (sempre compartilhada, e portanto, difusa) e a forma de exercício do direito, o que se dá pelo acesso e nunca pela apropriação exclusiva, demarcando um importante elemento estrutural dos direitos difusos.

Mas o que faz algo se tornar um bem difuso? Certamente a valoração social e jurídica.

No campo social as pessoas escolhem naturalmente certos fatos e coisas que são considerados como de apreço coletivo nos diversos campos dos saberes, como o moral, intelectual, religioso, cultural, etc. Essa valoração pode se dar em um nível local, regional, nacional ou internacional, classificação consolidada, por exemplo, na Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 2003, em seu art. 1º, c, que traz como uma de suas finalidades, “a conscientização no plano local, nacional e internacional da importância do patrimônio cultural imaterial e de seu reconhecimento recíproco”.

Nesse contexto, oportunas as palavras de Ugo Mattei (1995, p. 63), “Nella logica del comune scompaiono le barriere fra soggetto ed oggetto e anche quelle fra natura e cultura. Um ambiente visto come bene comune non è un’entità statica ma è allo stesso tempo natura e cultura, fenômeno globale e locale, tradizione e futuro.”

A Convenção parte da premissa de que o patrimônio cultural não se constitui apenas de aspectos físicos, como monumentos e sítios históricos. Ele também é composto pelas expressões incorpóreas, como as tradições, o folclore, os saberes e as línguas.

Com o fenômeno da globalização aliado a uma tecnologia que cada vez mais elimina fronteiras, não é difícil perceber um crescente interesse comum em escala global. O conceito de cidadania planetária vem se desenvolvendo rapidamente e já se percebe a tônica do solidarismo movendo os povos em diferentes campos de atuação.

O historiador inglês Arnold Toynbee traz uma nomeação curiosa para um fenômeno que ao seu ver é latente: “Este desenvolvimento (...) é parte de um fenômeno que tem caráter universal. Em todos os continentes as megalópoles se estão fundindo, formando assim as ecumenópolis...que, como seu nome proclama, tendem a conglomerar em um único *habitat* a superfície inteira da terra”. (*apud* CAPPELLETTI, 1977, p. 2)

Como consequência dessa valoração social, os ordenamentos passam para a etapa de jurisdicização, positivando-os como bens difusos e dando-lhes a necessária proteção legal. No Brasil, essa jurisdicização se dá em nível constitucional e a partir dos temas ali positivados, como o patrimônio histórico ou o meio ambiente, é possível identificar o bem difuso no caso concreto facilitando sua proteção jurídica.

Tudo que venha a ter um valor social e que só possa ser exercido difusamente será um bem difuso. A ele sempre corresponderá um direito difuso, este tutelado pelo ordenamento jurídico. A cada momento em que uma pessoa exerce esse direito individualmente também o exerce difusamente, pois não é possível, nem física nem juridicamente a sua repartição. Quando uma criança visita um museu está garantindo o exercício de um direito difuso, o direito de memória de um povo, o qual só se realiza difusamente quando vivenciada por cada cidadão.

E uma observação se torna pertinente. Ao jurisdicizar os bens difusos, o legislador constituinte lançou mão de palavras que abarcam conceitos abertos, o que propicia um arejamento do sistema, permitindo ao magistrado ampliar o rol de proteção a partir da movimentação social que leva a criação de novos centros de interesse. A palavra “cultura”, por exemplo, permite a alocação de vários fenômenos sociais, inclusive daqueles que poderiam nem existir na época da promulgação da lei. A legislação infraconstitucional e os processos de tombamento são bons instrumentos para garantir a máxima de efetividade constitucional na proteção do bem difuso, mas não impedem que o juiz o reconheça no caso concreto, independente de uma lei formal que o proteja.

O processo de tombamento não é condição *sine qua non* para que um bem seja considerado um bem difuso. O seu reconhecimento pode se dar, por exemplo, em um processo judicial, onde se discuta justamente a natureza difusa do bem e ali se faça um pedido de declaração judicial que possa garantir a proteção. Também o juiz, agindo de ofício, poderá reconhecê-lo e protegê-lo em um conflito onde as partes por ele não se interessem, afinal o tema é de indiscutível interesse de ordem pública. É preciso lembrar que nem sempre o legislador é ágil e por isso a adequação de conceitos abertos, o que permite uma atuação eficiente do poder judiciário na proteção imediata do bem difuso em cada caso concreto.

Um bom fundamento para tal reconhecimento pode ser, por exemplo, um registro de ordem internacional, o qual auxiliará o juiz a reconhecer o bem como difuso mesmo que não esteja textualmente abarcado em um texto legal na ordem interna.

A UNESCO instituiu o Programa da Memória do Mundo que deu origem ao acervo denominado “Registro da Memória do Mundo”, que até 2015 contava com 348 documentos e coleções provenientes de todos os continentes e salvaguardados em vários tipos de material: de pedras a celuloide, pergaminhos e gravações sonoras. (Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/representacoes-da-guerra-do-paraguai-sao-inscritas-no-registro-da-memoria-do-mundo-da-unesco/>, acesso em 22 de dezembro de 2015). Em 2013 foi acrescentado ao Registro uma coleção com 8.927 documentos, esboços, álbuns e desenhos técnicos do arquiteto Oscar Niemeyer e o patrimônio documental de viagens do imperador D. Pedro II no Brasil e no exterior. (Disponível em: [arquivo-de-niemeyer-e-documentos-de-d-pedro-ii-sao-inscritos-no-registro-memoria-do-mundo-da-unesco/](https://nacoesunidas.org/arquivo-de-niemeyer-e-documentos-de-d-pedro-ii-sao-inscritos-no-registro-memoria-do-mundo-da-unesco/) acesso em 22 de dezembro de 2015). Em 2015 o Brasil garantiu, junto com o Paraguai, que as representações cartográficas e iconográficas da Guerra da Tríplice Aliança, também conhecida como Guerra do Paraguai fossem inseridas no acervo.

Uma dificuldade maior será o reconhecimento de um bem difuso que se destaque em uma esfera local, por vezes de uma comunidade de pouca expressão no cenário nacional. Aqui urge o olhar atento do magistrado para não permitir que haja violação ao bem comum por ausência de interesse nacional. Uma comunidade pequena (um pequeno município, por exemplo) tem seus valores e seus símbolos tanto quanto a grande comunidade nacional, aqui denominada de sociedade. E aqui aumenta a importância da participação do cidadão, que podendo agir individualmente na busca da tutela do bem difuso poderá salvaguardar o patrimônio comum que tenha sido esquecido até mesmo pelas autoridades locais.

4.4 O Direito Difuso sob a perspectiva da relação jurídica

A vida social se compõe de relações porque depende da interação entre seres humanos, “[...] o homem diante de outro homem, ou da comunidade, em interferência subjetiva (MELO, 2007, p. 170). Como bem afirma Pietro Perlingieri (2008, p. 729), “o ordenamento é não somente um conjunto de normas, mas também um sistema de relações.

Foi com a pandectística alemã, criadora da conhecida jurisprudência dos conceitos que consolidou-se uma moldura jurídica tão importante quanto a de sujeito de direito. Estamos falando da moldura da relação jurídica. É Diego Machado (2016, p. 21) quem mostra com clareza as bases desse conceito:

Esta fórmula, de simplicidade que salta aos olhos, constituía-se através da atribuição de um direito subjetivo a um sujeito e de um correspondente dever jurídico a outro sujeito, ambos integrados, respectivamente, nos polos ativo e passivo da relação. Tal noção tornou-se um axioma que, também composto pelos conceitos de objeto de direito e fato jurídico, estava à base do sistema de conceitos jurídicos da ciência das pandectísticas.

Segundo o autor a parte geral do Código Civil traz, então, os conceitos gerais coligidos na moldura mais abstrata e generalizante da relação jurídica: as pessoas, os bens e os fatos jurídicos. E sendo o sujeito de direito proprietário o centro de atenção do direito civil, a tutela do direito subjetivo de propriedade deveria recair sobre um objeto determinado, determinando os contornos da noção de bem jurídico.

Somente a partir da segunda metade do século XIX é que tal categoria jurídica se viu desafiada a incorporar uma nova perspectiva para a propriedade e para o sujeito proprietário. Introduzia-se no direito civil uma nova ética, pautada na solidariedade e na noção de deveres deste sujeito da relação jurídica. Tal concepção gerou uma crise no próprio conceito de sujeito de direito, criado para a proteção de interesses individuais e patrimonialistas. Sob a nova perspectiva, o conceito mostrou-se inadequado para a tutela de direitos não patrimoniais, a exemplo dos direitos da personalidade e os direitos difusos.

Essa inadequação começa pela própria ideia polarizada da relação jurídica, limitada a um sujeito determinado. A titularidade difusa rompe com esse paradigma, exigindo um alargamento dos conceitos jurídicos. O objeto também dilatou-se, tornou-se mais fluido, exigindo um alargamento do conceito de bem jurídico e de patrimônio.

Uma relação jurídica nasce de um fato jurídico, considerado por Pontes de Miranda (1954, p. XVI) como a noção fundamental do Direito:

A noção fundamental do direito é a de fato jurídico, e em seguida a relação jurídica; não a de direito subjetivo, que é já noção do plano dos efeitos; nem a de sujeito de direito, que é apenas termo da relação jurídica. Só há direitos subjetivos porque há sujeitos de direitos; e só há sujeitos de direito porque há relações jurídicas.

Leciona Marcos Melo (2007, p.171) o conceito de relação jurídica, dizendo ser “toda relação intersubjetiva sobre a qual a norma jurídica incidir, juridicizando-a, bem como aquela que nasce, já dentro do mundo do direito, como decorrência de fato jurídico”.

O direito protege interesses, expressão que comumente está vinculada a ideia de vantagem. Toda relação jurídica protege o interesse de pessoas, pois são elas o alvo de proteção do ordenamento jurídico. São elas os sujeitos da relação jurídica. E toda relação jurídica possui como objeto mediato o bem protegido pelo mesmo ordenamento. E ressalta Pontes de Miranda (2013, p.15): “[...] faz-se mister relevar nos factos jurídicos, não o caracter de “pura vontade divina”, senão o de factos naturaes, intensamente complexos, cuja pesquisa várias sciencias particulares se arrogam”.

Nas lições de Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 24), há uma distinção entre interesse *lato sensu* e interesse jurídico. “Enquanto o interesse jurídico tem como referencial certo valor inscrito na norma, os interesses – *lato sensu* -, ao contrário, expandem-se livremente, comunicam-se, entrecrocaram-se, assimilam-se, repelem-se, porque estão situados em *outro plano*, o plano fático”. Nesse último a medida de valoração está em cada sujeito, no exercício de seu livre-arbítrio.

Por esta razão, tão importante quanto a clássica distinção entre coisas e bens é a distinção entre direitos e interesses. Para Orlando Gomes (1974, p.142), esta diferença está nos fins a que se destinam as normas jurídicas.

Quando os interesses do indivíduo se consubstanciam nas permitidas manifestações de sua vontade autônoma, apresentam-se como direitos. Se, no entanto, o interesse particular do indivíduo é tutelado pelo preceito estatuído no interesse geral, estará protegido de modo reflexo, mas não se caracteriza como um direito, porque o interessado não dispõe da faculdade de compelir quem o contraria a observar a norma, nem da faculdade de liberá-lo do seu dever.

Em outras palavras, enquanto um interesse não estiver consolidado em um direito não terá o indivíduo poder para exigir-lo de quem quer que seja. Rodolfo de Camargo Mancuso chama a atenção para o fato de que a palavra “interesse” é plurívoca, estando presente em mais de um ramo do conhecimento, a exemplo da economia (interesse pelo lucro) ou do direito processual civil (interesse de agir).

Para este estudo, a conotação que se faz necessária é a que tangencia o social e o jurídico, razão pela qual destacamos a lição do autor: “[...] sob esse prisma, fala-se em “interesse social”, “público”, “geral”, tendo todos esses termos por núcleo comum o fato de se referirem a interesses metaindividuais, portanto, transcendentais ao indivíduo isoladamente considerado.” (MANCUSO, 2013, p. 30)

É por isso que Ricardo Lorenzetti (2010, p. 23) explica a correta localização dos bens difusos na esfera de direitos, o que enseja um cuidado maior no enquadramento das categorias no momento da ponderação de direitos.

Os bens coletivos pertencem à esfera do social, isto é, o conflito não é um ataque ao indivíduo, nem entre pessoas, senão uma relação entre os bens transindividuais e os sujeitos. Esta afirmação é importante, porque no primeiro caso tem precedência a proteção do indivíduo, no segundo é um problema de ponderação equilibrada de direitos de valor semelhante, enquanto que no terceiro é uma relação entre o direito subjetivo e o coletivo.

O autor ainda chama os bens difusos de bens coletivos, o que é um equívoco conceitual, mas feito o devido destaque seu pensamento é grande valia para a reflexão que propõe.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 / 90) tentou conceituar direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, em seu art. 81. Contudo, tais conceitos por vezes se mostram imprecisos e ainda necessitam da doutrina para garantir-lhes o conteúdo adequado.

Um grande mérito da lei foi nomear a qualidade jurídica de “difusos” ao lado de “coletivos”, demonstrando tratar-se de algo novo, pois, como já se acentuou, os direitos coletivos tutelam direitos de categorias, com interesses próprios, não os direitos de uma sociedade. Hermes Zaneti (2016, p. 4) chega a dizer que sem sua criação pelo direito positivo nacional “não existiria possibilidade de tutela “coletiva” de direitos com natural dimensão coletiva, decorrentes da massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes.”

O fato é que sob o prisma do ordenamento jurídico brasileiro, o interesse difuso já está consolidado em direito difuso, gerando uma relação jurídica entre o indivíduo e a sociedade, numa reciprocidade de direitos e deveres, especialmente quando esta relação atinge o instituto da propriedade. Ainda há uma dificuldade doutrinária e jurisprudencial de aceitar que a existência de litígio individual não impede que ao mesmo tempo se instale uma demanda de pertinência difusa.

Quando um interesse ingressa no mundo jurídico para ser tutelado é transformado em direito, o qual se atribui a alguém (sujeito de direito) com referência a determinado objeto (bem jurídico). Pela teoria clássica, os sujeitos da relação são a pessoa física, a jurídica ou os entes despersonalizados; e o objeto a ser protegido é classificado como direitos reais, pessoais e da personalidade. É Pietro Perlingieri (2008, p. 736) quem destaca que a doutrina ao definir a noção de relação jurídica evidenciou somente seu aspecto estrutural “não levando em conta que toda noção jurídica apresenta uma estrutura e uma função”.

Como bem leciona Marcos Melo, a existência de um direito ensejará sempre a presença de sujeitos de direito, interagindo entre si:

Em todo o campo do direito, sempre que se menciona haver um direito, um dever, uma pretensão, uma obrigação ou qualquer outra categoria eficaz, estar-se-á, em geral diante de uma relação jurídica, porque haverá sujeitos de direito, em face do outro, considerados reciprocamente (MELO, 2007, p. 172)

Em uma relação jurídica um dos requisitos essenciais é a intersubjetividade, pois não se mostra razoável a relação entre pessoas e coisas, por exemplo. Ensina Pena López (2009, p.130) que todo direito é pessoal, não sendo possível uma relação entre uma pessoa e uma coisa, e segue destacando que “el derecho se refiere, pues, en su fundamento y en cuanto a su finalidad, a las personas; es decir, el derecho tiene un carácter esencialmente personal.”

Alinhando esse pensamento, José Robson da Silva (2002, p. 123-124) que afirma haver “relações em que não se atribuem direitos subjetivos para determinadas pessoas, mas que podem eventualmente deflagar um dever jurídico ou uma sujeição”, dando como exemplo a relação entre a pessoa e o meio ambiente. Segundo o autor, “para que se aplique a noção de direito subjetivo em relação ao meio ambiente é necessário fracioná-lo, dividi-lo em partes, tornando-o, deste modo, apropriável.” Não haveria, portanto, na seara do direito privado, trabalhar com a noção de direito subjetivo nem com o conceito de relação jurídica em sentido estrito.

Neste ponto da inexistência de relação jurídica faz-se necessário discordar do autor. Para acontecer a relação jurídica não é necessário a presença de um direito subjetivo, mas de dois sujeitos de direito. No caso dos direitos difusos haverá uma relação jurídica formada entre o sujeito individualizado e a sociedade, com efeitos no direito privado, sendo estes os sujeitos relacionais. No entanto, não haverá um direito subjetivo do particular, mas tão somente um dever jurídico seu para com o outro sujeito de direito, a sociedade.

O autor sugere ainda a existência de um “direito subjetivo público”, podendo o sujeito, por exemplo, na hipótese do direito ao equilíbrio ambiental, “operar o sistema no sentido de proteger o seu direito subjetivo ao equilíbrio ambiental”. (SILVA, 2002, p.178) A contradição se mostra no sentido de que num primeiro momento afirma que não é possível haver direito subjetivo em relação ao meio ambiente quando não fracionado, mas abre a hipótese de torná-lo direito “subjetivo público”, individualizando o que é indisponível e indivisível.

Neste contexto, vale a pena a leitura do pensamento de Ricardo Aronne (2001, p.182) ao indicar que existem novos elementos para o regime das titularidades com vistas à respectiva funcionalização:

Tal intersubjetivação ocorre vinculando a coletividade e o Estado na condição de sujeitos passivos dos interesses titularizados e ativos (no âmbito difuso) dos interesses socialmente funcionalizantes, pela releitura “constitucionalizada” do Código, de modo a que não mais se observe a positivação de um regime de exclusão social, mas sim de uma regulação social, contextualizando a respectiva titularidade, considerando-se interesses de ordem não só individual. A titularidade ganha novo sentido e função no Estado Social e Democrático de Direito em seu compromisso de transformação.

Se a relação jurídica de direito real atribui à sociedade, como sujeito passivo universal, o dever de respeito à propriedade individual, é possível compreender que na relação jurídica onde existem direitos difusos essa mesma sociedade torna-se sujeito ativo universal e é a destinatária do dever jurídico do particular no respeito aos direitos difusos. Em outras palavras, a relação jurídica pode compor deveres jurídicos e não necessariamente um direito subjetivo.

É também Ricardo Aronne (2001, p. 188-189) que ensina que a titularidade é uma relação de ordem pessoal, intersubjetiva. “o vínculo em sede de titularidade se dá *in personam* e não *in re*, sendo sempre de conteúdo relativo, no âmbito do seu exercício de ação.

Nas relações que envolvem direitos difusos há um sujeito de direito, que é seu titular, a sociedade, compreendida na sua indeterminabilidade, a qual não pode realizar em nenhum de seus membros uma titularidade plena, tal qual se dá com um direito individual. A expressão “sujeito de direito” indica uma situação de titularidade, e não de direito subjetivo, e não há razão para limitar sua amplitude quando esta titularidade é determinada pelo direito material.

Esse ‘caráter não distributivo’ impede a concessão de direitos subjetivos, já que estes pressupõem que a titularidade se exerce sobre uma porção indetificável ou claramente delimitada. Não há direito de propriedade nem posse individual que permita adquiri-la, e só concedem direitos de atuação sob a forma de legitimação para agir difusa ou coletivamente. (LORENZETTI, 2010, p. 20-21)

Este sujeito ativo da relação jurídica difusa será sempre indeterminado *a priori*, e será “presentado” quando um cidadão formalizar uma lide para a defesa de um bem ambiental no caso concreto. O sujeito passivo, este sim, poderá ser qualquer pessoa, determinada, a exemplo de particulares, entidades públicas, associações.

Quanto ao elemento objetivo, tem-se que o objeto imediato será sempre o dever jurídico imposto pela norma, o que é mais amplo que uma conduta obrigacional, por exemplo. É conhecendo o dever jurídico que se identificará a lesão, ensejando providências judiciais, como o dever de preservação ambiental, por exemplo. O objeto mediato será sempre o bem difuso, em qualquer de suas espécies, a exemplo do meio ambiente equilibrado, a saúde pública, a segurança do consumidor, os imóveis e documentos de valor histórico, etc.

Quanto ao objeto será sempre o direito difuso, tendo este a incorporeidade como seu traço jurídico marcante. Do ponto de vista da relação jurídica será imprescindível identificar a materialidade ou imaterialidade do bem presente no caso concreto, pois como bem assegura Rui Piva (2000, p. 114) “a materialidade ou imaterialidade do bem vai determinar se o objeto mediato da relação jurídica será um bem propriamente dito ou um direito”. E a partir dessa premissa, o autor define o que seja o bem ambiental: “[...] é um valor difuso, imaterial ou material que serve de objeto mediato a relações jurídicas de natureza ambiental”.

Quando o bem ambiental está presente em uma relação privada há que se reconhecer duas relações jurídicas distintas: a relação privada, onde se pactuam obrigações de parte a parte, e outra relação jurídica difusa, imposta por lei e que exige outras condutas específicas para a tutela de um objeto que não é privativo dos contratantes.

Seu objeto mediato é indivisível, posto que não pode ser apropriado de forma exclusiva sob pena de perder sua essência. Nesse aspecto, enquadra-se no art. 53 do Código Civil que atribui como indivisíveis os bens que se não podem partir sem alteração na sua substância. Ao titular concede-se o direito de uso ilimitado, sendo este o único direito que não macula a substância do bem e não impede o mesmo direito aos demais interessados.

O objeto imediato da relação jurídica será sempre o direito tutelado pela lei, enquanto o objeto mediato será sempre o bem jurídico protegido, seja ele uma coisa ou, no

caso do direito difuso, o elemento incorpóreo que reflete o bem difuso. E aqui é importante o destaque que na hipótese de haver um bem difuso jacente a um bem corpóreo de propriedade individual, com este não se confunde.

Existirão bem distintos com titularidades distintas. Documentos, fotografias, pinturas podem ser bens particulares, mas podem guardar em paralelo o bem difuso chamado de patrimônio histórico. O frevo, o idioma e a literatura de cordel são bens difusos, mas reunidos conceitualmente à cultura, sendo esta o direito difuso tutelado.

Considerando que toda relação jurídica impõe a existência de pelo menos dois sujeitos, quando o bem difuso estiver atrelado a um bem corpóreo de propriedade privada, tem-se como sujeito ativo (o titular do direito) a sociedade e como sujeito passivo (o que deve cumprir a obrigação) as pessoas físicas, jurídicas ou os entes despersonalizados.

O ordenamento jurídico já reconhece a sociedade como sujeito de direito. Nas relações jurídicas de direito real, por exemplo, o sujeito passivo é indeterminado, pois cabe à sociedade (chamada de *alter*) o respeito ao direito estabelecido para um indivíduo sobre determinada coisa. O que ocorre na relação jurídica de direito difuso é a inversão, onde a sociedade passa a ser o sujeito ativo, pois é ela o titular do direito.

É preciso atentar para o que adverte Fachin (2015, p. 30): “O que, hoje, se apresenta nas relações de comunhão de vida, é pacto existencial plurissubjetivo, prioritariamente marcado por circunstâncias completamente diversas, como o direito potestativo ao divórcio, ao desafio das individualidades plúrimas, entre outros aspectos.”

Depois destas considerações, pode-se afirmar que o bem difuso é o bem mediato de relações jurídicas de natureza difusa. A ele sempre corresponde um direito difuso, que é o objeto imediato da relação jurídica.

A teoria da relação jurídica trouxe uma estrutura complexa de reciprocidade de direitos e deveres, e impactou diretamente os direitos reais e os direitos obrigacionais. Na relação jurídica obrigacional que era simples, agregou-se o elemento da boa-fé como um fator de complexidade que trouxe deveres anexos ao sujeito que só tinha direitos. Na relação jurídica real, também há esse elemento de complexidade, que é a função social. Onde só existia relação simples entre pessoa e coisa permitindo a exigência de abstenção do sujeito passivo universal, agora se agregam deveres em favor deste mesmo sujeito passivo universal.

Na relação jurídica envolvendo bens e direitos difusos essa complexidade é ainda maior porque há uma dificuldade em se visualizar a dupla titularidade sobre o bem, assim como a sociedade como sujeito ativo dentro de uma relação de pertencimento. Mas o fato é

que o Direito já avançou, e muito, no trato do sujeito de direito incorpóreo, o que se vê com a criação de sujeitos de direito como o espólio, a pessoa jurídica ou a massa falida.

Desde o Esboço, de Teixeira de Freitas, já se previa a classificação das pessoas em “pessoas de existência visível” e “pessoas de existência ideal”. E como bem conceitua João Batista Herkenhoff (2010, p. 140) “pessoa, na acepção jurídica, é o ser, individual ou coletivo, dotado de direitos e deveres. Equivale à expressão “sujeito de direito” em sentido amplo.”

No caso da sociedade como sujeito de direito é preciso ampliar os horizontes de possibilidades, para além de sua condição passiva no âmbito dos direitos reais, pois muito mais amplo é o universo legal que regula o pertencimento. Nesse sentido, são oportunas as palavras de Diego Machado (2016, p. 54):

A subjetividade jurídica deve ser inadiavelmente repensada pelos teóricos do direito não apenas pela impossibilidade de subsistência de um sujeito único, abstrato e isolado, mas também devido ao surgimento de problemas e necessidades de proteção jurídica provocados pelos avanços tecnológicos e científicos.

O regime de titularidades não está presente no direito brasileiro somente no âmbito dos direitos reais. Nele apenas se traduz um limitado campo de titularidades cujo regime promove uma exclusão de sujeitos. Mas, existem outras titularidades que promovem a inclusão e o exercício da função social, uma realidade que clama uma mudança de interpretação de um modelo proprietário que já consegue apontar para novos caminhos no direito brasileiro.

Nessa seara, oportunas as palavras de Ricardo Aronne:

É pois, um regime de exclusão de sujeitos, pelo viés da civilística tradicional, que não se justifica em um sistema “repersonalizado” que visa à proteção precípua dos sujeitos, e não dos respectivos patrimônios. E mais, principalmente dos sujeitos em razão do meio em que se inserem, devendo o estatuto proprietário regular, mais que um regime de exclusão, um regime de direitos e obrigações daquele titular em prol do seu meio. (ARONNE, 2014, p. 112)

O poder legislativo já consolidou em nosso ordenamento jurídico contornos diferentes ao estatuto proprietário liberal. Tudo começou com a importante vinculação do direito de propriedade ao dever de cumprimento da função social. E foi além, ao criar uma nova forma de pertencimento que remonta a um modelo autônomo de titularidade, como se vê nos direitos difusos.

4.5 Uma reflexão sobre as titularidades num ordenamento voltado para a proteção dos direitos difusos: dificuldades de efetivação.

Se a apropriação crescente sobre a natureza fez a humanidade expandir suas possibilidades de pertencimento sobre as coisas corpóreas e incorpóreas, uma segunda revolução se deu quando se diversificaram as titularidades sobre esses bens.

Ensina Luciano Penteado (2012, p. 60) que “[...] além da corporeidade, é necessária para a figuração da noção de coisa, a possibilidade de apropriação pelo homem”. E acrescenta que isto está ligado à possibilidade de alguém ser titular de direitos sobre a coisa quando esta é dotada de valor econômico, numa configuração jurídica de direitos reais. Isso porque nem tudo o que é corpóreo pode ser apropriado ou ter um valor econômico, a exemplo do cadáver ou de partes do corpo.

Tão importante quanto saber o que pode ser apreendido é saber quem pode apreender, além da finalidade a ser alcançada com o que se apreende. A resposta a estas indagações moldou os mais diversos ordenamentos jurídicos ao redor do planeta nos diferentes tempos históricos. Olavo de Carvalho (2012, p. 21) afirma que “o direito das coisas é a pedra de toque do direito que em certa altura vigora e, mais do que isso, da sociedade em que ele vigora: do projeto tanto cívico como político que representa a sociedade em questão”. Também nessa linha Paolo Grossi (2006, p. 16) diz que “*as grandes certezas antropológicas põem sempre a propriedade no centro de uma sociedade e de uma civilidade*”.

As relações de pertencimento entre o indivíduo e as coisas remontam às cavernas, mas a sua tutela jurídica forma uma linha do tempo a partir das primeiras civilizações que viveram a experiência de agrupamento político, centrado na figura de um Estado. É essa regulação jurídica que transforma o pertencimento (um fato) em propriedade (um direito), atribuindo-lhe uma titularidade, com todas as repercussões trazidas pela criação de um universo proprietário.

Orlando de Carvalho (2012, *passim*) avalia o que chama de “sociologia do domínio”, apresentando as alterações estruturais que o instituto veio a ter ao longo da história. Do poder exclusivo do *dominus* na Roma clássica, adstrito e identificado nas coisas corpóreas, seguiu-se o desmembramento do domínio (em direto e útil) que seria marca na Idade Média. Posteriormente, o Código de Napoleão permitiria ainda que de forma indireta a regulação sobre bens de natureza incorpórea: o estabelecimento mercantil (*fonds de commerce*) e seus valores de individualização e exploração, como o nome comercial, a marca, o valor da freguesia e da clientela (*d’achalandage et clientèle*) e a propriedade literária, artística e

inventiva. Os regimes capitalistas mais modernos, ao desenvolverem as organizações empresariais, deram surgimento ao chamados *managers*, os diretores-funcionários que detinham poderes de decisão mesmo não sendo os proprietários. O autor chama isso de “poder sem propriedade”.

Por fim, os regimes socialistas teriam, segundo ele, provocado a verdadeira superação do direito das coisas, assentado não mais na propriedade individual, mas na propriedade social. Esse histórico leva Orlando de Carvalho (2012, p. 45) a concluir que o direito das coisas não só não é um sistema homogêneo como não é um sistema uniforme e não evolutivo.

Isso nos leva a observar que não há uma única forma de titularidade de pessoas sobre bens jurídicos ao longo da história, o que permite alargar o olhar do observador contemporâneo para as novas possibilidades trazidas pela era contemporânea como marca de nosso tempo, embora amplamente espelhado no passado. Diz Ricardo Aronne (2001, p. 12) que a disciplina da pertença por via das titularidades, modelo do Código Civil de 1916, propiciando a acumulação ilimitada de riqueza foi refundida pelo Estado Social. Diz ele que “as titularidades estão em uma nova dimensão, contraposta ao direito privado codificado de outrora, cujos conceitos não dão conta e os fins não se justapõem.”

Tal percepção encontra consonância na doutrina de Pietro Perlingieri (2008, p. 715) que afirma que “a titularidade é a ligação entre sujeito e situação subjetiva: ela pode ser atual ou potencial, ocasional ou institucional, substancial ou formal, temporária ou não temporária”. Pois bem, a titularidade sobre direitos difusos é substancial e por isso prescinde de um registro formal.

Explica Perlingieri (2008, p. 719) que aquilo que distingue a titularidade formal da substancial é a quantidade de poder que um determinado sujeito tem. Nesse sentido, um sujeito pode ter a titularidade formal enquanto o conjunto de poderes e faculdades que constituem o seu conteúdo é atribuído a outros, ou mesmo é excluído por lei.

É a partir disso que é possível observar os efeitos da dupla titularidade sobre um bem na atualidade, explicando a situação de co-titularidade distinta daquela classicamente prevista no Código Civil, aquela que exprime o perfil estrutural da ligação entre uma pluralidade de sujeitos e um interesse, como descreve Pietro Perlingieri (2008, p. 723).

Podemos observar um primeiro impacto no reconhecimento de que a coisa corpórea pode ter duas titularidades, sendo uma individual e outra difusa. E aqui trataremos da coisa corpórea que inicialmente se mostra impossível de apropriação, mas que em nome da

proteção do direito difuso a ele subjacente, passa a ser objeto de titularidade de um direito de propriedade.

O objeto de observação é o cadáver. Apesar de ser coisa corpórea, a regra é que não pode sofrer titularidade de direitos reais pelo valor de dignidade que a ele é atribuído para além do fim da personalidade humana. Contudo, quando este cadáver se apresenta como uma múmia, um fóssil ou um esqueleto que guarde valor histórico, há um outro direito a ser tutelado, de caráter difuso. O mesmo fundamento se aplica para a apropriação do cadáver utilizado para fins científicos nas universidades. É Pontes de Miranda (1954, p. 14) quem diz que a imemorialidade pode converter algo inapropriável em coisa de comércio.

Mostra-se muito pertinente a conclusão de Luciano Penteado (2012, p. 61) ao afirmar que há uma recuperação da noção de coisa fora do comércio, que não pode seguir o regime do direito das coisas, o que coaduna com o pensamento de Orlando de Carvalho (1981, p.94) ao conclamar o direito a resgatar seu papel de instrumento de interesses, “conferindo constantemente os mecanismos jurídicos com os escopos humanos da tutela legal”. Para ele, atrás dos variados dispositivos utilizados pelo Direito para atingir seus fins está a função que eles entendem prosseguir, sendo esta sua última instância de controle. Esses meios possuem uma dimensão de serviço da vida, sem a qual o Direito não terá sentido algum. “Daí o relevo de uma perspectiva funcional, sempre em confronto com a perspectiva estrutural”.

Será justamente o direito difuso a ele agregado que permitirá o rompimento da regra da impossibilidade de apropriação, permitindo-se que um museu ou uma universidade tenham sobre tais coisas uma propriedade individual, sendo guardião e gestor do segundo direito, de titularidade difusa que recai sobre a coisa. Assim, será através da possibilidade da permissão legal da propriedade individual que se resguardará os outros bens, o patrimônio histórico e científico, que são direitos difusos. O proprietário individual terá a propriedade da coisa corpórea com a condição de ser guardião do bem difuso.

Aqui é importante ressaltar um limite trazido pelo pensamento de Luciano Penteado (2012, p. 61) e que deve ser aplicado na utilização comercial de cadáveres para exposições pretensamente artísticas, bem como o emprego de tecido humano retirado em experimentações fotográficas. Diz o autor:

Evidentemente, toda esta tecnologia e pseudoarte fere a função social do contrato, quando é objeto de negociação (CC 421), além de atentar contra a dignidade do ser humano, o qual nunca pode ser tratado como mero objeto de direito negociável no tráfico empresarial, em suas partes potenciais. Mas a questão central é que eventual transferibilidade está vedada porque o bem,

embora seja corpóreo, não é passível de apropriação e não pode, portanto, ser alienado. Não segue o regime dos direitos reais.

O que se observa é que o que determinará a possibilidade ou impossibilidade jurídica da titularidade individual ou difusa será sempre o valor humano dado às coisas e que venha a ser incorporado como bem jurídico. No fim, a ponderação se fará sempre presente a fim de determinar as escolhas históricas, culturais e jurídicas. Seguindo o pensamento de Ricardo Aronne (2014, p.121): “O conceito de propriedade a emergir do sistema, assim como se verifica no domínio, há de conter a necessária abertura para tratar as tantas espécies que o instituto compreende e que não podem ficar a descoberto do Direito.”

Mas há um segundo impacto causado por essa dupla titularidade da coisa corpórea na proteção de direitos individuais e difusos. Agora trataremos da coisa que naturalmente possui valor econômico, mas que pela valoração da sociedade faz nascer um direito difuso que multiplica esse valor. A discussão agora será se o direito difuso impedirá ou limitará o direito individual, ou mesmo se é possível uma harmonização de direitos.

Em 1907, Gustav Klimt concluiu mais uma de suas pinturas, a qual chamou de “Retrato de Adele Bloch-Bauer I”. Com óleo, prata e folhas de ouro sobre tela, ele retratou Adele, filha de um rico banqueiro austríaco de origem judia, como uma rainha egípcia, adornada por peças douradas e joias. Pouco depois da anexação da Áustria pelo Terceiro Reich, em 1938, o apartamento da família judia foi invadido, e a coleção de obra de arte da família foi apreendida pelos nazistas. Em 1943, as obras de arte de Klimt roubadas integraram uma exposição em que a pintura de Adele foi chamada pela primeira vez de “A dama dourada”, para ocultar as raízes judaicas da obra.”. (Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/filmes/filme-sobre-quadro-de-klimt-reaquece-debate-sobre-obras-roubadas-por-nazistas-17161482>>, capturada em 31/10/2015).

Até ser retirada da Galeria Belvedere, em 2006, a tela era conhecida como “A Mona Lisa austríaca”. Representava o símbolo da história de uma nação, dando prestígio a Viena, especialmente por vir do seu pintor mais ilustre.(O’CONNOR, 2016, p.372)

Décadas depois, Maria Altmann, a sobrinha de Adele e única herdeira da família, aos 85 anos iniciou uma longa batalha jurídica com o governo da Áustria para recuperar obras de arte da coleção de seu pai. Entre as peças estava o famoso quadro de Klimt, que retrata sua tia Adele, e que até 2006 era o orgulho da Galeria Nacional Belvedere, em Viena.

Em 1946, a Áustria criou uma lei declarando nulos os negócios motivados pela ideologia nazista. No entanto, a lei também proibia a exportação de obras de arte consideradas importantes para a herança cultural do país. Com isso, mesmo que Maria conseguisse o

resgate da obra não conseguiria tirá-la de Viena, quando seu desejo era levá-la para os Estados Unidos. Importante destacar sua fala em entrevista ao jornal Los Angeles Times quando afirmou que “é muito importante para mim que elas sejam vistas por quem desejar vê-las, pois esse era o desejo de minha tia”. (O’CONNOR, 2016, p.347-353)

Após tentar resgatar a obra por meio de um processo movido nos Estados Unidos, sem sucesso, resolveu instaurar o litígio na Áustria e aceitou submeter-se a um processo de arbitragem presidido por um painel de especialistas austríacos (O’CONNOR, 2016, p.347), onde finalmente conseguiu o reconhecimento de sua propriedade.

Após vencer a causa, Maria vendeu o retrato de Adele para Ronald Lauder, co-fundador da Neue Galery, de Nova York, por US\$ 135 milhões, o maior valor pago por uma pintura até então (*idem*). O valor era maior que todos os fundos disponíveis, em anos, pela Comissão Nacional de Apoio às Artes. Contudo, tirar a pintura da Áustria se equiparava a retirar a Monalisa de Paris, um dano causado à cultura e à memória do país.

A instigante história deveria ser observada sob a ótica dos direitos difusos. A propriedade individual de Maria Altmann não poderia desconsiderar o valor histórico e cultural da obra para a sociedade de Viena. Para aquele grupo de pessoas a pintura resguarda um direito difuso que deveria ser tutelado no julgamento do litígio. Neste caso, a obra se transformou em algo maior que seu próprio autor e fez surgir um segundo direito paralelo ao bem corpóreo, o qual merece tutela na mesma intensidade.

Tão importante quanto garantir a devolução de um bem de alto valor afetivo para a herdeira reivindicante, especialmente pelas condições que foi retirada da sua família, era garantir o acesso dos vienenses àquela obra. Assim, uma solução harmônica entre o direito individual de propriedade e o direito difuso da sociedade caminharia para o registro da titularidade em nome de Maria Altmann, mas com a obrigação de garantir o direito de acesso ao povo austríaco, seja mantendo a obra no país ou garantindo a sua exposição temporária em época do ano, caso fosse mantido o desejo de levá-la para outro país.

A apropriação individual de um bem, garantida pelo direito de propriedade traz um crédito para o titular da coisa, mas também lhe traz uma obrigação passiva universal. Como bem observa Ricardo Aronne (2014, p.146-148) “[...] não se trata de conteúdos reais na coisa alheia, mas de obrigações advindas à propriedade que se funcionaliza, cujo inadimplemento pode conduzir à responsabilidade civil e criminal do proprietário”. Um ato do proprietário no exercício do domínio, ainda que legítimo na esfera dos direitos reais, ganhará antijuridicidade se violar a função social ou a proteção de um direito difuso.

Uma advertência se faz importante. Elaborar uma linha do tempo para a observação da propriedade não faz concluir uma evolução, no sentido de um modelo mais perfeito com o passar do tempo. A história do pertencimento é descontínua, sem se reduzir a uma pura forma e a um puro conceito. É sempre uma ordem, um nó de convicções, sentimentos e especulações, como afirma Paolo Grossi (2006, p. 38).

A riqueza da observação está justamente em perceber as influências históricas e culturais, remodelando-se as estruturas para uma melhor adequação às realidades históricas e às necessidades sociais. Como não perceber o traço de efetividade criada no medievo quando se observa a figura jurídica do “domínio útil” criado pelos modernos? A renovação do pertencimento parece se consolidar na observação do passado para legitimar as ideias do presente.

Nem todo *ius in re* se traduz em *dominium*. A propriedade medieval é um bom exemplo disso, e na contemporaneidade, a posse indigenata onde há também uma duplicidade de titularidades sobre a terra ocupada pelos índios, tendo estes um direito único de ocupação que nunca lhe trará o *dominium*. Ainda no direito de empresa, uma forma peculiar de titularidade, onde há um gestor da coisa que não é o seu dono, explicando Paolo Grossi (2006, p. 17) que aqui há a “cisão entre titularidade e empresa, entre titularidade de um pertencimento (capital) e poder de gestão”.

Diz Rui Piva (2000, p.44): “A ausência de titularidade plena do bem ambiental nada mais significa do que o velho e bem construído instituto da propriedade restringindo o seu titular ao exercício de uma das suas faculdades, ou seja, a faculdade de uso.”

Segundo Paolo Grossi (2006, p. 58), “o conteúdo mínimo para que se tenha *dominium* é a existência de um poder, não importa se pequeno ou grande, mas autônomo e imediato sobre a *res corporalis*.” E continua sua conceituação afirmando que “propriedade é somente o diálogo sem intermediários entre dois universos supremos, sujeito e objeto. Nesse sentido, os direitos *in res aliena* não podem constituir *dominium*, justamente por serem estranhos ao pertencimento do bem.

5 A CONSTRUÇÃO DA TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS DIFUSOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

5.1 De interesses difusos a direitos difusos

O estudo sobre a tutela de um direito exige uma observação sobre como o ordenamento jurídico brasileiro tem consolidado seu regime de titularidades. A partir disso é possível refletir sobre o alcance normativo de proteção jurídica sobre ele, realizando uma interpretação racional e uma crítica razoável.

As reflexões sobre titularidades têm seu maior ponto de concentração entre os processualistas. E foram eles quem primeiro chamaram a atenção da doutrina para a inadequação dos institutos processuais para a solução de uma nova demanda social: os conflitos de natureza difusa, os quais atingem um número indeterminado de pessoas.

Foi no ordenamento jurídico italiano que se consolidou o conceito de interesse legítimo (*interessi legittimi*), uma categoria jurídica que recebeu o mesmo grau de importância dos direitos subjetivos. Ele passou a ser o parâmetro para a jurisdição, a qual se dividiu em Justiça Administrativa (quando presente um interesse legítimo) e Justiça Ordinária (quando presente um direito subjetivo). No primeiro caso, as partes são o cidadão e o Estado; no segundo a demanda se dá entre particulares, distinção essencial para se determinar a titularidade que legitima o início de um processo.

A categoria do interesse legítimo foi concebida na Itália exclusivamente para o direito administrativo e destaca uma posição jurídica do cidadão perante a administração pública. E nesse confronto legalmente não existem direitos subjetivos, mas tão somente interesses.

Quando Mauro Cappelletti, Vittorio Denti e Vincenzo Vigoriti iniciaram os estudos sobre o que chamou de *interessi diffusi*, a crítica se fundou justamente no fato de que as demandas por eles produzidas não se enquadravam nem na categoria do direito subjetivo, nem naquela dos interesses legítimos, o que demarcava as teorias adotadas pelos juristas da época, sem que se chegasse a um consenso. (COIMBRA, 2015, p. 61)

O fato é que a categoria dos interesses legítimos acabou sendo utilizada para fundamentar os estudos sobre os direitos difusos, mas ainda sob a denominação de “interesses”, mantendo a doutrina italiana a concepção de que nesta área não havia direitos e sim interesses. Isso porque no âmbito da administração pública os interesses da sociedade não

se consolidavam como direitos subjetivos, e por isso eram estranhos ao poder judiciário, julgados por uma justiça administrativa.

No Brasil, autores como Rodrigo de Camargo Mancuso ainda defendem que o correto enquadramento das demandas com objeto difuso é na categoria de “interesses difusos”, o que se mostra equivocado. Diz o autor que “entre os interesses simples e os direitos subjetivos haveria um *tertium genus*: os interesses legítimos. Estes se distanciariam daqueles dois extremos, na medida em que seriam *mais* do que os interesses simples, e *menos* do que os direitos subjetivos”.

A categoria dos interesses legítimos foi adotada no direito administrativo e pelo direito processual brasileiro sem a devida adequação, posto que aqui nossa jurisdição é una, não se fazendo diferença entre demandas contra particulares ou contra a administração pública. Isso contribuiu imensamente para um equivocado enquadramento das demandas de caráter difuso, sendo estas remetidas ao direito público e retardando o reconhecimento da existência de direitos difusos, e não interesses.

No Brasil, o legislador utiliza as expressões “direitos” e “interesses” como sinônimos, especialmente no Código de Defesa do Consumidor, primeira legislação a tratar do tema. O fundamento é que se está no ordenamento é porque há tutela, não importando a denominação (COIMBRA, 2015, p. 62). A justificativa impede um estudo mais especializado dos direitos difusos diante da origem italiana da categoria dos interesses, e mantém a falsa ideia de que sua titularidade é do Estado e não da sociedade, apresentada em cada cidadão.

Os estudos sobre as demandas de natureza difusa no Brasil se tornaram relevantes a partir do texto de José Carlos Barbosa Moreira, no ano de 1961, denominado “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”.” O título já sugere a delimitação do tema: interesses, e não direitos difusos. Apesar do pioneirismo do texto, inaugurando uma nova temática no estudo das titularidades, nem este autor, nem os que lhe sucederam nos estudos, propuseram uma reflexão sobre a possibilidade de consolidação de um direito, pois não enxergaram que existia algo além de um interesse, afinal, o sistema jurídico foi pensado e construído para tutelar direitos individuais.

Tudo se inicia com a observação de Barbosa Moreira (2014, p. 25) sobre o cenário clássico do processo civil, tal como vem se apresentando no ordenamento, moldado para atender os conflitos entre interesses individuais, posicionando dois sujeitos previamente estabelecidos no sistema: o credor e o devedor. Em seguida parte para uma análise de novas demandas surgidas em sociedade que não encontram adequação nesse modelo: as relações

difusas, as quais denominou interindividuais, afirmando que na busca de uma solução adequada para esses novos tipos de conflitos, “não raro parecem pouco eficazes as armas do arsenal jurídico herdado de outros tempos”.

A primeira vez que o ordenamento jurídico brasileiro reconheceu a possibilidade de um direito que não fosse eminentemente individual se deu com a tutela dos direitos coletivos, tutelando os direitos de uma categoria determinada. Isso só foi possível com a implantação do Estado Social durante os ordenamentos jurídicos do século XIX, de cunho solidarista, e que refletia uma evolução do individualismo jurídico instalado no Estado Liberal. Instaurar um novo modelo jurídico de proteção de direitos por vezes só é possível alterando a essência do próprio sistema, seja pela permanente reflexão filosófica sobre ele, seja por meio de conflitos sociais.

Toda revolução vem das armas ou das ideias.

O fato é que a construção do conceito de coletividade permitiu uma elasticidade em seu conteúdo ao longo da história, culminando com a consolidação da sociedade como titular de direitos em era mais recente.

Com a revolução industrial o termo coletivo refletia um grupo determinado, a classe de trabalhadores, o que possibilitou a consolidação dos direitos coletivos, que unem sujeitos por uma relação jurídica que lhes serve de base, sendo identificados pela categoria em que são situados. São exemplos a sociedade empresária por ações, as associações, os sindicatos.

Em seguida, com o estabelecimento das democracias e com o fortalecimento da igualdade material, esse grupo se alargou, deixando de ser determinado, identificado como sendo a sociedade como um todo, numa concepção diferente de nação ou povo, e também diferente da sociedade empresária. Abriu-se o campo para as normas protetivas dos vulneráveis em escala nacional: mulheres, crianças, índios, idosos. Agora, diante de novos interesses compartilhados pelos diferentes povos, o coletivo se pulverizou, indentificando-se como a comunidade planetária que traça projetos compartilhados de sustentabilidade, paz mundial, segurança alimentar e igualdade de gênero.

Importante notar que uma demanda coletiva, destinada a grupo específico, pode carregar consigo uma demanda de direito difuso. Isso ocorre, por exemplo, quando em um processo interposto por um sindicato, objetivando um direito específico para o grupo de trabalhadores que representa, pode apresentar de forma paralela a discussão sobre o pleno emprego, que é um direito difuso. Dissídios coletivos que discutem a possibilidade de flexibilização da jornada de trabalho e de remuneração para evitar demissão em massa

representam essa demanda plúrima, com interesses coletivos e difusos como objeto de discussão. Do mesmo modo, todas as demandas que envolvem o meio ambiente do trabalho refletem um direito difuso a ser colocado em discussão, posto que ultrapassam a esfera de direitos do trabalhador que vai a juízo resolver sua demanda individual.

Pode-se afirmar que a partir do Estado Social os ordenamentos passaram a impor um paradigma coletivo na produção de normas, e no Brasil, de forma especial a partir da década de 80 com a consolidação normativa da solidariedade e da função social. Proíbe-se fumar em locais fechados em nome da saúde pública, limita-se a altura das edificações em prol da temperatura das cidades, regula-se o conteúdo da propaganda em nome da formação de crianças e adolescentes, entre tantos outros exemplos.

A propriedade funcionalizou-se, o contrato impôs o solidarismo e a família migrou o centro de poder do *pater familias* para uma distribuição equilibrada entre os seus membros. Também se migrou da responsabilidade civil para o direito de danos, abrangendo-se o dano coletivo e privilegiando-se a prevenção em detrimento da reparação, criando-se uma nova forma de resposta jurídica às lesões individuais, coletivas e transindividuais.

O fato é que o final do século XX trouxe uma demanda social ainda não experimentada pelos ordenamentos jurídicos da modernidade. Existem interesses que reclamam tutela e que são comuns a um grupo de pessoas mais ou menos determinado, buscando espaço nos ordenamentos para serem jurisdicizados como direitos. Por consequência, só podem ser compreendidos de forma plurisubjetiva e não é possível garanti-los a um indivíduo sem que o reflexo não seja imediato para todos os demais componentes do grupo.

São fatos que clamam tutela jurídica ao mesmo tempo que desafiam a estruturação do próprio ordenamento, impondo-lhe uma nova composição em nome da funcionalização crescente dos direitos. Pode-se afirmar que uma primeira revolução estrutural do ordenamento jurídico se deu com a positivação de princípios, dando-lhes a eficácia normativa exclusiva das regras. A segunda revolução vem se dando com a inauguração de um novo regime de titularidades colocando os direitos difusos na mesma escala de importância dos individuais e coletivos, gerando uma necessidade premente de harmonização entre uns e outros.

Por questões didáticas, este estudo adota a classificação dos direitos em individuais, coletivos *lato sensu* (sendo espécies o coletivo *stricto sensu* e o individual homogêneo) e difusos, embora outras classificações sejam sugeridas, a exemplo de Rodrigo Coimbra (2015, p. 38) que prefere adotar “transindividual” como gênero, sendo espécies o coletivo e o difuso. A primeira classificação se mostra mais adequada quando se tem a

finalidade de assentar topograficamente os direitos difusos como nova categoria, com um trato peculiar sobre o ordenamento. Sua posição como espécie de um gênero maior não permite a ampla visualização da impactante revolução dogmática produzida pelos direitos difusos, uma categoria que rompe com o modelo individualista ainda fortemente registrado no sistema jurídico.

É interessante notar que desde a década de 1960 a doutrina processualística já visualizava a fluidez dos direitos difusos reclamados pelas demandas plurisubjetivas, num contraponto à solidez dos direitos individuais, ainda que não aceitasse a possibilidade de um alargamento maior desse grupo a ponto de compreendê-lo difuso, como se verifica nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira: (2014, p.27):

Por outro lado, o conjunto dos interessados apresenta contornos fluidos, móveis, esbatidos, a tornar impossível, ou quando menos superlativamente difícil, a individualização exata dos componentes – e a diferenciar o presente caso, por esse aspecto, do segundo a que antes aludimos, no qual a existência da relação-base, perfeitamente caracterizada, delimita melhor a coletividade e lhe dá maior coesão.

É justamente esse contorno fluido que se verifica em demandas de titularidade difusa surgidas a partir do final do século XX, as quais interessam a um grupo indefinido de pessoas, e que passaram a reclamar uma tutela jurisdicional.

Na Itália, Mauro Cappelletti (1977, p.3) começou a chamar atenção, na década de 1970 para as novas demandas sociais que reclamavam tutela da ciência jurídica e que não encontravam guarida nas fórmulas individuais propostas pelas codificações. Dizia ele que “os direitos e os deveres não se apresentam mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração individualística-liberal, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas meta-individuais e coletivos”. E seguiu afirmando:

Continuar, segundo a tradição individualística do modelo oitocentista, a atribuir direitos exclusivamente a pessoas individuais – como, por exemplo, ao proprietário vizinho, no caso de abusiva construção edilícia, ou ao adquirente pessoalmente prejudicado no caso de fraude alimentar perpetrada em larga escala por um fabricante – significa tornar impossível uma efetiva proteção jurídica daqueles direitos, exatamente na ocasião em que surgem como elementos cada vez mais essenciais para a vida civil.

No Brasil, na mesma década e na mesma linha de pensamento, Ada Pellegrini Grinover (2014, p. 40) bradava em artigo doutrinário que não era mais suficiente a divisão de papéis entre o Estado e o particular, onde o primeiro tratava de defender a ordem pública e o segundo cuidava da proteção ao exercício de suas liberdades. “Novos conflitos, meta-

individuais, esperam solução, na sociedade contemporânea; e exatamente por sua configuração coletiva e de massa são típicos das escolhas políticas e indicam a necessidade de se adotarem novas formas de participação.”

Afirmou ainda a autora que “reconhecer a existência dos interesses difusos, pretender sua tutelabilidade, e, ainda, criar o instrumental necessário à sua efetiva proteção, significa, evidentemente, acolher novas formas de participação, com instrumento de racionalização de poder”. (GRINOVER, 2014, p. 42)

A mesma autora define o que chamou de interesses difusos como “interesses comuns a uma coletividade de pessoas, que não repousam necessariamente sobre uma relação-base, sobre um vínculo jurídico que as congregue”. E diz ainda que nem todos os interesses meta-individuais configuram interesses difusos, a exemplo da ordem pública e a segurança pública. Seguindo na sua linha argumentativa, a autora ainda reconhece a possibilidade de uma proteção constitucional de tais interesses difusos, sem reconhecer, contudo, que haja ali um direito e que este faz nascer uma nova forma de titularidade. (*op. cit.* p. 41).

Barbosa Moreira (2014, p. 28) afirmou que não incorreria em qualquer tentativa de caracterizar dogmaticamente essa terceira figura dos chamados interesses difusos (adotando a denominação italiana), nem do correto enquadramento do fenômeno nas molduras tradicionais da teoria geral do direito. “Deixaremos de lado a própria questão fundamental nessa perspectiva: se se trata de posições jurídicas verdadeiramente identificáveis como *direitos* dos membros da coletividade, ou de meros *interesses* reflexamente protegidos”.

Na concepção dos processualistas, a exemplo de todos citados até então, não há direitos subjetivos, tratando-se de mero interesse, ao qual chamou-se difuso, sem lhe reconhecer a possibilidade de tratar-se de um direito, justamente pela impossibilidade de indeterminação de um sujeito titular, individualizado ainda que na forma de uma entidade representativa de grupos. Há uma dificuldade em perceber a possibilidade jurídica de uma extensão subjetiva na formação das titularidades para além do direito coletivo originário de vínculos jurídicos de base.

A doutrina de Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p.28) sustenta que “esses meros interesses ficam, tecnicamente, apartados do cenário jurídico; remanescendo no plano primário da “existência-utilidade” sem terem ascendido ao plano ético-normativo-impositivo”. Seriam eles como “insumos” ou “fatos geradores” de um direito. Ao

exemplificar o meio ambiente como emblemático interesse difuso, diz que ele é multitutelado não por um critério de titularidade do valor ou do interesse, e sim na sua relevância social.

Vamos partir do conceito do autor para a expressão “interesse”: é uma vantagem de ordem pecuniária ou moral que interliga uma pessoa a um bem da vida, dado o valor que este representa para aquela. Enquanto os interesses se situam no plano fático, os direitos se situam no plano normativo. Interesses geram um querer, mas não permitem que seja ele exigido em juízo. Já o direito gera uma pretensão ao seu titular, que será chamado de sujeito de direito na ordem jurídica. (MANCUSO, 2013, p. 26-27)

Na clássica conceituação de Ihering, direito é um interesse juridicamente protegido. (*apud* LÔBO, 2017, p. 47) Pois bem, partindo desse conceito, mostra-se contraditório na seara da teoria da norma que um interesse se faça constar no plano normativo, determinando ações ou omissões, mas não seja um direito, bem como que não o ligue a um titular. Seria afirmar que algo está na norma, mas não é dotado de cogência e exigibilidade, pois ninguém é seu titular e assim não pode ser exigível. Algo impensável, certamente.

Ada Pellegrini Grinover (2014, p. 40), baseada nos estudos de Barile, aponta a diferença doutrinária entre direitos subjetivos, interesses juridicamente protegidos e interesses juridicamente irrelevantes, destacando que “todos os interesses relevantes para o direito constituem situações jurídicas subjetivas, ou seja, posições ocupadas nas relações jurídicas”.

Se há uma relação jurídica há um sujeito que titulariza um direito. A dificuldade talvez esteja em abandonar a clássica concepção de sujeito de direito ligado a um direito subjetivo, ou seja, aquela que mais representou o sistema jurídico burguês, aquela onde o sujeito é formal e individualizado.

Centro de todo o sistema era o indivíduo formal e individualmente livre, formal e individualmente igual, formal e individualmente pacífico – investido do exercício de direitos subjetivos, legitimando o prejuízo acarretado a quem de outro direito subjetivo não fosse titular, ainda que o prejuízo se refletisse sobre meros interesses ou até sobre interesses juridicamente qualificados. (GRINOVER, 2014, p. 41)

Em suas reflexões Stefano Rodotà adverte que a aceitação de que por longo tempo o modelo proprietário propôs o molde da noção geral de direito subjetivo não pode levar ao equívoco de se acreditar que isto estabeleceu limites que não podem ser avançados pela tutela jurídica.

L’insistenza sul fatto che la proprietà, per lungo tempo, há costituito la situazione forte per eccellenza, il calco adoperato per modellare la stessa nozione generale di diritto soggettivo, non deve tuttavia esser fonte di un

nuovo equivoco, inducendo a credere che per quella via siano stati purê fissati i limiti oltre i quali la tutela giuridica non può andare. (RODOTÁ, 2013, p. 43)

Hoje, com a base constitucional que os consolida como direitos, e não como interesses, cada cidadão é parte legítima na tutela desses direitos, e afastando-se a necessidade de qualquer intermediário, pode buscar diretamente a proteção do que é seu em exercício comum com a sociedade. Existe uma titularidade jurídica, de ordem constitucional, e por isso um poder de agir.

A doutrina de Hermes Zaneti (2016, p. 6-7) é partidária deste entendimento ao afirmar que o equívoco no uso das expressões se dá por uma absorção inadequada do termo italiano:

‘[...] o termo ‘interesses’ é expressão equívoca, seja porque não existe diferença prática entre direitos e interesses, seja porque os direitos difusos e coletivos foram constitucionalmente garantidos (v.g., Título II, Capítulo I, da CF/88). Ao que parece, deu-se mera transposição da doutrina italiana, um italianismo decorrente da expressão ‘interessi legítimi’ e que granjeou espaço na doutrina nacional e, infelizmente, gerou tal fenômeno não desejado.

Enquanto o ordenamento pátrio não os reconheceu como bens juridicamente relevantes, eram realmente somente interesses difusos. E mesmo quando foram jurisdicizados outra barreira se impôs, comprometendo a efetividade de sua tutela: só encontraram um meio de defesa, através do que os processualistas chamaram de “corpos intermediários”, que nada mais são do que os grupos de pessoas associadas em prol do bem comum. Sólida doutrina e jurisprudência negaram ao cidadão comum a legitimidade para agir.

Historicamente, esses corpos intermediários não foram bem vistos no momento posterior à Revolução Francesa, pois tinham constituído a estrutura portadora do feudalismo, conforme expresso, com grande força por Max Rehinsteins: (*apud* CAPPELLETTI, 1977, p. 11)

Com o iluminismo do século XVIII, a visão individualística da sociedade começou a prevalecer. Na Revolução Francesa, a nova ideologia torna-se oficial. A nação deveria ser *une et indivisible*. O Estado era, enfim, claramente concebido como composto de cidadãos, enquanto os grupos intermediários foram varridos; a mesma municipalidade transformou-se em mera subdivisão do governo estatal. Apenas um grupo intermediário entre o Estado e os cidadãos foi deixado intacto; a família.

A superação dessa rejeição só se deu a partir do movimento sindical operário no século XX. A percepção de impotência diante do Estado fez com que os indivíduos mais uma vez se unissem na tutela dos direitos de interesse comum, coisa que se fazia desde as corporações de ofício.

Não obstante a importância do trabalho desenvolvido pelos agrupamentos associativos ou sindicais, é hora de reconhecer o avanço legislativo na proteção dos direitos difusos, ampliando o poder de atuação do indivíduo enquanto representante direto do verdadeiro titular do direito: a sociedade. Defender a exclusividade de legitimação a estes corpos intermediários não encontra mais guarida no atual ordenamento jurídico brasileiro.

Antônio Hermam Benjamim (2014, p.306) afirma que o acesso à tutela jurisdicional, restrita ao ambiente processual, precisa de outro, o acesso à tutela de direitos ou interesses violados, “contemplando e combinando a um só tempo, um rol apropriado de direitos, acesso aos tribunais, acesso a mecanismos alternativos (principalmente os preventivos), estando os sujeitos titulares plenamente conscientes de seus direitos e habilitados, material e psicologicamente a exercê-los(...)”. Também Ricardo Lorenzetti (2010, p. 21) destaca que “este uso comum produz o que se chama a “tragédia dos comuns”, isto é, a ausência de incentivos individuais para protegê-los e evitar a sua super-utilização”.

É interessante destacar que em virtude do caráter individualista dos códigos, associado a um rigor metodológico que dificultava sobremaneira uma modificação profunda no texto em virtude dos rigorosos requisitos da tramitação legislativa, foram as leis especiais que trataram, ainda que timidamente, de iniciar uma tutela coletiva em sentido amplo, como se deu no Brasil com a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Contudo, essa coletividade ainda era identificada pelos seus grupos e não atendia a demandas mais complexas que atingissem um grande número de pessoas que não pudessem ser identificadas.

A legislação ambiental também teve seu papel marcante. A Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) foi precursora na tutela de direitos difusos, abrindo as portas para o que se consolidaria definitivamente com a Constituição Federal de 1988. Antes de sua promulgação só era possível falar em “interesses difusos”, pois não estava claro no ordenamento a ruptura do pilar individualista sob o qual se ergueu a sociedade. A partir dela, porém, não há como negar a consolidação e tutela de “direitos difusos”, de base solidarista, concepção que vai muito além de meros interesses.

5.2 A sociedade como sujeito de direito titular de direitos difusos

A titularidade individualista tradicionalmente foi a tônica do direito civil e do processo civil. Neste último diploma legal, o titular da ação é sempre o titular individualizado do direito. Isso se dá porque os processualistas trabalharam o processo, e não o direito material, porque não imaginam como o sujeito da ação pode não ser o titular exclusivo do direito.

Toda a base teórica que legitima a titularidade processual em relação a um direito material nasce a partir da construção da concepção jurídica de sujeito de direito e de direito subjetivo.

O caminho até aqui traçado, enfim, chega ao ponto em que todos esses pressupostos históricos e teóricos indicados cristalizaram-se no ordenamento jurídico e no sistema de direito privado que se consolidou após a Revolução Francesa e deram azo a uma nova concepção da pessoa como sujeito de direito (MACHADO, 2016, p. 12)

Na era moderna foi Locke quem contribuiu sobremaneira na construção desta teoria. Ao analisar o estado de natureza viu que os homens viviam em constante estado de guerra por não se pautarem pela razão e pela falta de uma autoridade que lhes fosse superior. (*op cit*, p.9)

Nesse contexto, seus direitos naturais estavam em constante ameaça e por isso deu-se a necessidade de constituição do estado civil com a finalidade de conservar os “direitos naturais fundamentais de cada homem”, os quais se refletiam na vida, na liberdade e na propriedade. A proteção destes direitos naturais seria, portanto, o próprio fim da atividade do Estado. No Estado de natureza o titular dos direitos naturais é o “indivíduo”, independente dos outros, já que a sociedade limita sua liberdade. E tal liberdade só é limitada pelo consenso, quando o intuito de cada um é a possibilidade de desfrutar com segurança de suas propriedades. “Estes aspectos estão à base da concepção individualista e voluntarista dos direitos subjetivos, prevalente no século XIX.” (*loc cit.*)

Mais adiante no tempo, grande influência nesse posicionamento teve a teoria de Savigny que definiu o direito como o poder de um indivíduo, cuja vontade reina nesses limites de poder. Para o autor, a ideia primitiva de pessoa, ou seja, de sujeito de direito, deve coincidir com a ideia de homem. Tal concepção trouxe a carga ideológica fundante para a elaboração dos códigos liberais da era moderna. Segundo Rodrigo Xavier Leonardo (2010, p. 552), “a dita equivalência entre pessoa, sujeito de direito e capacidade projetava na dogmática

jurídica, mediante sofisticados conceptos gerais e abstratos, o ideal de uma sociedade criada em nome e em favor do homem burguês europeu(...).”

A escola histórica do direito consolidada pelas ideias de Savigny “elevou a pessoa a um mais alto nível de abstração e generalização conceitual, por via da noção de relação jurídica, positivada legalmente por meio da estruturação de uma parte geral da codificação alemã, e do conceito de capacidade jurídica, categoria vestibular daquela estrutura” (MACHADO, 2016, p. 16)

É a partir desta ótica que para os processualistas tornou-se difícil a compreensão de um sujeito de direito que não possa compor um dos polos do processo pela sua natureza fluida, indeterminada, invisível. Esse modelo foge do liberal burguês da era moderna. No processo judicial envolvendo uma titularidade difusa a dificuldade estaria numa suposta ausência de contraditório, por não haver no processo um sujeito identificado que sofrerá as consequências da norma aplicada na sentença.

Toda dificuldade está na recusa em perceber que o parâmetro da complexidade desafia o direito a ir além dos clássicos sujeitos de direito. Essa titularidade difusa traz um sujeito de direito diferente, não personalizado, a sociedade, sem uma face identificada de imediato, mas que pode ser “presentada” por cada cidadão que busca a tutela jurídica para a proteção do que lhe pertence em comum com as demais pessoas que a compõem.

Acrescenta-se por força constitucional mais um sujeito de direito não personificado ao rol já estabelecido no ordenamento jurídico, ao lado de entes como o nascituro, o espólio, o condomínio ou as gerações futuras.

É a doutrina de Alf Ross quem nos chama a atenção para o fato de que o conceito de direito subjetivo deve partir de uma correta adequação da relação jurídica que se busca considerar, e não somente a tutela de uma vontade ou de um interesse. Nesse sentido, diz o autor:

Em primer lugar, debe acordarse con DEMOGUE em su metódico punto de partida, en que el problema del derecho subjetivo cae dentro del campo de “técnica jurídica”. Com esto quiere decir que al definir el concepto de derecho subjetivo no debe considerarse si el propósito del sistema jurídico al crearlos es otorgar un poder de voluntad o proteger um interés, sino exclusivamente si el concepto expresa adecuadamente la relación jurídica que se considera.

Também a doutrina de Pietro Perlingieri (2008, p.677) afirma que o interesse faz nascer uma situação jurídica complexa composta de direitos e deveres. Segundo ele, “no ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao

interesse do titular, mas também àquele da coletividade”, utilizando-se aqui do termo coletividade em sentido amplo, indicativo de sociedade. Aponta ainda a crise do direito subjetivo, o qual nasceu para exprimir um interesse individual, o que enseja a necessidade de relativização das situações ativas e passivas, exprimindo a configuração solidarista do ordenamento jurídico constitucional.

Como a própria ideia de direitos difusos, nos moldes concebidos hoje, é muito recente na história, o modelo individualista do processo não encontrava a correta adequação entre sujeito e objetivo que iriam compor a lide em tal matéria. Por este motivo, a saída encontrada na contemporaneidade foi a criação de mecanismos de substituição processual para a garantia de direitos difusos através do instituto que permite uma “representação” da sociedade por órgãos exponenciais. O processo civil ainda ensaia timidamente o reflexo transindividual de uma demanda privada quando possibilita, por exemplo, o julgamento de determinada matéria como sendo tema de repercussão geral.

O paradigma da complexidade desafia o direito a ir além dos clássicos sujeitos de direito. Aliás, tal categoria se mostra insuficiente para o correto tratamento legal da tutela dos direitos difusos. Quando o princípio da função social passou a conformar os direitos individuais, “sublinhou a existência de deveres jurídicos mesmo no âmbito de situações jurídicas classicamente vistas como ativas, a justificar a referência à complexidade” (SOUZA, 2015, p. 8) Como bem acentua Pietro Barcelona (1996, p. 81), quanto mais complexo o sistema mais diferenciado ele é, “capaz de hacer frente al máximo nível de indeterminación de las posibilidades presentes en el ambiente”.

É importante lembrar a importante lição de Marcos Bernardes de Melo de que “há no ordenamento jurídico mais sujeitos de direito do que pessoas” e seu conceito de sujeito de direito legitima a tese de que já há uma nova titularidade constitucional ligada ao pertencimento (a titularidade da sociedade sobre direitos difusos), originária de um direito material que precisa encontrar sua aplicabilidade na técnica processual. Diz o autor:

Sujeito de direito é todo ente, seja grupo de pessoas, sejam universalidades patrimoniais, a que o ordenamento jurídico atribui capacidade jurídica e que, por isso, detém titularidade de posição como termo, ativo ou passivo, em relação jurídica de direito material (...) ou de direito formal (...), ou mais amplamente, de alguma situação jurídica.

Nesse sentido, qualquer limitação do sujeito de direito a uma pessoa determinada mostra-se equivocada, guardando um sentido histórico ultrapassado.

Felizmente surge uma moderna doutrina processualista que já procura demonstrar a superação de uma estrutura que afasta o direito processual do direito material. Autores como Eduardo Costa e Mateus Pereira (2017,*on line*) sustentam que o cenário processual civil brasileiro ainda é dominado pelo instrumentalismo, isto é, pela combalida ideia de "instrumentalidade do processo", assegurando que em linhas gerais o instrumentalismo é refratário ao DNA do processo. Segundo eles "o instrumentalismo fez/faz com que o processo fosse/seja subjugado a reverberações procedimentais, tomado em sinonímia aos autos ou mesmo travestido em mera técnica a serviço da jurisdição."

Os autores reforçam a corrente teórica denominada Garantismo Processual, que segundo eles evita o enviesamento ideológico e consecutório carreado pelo instrumentalismo. O Garantismo Processual atravessa o fenômeno processual como um todo (civil, penal, administrativo, eleitoral etc.), postulando o irrestrito acatamento da Constituição.

Para tanto, afirmam que "o processo não é mero instrumento, não sendo vocacionado à efetivação de escopos metajurídicos, senão uma "instituição de garantia" dotada de autonomia e substantividade (constitucional) próprias." E seguem afirmando: "é importante fixar o ponto: na qualidade de uma "instituição de garantia", o processo não pode diminuir ou asfixiar os interesses individuais e os direitos subjetivos nele discutidos a pretexto de concretizar fins que, não apenas são alheios a ele e à própria jurisdição".

Essa moderna doutrina processualista também supera o binômio "direito x interesses" e aponta soluções hermenêuticas para esse conflito doutrinário. Ressalta Rodrigo Xavier Leonardo (2010, p. 556) que as necessidades do ordenamento jurídico moderno estão muito distantes daquelas sobre as quais Savigny escreveu, sendo o contexto de hoje detentor de "[...] uma complexidade técnica e uma diversidade de valores absorvidos pelo ordenamento jurídico que denunciam a insuficiência de uma acrítica reprodução do pensamento pandectística do século XIX na doutrina brasileira do século XXI."

A primeira solução, defendida por Antônio Gidi e Hermes Zaneti Jr. aponta para um alargamento do conceito de sujeito de direito, de modo que este possa ser elástico para ir além do direito individual e "abarcas posições jurídicas judicializáveis". Para eles há um direito subjetivo *prima facie* a ser identificado pelo judiciário no caso concreto.

Diz Antônio Gidi (2004, p. 28-29) que há um erro em se classificar antecipadamente um fato como pertencente ao direito coletivo, difuso ou individual homogêneo, isso porque do acontecimento de um mesmo fato podem originar-se pretensões difusas, coletivas ou individuais homogêneas, ainda que não estejam baseadas no mesmo ramo de direito material. Corretamente aponta o autor que "el derecho subjetivo material tiene

uma existencia dogmática y es posible analizarlo y clasificarlo independientemente del derecho procesal.”

Essa ampliação do conceito se daria com o “direito subjetivo coletivo”, por ser mais técnico e mais preciso atribuir ao grupo a titularidade de direito coletivo (GIDI, 2004, p. 30). Segundo o autor, os direitos supraindividuais (difusos e coletivos) são uma categoria autônoma de direito subjetivo, cujos titulares são uma comunidade ou uma coletividade (o autor não utiliza a sociedade como sujeito de direito, preferindo dupla nomenclatura, o que causa certa confusão com os direitos coletivos). Segundo Rodrigo Coimbra (2015, p. 65), a ampliação do termo seria “uma incongruência, pois a noção de direito subjetivo foi idealizada tendo em mente exclusivamente a tutela de indivíduos. E ampliar demais o conceito de direito subjetivo, como tem ocorrido, descaracteriza-o.”

A segunda proposta sustenta que, uma vez que direitos e interesses são utilizados como sinônimos no Brasil, ambos estão tutelados e por isso não há necessidade de distingui-los conceitualmente nem dogmaticamente. Tem-se então, interesses tuteláveis pelo processo, o que demonstra uma maior amplitude de tutela para situações não reconhecidas como direitos subjetivos.

Por ter sido criada para tutelar um direito individual da pessoa, a categoria denominada “direito subjetivo” se mostra insuficiente para tutelar adequadamente um direito que ultrapasse esse círculo de exclusividade. E é a limitação conceitual dessa categoria que impede os processualistas clássicos de reconhecer a jurisdição dos interesses difusos, e por isso chamando-os de interesses e não de direitos. As titularidades de direitos difusos demarcam um novo sujeito de direito, a sociedade, mas não demarcam um direito subjetivo.

Mostra-se pertinente o destaque de Rodrigo Xavier Leonardo (2010, p. 553) sobre a interpretação dos conceitos: “[...] os conceitos jurídicos, não obstante sua grande abstração e generalidade, somente podem ser corretamente interpretados quando contextualizados com o momento presente da sociedade e do ordenamento jurídico no qual eles se inserem”

A presença de um direito subjetivo não é elemento imprescindível da relação jurídica, pois é possível a presença de um sujeito de direito não personificado que busca a tutela de um direito, o qual compartilha de forma plural e não excludente. Tal possibilidade encontra lastro nas reflexões de Pontes de Miranda (2012, p. 63) quando assim se expressa:

(...) porém a relação pode ser tal que no direito não esteja direito subjetivo: há direitos que têm sujeito ativo, como todos os direitos, se bem que sejam da classe daqueles que podem ser invocados como próprios do sujeito; e.g. o direito que tem o “público” (quer dizer: todos os habitantes e passantes) de visitar museus abertos ao público.

O mesmo autor, ao analisar a categoria dos sujeitos de direito, afasta a classificação entre direitos unissubjetivos e de subjetividade multiplicável, preferindo falar de “relações exclusivas e de relações não-exclusivas”. Essa classificação fornece uma compreensão mais adequada sobre uma titularidade de origem constitucional que vem romper com a marca do individualismo existente no instituto da propriedade, conceituada pelo próprio Pontes como “o domínio ou qualquer direito patrimonial”. (MIRANDA, 2012, p. 65-66)

Por ser o conceito de sujeito de direito mais amplo que o conceito de pessoa, seu conteúdo tem trazido cada vez mais possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. Desde o primeiro alargamento conceitual que permitiu a aceitação da pessoa jurídica como sujeito de direitos, muitos outros se agregaram ao Direito, a exemplo do nascituro, dos animais, do espólio. Neste aspecto, se as futuras gerações já são consideradas um sujeito de direito, a presente geração também pode sê-lo, possibilitando de forma concreta e presente a tutela dos bens difusos que deixarão para os que hão de vir.

Não deve existir dificuldade em perceber que o cidadão não age como representante, tal qual se dá com o Ministério Público. O cidadão “presenta” a sociedade quando age na defesa dos direitos em que esta seja titular, fundando-se aí a sua legitimidade processual. A limitação trazida pela tutela dos direitos coletivos, em sentido amplo, está no fato de que trata de uma coletividade sem face, mas identificado como o “interesse coletivo” (o mercado, por exemplo, é uma coletividade sem face). Registra-se também o receio dessa valorização social pela experiência negativa de regimes totalitários, a exemplo da ideia nazista de “nação alemã” que legitimou os atos de Hitler.

No Brasil, tem-se uma democracia participativa, e não somente representativa, elemento fundante que legitima a atuação direta do cidadão na defesa dos direitos difusos que compõem os pilares da *res publica*.

Quando se tem no mesmo centro de observação jurídica a existência de uma tutela individual e uma difusa, a solução só será possível no caso concreto considerando a relação complexa estabelecida.

Neste estudo, a sociedade é tratada como um sujeito *sui generis*, não personificado, convivendo com o sujeito individualizado, como bem demonstra Pontes de Miranda (2013, p. 17): “Existem uma memória, uma atenção, uma lógica e um ideal colectivos, como há na sociedade um organismo sui-generis, e existem, outrossim, memória,

atenção e lógica individuais, constituindo o eu, ou o que, sob o senso moderno da expressão, chamamos espírito.”

Como bem adverte André Roque (2009, p. 155), há que se enfatizar sempre que nenhuma interpretação do devido processo legal pode se transformar num obstáculo para se realizar a tutela dos direitos difusos. Diz o autor, ao tratar do tema da legitimidade processual nos microssistemas de ações coletivas que “ao contrário do que ocorre no processo individual, o *devido processo legal coletivo* não impõe a citação ou mesmo a participação formal de todos os interessados, mas sim que seus interesses sejam representados de forma adequada.” E essa representação se dá na individualização da sociedade em cada cidadão, uma titularidade trazida pelo direito material que impõe uma adequação do direito processual.

Aguardar uma regra processual específica do direito processual civil como condição para dar efetividade a um direito difuso é deixar na obscuridade os anseios mais profundos de uma sociedade, além de uma flagrante violação constitucional por já estarem eles jurisdicionados.

Esse enfoque é fundamental para se compreender a titularidade de cada cidadão e a sua legitimidade de agir em razão de um direito difuso positivado. Não se trata aqui de considerar a sociedade um ente que é representado pelo cidadão, o correto é visualizar que cada cidadão é o titular direto sobre a coisa comum. Há uma individualidade jurídica do próprio direito que é comum.

Esse cenário traz a necessidade de se voltar os olhos mais detidamente para o instituto da representatividade adequada.

A interpretação dada pela doutrina processual sempre foi no sentido de que o sistema jurídico brasileiro adotou a legitimação processual *ope legis*, ou seja, não pode o juiz reconhecer uma legitimação através da titularidade do direito material que se apresenta quando a lei processual for omissa nesse sentido. “Preferiu-se estabelecer no corpo da lei quais seriam os representantes mais adequados dos interesses metaindividuais de uma forma apriorística.” (ROQUE, 2009, p. 156)

No caso dos direitos difusos, o Código de Defesa do Consumidor contribuiu decisivamente para esse entendimento ao elencar expressamente os legitimados a requerer sua tutela jurídica. No entanto, a interpretação se mostra equivocada diante da presença de uma titularidade constitucional dos direitos difusos, o que não permite restrições taxativas pela lei infraconstitucional.

Essa titularidade, por ser hierarquicamente superior, permite o controle judicial de adequação com base no direito material. Destaque importante faz Pontes de Miranda (2012, p.

103) ao analisar a história do instituto que “O que vemos na história humana é a transformação, que terá de ser profunda, não a desaparecimento da propriedade”. A juridicização de novas formas de titularidade sobre coisas não ameaça o direito de propriedade em si, apenas lhe dá uma nova dimensão jurídica, mais funcional e mais atual para os valores hodiernos. Como bem salientam Weill, Terré e Simler (1985, p. 91):

De multiplex causes expliquent les conquêtes du droit de propriété: l’invention a favorisé le renouvellement les conquêtes du droit de propriété; l’imitation a contribué puissamment à l’accroissement du nombre des propriétaires et à la multiplication des choses appropriables aussi bien par l’individu que par collectivité.”

Nos Estados Unidos, a avaliação judicial da representação adequada (*adequacy of representation*) é requisito para a certificação das chamadas *class actions*, considerado essencial para a garantia do devido processo legal. Para André Roque representatividade e adequação são dois conceitos complementares porque representante inadequado é o mesmo que ausência de representação, daí a necessidade de um controle judicial a se dar no caso concreto. E segue dizendo o autor:

Para que a vinculação por representação dos ausentes não implique violação ao devido processo legal, afigura-se indispensável que o representante defenda de forma justa e adequada os interesses da coletividade. Isto quer dizer que, na medida do possível, a sua atuação deverá ser de tal maneira que muito provavelmente o resultado final seria o mesmo se todos os representados tivessem litigado pessoalmente em ações separadas. Caso contrário, ele não terá representado efetivamente os interesses do grupo e, portanto, não poderá existir vinculação. (ROQUE, 2009, p. 161)

A posição de co-titularidade não é estranha ao direito. Nos direitos reais, tem-se o exemplo do condomínio, onde todos os titulares tem um direito pleno sobre a coisa comum (indivisa), inclusive com interesse de agir processualmente na defesa do direito comum, com benefícios que irão beneficiar a todos, ainda que os demais não participem do litígio. Não se fraciona o direito, que é exercido em sua plenitude por cada titular.

A diferença entre a co-titularidade no direito real e no direito difuso é a possibilidade de determinação da quantidade de titulares no primeiro caso, o que não é possível no segundo. Contudo, esse é um limite imposto apenas pela visão individualista do direito, o que pode ser removido diante da perspectiva de um direito difuso que remodela os conceitos jurídicos elementares historicamente impostos ao pertencimento.

Essa visão do difuso que propõe múltiplas titularidades já foi vislumbrada na doutrina romana do século passado, através dos escritos de Scialoja, que na década de trinta escreveu:

Vi sono poi finalmente diritti pubblici, che noi chiamiamo diffusi, che non sono concentrati nel popolo considerato come ente, ma che hanno per proprio titolare realmente ciascuno dei partecipanti alla comunità, nei quali ciascuno per conseguenza si presenta come vero soggetto di diritto, quantunque il diritto spetti a tutti gli altri ugualmente. (apud COIMBRA, 2015, p. 38)

Caso a sociedade tenha que aguardar sempre a criação de um intermediário com legitimidade para atuar na defesa de direitos que são difusos, grandes violações de bens e direitos se darão sem que haja a devida ação preventiva ou repressiva. “O antigo ideal da iniciativa processual monopolística centralizada nas mãos de um único sujeito, a quem o direito subjetivo “pertence”, se revela impotente diante de direitos que pertencem, ao mesmo tempo, a todos e a ninguém.” (CAPPELLETTI, 1977, p. 4)

Para Kazuo Watanabe (2014, p. 64), o problema da legitimação é “o ponto nodal da problemática da tutela jurisdicional dos interesses difusos”. Daí o reconhecimento da limitação da clássica composição do processo (de cunho individualista) ao mesmo tempo que demonstram dificuldade em perceber a sociedade como sujeito de direito, representado diretamente por cada cidadão.

Ada Pellegrini Grinover (2014, p.45), ao escrever sobre o tema na década de 1970 disse que “onde a tutela dos interesses difusos se torna mais relevante é no plano processual” porque é o processo quem transforma o direito declarado em direito assegurado. A afirmação merece uma reflexão. A afirmação se mostra equivocada.

A consolidação de um direito no campo material é que permite a tutela do direito ali declarado. Sendo o processo um instrumento e não um fim, não serão as limitações da lei processual, ou em muitos momentos, do seu intérprete, que inibirão a efetiva tutela jurisdicional de um direito consagrado no campo material. Como bem acentua Rodrigo Coimbra (2015, p. 47), “a legislação processual tem apenas o dever de instituir “técnicas processuais” que sejam capazes de viabilizar a obtenção da tutela prometida pelo direito material”.

A ação processual de natureza híbrida, onde embora proposta por um indivíduo, o acolhimento do pedido formulado pelo autor necessariamente beneficia a sociedade, é um desafio para o direito brasileiro, e pode ser vencido.

Afirma Hermes Zaneti (2016, p. 8) que a instrumentalidade existe para fornecer o instrumento hábil para a defesa de direitos, mas “A autonomia do direito de ação, nesse sentido, é primordial para que sob a égide de “preconceitos” de direito material, ou interpretações “fixas” não se evite a apreciação pelo Poder Judiciário da lesão ou ameaça ao direito afirmado pelo autor.”

A clássica visão da composição processual, criada para um modelo onde só os direitos individuais eram tutelados, estabelecendo posições pré-determinadas para autor e réu, concebidos apenas como sujeitos individuais, é que precisa ser adaptada para a correta proteção do direito material, especialmente quando sua origem é constitucional.

O parâmetro plurisubjetivo, funcionalizado e solidarista do direito civil, vem causando uma reestruturação no direito processual civil. A concepção de um processo cooperativo, marca do novo CPC/2015 nasceu de princípios do direito civil, como boa-fé, função social, solidarismo contratual, dever de informação e transparência.

O interesse social como terceiro fundamento da esfera jurídica de direitos já demonstrou que o interesse geral não está só no direito público. O direito privado também o resguarda, e o exemplo está no uso da coisa privada em prol da sociedade. E aqui são oportunas as palavras de Ortiz Díaz que, apoiando-se em autores franceses como George Renard e Bernard Geny, insiste que o Estado não tem o monopólio do bem comum. Para o autor, “los particulares pueden individual o asociativamente, por sus propios medios, perseguir los mismos fines” [que la Administración]: [...] *el servicio al bien común, la satisfacción de las necesidades generales de la comunidad.* (apud ÁLVAREZ, 2015, p. 64)

A limitação do direito processual pode ser notado na elaboração do novo Código de Processo Civil, cuja lei foi promulgada em 2015. O principal obstáculo para a inserção de um capítulo específico para a criação de uma demanda processual para o trato do superendividamento se deu pela dificuldade de regulamentar um procedimento com multiplicidade de sujeitos que montariam uma complexa rede de interesses a serem ponderados no processo.

Nesse contexto foi que se deu o veto ao art. 333 do CPC/2015 que previa que o juiz poderia converter em coletiva a ação individual que veiculasse pedido que tivesse alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo e cuja ofensa afetasse, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da sociedade.

O inciso II do artigo já mostrava a sua vanguarda, ao contemplar “a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua

natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo”.

Observe-se que o artigo já mencionava a possibilidade de mais de uma titularidade e a necessidade de decisão harmoniosa entre os direitos que elas contemplam. Todavia, o veto presidencial ao artigo, através da Mensagem nº 56, de 16/03/2015, impediu uma importante mudança nos paradigmas clássicos do processo, sendo este o fundamento apresentado:

Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.

É possível ver a resistência ao modelo de um processo coletivo em sentido amplo, especialmente diante da presença de múltiplas titularidades. Menciona-se a necessidade de uma disciplina própria, como se o processo civil não precisasse de um arejamento em suas premissas individualistas. Tal demanda social permanece batendo às portas do legislativo, alertando-o que o direito é um instrumento para se conseguir objetivos amplos e o processo judicial instrumentaliza essa busca.

É justamente essa imprecisão corpórea do sujeito de direito material que traz dificuldades à legitimação para agir no campo processual, ao menos conjuntamente. Barbosa Moreira (2014, p.72-73) define como o “[...] conjunto de interessados de contornos fluidos, móveis, esbatidos, a tornar impossível, ou quando menos sumamente difícil, a individualização exata de todos os componentes”. Identificou ainda um gênero de interesses, do qual se sobressai três espécies: interesses ligados à defesa do meio ambiente, outro ligado a valores culturais e espirituais e outro orientado para a proteção do consumidor.

Por isso, Barbosa Moreira (2014, p. 76) sugeriu algumas possibilidades como solução. Primeiramente seria possível uma legitimação concorrente dos co-titulares, habilitados a agir conjuntamente ou através de um litisconsórcio voluntário. Outra forma seria a legitimação de entidades não dotadas de personalidade no campo de direito material ou pessoas jurídicas que possam representar de maneira adequada esse conjunto de pessoas. Por fim, a possibilidade de órgãos do poder estatal, a exemplo do Ministério Público.

A solução apresentada no sentido de que só os corpos intermediários é que podem buscar a tutela jurisdicional através de uma ação processual, pois embora formados por um

grupo de pessoas, são concebidos processualmente como um único sujeito, portanto, um único autor ou um único réu. Nesse sentido, a preocupação de Mauro Cappelletti (*in*GRINOVER, 2014, p. 50):

É preciso superar os esquemas de uma garantismo processual de marca meramente individualista para substituí-lo por um garantismo “social” ou “coletivo”, que também sirva como salvaguarda dos novos grupos intermediários, aos quais há de assegurar-se o acesso à justiça para a tutela de seus interesses.

Tanto Cappelletti quanto Ada Pellegrini visualizaram a necessidade de ampliação e funcionalização dos institutos processuais, mas não refletiram sobre uma solução que venha do direito material, repercutindo no processo civil. Diz a autora:

Para tanto, é preciso antes de mais nada, que o processualista tenha a coragem intelectual de admitir que hoje afloram no processo situações diversas daquelas que constituíam o suporte dos institutos tradicionais. A tradição doutrinária não pode significar um obstáculo para repensar institutos, que hão de ser moldados às novas situações. É preciso proceder, dentro de cada sistema, a uma análise funcional, ressaltando os tipos de interesses que devem ser protegidos e os tipos de provimentos idôneos à sua tutela, de modo a adaptar os mecanismos internos do processo à melhor consecução desses objetivos. (GRINOVER, 2014, p. 50)

Ambos os autores só reconhecem como solução revolucionária o alargamento da legitimação para agir atribuindo capacidade processual aos corpos intermediários, não atribuindo legitimidade ao cidadão para buscar diretamente a proteção de um direito difuso. Um dos pilares desse entendimento está na consagração do princípio de que deve haver coincidência entre a legitimação e a afirmação da titularidade da relação jurídica material discutida no processo. Ada Pellegrini (2014, p. 56) chega a criticar a Lei da Ação Popular por excluir os corpos intermediários (sindicatos, associações), que na sua opinião são mais representativos que o próprio indivíduo isolado.

O direito brasileiro segue o modelo italiano ao exigir que haja coincidência entre a legitimação para a causa e a titularidade da relação jurídica material discutida no processo, isto por força do art. 6º do CPC brasileiro de 1973 e do art. 81 do Codice de Procedura Civile italiano. (ARRUDA ALVIN, *apud*MOREIRA, 2014, p. 26)

Para Barbosa Moreira (2014, p. 26), só é possível se resolver este problema de legitimidade, caso haja “a respectiva atribuição a pessoa *diversa* daquela que se apresenta como titular de relação litigiosa”, tal como ocorre com a possibilidade legal do acionista que

pleiteia em juízo alguns direitos de titularidade da sociedade, a exemplo da aulação de deliberação de assembleia.

Já Kazuo Watanable (2014, p. 65) conseguiu, ainda na década de 1980, visualizar a possibilidade de alargamento do conceito de legitimidade trazida pelo Código de Processo Civil, mas também a limitou a um poder de ação direcionado aos corpos intermediários, não ao indivíduo isolado. “Parece-me que é possível interpretar-se o art. 6º do CPC com maior abertura e largueza, extraíndo de seu texto a *legitimação ordinária* das associações e outros corpos intermediários, que sejam criados para a defesa de interesses difusos.

Somente a correta compreensão da categoria “sujeito de direito”, de modo a integrar as nuances de um titular indeterminado, invisível e, portanto, difuso, é que trará por reflexo a revolução necessária no conceito de legitimação para agir no campo processual. O ponto de partida é que este sujeito não precisa ser determinado porque não há necessidade de ser. Não há razão para se manter preso a um conceito rígido do passado, impedindo o avanço da tutela jurídica na era contemporânea. A ciência jurídica tem uma missão maior.

Enxergar o alargamento do conceito de sujeito de direito que se apresenta no texto constitucional quando este se refere a bens difusos fará o intérprete visualizar que o ordenamento já produziu a revolução ao criar um novo sujeito de direito, a sociedade, autorizando o processo a alargar o seu conceito de autor e réu para abarcar esse novo titular de direito com sua linguagem própria (inclusive processual) e materializado em cada cidadão que o compõe.

Esse modelo já consegue ser contemplado no ordenamento jurídico da Bolívia, quando em seu art. 34 dispõe que “Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente”.

No Brasil, a avanço ainda se dá primordialmente na jurisprudência, enquanto o legislador se omite, o que tem se mostrado um dado histórico. Interessante julgado envolvendo a matéria foi proferido pelo STJ (Recurso Especial Nº 1.459.212 - RJ 2014/0061953-9) DJE 04 de junho de 2015), ao julgar uma lide oriunda do Estado do Rio de Janeiro em que foi proposta uma ação individual para postular a realização de obra de instalação da rede de esgotamento sanitário numa rua do Município de Guaratiba, viabilizando, por consequência, a prestação de serviço na residência do autor.

O processo foi extinto sem julgamento de mérito em primeira instância porque entendeu o magistrado que o particular não tem legitimidade processual para pleitear direitos

coletivos e difusos. A decisão foi reformada pelo Tribunal de Justiça e ratificada pelo STJ. Na Corte Superior a premissa base foi a de que é possível a coexistência de direitos individuais com difusos ou coletivos.

Este direito homogêneo, que é aquele decorrente de origem comum, nos termos ao artigo 81, parágrafo único, III do Código de Defesa do Consumidor, não é prejudicado pela coexistência de direito difuso ou coletivo, de acordo com a norma trazida pelo artigo 104 do código consumerista:

(...)

Finalmente, há que se considerar que as tutelas de direitos transindividuais fazem parte de sistema que contempla técnica de ampliação dos remédios à disposição do jurisdicionado (e não de restrição) e que pressupõe a legitimação ordinária do lesado, geradora da legitimidade extraordinária dos sujeitos elencados no art. 5º da Lei 7.347/1985. Logo, não se trata de legitimidade exclusiva, mas, repita-se, concorrente.

É muito importante que se veja o reconhecimento da coexistência de direitos, pois é a partir dessa premissa que se raciocinará corretamente sobre a existência de titularidades diversas sobre o mesmo bem jurídico. O ponto alto do Acórdão é perceber que o espírito do ordenamento reflete a ampliação, e não a restrição, da legitimidade dos sujeitos aptos a proteger o bem coletivo ou difuso, especialmente quando se afirma que a legitimidade ordinária é do sujeito particular e supletiva dos órgãos representativos.

Quando o Acórdão reconheceu a legitimidade do cidadão para proteger o que chamou de bem comum (na verdade direito difuso), agiu em consonância com a mais moderna linguagem jurídica sobre o tema. O único ponto que merece discordância está no fato do enquadramento da matéria, a qual foi tratada como direito individual homogêneo e não como direito difuso.

Neste sentido, o direito aqui versado é divisível eis que dizem respeito a pessoas que podem ser determinadas, tais como os demandantes. É verdade que são ligados por um evento de origem comum e que, portanto, podem ser tutelados coletivamente, o que não pode obstar a tutela individual, sob pena de violar o princípio da inafastabilidade da jurisdição e trazer retrocesso ao processo democrático. Se o Estado se revela omissos e inerte, o particular prejudicado pode ajuizar ação em nome próprio para compelir a Administração Pública à realização de obras em rede de esgoto sanitário, essencial à sua dignidade e saúde, direitos fundamentais protegidos pela Constituição:

(...)

É bem verdade que a obrigação de fazer pretendida atende aos interesses de todos os moradores daquela localidade. Cuida-se, portanto, de interesse individual homogêneo, decorrente de origem comum, mas de titularidade determinada, nos termos ao artigo 81, parágrafo único, III do Código de Defesa do Consumidor, não é prejudicado pela coexistência de direito difuso

ou coletivo, de acordo com a norma trazida pelo artigo 104 do código consumerista. Mas a legitimidade extraordinária do Ministério Público para a ação coletiva, na qualidade de substituto processual, não afasta a legitimidade própria de cada substituído.

Na verdade, trata-se de direito difuso, aqui balizado como a saúde pública, pois o esgotamento sanitário não é de interesse somente do morador de uma rua. As doenças causadas por este tipo de poluição atingem também as pessoas não moradoras pelo tráfego constante e rápido dos agentes de transmissão (mosquitos, ratos, etc). Além disso, as condições de dignidade e de saúde das pessoas de um bairro refletem a dignidade de toda a população.

Infelizmente a mesma visão alargada não se fez presente em Acórdão do Tribunal de Justiça de Pernambuco, de nº 0426592-1 ao analisar uma ação onde um particular pleiteava a despoluição de um riacho que passa às margens de sua propriedade. O autor é o proprietário de uma granja às margens do Riacho Piabas e ajuizou demanda contra uma indústria de bebidas situada no local que estava poluindo as águas, trazendo prejuízo para sua plantação de graviola, além do grave dano ambiental comprovado pelos odores fétidos, crostas de espuma e outros poluentes que invadem a propriedade através do referido afluente. Na petição inicial requereu que a empresa fosse condenada à despoluir o rio bem como pagar-lhe uma indenização por danos morais e materiais.

A decisão de primeiro grau chegou a determinar a revitalização do Riacho Piabas por parte do réu, mas em segundo grau estabeleceu-se a controvérsia sobre a legitimidade processual do autor. Segundo dados do Acórdão, sustentou a parte ré que “a parte autora não possui legitimidade ativa, para, através de uma ação individual, pleitear a revitalização do Riacho Piabas, tendo em vista se tratar de uma tutela coletiva ambiental.”

O entendimento do Tribunal se deu no sentido de que “apesar de, *a priori*, este pedido apresentar feições de natureza coletiva, trata-se de uma tutela individual”.E aqui incorreu-se no primeiro erro ao se qualificar equivocadamente a tutela de direito difuso como tutela coletiva, uma distinção essencial que proporciona tratamento diverso em cada demanda judicial. Em seguida, visualizou-se apenas uma demanda individual quando é latente o direito difuso ali presente.

Nestas condições continua o texto do Acórdão: “Isso porque o mesmo ato ilícito cometido pela parte ré, qual seja, a poluição do Riacho Piabas, além de lesionar o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito da parte autora enquanto membro da coletividade, lesiona também um direito individual seu.”

A saída encontrada no Acórdão foi sustentar que a demanda é individual, à medida que busca reparação dos prejuízos causados na granja do autor, e que atinge somente de forma reflexa o direito difuso. Por esta razão, seria possível, numa demanda individual condenar o réu a reparar o dano individual através de uma conduta que de forma reflexa beneficiará a sociedade. Para isso, cita-se a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves que afirma textualmente: “[...] é preciso reconhecer, entretanto, que, apesar de a tutela não decorrer do direito, mas de fato, e ser gerada apenas de forma reflexa, o resultado de uma ação individual terá tutelado um direito difuso ou coletivo”. Nesse contexto, merece destaque outro trecho do Acórdão que se fundamenta na tese do doutrinador:

Dessa forma, o saneamento das irregularidades perpetradas pela parte ré, determinado pelo juízo de piso, em que pese beneficiem toda a coletividade, almejam a reparação in natura dos danos causados à parte autora com o ato ilícito, razão pela qual não há que se falar em ilegitimidade ativa para o pleito.

Importante ressaltar que a corrente confusão de nomenclatura, que ora chama do direito de “coletivo”, ora “difuso” e ora de simples “interesse”, afasta o tratamento legal correto da matéria, à medida que os direitos não são adequadamente alocados na análise processual, gerando confusão entre as tutelas de naturezas distintas. Isso, via de regra, impede a ampla tutela dos direitos difusos, através do manejo de uma técnica processual desacoplada do direito material que lhe dá sentido e direção.

Como se vê, ainda há um apego às premissas clássicas do processo, voltadas para a tutela individual, mesmo quando latente a urgência de tutela de um direito difuso que corre paralelo ao direito individual. Corre-se o risco, assim, de se permitir a continuidade do dano ao bem difuso porque não está inserido na tutela individual, um grave erro que merece reflexão e ampliação de horizontes no processo.

O grave erro do trecho do Acórdão está em considerar que a despoluição do rio neste processo é objeto de uma demanda individual e que só por isso mantém-se a legitimidade do autor para o pleito. Não se vislumbra a presença latente de uma segunda titularidade, a de direito difuso, e que encontra no cidadão, não a “representação”, mas a “presença” do titular do direito, o qual possui total legitimidade para buscar a tutela do direito difuso.

É preciso superar o modelo individualista, patrimonialista e liberal, onde todo processo tem um autor e um réu envolvidos sobre um objeto determinado. Impõe-se um novo olhar sobre as estruturas formais do processo, só assim se alcançará a estrutura normativa

adequada para a tutela das novas demandas transindividuais da era contemporânea. Trata-se do centro de preocupação da Hermenêutica, apontado por Carlos Maximiliano (2011, p. 135), no sentido de que ela deve atentar-se para o “resultado provável de cada interpretação”. E segue afirmado que “dentro da letra expressa, procure-se a interpretação que conduza a melhor *consequência* para a coletividade”.

É ainda Benjamin (2014, p. 310) que destaca uma importante revolução social que exige outra importante revolução normativa. A realidade econômica e social da sociedade pós-industrial cria litígios massificados que nem sempre resumem a relação jurídica conflituosa a sujeitos identificáveis. Esse fenômeno exige uma renovação processualística para retirar o litígio da esfera exclusiva dos diretamente envolvidos, “publicizando-o, levando-o para o âmbito do público aquilo que anteriormente era monopólio do *privado*”. Segundo o autor, conflitos economicamente menores pelo prisma individual, tornam-se, numa visão global, “qualitativamente distintos e merecedores de tutela especial”.

Também existem experiências estrangeiras que demonstram ser possível essa modificação necessária na legitimação para agir. Na Itália qualquer pessoa é legítima para promover uma ação contra licenças edilícias ilegalmente concedidas pela administração e nos Estados Unidos qualquer cidadão pode acionar entes públicos ou privados em juízo contra a poluição atmosférica. (GRINOVER, 2014, p. 49)

No Brasil já temos uma semente dessa titularidade compartilhada sobre coisas e que pode ser pleiteada por um pelo benefício de todos. Trata-se das obrigações indivisíveis presentes no Código Civil, onde cada credor pode exigir do devedor a satisfação inteira da dívida que beneficiará os demais titulares do direito. Há aqui uma legitimidade material para pleitear direito próprio e alheio ao mesmo tempo, conduzida legalmente pela incorporação da ética da alteridade pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 258 do Código Civil conceitua como indivisível prestação que “tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetível de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico”. É seguido do art. 260 que diz textualmente que “se a pluralidade for dos credores, poderá cada um destes exigir a dívida inteira”. Num exercício hermenêutico mais amplo opera-se facilmente com um redimensionamento das palavras “crédito” e “dívida”, como propõe Barbosa Moreira (2014, p. 78).

Ainda no campo das titularidades compartilhadas o ordenamento jurídico brasileiro prevê a propriedade coletiva em favor dos quilombolas (art. 68 do ADCT, regulamentado pelo Decreto n. 4.887/2003), o direito de uso coletivo em favor das populações

extrativistas tradicionais (art. 225, §1º, III, regulamentado pela Lei 9.985/2000) e a titularidade compartilhada das terras indígenas. Aqui ainda se tem a curiosidade de uma dupla titularidade sobre as terras: uma da união, com o direito real, e outra dos índios com o usufruto coletivo. “O que de comum há nessas modalidades é o reconhecimento da posse comunal e coletiva e o direito real de uso e fruição, sem possibilidade de apropriação individual”. (LÔBO, 2017, p. 106)

Tratam-se de titularidades especiais, com regime jurídico próprio, e que possibilitam no ordenamento o alargamento do modelo clássico burguês. Sua base axiológica é a concepção de coletivização dos direitos e de solidariedade social. E é ela que vai legitimar uma forma de pertencimento cuja forma de experimentação fática e jurídica está no compartilhamento e não a individualização.

É por esta razão que Paulo Lôbo (2017, p. 104) as identifica como “fontes constitucionais da propriedade”, eis que não limitadas ao modelo liberal burguês do Código Civil, promovendo uma concepção mais ampla do que o campo de abrangência do direito das coisas.

A Constituição não adota um único modelo de propriedade, mas de várias modalidades de titularidades sobre coisas materiais e imateriais, de natureza econômica. Para a Constituição, portanto, a propriedade é plural; em vez de um direito de propriedade têm-se direitos de propriedades de conteúdos e finalidades diversas, ou, como dizia Salvatore Pugliatti (1954, p.148), estatutos diversos de apropriação de bens, irreduzíveis a um único.

No direito difuso e sobre os bens difusos, há uma titularidade de um conjunto indeterminado de pessoas, que estabelece um crédito que gera uma obrigação específica para cada pessoa, a de preservação. Quando se pensa na saúde pública, ou no patrimônio histórico, por exemplo, visualiza-se a titularidade difusa ao mesmo tempo que cada particular e o próprio Estado são sujeitos passivos da obrigação de preservação, ou de não violação.

A instituição da função social da propriedade como dever jurídico criou um novo sujeito de direito, a sociedade, apresentada em cada cidadão que a compõe. Sendo esse sujeito materializado naquele momento por todos os não proprietários, aos quais se impunha o dever de abstenção sobre a propriedade alheia, foi reconhecido como o sujeito passivo universal.

Agora, com a consagração de direitos difusos, a sociedade passa a ser titular de direitos, transferindo-se para o polo ativo da relação jurídica na qualidade de credor da obrigação jurídica cujo sujeito passivo é o indivíduo cujo dever é preservar o bem comum de

titularidade daquele, inaugurando uma situação subjetiva complexa ainda não experimentada em ordenamentos anteriores.

É a partir dessa complexidade do fenômeno proprietário que Luciano Penteado (2012, p. 77) afirmou que há insuficiências no direito contemporâneo e que o amadurecimento de novas perspectivas para a dogmática e o direito privado permitem uma nova proposta de abordagem. Segundo ele “O fato é decorrente, por um lado, de cada vez mais, serem introduzidos deveres na esfera proprietária e, por outro, da fragmentação do direito em várias propriedades diferenciadas.”

O autor defende que a melhor qualificação jurídica para a propriedade está em considerá-la como “direito deferido por uma situação jurídica complexa, cujos direitos e deveres se exercem com conteúdo diverso, conforme diversos sujeitos”. Isso se mostra mais adequado quando se observa que a propriedade gera um feixe de relações jurídicas, a depender do sujeito passivo, o que gera diversos regimes proprietários. Por esta razão seria insuficiente tomar um único modelo básico, sendo mais correto ver a propriedade como situação jurídica e não como relação jurídica. E tudo isso se dá pela fragmentação da propriedade contemporânea, a exemplo da propriedade exclusiva, a propriedade em condomínio, o condomínio edilício e a de caráter fiduciário, todas produzindo um regime proprietário peculiar. (PENTEADO, 2012, p. 79)

Também Stefano Rodotà (2013, p. 53) diz que não há um conceito unitário de propriedade, mas sim uma multiplicidade de estatutos, afirmando que “probabilmente la scelta migliore sarebbe quella che si indirizzasse verso le posizioni che, con varii accenti, hanno cercato di dar cittadinanza nel sistema giuridico non più ad un solo concetto di proprietà, ma ad una molteplicità dei suoi *statuti*.” Essa concepção é seguida por Weill, Terré e Simler (1985, p. 58) que afirmam: “*A vrai dire, il ya déjà fort longtemps que le régime des biens n’est pas unitaire, ainsi que’nen témoigne tout simplement la distinction fondamentale des meubles et des immeubles.*”

5.3 A autonomia privada numa perspectiva de proteção dos direitos difusos

Quando a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) instituiu a propriedade como um direito natural, individual, privado e sagrado, colocou o patrimônio no centro de interesse jurídico do ser humano. Isso se explica pelas novidades trazidas pela filosofia dos modernos, a qual refletia sobre a relação da pessoa humana com o

sagrado, ao mesmo tempo que estabelecia novas bases de explicação para os fenômenos físicos e metafísicos.

Se na Idade Média Deus era o responsável pelo destino do homem, na era moderna o indivíduo se descobriu como centro do universo. Era ele a razão maior da criação e, portanto, soberano das demais espécies. Libertando-se das amarras do sagrado, assumiu seu livre-arbítrio e seu poder sobre todas as coisas. Sua relação com a natureza tinha razão de ser na apropriação e transformação de tudo que estivesse ao seu alcance.

Ao se estabelecer tal premissa para a vida humana, as relações privadas passaram a se reger pelo parâmetro do individualismo. Cada ser humano era responsável pela sua felicidade, e não é à toa que isso tenha se refletido numa regulação da vida privada que separasse a pessoa do seu meio, eximindo-o de responsabilidade por qualquer existência que não fosse a sua.

O Código Civil francês advindo em 1808, modelo para toda a codificação ocidental do século XIX, veio consolidar a proteção do Estado (e da lei) a esse modelo de vida privada, tutelando a vida e as relações de um ser proprietário, contratante, monogâmico e livre, que podia usar, gozar e dispor do que lhe pertencia, sem limites e sem responsabilidades para com seus pares, com a sociedade, com a natureza.

A autonomia privada tinha um único fim: levar o homem para a felicidade, na sua individualidade, dispondo de sua propriedade nas relações privadas como instrumento para alcançar esse horizonte. Com isso, todas as condutas humanas praticadas sob este fundamento estavam justificadas, a exemplo da acumulação ilimitada de bens por um único indivíduo, a exploração dos recursos naturais para desenvolvimento dos seus negócios e a retenção de riquezas em poucas mãos em um ambiente de grande desigualdade social.

Há quem tenha defendido a utilização econômica sobre as coisas como um direito natural, a exemplo de Michas (*apud* LÓPEZ, 2009, p. 135), seguidor de Planiol que assim afirmou: “La facultade que posee el sujeto activo de procurarse la utilidade económica de las cosas, no es otra cosa que un poder, um poder de hecho que no puede ser creado ni incluso modificado por el Derecho, y cuya existencia es extraña a toda noción de relación jurídica”

Com o surgimento do Estado Social iniciou-se uma importante mudança de eixo desse pilar individualista que vem transformando paulatinamente as bases filosóficas, econômicas e jurídicas que servem de base para o sujeito e seu entorno. Essa alteração estrutural tem reflexo imediato no tratamento legal dos interesses, bens e direitos estabelecidos a partir das relações privadas.

Quando as certezas antropológicas mudam, naturalmente se alteram os regimes positivados. “Não há possibilidade de revolucionar os nossos atuais modos políticos de operar se não revolucionarmos antes os modos em que organizamos nossas idéias.” (ROGER, 2006, p. 101) E toda revolução conceitual parte do redimensionamento das relações do sujeito com as suas riquezas, somente com isso vira-se a página da história das propriedades.

Mas seria ingênuo acreditar que uma mudança somente no rol de textos normativos que compõem o ordenamento jurídico seria suficiente para mudar os paradigmas sociais estabelecidos pela cultura, pela filosofia, pela economia, pelas artes, pela religião, etc. Toda mudança sólida começa na sociedade e termina na lei. É o fato do mundo dos fatos que altera a composição do fato jurídico.

Contudo, certas mudanças estruturais precisam ocorrer na lei para que seja possível espaço de liberdade e atuação social que não inibam novos fenômenos. Um Estado ditatorial, por exemplo, certamente não permite o mesmo movimento social que um Estado democrático.

Vamos partir, portanto, da análise de uma nova dinâmica social que tem acontecido nos países democráticos que somada a textos normativos baseados na democracia e na diminuição das desigualdades sociais tem produzido relevante transformação de valores nas relações do ser humano com as coisas passíveis de apropriação. *Esse ideário talvez deva ser entendido como um arquétipo, ou seja, uma forma irrepresentável e inconsciente que sempre existiu, mas que perdeu sua capacidade de influenciar os comportamentos humanos.* (CARVALHO, 2006, p. 116)

E tudo começa pela redefinição da autonomia exercitada pelo sujeito em sua rotina, nas suas relações particulares e na forma como se relaciona com as riquezas. É a partir disso que é possível notar a formação de uma base para a efetivação de uma sociedade solidária, cujas riquezas individuais buscam servir ao bem comum e não apenas ao seu titular. Nas palavras de Gustavo Tepedino (2008, p.368), “[...] as liberdades privadas são evidentemente garantidas e prestigiadas pelo projeto constitucional, compondo a ordem pública que reafirma a liberdade na solidariedade, na igualdade substancial e na tutela da dignidade da pessoa humana”.

É o processo de semeadura de uma nova ordem social que encontra na lei as bases de transformação ao mesmo tempo que alimenta o ordenamento com novos valores a serem tutelados, num processo saudável de retroalimentação.

Mas nem todos estão prontos para um exercício de direitos individuais compromissado com a sociedade. Há os que não querem assumir os riscos e responsabilidades dos seus atos de autonomia individual.

O abismo que se abre entre o direito à auto-afirmação e a capacidade de controlar as situações sociais que podem tornar essa auto-afirmação algo factível ou irrealista parece ser a principal contradição da modernidade fluida – contradição que, por tentativa e erro, reflexão crítica e experimentação corajosa, precisamos aprender a manejar coletivamente. (BAUMAN, 2001, p. 47)

Numa relação contratual, por exemplo, a base negocial está na autonomia da vontade e aqui se estabelece uma relação jurídica entre dois sujeitos de direito. Por vezes, este contrato é firmado sobre um bem que além de resguardar interesses individuais dos contratantes, guarda também interesses difusos. Em outras palavras, o objeto da relação jurídica pode representar ao mesmo tempo um bem protegido por um direito individual e outro bem protegido por um direito difuso.

Na busca de uma delimitação sobre a liberdade de contratar, Michael Sandel reflete sobre as coisas que o dinheiro não compra. Parte o autor de uma análise sobre os valores que governarão as diferentes áreas da vida cívica e social para observar o pensamento mercadológico que priva a vida pública de um fundo moral. Seu foco de análise está nos bens cujo valor transcende a utilidade para os compradores e os vendedores.

Ponto de destaque de seu estudo está na observação dos valores morais universais que rondam a economia. “Quanto mais os mercados aumentam sua penetração nas esferas não econômicas da vida, mais se envolvem em questões morais.” (2012, p. 88) A chamada lógica de mercado, quando voltada para os bens materiais não apresentam grande relevância, mas isso não acontece quando inseridos em temas como criação de filhos, saúde, punições penais, política de imigração e poluição ambiental. Para ele, é inevitável que a lógica de mercado se transforme numa lógica moral, devendo o economista lidar com a moralidade.

Como escolher o que pode e o que não pode ser objeto de negócio jurídico privado? Certamente será o questionamento moral que levará a uma resposta social e jurídica. Diz Luciano Penteado (2012, p. 61) que é preciso manter a consciência de que nem tudo pode ser apropriado, devendo o Direito aumentar o campo dessas impossibilidades, impondo uma limitação à conduta pessoal:

A presença de coisas que não são apropriáveis simboliza, culturalmente, que nem tudo pode pertencer ao homem. Esta consciência da existência de um âmbito material de respeito e sacralidade é importante para representar uma

limitação objetiva à conduta pessoal. Em épocas em que se crê que tudo o que se pode faticamente realizar, é jurídica e eticamente desempenhável, diminui o número das coisas que não são passíveis de apropriação no espaço de direito e há forte tendência à apropriação de tudo.

Há bens que podem ser comprados, mas a compra e venda envolverá grande polêmica, como o sangue ou um rim humano, ou um bebê, por exemplo. Outros, como os dados pessoais em cadastros empresariais, não geram tanta polêmica, mas ainda não encontram uma resposta definitiva. Ainda se discute se eles compõem ou não o conteúdo dos direitos da personalidade. Michael Sandel (2012, p. 96) propõe então que há duas categorias de bens: os que o dinheiro não pode comprar e as coisas que o dinheiro pode comprar, mas talvez não devesse.

Quando os valores do mercado são os únicos norteadores de uma negociação privada, não há interferência de questionamentos morais. Nessa lógica mercadológica, desde que o bem possua um valor monetário e alguém se disponha a pagá-lo não há injustiça ou desigualdade. Os valores de mercado afastam, dissolvem ou deslocam as normas alheias a ele. “A lógica econômica habitual parte do princípio de que a mercantilização de um bem - botá-lo à venda – não altera seu caráter.” (SANDEL, 2012, p. 112)

Dois argumentos pautam ainda essa lógica amoral do mercado.

No primeiro, tomando o exemplo do sangue humano, a compra e venda desse tipo de bem pode ser feita entre pessoas que se dispuserem a fazê-lo, e já aquelas que encontram algum obstáculo moral para tanto estão livres para se eximir de comercializá-los.

O segundo argumento sustenta que o comportamento ético é uma mercadoria que precisa ser economizada. Se se estimula o altruísmo, o dever cívico, a generosidade e a solidariedade para resolver assuntos que o mercado pode solver, a consequência é o desestímulo das pessoas para agir nos demais assuntos que não estejam neste alcance. “Com base nesse pressuposto, contar mais com o mercado e menos com a moral é uma forma de preservar um recurso escasso”. (SANDEL, 2012, p. 125)

Ao analisar essa lógica de mercado sobre bens que envolvem valores morais Michael Sandel (2012, p. 128) afirma que “altruísmo, generosidade, solidariedade e espírito cívico não são como mercadorias que se esgotam com o uso”, e destaca:

Mais se assemelham a músculos que se desenvolvem e se tornam mais fortes com o exercício. Um dos problemas de uma sociedade movida pelo mercado é que tende a permitir a degenerescência dessas virtudes. Para renovar a vida pública, precisamos exercê-la com mais afinco.

Para analisar o efeito da comercialização sobre as práticas sociais que levam às negociações privadas, vale destacar o trabalho de Fred Hirsch, economista britânico que na década de setenta lançou um livro onde questionou o pressuposto de que o valor de um bem é o mesmo quando estabelecido pelo mercado ou de alguma outra forma. O impacto da obra se deu justamente porque a Inglaterra estava num contexto econômico e social que levaria à eleição de Margaret Thatcher.

A pressuposição geral, quase sempre oculta, é que o processo de comercialização não afeta o produto, por isso o autor estudou o chamado “efeito de comercialização”, para explicar como as características de um produto ou atividade podem ser afetados pelo fato de serem fornecidos exclusiva ou predominantemente em termos comerciais e quando são fornecidos por outro meio como a troca informal, o altruísmo ou o amor. Sua obra se tornou um clássico entre os que repudiavam a crescente mercantilização da vida social e a lógica econômica por trás dela. (*apud* SANDEL, 2012, p. 119)

Quando em uma negociação privada há uma evidente desigualdade no poder de barganha, colocando um dos negociantes em desvantagem, pode-se dizer que há um risco à justiça dos acordos? (SANDEL, 2012, p. 111) Se a resposta é que há esse risco então é possível afirmar que há um segundo bem que se propõe ao objeto da negociação, um bem que guarda uma “importância moral”, para utilizar-se de uma expressão de Sandel.

Estes bens de importância moral guardarão a necessidade de proteção tanto quanto os bens envolvidos nas negociações privadas e serão eles que via de regra determinarão quais as regras que nortearão o pacto negocial. Isso decorre da incorporação de valores que não pertencem inicialmente ao Direito, mas a ele se incorporam se transformando em valores jurídicos, como a justiça e a igualdade, compondo o movimento de *alopoiese* do sistema jurídico.

Nesse contexto, fundamental é o preparo do intérprete da norma a ser aplicada ao caso concreto. “Sem a permeabilidade do direito ao valor a ser descoberto em cada decisão, um ajuste de relação entre pessoas e bens, a realização do direito se torna o incansável desdobrar-se de cadeias de sequência lógica”. (PENTEADO, 2012, p. 46)

Para uma melhor visualização desse fenômeno das regras morais participando da regulação de negócios privados, temos o chamado “contrato de viáticos”, um tipo de seguro de vida que surgiu nas décadas de 80 e 90 nos Estados Unidos quando o mundo vivia os primeiros impactos da Aids. A expressão “viático” vem do latim *viaticum*, que correspondia ao dinheiro e provisões entregues a funcionário romano que partisse em viagem. (SANDEL, 2012, p. 136)

Estabeleceu-se um mercado de apólices de seguro de vida para pessoas com Aids e outras que houvessem recebido diagnóstico de doença terminal. Uma vez que o paciente desejasse antecipar o recebimento do valor do seguro e assim aproveitá-lo em seus últimos dias de vida, firmava um contrato com um investidor que lhe antecipava tal valor com um desconto atrativo e continuava com os pagamentos anuais à seguradora. Com a morte do doente este investidor receberia o valor integral da apólice, lucrando com a operação. Nesse contexto, quanto mais cedo se desse a morte do segurado, maior seria o retorno do investimento.

Fácil observar a discussão moral que envolveu o tipo contratual. Para muitos, um negócio como outro qualquer, que traz dignidade ao paciente que pode ter uma vida mais digna no seu fim; para outros, um investimento macabro e imoral porque sua natureza é de aposta na brevidade da morte do segurado.

O caso demonstra que acerta Luiz Edson Fachin (2015, p. 30) quando diz que “quem contrata, não mais contrata somente com quem contrata” e “quem contrata não mais contrata, apenas o que contrata”. Se ambos os contratantes estão satisfeitos com o resultado do negócio, em tese, não haveria porque as pessoas não contratantes se incomodarem. Mas o fato é que o contrato privado guarda um interesse social e as respostas encontradas a partir das perguntas de interesse difuso conduzirão o mundo de possibilidade dos negócios privados, pois seu objeto impacta o perfil da sociedade onde está inserido.

Quando o contrato trabalha com um objeto cujo interesse vai além dos contratantes, neste caso teremos duas relações jurídicas paralelas, no mesmo contrato. A primeira, estabelecendo obrigações entre os contratantes individuais (seja ele pessoa física, jurídica ou ente não personificado); e uma segunda, estabelecendo como sujeito ativo da obrigação o indivíduo (cada contratante visto isoladamente) e como sujeito passivo a sociedade. E em cada relação jurídica envolvendo o bem difuso buscar-se-á no caso concreto os deveres que melhor materializam a proteção do direito a ele vinculado.

Há uma base constitucional que permite tal raciocínio, especificamente a teoria dos direitos fundamentais e sua consequente irradiação nas relações privadas. Desde que as primeiras Constituições passaram a reconhecer certa gama de direitos como fundamentais, ampliando-os ao longo do tempo, veio a necessidade de classificá-los em gerações. A primeira geração englobou os direitos individuais; a segunda geração, os coletivos; e a terceira geração aqueles denominados de solidários.

Os direitos de terceira geração estão espalhados ao longo do texto constitucional, a exemplo do meio ambiente (art. 225), da preservação da probidade administrativa (art. 37,

§4º) dos direitos do consumidor (art. 5º, XXXII), e do patrimônio cultural (art. 215). Todos eles são direitos difusos e por contribuírem para o desenvolvimento da dignidade humana e da paz social, sendo, portanto, direitos fundamentais. Seu rol não é exaustivo, pois o decorrer do tempo traz novos valores e demandas sociais a serem vividas de forma compartilhada.

Doutrinariamente não há mais dúvidas sobre a irradiação horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas e por isso não são apenas oponíveis aos poderes públicos, mas diretamente aos particulares no exercício de sua autonomia privada.

5.4 Instrumentos legais de proteção de direitos difusos no ordenamento jurídico brasileiro

O mundo ocidental tem construído a estrutura de seus ordenamentos sob duas grandes famílias jurídicas distintas: o *civil law* e *common law*. O Brasil, que iniciou sua história jurídica como colônia de Portugal seguiu de forma natural a estrutura do *civil law*. Contudo, tem-se percebido uma aproximação crescente entre os dois sistemas. Nos Estados Unidos e no Reino Unido, embora com muitas reservas, já é admissível a reforma de um precedente, e no Brasil os precedentes judiciais tem recebido um grande destaque.

Nesse estudo o centro de interesse está nas formulações jurídicas que esses sistemas proporcionam para a defesa de direitos que ultrapassam a esfera individual.

No Brasil, é possível identificar o paradigma da transubjetividade com a previsão da ação popular, a qual já se via no ordenamento desde a Constituição do Império em 1824. Ali sua atribuição era o combate à prevaricação de juízes, trazendo a seguinte determinação. “Art. 157. Por suborno, peita, peculato e concussão haverá contra eles a ação popular, que poderá ser intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso ou por qualquer do povo, guardada a ordem do processo estabelecido na lei”.

Curiosamente, a primeira Constituição do período republicano afastou a ação popular do seu texto, sendo ela resgatada na Constituição de 1934, no art. 113, item 38 para garantir que “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”. Todas as Constituições posteriores mantiveram sua previsão, com exceção daquela de 1937, e hoje ela é regulada pela Lei Federal 4.717/65 com a seguinte redação em seu art. 1º, § 1º: “Consideram-se patrimônio público, para fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico”.

Em 1977, através da Lei 6.513 foi incluída nesse rol os bens e direitos de valor turístico. Com este texto tornou-se possível pleitear a tutela jurídica quando ocorre lesão a bens imateriais. A Lei 4.717/ 65, ao regulamentar a ação popular, fixou o conceito de patrimônio, alargando-o de forma a abarcar lesões não pecuniárias.

A Constituição Federal de 1988 também a manteve em seu texto, dando-lhe o necessário atributo de garantia fundamental.

Art. 5º (...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

A importância da ação popular é destacada por Marcos Catalan (2008, p. 174-175) quando afirma que ela tem o mérito de autorizar o acesso à Justiça à coletividade, “garantindo-lhe assim, ao menos aparentemente, a eficácia, no plano instrumental, dos princípios da participação e da solidariedade, na medida em que partilha a responsabilidade pela tutela judicial do meio ambiente.”

A análise dos textos constitucionais explicita, contudo, em todos eles, uma importante limitação na previsão da ação popular. Em todos os casos ela tem como foco o patrimônio público, considerado como bem de titularidade do Estado e não da sociedade, num enquadramento limitado diante da natureza das demandas de natureza difusa. Porém, isso não retira sua importância como marco de um necessário processo que levaria ao amplo tratamento legal disposto hoje na Constituição Federal.

Além da lei da ação popular, duas importantes leis infraconstitucionais trataram de implantar um verdadeiro sistema de proteção de direitos que ultrapassam a esfera de direitos individuais: a lei da ação civil pública (Lei 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Ao lado delas, a importante previsão legal da figura processual do *amicus curiae*.

Tal escolha legislativa deixa claro que a sociedade brasileira incorporou em definitivo uma tutela jurídica que vai além do sujeito na sua individualidade.

Destaca-se importante avanço trazido pela lei quando atribui a qualquer cidadão a legitimidade para buscar a proteção jurídica na hipótese de lesão. Aqui se vislumbra importante semente legislativa que leva à compreensão moderna do direito difuso. Isso porque o correto é afirmar que há um sujeito de direito indeterminado, invisível, a sociedade, a qual

chamamos de modo geral como *alter* ou comunidade, distinta das entidades públicas e dos particulares, mostrando-se como sujeito autônomo, e que se vê representado processualmente na identificação de um de seus membros, a parte que em si contém o todo.

Atribuir ao cidadão o poder de buscar a tutela do direito que compartilha com um grupo indeterminado é um avanço legislativo significativo. Caso se reconhecesse que apenas o Estado, através de seus órgãos, pudesse promover a tutela coletiva, seria uma limitação injustificável na era contemporânea, tanto por se negar ao particular a busca de um direito que lhe pertence quanto pelo fato de que seria inadequado considerar como sendo tal interesse de exclusividade estatal.

Outro ponto de destaque está no artigo 11 da lei quando se dirige diretamente ao juiz, permitindo-lhe condenar ao pagamento pelas perdas e danos que venham a ser reconhecidos em sentença, ainda quando não se fizer constar tal pedido na petição inicial. Aqui é possível visualizar o correto parâmetro de proteção da lei, concebendo o direito objeto da ação como de todos, e não apenas do autor, aplicando-se de ofício a tutela prevista no ordenamento.

Não é a presença de um autor de ação judicial, de forma isolada, que poderá impedir a identificação de uma demanda de direitos difusos. A determinação de um pedido de caráter individual não altera a essência do direito difuso que pode estar refletido na ação judicial.

Contudo, embora a evolução normativa seja louvável, torna-se necessário destacar duas importantes limitações.

A primeira delas está no fato de que a lei considera que o patrimônio imaterial que ela abrange é de titularidade das entidades públicas, reconhecendo apenas nelas o respectivo sujeito de direito. Não se considera a sociedade como o titular dos direitos, refletindo o conceito clássico de que os bens comuns são públicos e cabe ao Estado a sua titularidade para efeito de proteção jurídica.

Basta observar que o patrimônio imaterial trazido no rol da lei da ação popular não pertence a nenhum governo ou organismo estatal, sendo de titularidade de toda a sociedade. Caso contrário, poderia o ente público, na qualidade de titular do direito, determinar livremente os contornos de seu exercício, ainda que contrário ao apelo popular, o que seria um contra-senso.

A segunda limitação está no fato de que a lei atribui ao juiz o poder de agir de ofício apenas para condenar ao pagamento indenizatório, sem tratar da possibilidade de determinação de obrigações de fazer, uma tutela específica que se mostra muito mais eficaz

que a pecúnia na conservação dos bens imateriais protegidos. Sabendo-se que o autor da ação se limitará a pedir a anulação do ato lesivo, será possível que não haja nenhuma conduta específica na recuperação efetiva do bem que sofreu a lesão.

É por esta razão que somente a compreensão dos bens imateriais como objetos de direitos difusos leva à correta aplicação da proteção jurídica que eles impõem.

Outro instrumento legislativo importante foi a Lei 6.938/81 que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente que legitimou o Ministério Público a intentar ação civil e penal nas hipóteses de danos causados ao meio ambiente.

Fora dos limites da ação popular, inexistia no direito brasileiro uma regra específica que atribua ao cidadão, isoladamente, o poder de requerer a tutela de direitos difusos. O CDC, em seu art. 81, trouxe uma importante evolução tanto pela escrita da palavra “direitos” e não “interesses” quanto pelo reconhecimento de uma titularidade de pessoas indeterminadas em relação a esses direitos difusos.

Destaque-se que a criação dos direitos individuais homogêneos não resolve o problema porque se trata de categoria diversa e autônoma, paralela ao direito coletivo *stricto sensu* apto a tutelar uma situação diferente daquela apresentada por um direito difuso. Nesse sentido, corretamente se posicionou o pleno do Supremo Tribunal Federal brasileiro, em julgamento unânime, no RE 163231-SP, qualificando tais direitos como subespécie de direitos coletivos, conforme se verifica em trecho da ementa: “4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei 8.078, de 11.09.1990), constituindo -se em subespécie de direitos coletivos”. Esta leitura jurisprudencial pelo principal tribunal brasileiro, somada ao que antes foi exposto, parece afastar a inadequada “*capitis diminutio*” daqueles direitos coletivos.

Por vezes pode haver uma confusão conceitual entre os direitos difusos e os direitos individuais homogêneos, mas não há identidade entre eles. Estes últimos tem inspiração nas *class actions for damages* e sua perspectiva é a proteção de direitos individuais que são reunidos em coletividade a fim de evitar decisões conflitantes. Portanto, sua natureza jurídica é de delimitação, ao contrário dos direitos difusos, que tem natureza expansiva.

Contraditoriamente, o CDC restringiu sua legitimidade de ação para os chamados corpos intermediários: o Ministério Público, os entes públicos, as associações. Neste aspecto há uma estagnação do direito, ao negar ao cidadão a proteção direta de um patrimônio do qual é titular. Confirmando esse posicionamento, Luís Roberto Barroso (2014, p. 220) diz que se trata de uma escolha política do legislador ao impedir que pessoas físicas atuem na defesa

destes direitos, permitindo-a apenas para as pessoas jurídicas públicas e privadas, ou a órgãos públicos dotados de autonomia.

Certamente o autor vislumbra a consolidação do direito difuso originariamente na legislação infraconstitucional, por isso tal raciocínio. Somente a percepção da origem constitucional tanto do bem em si como difuso, quanto de sua titularidade, é que permite a correta interpretação que levará à legitimidade do cidadão, como pessoa física, a atuar na tutela do direito que é compartilhado transindividualmente.

Contudo, sendo o ordenamento jurídico brasileiro erguido sobre uma estrutura normativa em que a Constituição Federal possui um traço de ubiquidade, uma vez que ela consolidou uma série de direitos conceituados como difusos, trouxe por via de consequência, um elemento a ser incorporado diretamente ao processo civil, tal como se fez com o devido processo legal.

Barbosa Moreira (2014, p. 79) chama a atenção para o fato de que é possível ampliar o horizonte normativo através de um exercício de hermenêutica, promovendo uma interpretação mais aberta do sistema. Cita para tanto, a sentença de um juiz de Passo Fundo/RS que reconheceu a legitimidade ativa de um habitante da cidade para pleitear em juízo a condenação da empresa Cia Rio-grandense de Saneamento (sociedade de economia mista) a pôr em funcionamento as instalações destinadas ao tratamento de esgotos sanitários, cumprindo a finalidade que inspirara a sua criação.

São interpretações como essa que materializam a correta normatividade constitucional no tocante à tutela de direitos difusos. Embora a ação popular seja um instrumento normativo de grande importância, ela não é suficiente para a proteção de tais direitos, à medida que limita o campo de atuação aos bens jurídicos elencados no seu conceito de patrimônio público.

Barbosa Moreira (2014, p. 79) comenta ainda que no projeto do Código Civil de 2002 havia uma previsão de artigo onde se conferia ao particular, proprietário ou possuidor, o direito de pleitear em juízo o respeito às normas de direito público relativas à vizinhança, à natureza da utilização, às que proíbem a poluição do ar e da água e a destruição da flora. O texto não foi aprovado e deixou-se de avançar de forma substancial no correto enquadramento da proteção ao direito difuso. Ter-se-ia aqui uma ruptura importante no modelo individualista de proteção de direitos no Código Civil.

Imaginemos uma situação em que o particular vá a juízo pedir a proteção de uma obra artística não tombada como patrimônio público e seu pedido seja justamente tal reconhecimento. O art. 23, III, da Constituição Federal diz que os documentos, obras e os

locais de valor histórico e artístico ficam sob a proteção especial do Poder Público. Ocorre que enquanto o bem não for tombado não estará protegido e poderá o particular, no caso concreto, reconhecer o valor da obra como patrimônio difuso, buscando justamente tal qualificação para efeito de proteção.

Não poderá o cidadão utilizar-se da ação popular, posto que o bem não está na definição formal de patrimônio público e não se reconhecendo a legitimidade material do cidadão em buscar diretamente a tutela do bem difuso.

Tomemos por exemplo um contrato de locação para fins comerciais em que o locatário, sentindo que o padrão estético do imóvel não corresponde ao seu negócio, consegue autorização do dono (uma vez que se trata de imóvel privado não tombado) para trocar a fachada de azulejos portugueses da época colonial. Sendo uma típica negociação privada, mesmo que fosse objeto de litígio, certamente ninguém se preocuparia em discutir o valor histórico do material de construção e sim o aspecto negocial. E caso algum vizinho perceba o iminente dano ao bem difuso, terá que convencer o Ministério Público a agir em tempo hábil porque ele mesmo diretamente não poderá buscar a tutela do bem.

Oportuna aqui uma reflexão sobre a possibilidade de atuação de ofício do juiz na tutela do bem difuso passível de lesão. Pela lei da ação popular, pode o magistrado, em reconhecendo a invalidade do ato impugnado, determinar a condenação do agente em perdas e danos, medida a ser exercida de ofício. Aqui, como se trata de um comando do legislador dirigido diretamente ao juiz, abre-se importante exceção ao princípio de proibição do julgamento *extra petita*.

Tomemos outro exemplo. Na cidade de Recife, um edifício de nome Vila Mariana foi construído no ano de 1976, no Bairro Parnamirim, cujo arquiteto projetou uma “fachada verde”. Devido à originalidade e por ter sido obra de grande interesse para a cidade, sendo tema de dissertações de mestrado na UFPE e tema de documentário, a obra foi tombada pela Prefeitura, e o imóvel é registrado como um IEP há mais de dez anos. Recentemente os moradores resolveram retirar as plantas que caracterizam a fachada, estendendo a sala e eliminando a varanda, ao mesmo tempo que instalaram vidraças que possibilitam a instalação de ar-condicionado. Um dos argumentos é o barulho da rua que se tornou bastante movimentada ao longo dos anos. O arquiteto deseja impedir a alteração da sua obra e diz ter direitos autorais sobre a estética da fachada. (Disponível em: <<http://curiosamente.diariodepernambuco.com.br/project/arquitetura-de-predio-mais-verde-do-parnamirim-pode-virar-caso-de-justica/>>, acesso em 20.12.2015).

Perceba-se que o argumento foi o direito autoral e não o direito difuso ali presente. Embora não seja um requisito essencial, o tombamento registra um segundo direito sobre o bem privado, de titularidade difusa. Trata-se do patrimônio arquitetônico e deve ser objeto de tutela em ação a ser intentada por qualquer cidadão, e não só o arquiteto, por ser aquele o titular do direito, em conjunto com as demais pessoas.

Por fim mais um exemplo. No distrito de Kensington, em Londres, as casas de certa rua são construídas em estilo georgiano, o que caracteriza a região da cidade. A dona de uma casa local, avaliada em 15 milhões de libras, tinha planos de demolir a casa e edificar uma nova construção de cinco andares com piscina e amplo porão. Os vizinhos foram a juízo e conseguiram impedir a execução do projeto. Como retaliação, a proprietária, uma milionária de 71 anos, mandou pintar a casa de listras brancas e vermelhas, o que causou terrível efeito estético na rua e grande revolta entre os vizinhos. Segundo ela, a lei dispensa projeto para realização de simples pintura. (Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/04/milionaria-pinta-casa-com-listras-vermelhas-para-se-vingar-de-vizinhos.html>, acesso em 30/11/2015).

Descaracterizar uma rua na sua estética paisagística é um dano a direito difuso e não tendo ela tombamento, podem as autoridades locais entenderem que o caso trata de mero dissabor entre vizinhos, desconsiderando o dano difuso. Por isso, é preciso que cada cidadão tenha reconhecida a sua titularidade difusa sobre o bem, no campo material, e a consequente legitimação para requerer a tutela judicial.

Ao criar o direito difuso, o texto constitucional brasileiro criou uma nova titularidade, no campo material, a da sociedade, redimensionando o processo pensado para um contorno individualista. Justifica-se aqui o poder de cada indivíduo buscar em juízo a tutela de um direitodifuso.

Atente-se para o fato de que o dano a direito difuso não possui como marca essencial o dano econômico, por isso mesmo as tutelas repressivas mostram-se insuficientes para a correta proteção do bem. A tutela jurisdicional deve assumir uma tutela preventiva, já que nenhuma indenização devolverá o *status quo* de uma obra histórica destruída, de uma paisagem singular ou de um mangue aterrado.

Dando continuidade ao estudo da tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro, essencial se faz analisar a ação civil pública, um importante instrumento de proteção de pretensões subjetivas de caráter coletivo criada pela Lei 7.347/85 e complementada pela Lei 8.078/90.

5.5 A experiência estrangeira na proteção de direitos difusos.

Há uma tendência do mundo ocidental à proteção de direitos transindividuais a partir do final do século XX (uma ruptura essencial com o paradigma individualista implantado com a revolução francesa) e que marca uma nova fase da modernidade.

É fato que o problema da legitimidade no campo processual quanto ao pedido de proteção de um direito difuso tem gerado obstáculos para a consolidação de uma tutela ampla e efetiva nos ordenamentos jurídicos ocidentais. A solução que sempre pareceu mais viável foi a criação de representantes dessa massa invisível, iniciando-se pela polarização entre o Estado e o Ministério Público. A evolução legislativa foi possibilitando, todavia, que outros entes conseguissem tal legitimação, merecendo destaque os países e modelos apresentados na obra de Mauro Cappelletti (1977,*passim*) e apresentados a seguir.

Reunidos de forma didática, pode-se apresentar os modelos adotados a partir de seus instrumentos jurídicos e processuais que permitem uma legitimação para agir diante de direitos metaindividuais: criação de instituições de organismos públicos especializados, extensão da legitimação a sujeitos privados (indivíduos e associações), e extensão dos poderes do juiz.

Ao redor do mundo ocidental os ordenamentos criaram outros tipos de corpos intermediários que pudessem atuar na defesa do bem comum em âmbito administrativo. A concepção é de que certos direitos individuais refletem coletivamente, atingindo um número indeterminado de pessoas, o que torna impossível a sua identificação e agrupamento em um processo. Por isso, tais grupos intermediários ganham legitimidade para atuar na defesa dessas pessoas.

No Peru o art. 82 do “Código Procesal Civil” traz o tratamento processual para a tutela dos interesses difusos. A lei mantém a expressão “interesses” quando deveria tratar indubitavelmente como “direitos”, contudo, não se pode deixar de registrar a importante evolução no tratamento das matérias que ultrapassam o direito individual.

O texto normativo preferiu não deixar a cargo da doutrina a definição do que seja um interesse difuso, e assim o definiu: “*Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos o del consumidor.*” São legitimados para interpor a ação o Ministério Público e as associações sem fins lucrativos. A sentença definitiva tem efeito *erga omnes*.

Para Antônio Gidi a lei não deveria ter restringido a tutela para “bens de valor patrimonial inestimável” porque retira do processo o seu foco principal que é a violação do direito. Segundo ele isso “crea innecesariamente un incidente en el proceso donde, en vez de debatir el mérito del proceso, discutiese si el valor del bien es inestimable o no.” (2010 , p.363)

Na Suécia criou-se a figura do “ombudsman do consumidor”, na Inglaterra o Director General of Fair Trading para atuar contra o abuso do poder econômico e o Race Relations Board contra a discriminação racial. Nos Estados Unidos tem-se a Attorney General na tutela do meio ambiente e do consumidor. No Brasil, foram criados órgãos governamentais como o Conselho de Direitos Humanos e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Na Inglaterra foi criado em 1973 a figura do *Director-general of Fair Trading*, com o dever de iniciar procedimentos diante da Restrictive Practices Court contra práticas monopolísticas lesivas ao interesse público. Em seguida criou-se um *Race Relations Board*, com o dever de instruir procedimentos civis contra discriminações raciais.

Na Índia há um *Registrar for Restrictive Trade Agreements*, com o dever de operar como advogado do interesse público.

Em Ghana criou-se a instituição *Environmental Protection Council*, com o poder de instaurar procedimentos civis para a proteção do ambiente.

Em 1970, a Suécia criou um Conselho denominado “*ombudsman* dos consumidores”, formado por 25 membros: o *ombudsman*, o seu substituto, e uma equipe de juristas e economistas. Sua legitimação permite atuação em demandas sobre abusos comerciais e publicitários que causem danos aos consumidores. O destaque está no fato de que ele não tem um monopólio das ações diante da Corte de Mercado, as associações de consumidores podem agir em paralelo. Também neste país, qualquer cidadão possui legitimidade para agir diante da Corte diante de atividade nociva ao meio ambiente natural, ainda que não diretamente interessado.

A França editou a Loi Royer em 1973 permitindo o acesso à Justiça às associações de consumidores. Criou, contudo, um sistema de controle de sua atuação, conferindo ao Ministério Público o poder de coibir abusos no exercício desse direito coletivo.

A Suécia e a França abarcam, assim, um modelo híbrido de legitimação na proteção de direitos difusos, integrando a ação e o controle dos organismos governamentais com a iniciativa dos indivíduos e dos grupos privados diretamente ou, tão-somente, indiretamente interessados. Na análise de Mauro Cappelletti (1977, p. 8) trata-se do “[...] mais eficaz meio de solução do nosso problema: soluções compostas, articuladas, flexíveis, por si

só capazes de dar uma adequada resposta a um problema assim complexo como é aquele da tutela jurídica dos novos, emergentes e vitais interesses coletivos”.

Instituto de uso frequente na Inglaterra e Austrália, os *relator actions* preveem a ação direta de um indivíduo ou uma associação privada na hipótese de omissão do *attorney general*, este o real legitimado para agir em casos de violação a interesses públicos. Ressalta-se que mesmo com essa atuação subsidiária, o indivíduo ou associação mantem-se sob o controle do attorney a fim de evitar abuso de direito.

Para Mauro Cappelletti (1977, p. 8) tanto a legitimação do Ministério Público quanto a de entes representativos se mostram insuficientes para uma efetiva tutela dos interesses difusos (utilizando-se aqui a terminologia do autor quanto a “interesses” e não “direitos”). Baseado nos estudos do alemão Hein Kötz, afirma que “nem mesmo as entidades públicas especializadas estão em condições de assegurar uma adequada tutela aos interesses coletivos econômicos, sociais e ambientais”. Para ele também a ciência política já reconhece que assuntos como saúde, segurança de tráfego, meio ambiente, são muito “difusos” para serem tomados a sério pelos órgãos governamentais.

Não se coaduna com os novos tempos a possibilidade do exercício da cidadania resumir-se apenas a atuação do indivíduo quando participante de órgãos públicos que permitam o ingresso da sociedade civil (os conselhos e comitês). Se os chamados direitos de solidariedade lhes impõe deveres, também os confere o direito de participação direta na proteção dos direitos difusos de que é titular. Sem dúvida, o empoderamento do cidadão será uma importante ferramenta na batalha de proteção aos bens difusos. Como bem afirma Marinoni (2010, p. 116), “a jurisdição toma o seu lugar para a efetivação da democracia, que necessita de técnicas de participação ‘direta’ para poder construir uma sociedade mais justa”.

Nos Estados Unidos, com base no Air Act, de 1970, tanto o órgão público chamado de Environmental Protection Agency quanto qualquer cidadão privado, ainda que não pessoalmente interessado, pode agir contra outro sujeito privado, ou contra ente público que cause poluição à atmosfera. Também neste país, a *class action* se destaca como outro tipo de legitimação, muito se assemelhando a nossa ação civil pública, mas guardando suas singularidades. Trata-se de um tipo de processo no qual uma pessoa ou um grupo limitado de pessoas atuam em juízo na qualidade de representantes de um grupo maior, uma classe, em razão de compartilharem um interesse comum.(BARROSO, 2014, p. 224-225)

Seu objeto está nas pretensões que envolvem pedidos de obrigação de fazer ou de não fazer, ou mesmo indenizações, que uma vez concedidas se dirigem a toda a classe representada por aquele requerente individual. Em seu rito processual, o juiz realizará uma

espécie de juízo de admissibilidade para determinar se a classe será mantida, ou seja, se o processo se caracteriza como uma *class action*. É o momento processual chamado de certificação da classe (*class certification*).

Note-se que nela se vê a possibilidade de ajuizamento pelo cidadão individualmente considerado, mas o ato processual da certificação da classe é a prova de que não se trata ainda de um interesse de agir em matéria de direitos difusos. Ali ainda se litiga no interesse de um grupo e não de toda a sociedade, num compartilhamento de titularidades. Não obstante, o modelo vai além da ACP brasileira exatamente por não isolar a legitimidade de agir no ente público ou pessoas ou órgãos intermediários.

Já no que diz respeito ao rito processual da *class action* tem-se um elemento dificultador que já foi superado no Brasil. Nela se exige a notificação de todos os membros da classe, embora a ação seja ajuizada por um único indivíduo. Na ACP o peticionante age individualmente permitindo-se uma segunda etapa processual, onde cada indivíduo que se considera enquadrado na sentença poderá exigir a execução individualizada. O procedimento brasileiro mostra-se mais célere e, nesse contexto, mais eficiente.

Também em relação aos efeitos nosso sistema se mostra mais protetivo. Enquanto na ACP não há possibilidade do grupo representado sofrer qualquer efeito negativo decorrente do pedido da ação (ou é beneficiado ou não é prejudicado), na *class action* a classe sofre os efeitos positivos e negativos da sentença.

O fenômeno da globalização e a expansão de uma tecnologia que só amplia as possibilidades de comunicação e interação entre pessoas enseja de forma natural a criação de novas demandas que vão além do interesse individual. E para uma demanda transindividual nem sempre se adequarão as velhas categorias, pensadas para um mundo individualista e descompromissado com o entorno.

Há inovações importantes do ponto de vista do direito material que clamam por uma adequação do direito processual, pois a sua ampla tutela só será alcançada quando as duas disciplinas utilizarem a mesma linguagem normativa e receberem do intérprete o mesmo exercício de hermenêutica. Para um ordenamento jurídico moldado para o transindividual, há que se garantir um processo preparado para o litígio transindividual.

O processo civil e o Direito material são, pois, vítimas casadas dessas grandiosas transformações. Um e outro, como irmãos siameses, pedem uma postura cirúrgica-reparadora concomitantemente. Se é correto, na arguta observação de José Carlos Barbosa Moreira, que (nenhuma) ‘revolução’ puramente processual é suscetível, por si só, de produzir, nas estrutura jurídico-social, modificações definitivas”, também é exato que sem uma insurreição no processo tradicional, qualquer alteração, por profunda que seja, no Direito Material não passará de uma cortina de fumaça a esconder e perpetuar as injustiças e desmandos do individualismo arcaico. (BENJAMIN, 2014, p. 306)

O sujeito individualista do início da era moderna, que age somente em seu próprio interesse, não tem mais lugar no ordenamento jurídico brasileiro, assim como em inúmeros outras partes do mundo. A possibilidade de tutela coletiva e a proteção do bem comum moldam um novo indivíduo, mais solidário e mais atuante, devendo a lei dar-lhe o instrumental necessário para a construção de uma sociedade mais justa e mais equilibrada.

Há um lento e necessário declínio de um modelo individualista que moldou o direito material e o direito processual ao longo da era moderna e que ao superar a dicotomia público-privado, dá lugar a novas estruturas jurídicas capazes de abarcaras novas demandas de caráter metaindividual. No direito civil há um impacto notório no direito das coisas, no direito contratual e no direito de danos; no campo processual torna-se urgente a revisão da legitimidade processual, do rito processual destinado a demandas coletivas e do alcance das sentenças destinadas à proteção do bem comum. São as demandas trazidas pela evolução do mundo contemporâneo.

6 MEIO AMBIENTE E PATRIMÔNIO HISTÓRICO COMO BENS DIFUSOS EM CONSTANTE DIÁLOGO COM A PROPRIEDADE PRIVADA.

6.1 A titularidade difusa do meio ambiente e as relações privadas.

Quando as primeiras discussões sobre ecologia se iniciavam na década de 70 na Convenção de Estocolmo, o mundo ensaiava a criação de um novo valor social que mudaria definitivamente a estrutura dos ordenamentos jurídicos no final do século XX: a sadia qualidade de vida.

O direito ambiental tornou evidente a inauguração de uma nova seara de direitos por parte do texto constitucional, os chamados direitos difusos, e tantos outros o seguiram nesta qualificação. Ele nos fez compreender que certos direitos não se realizam unicamente no indivíduo e também não se adequam a grupos determinados, eles partem do metaindividual para realizar o individual por via reflexa. Trata-se de um direito que recompõe o sentido das titularidades dos sujeitos de direito já conhecidos. “O sentido da autonomia do sujeito deve ser buscado em sua *auto-organização*, produto mesmo da organização bio-psíquica e do reconhecimento do homem simultaneamente biológico e cultural.” (CARVALHO, 2006, p. 107)

A partir da visão estóica, os antigos propunham a observação da ordem natural que se dá independente da deliberação humana. E nesse sentido, “o essencial era conseguir concretamente, na prática, acordar-se com a harmonia do mundo, a fim de nele encontrar o justo lugar que cabia a cada um no Todo.” (FERRY, 2010, p. 53) Também Cícero, o grande orador romano, fez reflexões sobre a visão de rede que é refletida no meio ambiente:

Aquele que quer viver de acordo com a natureza deve partir da visão de conjunto do mundo e da providência. Não é possível emitir juízos verdadeiros sobre os bens e sobre os males sem conhecer todo o sistema da natureza e da vida dos deuses, nem saber se a natureza humana está ou não de acordo com a natureza universal. (FERRY, 2010, p. 52)

Marc Halévy (2020, p. 53) defende que a era moderna está acabando e que já ingressamos na chamada “era noética”, a era do compromisso cósmico, do compartilhamento, a visão do universo como um todo complexo e orgânico, sempre em evolução. Para ele essa percepção do mundo proporciona um novo nível de consciência, um salto de conhecimento. “Se a era “moderna”, que está terminando, foi uma era de orgulho e vaidade, a era noética, que está começando, será a era da modéstia e do respeito.” (HALÉVY, 2010, p. 52)

Na seara do Direito é o que se consolidou de princípio da solidariedade, que impõe um agir ético entre o humano e o não humano, numa completa harmonização de interesses.

Torna-se factível que se concorde com Morin que, toda a carga simbólica depositada na figura da “Terra-pátria” venha a frutificar numa política de civilização pautada pela “ética da solidariedade”, numa espécie de operador lógico de todas as ações humanas, instaurador da *democratização civilizatória*. (CARVALHO, 2006, p. 112)

A previsão do direito à sadia qualidade de vida, tal qual exposto no art. 225 da Constituição Federal Brasileira, ao mesmo tempo em que estabeleceu o meio ambiente como bem de uso comum, consolidou um direito difuso e indivisível que ultrapassa a seara do domínio tal como previsto no direito das coisas e cuja titularidade também é difusa, já que “todos” é a qualificação legal da sociedade como sujeito de direito e não é possível a identificação com os outros sujeitos já existentes no ordenamento.

Não se ajusta tal direito como pertencente a categorias de pessoas, tal qual se dá com os direitos coletivos. Sua natureza jurídica é de direito difuso, exigindo uma nova forma de interpretação do direito positivo, especialmente quando envolvido em relações privadas. Por esta razão afirma Rui Piva (2000, p. 15) que “o bem ambiental é um *direito*, logo, um bem jurídico imaterial, além de difuso.”

Na expressão de Gofredo ao tratar da ordem jurídica a partir do direito quântico, trata-se de definir a ordem pela unidade do múltiplo, uma feliz expressão que se adequa com perfeição ao meio ambiente como bem difuso: “A disposição conveniente, que é a disposição em razão de um fim, relaciona, conjuga, liga seres múltiplos e diversos, e, portanto, faz, desses seres, partes de um só todo, ou seja, partes de uma unidade. Eis porque podemos também definir a ordem: unidade do múltiplo.” (*apud* PIVA, 2000, p. 150)

É importante lembrar que a movimentação urbana tem nos recursos naturais o elemento fundamental para seu funcionamento. A matriz energética de um país depende de seu aporte de bens naturais, e estes se caracterizam como um patrimônio difuso que nem sempre é bem gerido por governos e empresários.

Este é, inclusive, um dos grandes temas do início do século XXI e foi objeto de trabalho da Conferência do Clima realizada em Paris em dezembro de 2015, evento precedido de outro, meses antes, a Cúpula das Nações Unidas Sobre Desenvolvimento Sustentável, sediado em Nova York e responsável pela assinatura da Agenda 2030, documento assinado

por mais de 200 líderes mundiais que nele se comprometeram em trabalhar ativamente para garantir o fim da fome, a desigualdade de gênero e o desenvolvimento sustentável.

Um dos temas da Agenda 2030 é a matriz energética porque os combustíveis fósseis se mostram limitados e poluentes, o que tem feito os países iniciarem uma corrida por novas matrizes energéticas, mais eficazes e mais limpas. Porém, o que se destaca aqui é que embora seja louvável a busca por uma nova matriz energética considerada ambientalmente limpa, o fato é que a consequência é um novo tipo de recurso natural a ser explorado economicamente. E se os países não possuírem um ordenamento jurídico preparado para reconhecer esses recursos naturais como bens difusos a serem protegidos quando envolvidos nas relações comerciais, corre-se o risco de causar sérios danos ao bem comum em nome do desenvolvimento.

Esse novo nicho de mercado, nascido com o surgimento das chamadas tecnologias limpas, tem propiciado notícias de jornais que há pouco tempo seriam objeto de gracejos, a exemplo de uma start-up canadense Vitality Air que começou a vender “ar engarrafado” para os chineses, como alternativa para os altos níveis de poluição naquele país. A garrafa com ares mais puros está disponível em duas opções: oxigênio puro, com 97% de oxigênio e 3% de outros gases, ou “ar fresco e limpo”, com 78% de nitrogênio, 21% de oxigênio e uma pequena quantidade de outros gases. Com R\$ 90 reais, é possível comprar 10 litros do oxigênio puro, que garante aproximadamente 200 inaladas, ou 7,7 litros do “ar fresco e limpo”, suficientes para 150 inaladas. (Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/chineses-estao-comprando-ar-engarrafado-no-canada>, acesso em 27.12.2015).

Se este tipo de atividade não é regulamentada, permite-se a apropriação de um bem difuso para fins econômicos, sem critérios legais, científicos ou de sustentabilidade, cujas consequências podem ser desastrosas.

E em se tratando de direitos ambientais, sociais e do tipo fraternal, a sua efetividade se eleva à condição de dado conceitual de toda a economia do país. É dizer, economia que já não restringe a sua noção de dinamismo à abertura para as inovações tecnológicas e aos ganhos de produtividade; tem que passar pelo atendimento às necessidades de preservação do meio ambiente e às postulações de segurança social e de uma decidida integração comunitária (logo, fraternal). (BRITTO, 2010, p. 28)

Merece destaque o fato de que é preciso ainda separar o meio ambiente como um bem jurídico autônomo em relação aos seus componentes, onde cada um desses elementos recebe tutela específica, de modo a tutelar o bem mais amplo, este sim um bem unitário caracterizado como bem difuso. Torna-se pertinente a distinção entre bem ambiental e

recursos ambientais, podendo estes últimos serem objetos de negócios privados desde que cumprindo os deveres jurídicos impostos pela tutela do bem maior.

6.1.1 A patrimonialização dos recursos naturais e os riscos à tutela dos bens difusos.

Historicamente e culturalmente os processos de produção de riqueza sempre passaram pela apropriação dos recursos naturais. Sendo o primeiro momento de abundância, não havia motivo para preocupação com sua sustentabilidade, só muito recentemente, no último quadrante do século xx que a finitude dos recursos naturais passou a ser uma certeza da qual não se pode fugir, exigindo uma nova forma de relação entre o humano e o não humano.

Em algumas sociedades onde se praticava a caça e a horticultura, o ser humano não tinha o sentimento de apropriação, pois se via como parte integrante do meio, portanto, lhe era estranha a ideia de patrimônio. A ideia de propriedade privada sobre os recursos naturais só nasceu com a agricultura, quando se passou a produzir mais do que se necessitava. E junto com ela veio a degradação ambiental.

O mundo contemporâneo tem descoberto novas formas de relação com a natureza, partindo de uma mudança na valoração que a ela atribui, gerando novas perguntas sobre o limite a ser dado pela lei. Às limitações impostas à propriedade pelo princípio da função social somou-se as restrições em razão de necessidade de proteção dos bens difusos, especialmente o meio ambiente, os quais resguardam conotação própria. É possível perceber uma nova finalidade do direito: a qualidade de vida.

A doutrina de Ricardo Lorenzetti (2010, p. 19) chama a atenção para as três esferas que envolvem o indivíduo, a íntima, a privada e a social, delimitando novas hipóteses de delimitação de conflitos. “Com o paradigma ambiental, os conflitos surgem na esfera social, que contempla os bens públicos e aqueles atos que realiza o indivíduo situado na ação coletiva. Nesse cenário o individual não tem primazia e não rege a reciprocidade, já que é um conflito onde se afeta o bem comum.”

O autor ainda confunde os conceitos de bens difusos com bens públicos, distinção já tratada neste estudo, assim como usa a expressão “ação coletiva” para designar a esfera social. Não obstante, tais escolhas conceituais em nada reduzem a importância do que é dito. Há sem dúvida um metavalor crescente nos ordenamentos jurídicos ocidentais, redimensionando as estruturas criadas para a resolução de conflitos.

Os bens difusos dão origem a um conflito ético entre o paradigma dominante do capitalismo, baseado na competição, e o paradigma solidarista que se ergue sobre uma ideia

ecológica e comunitária do mundo. Ugo Mattei(1995, p. 61) chega a dizer que a lógica do bem comum supera o reducionismo cartesiano, bem como o “delírio storico della modernità che ha portato l’umano (soggetto astratto) a collocarsi al di fuori della natura, autoproclamandosi suo *dominus*”.

A Constituição Brasileira vigente deixa claro que o conceito de valor não é preenchido unicamente pelo atributo econômico, estando ao seu lado o referencial de valor ecológico, de igual hierarquia. Portanto, a ordem econômica estabelecida pelo art. 170 da Constituição Federal de 1988 é pautada na utilidade econômica dos bens, na mesma proporção da defesa do meio ambiente e da função social. São estes critérios que regulam a apropriação dos bens com base na sua função. Como bem assenta Hans Jonas (2006, p. 39), “a natureza como uma responsabilidade humana é seguramente um *novum* sobre o qual uma nova teoria ética deve ser pensada”.

Desse modo, quando um espaço natural ou elemento da biodiversidade é passível de exploração econômica, é caracterizado como bem ambiental, e seu uso redefine o conceito clássico de apropriação limitado à propriedade.

A doutrina de José Robson da Silva (2002, p. 14-15) afirma que há duas novas formas de apropriação da natureza, para além de um apropriar físico: a apropriação estatal e a apropriação pelo intelecto. Na era contemporânea, o Estado tomou para si o que era considerado *res nullius* e as chamadas ciências naturais (física, química, biologia) propiciaram uma apropriação mais sutil, através do fenômeno da desmaterialização da natureza, incorporando saberes técnicos e reduzindo-a a puro conhecimento, para em seguida apropriá-la. “A natureza desvendada pela ciência é valorizada economicamente e ingressa no Direito como patrimônio”.

Quando o Estado se comporta como um titular privado sobre os bens ambientais, corre-se grandes riscos na preservação desses bens. Há uma tendência muito forte dos governos em ofertar o controle de acesso e exploração dos bens intitulados de comuns, a exemplo dos bens ambientais, realizando-se verdadeira privatização dos espaços e restrição do acesso popular.

Neste aspecto, o fracionamento do meio ambiente coloca em risco a sua preservação, à medida que ele permite não só a apropriação privada, como a regulação normativa a partir da perspectiva do domínio. Nessa seara de pensamento, bem adverte José Robson da Silva (2002, p. 222):

A principal estratégia da patrimonialização da natureza parece ser a fragmentação. É pela fragmentação da natureza que o processo de apropriação é desencadeado. Embora o ambiente não possa ser objeto de direitos reais, o Direito positivo por mecanismos de desmonte acaba por engendrar e constituir a propriedade privada.

Tomemos como ponto de observação o contrato administrativo. Ele dá ao particular um acesso exclusivo, o que torna irrelevante a atribuição de uma titularidade, e o Estado, como contratante, age tantas vezes no interesse econômico e negligencia seu dever constitucional de guardião e gestor dos bens difusos. “Contratos administrativos passam a ser instrumentos que viabilizam a apropriação privada dos bens de uso comum do povo e tornam-se mecanismos de delimitam e impedem o uso popular dos bens.” (SILVA, 2002, p. 118)

Outro exemplo que nos leva à reflexão está numa medida tomada pelo governo federal, vigente desde 2006. Foram incluídas na lista de compra do Programa Nacional Biblioteca da Escola (PNBE) as conhecidas revistas em quadrinhos. O PNBE tem por objetivo compor acervos de bibliotecas escolares públicas em todo o País. Neste ano, das 28 obras em quadrinhos compradas pelo PNBE para ser distribuídas, 61% são versões de clássicos. A lista de adaptações que chega às escolas públicas é ampla. Vai de romances brasileiros como O Guarani e Dom Casmurro a clássicos universais, casos dos shakespearianos Otelo e Hamlet. Considerando o baixo interesse dos jovens pela leitura, pergunta-se se a substituição de clássicos da literatura por adaptações que quase sempre alteram a versão original, não seria uma violação ao direito difuso (patrimônio literário). Enquanto o Estado tem o dever de estimular a leitura de qualidade, acaba por estimular uma leitura incompleta e distorcida, comprometendo a boa formação de crianças e jovens do país. (Disponível em: <<http://www.cartaeducacao.com.br/artigo/o-negocio-dos-quadrinhos/>, acesso em 15.09.2014).

É fato que o Estado não se comporta como um guardião eficiente dos bens difusos.

Há uma tendência muito forte dos governos em ofertar o controle de acesso e exploração dos bens intitulados de comuns, a exemplo dos bens ambientais, realizando-se verdadeira privatização dos espaços e restrição do acesso popular. Desta forma, o contrato dá ao particular um acesso exclusivo, o que torna irrelevante a atribuição de uma titularidade.

Na Itália durante o governo de Berlusconi, em 2002, quando este realizava a “segunda geração de privatizações”, foi proposta a privatização do serviço de distribuição das águas do país, gerando amplo debate na sociedade que passou a discutir o regime jurídico a ser aplicado aos bens comuns. O resultado foi um plebiscito em 12 e 13 de junho de 2011 no

qual 95% dos participantes optou pela revogação da privatização da distribuição das águas. Um pouco antes do plebiscito foi instituída a “Comissão Rodotá”, presidida por Stefano Rodotá, cujo relatório sugeriu novas perspectivas sobre a teoria dos bens, onde os bens públicos seriam assim denominados não a partir de sua titularidade, mas a partir de sua função. Dantas e Rentería (2016, p.136)

No Brasil, a imprensa noticiou em 2016 (Disponível em: <<http://www.correiodobrasil.com.br/multinacionais-querem-privatizar-uso-da-agua-e-temer-negocia/>>, acesso em 22/05/2017) a possibilidade de privatização do Aquífero Guarani por iniciativa do governo federal que o enquadraria na lista de bens públicos privatizáveis. Os principais interessados seriam os conglomerados da Nestlé e da Coca-cola. Trata-se de um dos maiores mananciais de água doce do mundo, uma reserva de mais de 1,2 milhão de km², com 2/3 desse total em área brasileira, que passaria a ser explorada pela iniciativa privada através de contratos de concessão com vigência de mais de cem anos.

A concepção de que a água é um bem mercantil e não um direito fundamental contribui para equívocos como esse. No Brasil, a lei 9.433/97 (Lei de Recursos hídricos), já em seu art. 1º, III, dita como fundamento legal que “a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico”. Verifica-se que tal fundamento presente em lei federal é totalmente discrepante dos postulados trazidos pelo art. 225 da Constituição Federal, retirando o foco legal de bem difuso para bem de valor econômico, proporcionando riscos perigosos no trato jurídico de um bem fundamental para a vida humana. O Estado não pode se considerar titular do bem difuso com liberdade de exercer domínio sobre tais bens, estabelecendo um direito real. A titularidade é da sociedade e sua indisponibilidade é preceito constitucional.

A concepção de que a água é um bem econômico já guarda repercussões perigosas no mundo ocidental. O Banco Mundial defende que o Estado deve deixar para os particulares o gerenciamento ou a propriedade das águas, devendo apenas estabelecer as regras do jogo. Na mesma esteira, na década de 90 foi aprovada a Declaração de Dublin em uma conferência intergovernamental. Nela foi consignado que “a água tem um valor econômico em todos os seus vários usos e deveria ser reconhecida como um bem econômico”. A declaração afirma ainda que a atribuição de valor econômico evita o desperdício, promovendo um uso eficiente e igualitário. (AZEVEDO, 2008, p. 107-108)

A afirmação encontra convergência no pensamento de Ricardo Lorenzetti (2010, p. 35) que assim se posiciona sobre a gestão das águas:

Chegou a hora em que devemos pensar o problema da água em termos de escassez e de interesses competitivos que devem ser justamente reconciliados. Disso deriva o desenho de instituições que tratam os bens comuns com base em incentivos privados, e por exemplo, se poderia outorgar concessão de direitos de propriedade sobre um rio para oferecer um incentivo para controlá-lo, evitar as inundações e as cheias repentinas.

A tese se mostra equivocada. Enquanto se determinar um guardião exclusivo o bem difuso estará submetido a interesses individuais, especialmente quanto inserido no ambiente de mercado. A exclusão social é um risco iminente.

Plauto de Azevedo (2008, p.104) alerta para o fato de que este século poderá viver conflitos de grande envergadura ligados à água. O autor defende corretamente que a água deve ser tratada como patrimônio humano comum. O fato é que enquanto se expandir e se solidificar a concepção da água como bem econômico, entregue a um guardião nem sempre responsável, mais frágil se torna a sua proteção na concepção enquanto bem comum, de titularidade da sociedade, e essencial à qualidade de vida. As águas precisam ser tuteladas pela ótica do direito de acesso, amplo e irrestrito para as pessoas, e não sobre a exclusividade de sua titularidade ou gerenciamento.

Outro ponto de observação pertinente para o presente estudo está no manejo das florestas, as quais também foram destinadas ao uso econômico por força de lei. Pela demanda social existente no Brasil desde as capitanias hereditárias, tem-se que uma floresta pode sofrer apropriação privada, sendo a exploração comercial da madeira o seu maior expoente. Tal previsão está consolidada no Código Florestal que já em seu artigo 1º-A estabelece normas gerais de exploração florestal.

Só recentemente o mundo passou a conhecer uma forma de exploração econômica das florestas sem que seja necessária a derrubada de árvores, através dos contratos de venda de créditos de carbono. Por esta modalidade o valor econômico da floresta está na sua incolumidade, e não na derrubada de árvores, numa perfeita harmonização entre iniciativa econômica privada e sustentabilidade.

Por outro lado, a concessão de florestas públicas, realizada por meio de contrato administrativo é regulada pela Lei 11.284/06, o que gera vulnerabilidade do bem ambiental quando não adequadamente fiscalizada pelo Poder Público. Em seu art. 3º, III, a lei define a concessão como a “delegação onerosa, feita pelo poder concedente, do direito de praticar manejo florestal sustentável para exploração de produtos e serviços numa unidade de manejo, mediante licitação, à pessoa jurídica (...)”.

Esta concessão dá ao particular o poder de gestão sobre o bem ambiental, o que naturalmente afasta a sociedade da fiscalização da atividade. Basta lembrar que nenhum cidadão terá acesso a essas áreas, mesmo sabendo que é o verdadeiro titular do direito ao equilíbrio ecológico. Neste contexto, quando o Estado não desempenha corretamente seu dever de fiscalização, o particular se vê limitado em seu poder de atuação na busca do equilíbrio ambiental.

O problema da patrimonialização da natureza, e sua titularidade ligada ao Estado, leva ao problema de gestão dos recursos ambientais. Ao serem denominados bens públicos, afasta-se a sociedade desse processo, às vezes impedindo taxativamente a sua participação nos instrumentos de controle e gestão, como é o caso da concessão de uso dos recursos minerais e autorização para exploração da biodiversidade brasileira, especialmente o material genético.

Tais contratos se dão em caráter secreto por ordem do Estado, o que impede um processo de maior controle e transparência, a exemplo do que foi realizado pela organização não-governamental Bioamazônia, ligada ao Programa Brasileiro de Ecologia Molecular para o uso Sustentável da Biodiversidade (Probem) e a multinacional Suiça Novartis Pharma, prevendo a remessa de material genético vivo ou germoplasma para fora do Brasil. (SILVA, 2002, p. 278)

O certo é que a sociedade não deve ser afastada da gestão dos recursos ambientais, posto que é a verdadeira titular dos bens difusos.

A patrimonialização da natureza é um tema transversal, exigindo um diálogo constante entre os vários ramos do Direito, afastando qualquer isolamento conceitual e fazendo transparecer toda a unidade do sistema, seja na sua estrutura ou na função imposta a cada instituto. “*Os bens ambientais demandam um amplo e sofisticado sistema de Direito positivo*” (SILVA, 2002, p.26) e por isso há uma necessidade de criação de novos conceitos que comportem a nova ordem jurídica. É por isso que alguns tratados internacionais, a exemplo da Convenção sobre Diversidade Biológica, começam com a preocupação constante e prioritária de uniformizar os termos a serem utilizados numa temática tão transdisciplinar.

É nesse sentido que se faz importante distinguir as noções de propriedade e de poder de apropriação. A atribuição de bem ao recurso natural não pressupõe direitos e poderes exclusivos a um proprietário, ainda que se permita uma titularidade individual, pois os recursos naturais não se submetem ao regime da propriedade individual, possuem contornos legais específicos no regime de apropriação.

Como bem acentuam Weill, Terré e Simler (1985, p. 17), as coisas comuns não pertencem a uma pessoa porque é de uso comum de todos, mas seria inexato concluir que elas se rebelam contra a apropriação privada. O que ocorre é que há uma particularidade em poder ser utilizada independente de sua verdadeira apropriação. Nesse sentido afirmam os doutrinadores:

Elles n'appartiennent à personne parce qu'il faut que l'usage en soit commun à tous (art. 714, al.1). Mais il serait inexact d'en conclure que ces choses sont rebelles à l'appropriation privée. Ainsi l'air est susceptible d'appropriation sous certaines formes (air liquide, par exemple); il en va de même de l'eau de mer: on peut puiser dans cette eau, ou en extraire le sel sous réserve des règlements. Les choses communes présentent toutefois cette particularité de pouvoir être utilisées indépendamment de toute appropriation véritable.

Na propriedade privada individual a apropriação se dá no interesse exclusivo do titular; quanto aos bens ambientais, essa mesma apropriação só está autorizada numa exploração que cumpra a função ecológica, pois se dá no interesse de um segundo titular, a sociedade. Nas palavras de Patryck Ayala (2007, p.271), “o sistema proposto pela Constituição submete qualquer relação de apropriação de qualquer espécie de espaço ao cumprimento de uma função social, fazendo com que seja integrada uma dimensão de *apropriação social* à atividade econômica”.

Ressalta-se aqui somente o equívoco da utilização da expressão “função social” como sinônimo de “função ambiental”, consideradas no presente estudo como categorias distintas. A função social engloba as relações entre o indivíduo e seus pares na sociedade, a função ambiental engloba as relações entre o humano e o não-humano.

O certo é que para que um bem possa ter um titular exclusivo ele deve ser passível de apropriação exclusiva. Mas há bens que estão fora deste contexto, pela valorização social que recebem (de caráter não econômico), a exemplo dos recursos naturais.

É possível notar como os recursos naturais foram recebendo novas valorações pelo ordenamento jurídico à medida que passaram a refletir novos valores econômicos e políticos. O ar limpo, por exemplo, que sempre foi considerado inapropriável pela sua extrema fluidez, nas últimas décadas passou a ter grande valor econômico, podendo ser objeto de contrato de crédito de carbono a partir do conhecido Protocolo de Kyoto, importante tratado internacional para redução da poluição firmado em 1997. A partir do momento em que o ar passa a ter valor social e político, passa a ter valor jurídico, deixando de ser *res nullius* passando a ser mercadoria.

Contudo, ao se mencionar o meio ambiente como coisa fora do comércio a menção é feita ao meio ambiente na sua complexidade e não na sua forma fragmentada. Isso se dá porque a sobrevivência humana (biológica e social) depende do acesso e da apropriação a alguns recursos naturais. Sem água, ar e alimento não poderíamos manter a vida humana.

A questão está na definição dos limites dessa apropriação, de modo que alguns recursos naturais tem a aquisição totalmente proibida e outros tem a aquisição permitida desde que nos moldes pré-determinados em lei. E esta não é uma questão fácil de resolver. Isso porque o “comum” não é só um objeto (uma floresta, um geleira), mas, como afirma Ugo Mattei (1995, p. 63), “[...] uma categoria dell’essere, del rispetto, dell’inclusione e della qualità.”

Segundo a doutrina de Édís Milaré (2015, p.510), o patrimônio ambiental é uma categoria abstrata, uma espécie de rubrica *etérea* que serve como *griffe* para caracterizar determinadas espécies de bens, sendo estes dotados de muitos valores diferentes, diante de seus usos múltiplos.

Se podemos considerar o patrimônio ambiental – como aliás, também o patrimônio nacional em seu sentido amplo – como uma categoria abstrata, essa categoria já não se aplica aos *bens ambientais*, que são concretos, *res tangibles ac sensibiles*, perceptíveis por um ou mais sentidos, e até mesmo quantificáveis e valoráveis economicamente em alguns casos.

Também José Robson da Silva (2002, p. 238) destaca as nuances do patrimônio ambiental, percebido tanto pela categoria dos bens como pelas relações econômicas:

Patrimônio ambiental, portanto, é um conceito com pluralidade de sentidos. A sua precisão é dependente do contexto em que se utiliza a expressão, pode tanto significar um conjunto de bens e relações econômicas, como também um conjunto de direitos e obrigações cuja natureza se encaixa na temática dos direitos fundamentais.

É difícil encontrar uma situação de produção de riquezas onde não estejam presentes os recursos ambientais. Por esta razão, a possibilidade de utilidade econômica dos recursos naturais conferida da propriedade privada só tem legitimidade na ordem econômica constitucional quando cumpre a função social e ambiental.

Para melhor compreender essa natureza híbrida dos bens ambientais, observemos situação interessante que surgiu no Parque Nacional de Aspromonte, na Itália. Ali os incêndios eram uma preocupação constante e por isso o Presidente do parque resolveu envolver a sociedade na sua gestão para tentar salvá-lo. Convocou as associações ambientais, as cooperativas sociais e todo cidadão que se disponibilizasse a firmar um “contrato de

responsabilidade social/territorial” onde adotasse um pedaço do bosque ou uma determinada superfície. A experiência garantiu que em cinco anos o parque reduzisse em 80% a média de incêndios. (PERNA, 1995, p. 163)

A iniciativa chama a sociedade, titular do bem difuso, a participar de sua gestão, como sujeito ativo, sem aguardar a iniciativa do Estado, valorizando o cuidando dos bens que considera vitais.

Numa relação contratual cujas obrigações pactuadas venham a causar dano ao meio ambiente, haverá sempre um terceiro bem a ser observado, bem como os direitos e deveres que ele impõe. Neste caso, mesmo que haja o completo adimplemento das obrigações de parte a parte, havendo um descumprimento ao dever de preservação de um bem ou direito difuso, tal fator deve ser ponderado, ainda que as partes não a tenham tornado objeto de um conflito.

6.2 A titularidade difusa do patrimônio histórico e cultural e as relações privadas.

6.2.1 A tutela do patrimônio cultural em Roma

A estética sempre esteve presente na vida das pessoas, como um alimento peculiar necessário ao espírito. Os gregos antigos cultuavam a beleza tanto quanto a filosofia. No mesmo sentido valorativo a identidade de um povo enquanto nação e sua necessidade de fazer-se perpetuar na memória dos povos é que dão sentido às expressões culturais.

Das pinturas rupestres até a pintura de Michelângelo, das danças e rituais religiosos, dos escritos da ciência e da filosofia, e de tantas outras formas de expressão é que se solidifica o legado de cada povo e de cada geração. E numa espécie de acordo coletivo inconsciente cada sociedade define o que deve ser guardado e o que deve ser vivido como marca de sua identidade. A consequência disso é buscar no ordenamento jurídico a proteção legal dessa riqueza imaterial.

Esse tipo de patrimônio não permite a aquisição exclusiva, ensejando outra expressão do pertencimento, excludente da apropriação exclusiva, fundado no compartilhamento e juridicamente enquadrado como bem difuso.

Por ser um bem de valor simbólico, e não econômico, caracterizar e definir os bens históricos e culturais, tutelando-os como difusos, apresenta algumas dificuldades. Não se limitam a bens materiais, e mesmo quando assim se apresentam, é sempre o valor imaterial agregado quem dá o *status* que o torna inestimável.

Esse valor inestimável carregado de simbologia pode ser gerado numa pequena comunidade ou em toda a comunidade global, o que acarreta uma dificuldade metodológica e de definição de tais bens. Aliás, até o século XX sequer podia se falar em uma categoria jurídica que os reunisse.

Contudo, a ausência de uma sistematização dogmática sobre o tema ao longo da história não quer dizer que eles deixaram de receber uma valoração e muito menos que deixaram de ser protegidos. As grandes civilizações sempre mostraram seu interesse em deixar uma memória para as futuras gerações e por isso grandes palácios foram erguidos, grandes monumentos foram construídos e arte sempre deu o tom do que é belo e imortal.

A fim de representar todo o patrimônio histórico e cultural deixado por grandes civilizações, aqui se apresentará o trato conferido pelos romanos desde a mais remota época. Em Roma, tanto o Imperador quanto os Senadores e os cidadãos comuns, consideravam uma honra e quase uma obrigação incrementar o esplendor de sua época através dos bens culturais. (DA ROS, 2008, p. 171)

Dada a mistura comum entre direito e religião, os primeiros juristas estabeleceram uma distinção entre *jus humanum* e *jus divinum*. No primeiro grupo estavam as coisas sacras (*rei sacrae*), as coisas religiosas (*rei religiosae*) e as coisas santas (*rei sanctae*) receberam uma proteção substancial na Roma clássica. Assim se dava com os templos e objetos de culto, com os muros e as portas das cidades, como também com os sepulcros e os objetos neles enterrados. Neste último caso, a justificativa estava no fato de que os antepassados eram cultuados como divindades, por isso os objetos enterrados em um túmulo não eram passíveis de apropriação. (DA ROS, 2008, p. 168)

No segundo grupo estavam as coisas públicas e as coisas universais. “As coisas públicas eram aquelas que, malgrado por sua natureza fossem passíveis de apropriação e de gestão individual, estavam reservadas pelo direito para fins de utilidade pública, para uso geração dos cidadãos, englobando também construções humanas – e, portanto, fruto do gênio humano – como portos e vias públicas”. As coisas universais eram destinadas ao uso público dos habitantes, como anfiteatros, arenas, circos e edifícios públicos. (DA ROS, 2008, p. 169)

O levantamento histórico realizado por Da Ros (2008, p. 169) indica que tais bens guardavam os atributos de serem excludentes de pertencimento individual e de finalidade econômica, ainda que se mostrassem como *extra patrimonium*. Segundo ele já havia uma consciência de que “à judicialização de direitos de tal jaez eram intitulados todos os cidadãos”. Por esta razão, os delitos religiosos eram levados ao juiz e não ao sacerdote, por se crer que a lesão se dava não só à divindade, mas a toda a comunidade.

Destaca ainda o autor que alguns desses bens de valor cultural estavam sobre o domínio dos particulares, das tradicionais famílias romanas, que por falta de uma sistematização legal sobre o tema, acabaram por destruir muitos objetos de valor inestimável. No período clássico a proteção dos bens culturais se dava de forma indireta, através de limitações à propriedade em prol de alguns interesses públicos, como ocorria com a proibição de venda de partes de antigas edificações como material de construção a fim de se preservar o estoque imobiliário existente. Na época do direito romano-helênico aumentaram as limitações, chegando-se a proibir a alteração da forma antiga dos edifícios. (DA ROS, 2008, p. 172)

Dado o valor simbólico dos bens culturais, estes se tornaram objeto de desejo durante as guerras, e aos soldados eram permitidos o direito ao saque (*jus praedae*), um estímulo para o alistamento diante do lucro obtido com tal prática. Foi Cícero que, ao participar do julgamento de Verres, governador da Sicília acusado de confisco de bens de seus governados, o primeiro a defender que “um conquistador moralmente correto deveria respeitar várias espécies de bens que hoje seriam comumente denominados “patrimônio cultural”.” (DA ROS, 2008, p. 176)

6.2.2 A tutela do patrimônio cultural na era contemporânea

No âmbito internacional, já se busca efetivar uma participação mais ativa do cidadão na proteção da cultura como bem difuso, a exemplo da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial que prevê em seu artigo 15 que cada Estado Parte deverá assegurar a participação mais ampla possível das comunidades, dos grupos e, quando cabível, dos indivíduos que criam, mantêm e transmitem esse patrimônio e associá-los ativamente à gestão do mesmo.

Há um movimento crescente na esfera internacional no sentido de ampliar a tutela legal desse patrimônio de titularidade difusa no âmbito dos ordenamentos jurídicos. Para isso, a UNESCO adotou em 2003 a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial. Já em seu preâmbulo a Convenção destaca o caráter solidarista do patrimônio imaterial quando reconhece “inestimável função que cumpre o patrimônio cultural imaterial como fator de aproximação, intercâmbio e entendimento entre os seres humanos.” A convenção também afirma que uma das formas de “salvaguarda” desse patrimônio é a transmissão entre indivíduos e gerações. Isso só é possível porque já está assentada a certeza da existência de um bem comum, de titularidade intergeracional e por isso passível de proteção através do registro e do amplo acesso.

Ali se estabelece, em seu art. 2º, como patrimônio cultural imaterial, as tradições e expressões orais, incluindo o idioma como veículo do patrimônio cultural imaterial, expressões artísticas, práticas sociais, rituais e atos festivos, conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo, técnicas artesanais tradicionais. E no art. 31 ainda incorpora à lista representativa do patrimônio cultural imaterial da humanidade os elementos, que, anteriormente à entrada em vigor desta Convenção, tenham sido proclamados “obras primas do patrimônio oral e imaterial da humanidade”.

Paralelo a este projeto, em 2015 a ONU se uniu a INTERPOL e juntos lançaram a iniciativa “Protegendo a Herança Cultural – Um Imperativo para a Humanidade” (Disponível em <https://nacoesunidas.org/onu-e-interpol-se-unem-para-combater-destruicao-e-traffic-de-bens-culturais-por-terroristas/>>, acesso em 30.01.2016), cujo objetivo é combater o tráfico e comércio ilegal de bens culturais por grupos terroristas que têm encontrado aqui um mercado e uma importante fonte de renda para custear seus projetos de destruição.

A história tem registrado a vulnerabilidade do patrimônio imaterial frente a conflitos internacionais. Quando da expansão do nazismo, durante a segunda guerra mundial, houve um esforço extremo para salvar as obras de arte do Museu do Louvre, as quais eram objeto de desejo de Hitler e os membros do seu alto escalão. Mais recentemente, em 2015, as ruínas de Palmira, na Síria, foram destruídas pelo chamado Estado Islâmico.

Fica clara a noção de que certos patrimônios nacionais precisam de apoio internacional para manter-se na sua integridade, frente às vulnerabilidades de algumas nações. Se destroem sua casa você a reconstrói; se destroem sua história você deixa de existir.

No Brasil, o tratamento jurídico do patrimônio histórico e cultural como bens difusos está na Constituição Federal desde a Constituição de 1934, a qual foi aprimorada no texto de 1988. Neste último, em seu art. 216 define-se o patrimônio cultural como bens de natureza material e imaterial. E é nesse contexto que leciona Édis Milaré (2015, p. 568) que o conceito de ambiente hoje engloba “além dos ecossistemas naturais, as sucessivas criações do espírito humano que se traduz nas suas múltiplas obras”.

Em seu artigo 23 o texto constitucional determina ainda que é dever comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a proteção de documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (inc. III), bem como o dever de impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (inc. IV), e ainda proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inc. VI).

Observe-se que o texto constitucional não atribuiu titularidade do bem difuso ao Estado, cabendo-lhe tão somente o dever de protegê-lo. E isso acontece porque a titularidade é da sociedade que encontra no Estado um representante de poder para a proteção de um patrimônio cuja difusão da titularidade por vezes impede de forma prática a sua efetiva proteção.

Importante destacar que o termo “patrimônio” tem conteúdo próprio aqui, diferente daquele tratado pelo Código Civil e conceituado pela doutrina clássica como o conjunto dos bens dotados de economicidade, englobando os direitos reais e obrigacionais, formando uma universalidade de direito apreciável pecuniariamente, segundo conceitos de Francisco Amaral (*apud* EHRHARDT JR, 2011, 373) e Sílvio Venosa (2008, p. 311). Paulo Lôbo (2009, p. 203) o define como as coisas atuais e futuras, corpóreas ou incorpóreas, créditos e débitos que estejam sob a titularidade de uma pessoa e que possam ser objeto do tráfico jurídico.

Desde o fenômeno da constitucionalização que erigiu a dignidade da pessoa humana como elemento fundante do Estado, o patrimônio de uma pessoa passou a ser dotado de uma esfera econômica e outra existencial. Os bens passam a ter um valor econômico ou um valor dignidade, expressão cunhada por Immanuel Kant (2002, p. 65): “No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade”.

Esse conceito clássico do direito civil determinava que “o patrimônio, o domínio incontestável sobre os bens, inclusive em face do arbítrio dos mandatários do poder político, realizava a pessoa humana”. (LÔBO, 2009, p. 47) Em tempos hodiernos, a realização da pessoa humana está umbilicalmente ligada à realização social, é por isso que o indivíduo passa a compor sua esfera patrimonial com bens existenciais, privados e difusos, o que é ratificado pelo ordenamento jurídico que normativa a existência e proteção desses novos bens e direitos. Quanto mais civilizada é uma nação, e quanto mais sensível é o seu povo às artes e à cultura, mais se percebe a proteção dos direitos difusos em seus ordenamentos.

Quando as expressões “patrimônio histórico” e “patrimônio cultural” são apresentados no ordenamento, seu conteúdo é de uma natureza não econômica, ainda quando expressadas no plano material. Por isso Miguel Reale (1991, p. 25-26) define cultura como tudo que é construído nos planos material e espiritual, constituindo patrimônio, não de um titular exclusivo, mas de toda a espécie humana:

[...] é o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si mesmo. É, desse modo, o conjunto dos utensílios e instrumentos, das obras e serviços, assim como das atitudes espirituais e formas de comportamento que o homem veio formando e aperfeiçoando, através da história, como cabedal ou patrimônio da espécie humana.

Assim, a cultura, a história, a música, a memória, por exemplo, são dotados de um valor, mas não necessariamente econômico. Formam o que Lúcia Reisewitz (*apud* NEVES, 2009, p. 224) chama de riqueza coletiva. Riqueza é um conceito da economia, transportada para o direito com a categoria do patrimônio, que é algo mais amplo que propriedade.

Se considerado na esfera do direito privado, tradicionalmente o patrimônio correspondeu a valores econômicos, mas com a evolução do direito, não só passou-se a considerar a existência de um patrimônio moral, como surgiu o patrimônio enquanto riqueza coletiva, tal qual o patrimônio ambiental, que como coloca MICHEL PRIEUR, se aplica tanto a natureza como à cultura.

É Pontes de Miranda (2005, p. 77) que atribui à memória na evolução do humano, destacando como a passagem da compreensão unilateral para a multilateral desde os primatas foi importante nesse conceito evolutivo:

Relembremos, em poucas linhas, o que até aqui foi dito. A memória só interveio na formação psíquica do homem quando se juntou à representação do futuro: quando serviu a representar o fim e a lembrá-lo. Lembrar o representado, lembrar portanto a representação. A compreensão teve papel imenso quando se passou do unilateral para o bilateral ou para o multilateral das expressões dos primates a propósito do mesmo estímulo. Quando se esboçou o diálogo.

A grande revolução do direito, e de forma especial, do direito privado, foi romper tais contornos econômicos, trazendo a pessoa humana para o centro de proteção jurídica e considerando que sua esfera patrimonial não comporta apenas bens materiais de titularidade exclusiva, mas também alguns bens cuja existência lhe é experimentada de forma compartilhada com toda a humanidade.

Destaquemos agora a identificação de um bem cultural como de natureza material ou imaterial. Aqui verifica-se cristalinamente como o legislador incorporou a ideia de bem difuso no art. 216, sem se limitar ao bem cultural que pode ser visto ou corporificado, como as obras de arte ou o artesanato, ampliando sua proteção através de conceitos jurídicos indeterminados, como “formas de expressão” (inc. I) e “modos de criar, fazer e viver (inc. II).

Tais expressões afastam um rol taxativo e ampliam as possibilidades do magistrado na sua identificação diante do caso concreto, produzindo a máxima de efetividade

na tutela de tais bens, pois a sua natureza incorpórea e fluida por vezes pode dificultar a sua existência, retardando ou impossibilitando, por consequência, a sua real tutela jurídica.

Foi dando margem a uma visão não limitada sobre o pertencimento que os Estados de Alagoas e Pernambuco tornaram possível a promulgação de leis que tornam pessoas um “patrimônio vivo”. Em Alagoas a lei 6.513/2004 e em Pernambuco a lei 12.196/2002 torna pessoas físicas um patrimônio cultural do Estado, diante da importância do seu legado para as presentes e futuras gerações. No artigo 1º de ambas as leis, com texto quase idênticos se estabelece que serão consideradas como patrimônio vivo a pessoa natural ou grupo de pessoas naturais, dotado ou não de personalidade jurídica, que detenham os conhecimentos ou as técnicas necessárias para a produção e para a preservação de aspectos da cultura tradicional ou popular de uma comunidade. Essas pessoas terão seus nomes e seu legado registrados em livro próprio a cargo da Secretaria de Cultura, o Livro de Registro do Patrimônio Vivo.

Eis aqui a comprovação de que o conceito de patrimônio já possui um alargamento enorme em relação ao seu conceito original elaborado pelo direito civil. Interessante destacar que um dia, na era da escravidão, o direito qualificou pessoas como coisas, reduzindo-as a um pertencimento exclusivo, egoísta e cruel. Essas leis tornam pessoas um patrimônio, mas numa visão muito mais avançada do que seja um bem jurídico e sua função no seio de um ordenamento. Seu fundamento maior está no registro de um legado e no seu compartilhamento pelas presentes e futuras gerações.

Se estamos mesmo numa era noética, vivendo e desenvolvendo cada vez mais as riquezas ligadas ao espírito humano, nada mais significativo e afetivo do que tornar pessoas o nosso maior patrimônio. É nesse tipo de legislação que se materializa uma nova era do pertencimento.

Edward Tylor é apontado como o primeiro a ventilar um conceito antropológico de cultura, dizendo ser “o complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade.” (NEVES, 2009, p. 223)

Outro destaque está no trecho do art. 216 da Constituição Federal que regula que tais bens culturais podem ser “tomados individualmente ou em conjunto”. Essa referência é de suma importância porque dela se extrai a certeza de que o bem difuso pode se apresentar em dois contornos distintos.

O primeiro está naquele bem que é experimentado individualmente, como a linguagem e as formas de expressão, sem estar acoplado a nenhum bem físico; o segundo está

no bem que guarda sua natureza difusa, mas só é identificado quando jacente sobre um objeto corpóreo, a exemplo de uma pintura de valor global, como uma obra de Salvador Dalí ou Portinari, pertencentes a um acervo privado. Ao lado do patrimônio individual da tela em si, que resguarda um valor econômico e uma titularidade individual, está um outro bem, de natureza e titularidade difusa, como o patrimônio artístico de interesse difuso.

Essa segunda projeção do bem difuso trará consequências para as relações privadas e por isso não pode passar despercebida quando se exercita os direitos atribuídos ao titular individual. Todo titular de um bem de propriedade individual que resguarde paralelamente um bem de titularidade difusa passa a ter restrições no exercício do seu direito. Este deve sempre se harmonizar com o resguardo do segundo bem a ele acoplado.

Ressalte-se, não há mácula no seu direito absoluto de natureza real, a propriedade está consolidada estabelecendo o poder de domínio sobre a *res*. O que há é a existência de um dever em relação a um outro sujeito de direito, a sociedade, titular do segundo bem. Nesse contexto, o exercício dos direitos individuais do proprietário individual está umbilicalmente atrelado ao seu dever de proteção ao bem difuso. Nesse sentido, oportunas as palavras de Luciano Penteado (2012, p. 46) ao se referir ao poder disciplinador do direito das coisas em relação ao particular dado fenomênico que é o contato da pessoa humana com as coisas:

Sabe-se, entretanto, que este contato interessa ao direito na medida em que desencadeia e projeta consequências para além do mero contato sujeito/objeto em sua singularidade. Há relevância jurídica do *processo apropriatório* de alguém em relação a alguma coisa na medida em que há ou pode haver repercussões dessa prática na posição ou situação jurídica de outros indivíduos que sejam estritamente derivadas deste processo.

Ainda tomando como referência o art. 216 da Constituição Federal que define o patrimônio cultural como portador de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, podemos prosseguir na identificação desse bem difuso consolidado na norma.

Quando um particular possui entre seus bens um documento que seja importante para a memória de um país, passa ele automaticamente a resguardar um direito difuso paralelo ao direito de propriedade dominial. Imagine o diário original de Anne Frank. Seria difícil reconhecer que um herdeiro de tal objeto pudesse destruí-lo ou impedir que as pessoas do mundo inteiro tivessem acesso a história ali consolidada. Seu conteúdo representa a memória do povo judeu e uma parte da história da humanidade, e por isso deve ser preservado, ainda que para sua proteção imponha-se deveres que limite os poderes do proprietário individual.

No Brasil, esse livro seria qualificado como “arquivo privado de interesse público e social” por força da Lei 8.159/81 que regula a política nacional de arquivos públicos e privados. Segundo o art. 12 qualquer arquivo privado pode ser assim qualificado desde que seja considerado como conjunto de fontes relevantes para a história e desenvolvimento científico nacional. Observa-se que a lei não explica como se dá essa “identificação”, mas é possível concluir que um ato do poder executivo ou legislativo tenha o poder de atribuir tal qualificação jurídica.

A consequência jurídica de um arquivo privado ser qualificado como de interesse público e social é a sua impossibilidade de alienação “com dispersão ou perda da unidade documental” (art. 13) e a proibição de serem transferidos para o exterior.

É fácil notar o cuidado do legislador com a integridade da coisa, de modo que a sua fragmentação seria considerada uma violação ao patrimônio que ela encerra. Contudo, não há sanção prevista para o seu descumprimento, levando ao questionamento do modo de garantir sua eficácia.

É por isso que a visualização da coisa como bem privado que resguarda uma segunda titularidade de direitos difusos garante o melhor trato jurídico da questão. A fragmentação de um documento ou livro de interesse nacional ou a sua alteração substancial em relação ao original, viola o direito difuso que envolve o bem e enseja tutela jurídica de obrigação de fazer, a exemplo de recuperação da obra, restauração, ou mesmo indenização pelo dano moral coletivo advindo de uma perda definitiva da coisa.

O art. 13 da lei dispõe que “na alienação desses arquivos o Poder Público exercerá preferência na aquisição”. Isso demonstra que apesar do direito difuso que recai sobre a coisa não há impedimento quanto aos poderes do domínio, eis que sua titularidade primeira é de natureza privada. Não há dúvidas quanto ao fato de que a preferência de aquisição pelo poder público se dá pela natureza de guardião e gestor dos bens difusos que recai sobre o Estado. E caso o particular não tenha mais interesse sobre a coisa o natural é que ela seja cuidada pelo Poder Público.

Contudo, há que se perguntar se o Estado será sempre o melhor guardião e se está disposto a pagar pelo preço da coisa, afinal, são conhecidas as limitações do Poder Público na conservação dos bens sob sua tutela. Muitas vezes, as associações, os museus, ou mesmo um particular se mostra mais apto para guardar e conservar o bem. Portanto, no caso de conflito de interesses será o Poder Judiciário quem definirá o proprietário da coisa privada que também será o melhor guardião do bem difuso a ele adjacente.

Indubitavelmente a melhor análise será aquela que considerar o melhor guardião do bem difuso, pois quando se foca apenas na expressão econômica do bem privado não há grandes dilemas, afinal, o melhor proprietário é o que paga mais pela coisa. Já sobre o bem difuso, o critério de desempate não é econômico, e sim de qualificação do interessado.

Imaginemos que algum membro da família Orleans e Bragança, proprietário de um documento de grande valor histórico para o Brasil, decida colocá-lo à venda e um Museu privado demonstre interesse na aquisição por ter certeza que sua presença no acervo aumentará o número de visitantes.

Caso interessante ocorreu na cidade de São Paulo onde o Ministério Público Federal conseguiu suspender um leilão de documentos históricos. Entre eles estava o contrato de casamento de D. Pedro II com a imperatriz Tereza Cristina, de 1.843. Segundo o MPF os documentos são inalienáveis segundo a lei 8.159/91 que classifica como imprescritíveis e inalienáveis os documentos permanentes.

Pela leitura gramatical da lei 8.159/81, o Estado é o comprador preferencial. Contudo, a correta leitura da lei será aquela sistematizada, realizada à luz da Constituição que tutela o patrimônio histórico como bem difuso. Nesse contexto, o caso concreto pode demonstrar que o museu apresente melhores condições de segurança e conservação da coisa em detrimento do ente público. Caberá ao julgador escolher corretamente pela interpretação sistemática da lei, aplicando-a a partir da certeza de dois direitos sobre a coisa, ou simplesmente, escolher a leitura gramatical da norma.

Mas, ainda no enfoque da referida lei, uma análise se faz necessária, e ela diz respeito ao tema do direito de acesso.

O art. 14 diz que “o acesso aos documentos de arquivos privados identificados como de interesse público e social poderá ser franqueado mediante autorização de seu proprietário ou possuidor”. Aqui mais um risco de interpretação equivocada da lei.

A leitura gramatical leva a crer que o proprietário da coisa, na sua expressão econômica e privada, tem a faculdade de permitir, ou não, o acesso das pessoas a esse bem. Tal leitura se mostra equivocada. A certeza da existência de duas titularidades sobre a coisa, uma individual e outra difusa, não deixa dúvidas que a norma precisa ser aplicada sob a luz da Constituição.

Mais uma vez o ponto de partida é a premissa de que o proprietário é titular do bem em sua expressão econômica, mas é somente guardião do segundo bem a ele subjacente, o difuso. Essa premissa não deixa dúvidas sobre o fato de que se o bem resguarda o interesse

público e social de que fala a lei, não há fundamento legal para o impedimento ao direito de acesso do segundo titular, a sociedade.

Reitera-se aqui a ideia de que o sentido do pertencimento sobre o bem difuso está no compartilhamento, e é esse fundamento que justifica legalmente a proibição de exclusividade sobre o bem quando ele resguarda uma segunda titularidade. Portanto, o proprietário tem o dever jurídico de permitir o acesso da sociedade ao bem.

Tomemos como exemplo o bem difuso presente no acervo histórico das pinturas do holandês Frans Post, em exposição permanente no Instituto Ricardo Brennand, em Recife/PE, as quais retratam a permanência holandesa em Pernambuco. O acervo é incalculável pelo valor histórico que existe paralelo ao valor econômico de cada tela, referente ao registro da formação de Pernambuco, e por consequência do Brasil. Há mais obras de Frans Post no museu que na própria Holanda. Por esta razão não se pode imaginar que tal acervo não pudesse ser acessível ao público. Não em tempos modernos, onde a titularidade do bem difuso, subjacente à propriedade individual, impõe deveres ao titular do bem corpóreo dotado de valor econômico.

Tomemos outro exemplo. Uma igreja de estilo barroco, erguida no século XVIII na época da formação do Brasil colônia não tem seu valor unicamente nos tijolos que a compõem de modo a formar uma edificação. Há sim um valor econômico que pode ser atribuído à construção, mas indubitavelmente existe um segundo bem que existe paralelamente a esta edificação. Esse bem é a memória histórica de uma cidade e de um país, um bem imaterial cujo valor é infinitamente maior que o primeiro, de natureza corpórea.

Considerando que as igrejas são bens classificados civilmente como privados, possuem como seu titular um ente privado. Se considerarmos apenas os direitos do proprietário, seria possível, por exemplo, que se realizasse uma alteração na arquitetura, com alteração de fachada erguida em séculos passados ou mesmo retirada de afrescos, objetivando uma modernização do prédio, e conseqüentemente desconfigurando seu desenho original.

Caso esta igreja não esteja tombada não haverá a devida proteção do patrimônio histórico, um bem difuso. Somente o reconhecimento de uma segunda propriedade, de natureza constitucional e de titularidade difusa, é que permitirá uma ação efetiva que venha impedir a reforma.

É importante vislumbrar ainda que a construção teórica ora proposta demonstra a insuficiência de outras interpretações baseadas tão somente na função social da propriedade. Nesta base teórica o princípio da função social é a limitação ao exercício de um direito, o de

propriedade, mas a premissa de uma única titularidade não expõe adequadamente todos os direitos envolvidos em certos conflitos.

Uma igreja promove atividades religiosas de interesse social, portanto, cumpre sua função social, não havendo razão para impedir a obra. O fato de não ser tombada deixaria livre a atuação do exercício dos poderes ligados ao domínio por parte do proprietário. Somente a visualização de duas titularidades de naturezas distintas (uma individual e outra difusa) é que permitem a correta análise sobre a colisão de direitos e a necessidade de harmonizá-los no caso concreto.

6.2.3 A insuficiência do tombamento como única medida de proteção do bem difuso

É comum a referência ao tombamento como o único meio de proteção dos bens de valor histórico, artístico e cultural. Contudo, é preciso alargar a visão da tutela dos bens difusos para compreender que este não é o único meio de proteção, posto que sendo a norma constitucional a origem desses bens e direitos, a proteção se dá de forma imediata, no caso concreto, tal qual se realiza com os direitos fundamentais da pessoa humana.

O tombamento possui natureza jurídica de declaração e não de constituição do bem difuso. O valor histórico de um bem não nasce do decreto de tombamento, ele é pré-existente. E considerando o procedimento formal que leva ao tombamento de um bem, o qual pode ser demorado pelas razões burocráticas fartamente conhecidas, pode acontecer uma lesão ou ameaça de lesão nesse meio termo. Além disso, depende de um fator subjetivo que é análise dos técnicos do órgão competente para reconhecer o valor do bem, o que já é um limitador. Nesse sentir, deixar de proteger o bem por falta de um registro formal, seria negar eficácia às normas constitucionais de tutela aos bens difusos.

Com muita propriedade afirma Édis Milaré (2015, p. 569) que o tombamento sempre foi dirigido a elementos ligados à história das elites sociais. Todavia, a cultura brasileira é muito mais ampla e resulta da atuação e interação dinâmica de todos os grupos e classes sociais de todas as gerações. Segundo o autor “desaparece, enfim, o antigo conceito de que os valores culturais a serem preservados eram apenas aqueles das elites sociais, necessariamente consagrados pelo ato de tombamento, como ocorria no Direito anterior”

Há que se destacar ainda a fragilidade do instituto do tombamento quando se torna possível o processo de “destombamento”, situação em que interesses econômicos ou políticos podem colidir com a necessidade de tutela do bem. Em época passada, no ano de 1972, um fato lamentável se deu na cidade do Recife quando da construção da Avenida Dantas Barreto, hoje uma das mais importantes do centro da cidade, lugar de intenso tráfego de veículos.

No meio do trajeto da avenida ainda em projeto estava uma edificação do século XVIII, a Igreja do Senhor Bom Jesus dos Martírios, marcada pelo seu estilo rococó, construída em 1796 e tombada como patrimônio histórico em 1971, já em época em que se anunciava a sua demolição, destino já encontrado por tantos outros imóveis da região. O então Prefeito, Augusto Lucena, que já havia demolido cerca de 400 casarões que estavam no caminho da avenida, precisava demolir a igreja, último empecilho do projeto, e para isso contou com a intervenção do então Presidente da República, Emílio Garrastazu Médice, que no dia 13 de abril de 1972 decretou o destombamento da igreja, retirando-a do livro do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. (Disponível em: <http://blogs.diariodepernambuco.com.br/diretodaredacao/2015/02/26/o-martirio-de-uma-igreja/>, acesso em 21 de maio de 2017).

O relato demonstra a fragilidade do tombamento como único meio de tutela de um bem difuso, bem como consequências do agir do Estado como mau guardião e mau gestor dos bens difusos, ao mesmo tempo em que se retira da sociedade o poder de buscar pessoalmente a sua tutela. No caso da referida Igreja, nenhum órgão com dever institucional de proteção agiu para impedir o fato, somente o Governador do Estado se insurgiu contra o ato de demolição, mesmo assim sem êxito.

É certo que em 1972 não se falava em direitos difusos positivados e o instituto do tombamento era a única solução. Contudo, o poder estatal foi mais forte que a lei e o dano foi concretizado. Nos dias de hoje, embora os mecanismos estejam mais engessados, nada impede que o Estado viole um direito difuso contando com a inércia dos órgãos públicos responsáveis pela sua defesa, e é por isso que o cidadão deve contar com o poder de agir para a preservação do bem difuso do qual é titular.

Não obstante tais considerações, é inegável a eficácia protetiva do tombamento, uma vez que tal providência limita o uso indiscriminado do bem onde esteja presente um bem ou um direito difuso. O que se busca enfatizar nesse estudo é que considerar este o único meio de tutela é negar a eficácia imediata das normas constitucionais.

O instituto do tombamento não cuida de expropriação ou de redução do domínio do titular da coisa, mas tão somente lhe impõe deveres cujo credor é a sociedade na sua perspectiva mais ampla. O decreto-lei nº 25 de 1937, impõe aos proprietários de imóveis tombados o dever de não destruir, demolir, deteriorar, mutilar ou inutilizar o bem tombado.

Delimita ainda o uso da coisa quando determina a autorização prévia para pintura, reparação, exposição de anúncios e cartazes, e até mesmo para a venda do imóvel. Como se vê, não se limita o direito de propriedade, apenas baliza normativamente o exercício dos

poderes dominiais em respeito a uma outra titularidade que lhe é sobreposta, a titularidade do bem comum presente no patrimônio histórico. Não se trata de uma prerrogativa que leve à livre escolha do proprietário, mas um dever que lhe é imposto em prol da conservação do bem comum do qual ele é detentor.

A legislação nacional que regula o tombamento do patrimônio histórico e artístico nacional, Decreto-lei nº 25/37, possui duas grandes deficiências: uma está na limitação do tombamento a bens móveis ou imóveis (art. 1º), afastando as coisas incorpóreas do rol de tutela. Em segundo lugar, diz o parágrafo primeiro que somente serão considerados os bens que estejam inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros de Tombo de que trata a lei. Toda aplicação da norma, portanto, deve se fazer em conjunto com a Constituição Federal de 1988 que ampliou a tutela dos bens difusos, englobando os bens incorpóreos, como não poderia deixar de ser.

Considerando o lento processo de tombamento, pode se ter uma lesão a esses bens difusos que ainda não chegaram a ser inscritos. Dois casos ocorridos na cidade do Recife/PE demonstram a lesão de bens difusos frente à ausência de tombamento, e como o não reconhecimento de um segundo bem e de uma segunda titularidade impede a sua correta proteção legal.

O primeiro caso se deu com o Edifício Caiçara, no bairro de Boa Viagem, em Recife. Em 2013 a Construtora Rio Ave iniciou a demolição do edifício após grande discussão sobre sua significância cultural para a cidade.

Em 2011 uma parcela da sociedade se manifestou contra o dano iminente ao patrimônio cultural, o que resultou na abertura de um processo de tombamento pela Fundação do Patrimônio Histórico e Artístico de Pernambuco, FUNDARPE. Em 2012 outra tentativa de proteção foi iniciada pela Diretoria de Preservação do Patrimônio Cultural, DPPC ao propor a instauração de um processo de enquadramento do bem como Imóvel Especial de Preservação – IEP, uma espécie de tombamento prevista em lei municipal. Um ano depois, o processo sequer havia sido colocado na pauta das reuniões das comissões de Controle Urbanístico, CCU, e de Desenvolvimento Urbano, CDU.

Ovoto apresentado na reunião do Conselho de Desenvolvimento Urbano em abril de 2014, atesta que o edifício evidencia a evolução histórica do bairro de Boa Viagem, revelando um *modus vivendi* do início da década de quarenta, quando o bairro ainda mantinha uma feição bastante diferenciada, com gabaritos baixos e densidade territorial e populacional bastante reduzida. O Edifício Caiçara seria o último vestígio do período em que Boa Viagem

era ainda praia de veraneio. (Disponível em: <<https://direitosurbanos.wordpress.com/tag/caicara/>>. Acesso em 06 de setembro de 2016).

A demora na conclusão dos dois processos (o tombamento estadual e a qualificação municipal de IEP) foi responsável pela demolição do edifício por ausência de impedimento legal, uma vez que não se chegou ao decreto municipal que promoveria o tombamento do bem. (Disponível em: <<https://direitosurbanos.wordpress.com/2013/10/07/o-caicara-o-tombamento-previo-e-a-falha-lei-do-iep/>>. Acesso em 06 de setembro de 2016).

O mesmo destino foi dado a outros imóveis que guardavam valor histórico para a cidade, como o antigo Clube de Engenharia, edificação neocolonial que existiu no bairro da Madalena, e o sobrado Neoclássico da Casa de Saúde São José, no Poço da Panela.

O ponto de destaque na análise destes dois casos é que foi a falta de reconhecimento de uma segunda titularidade, bem como da ausência de legitimidade dos cidadãos para recorrer ao Poder Judiciário em busca de proteção do bem difuso.

A correta avaliação do conflito impõe o reconhecimento de dupla titularidade de bens (um individual e outro difuso) que exigem harmonização no caso concreto porque nosso sistema não compreende a satisfação de um único interesse quando os jurisdiciza, buscando sempre a harmonização de vários interesses, como atesta Eduardo Nunes de Souza (2015, p. 7):

[...] a compreensão de que nenhuma relação se destina unicamente à satisfação do interesse, a todo custo, do chamado polo ativo abriu margem a um amplo controle de abusividade e merecimento de tutela sobre o exercício das situações jurídicas, inspirado pela ideia de cooperação necessária entre centros de interesse.

O particular adquiriu a *res*, que comporta um direito real, mas que carrega um segundo bem, com titular diverso, e que possui proteção constitucional. Portanto, a liberdade de construir do proprietário está limitada à manutenção do patrimônio histórico, limitação esta que pode até mesmo inibir a edificação que exige a descaracterização ou demolição das edificações já existentes e de valor histórico.

Outro caso emblemático se deu com o chamado “Consórcio Novo Recife”, formado por construtoras, que adquiriu em 2008, em leilão público, um terreno urbano no local conhecido como Cais de Estelita. O negócio jurídico de compra e venda não apresentou grandes problemas. O terreno estava em condições de abandono e o ente público municipal, utilizando-se de seus poderes de proprietário, e tratando-se de um bem dominial, ofertou-o à venda, aceitando a melhor oferta.

O imóvel tem 100 mil metros quadrados e está estrategicamente situado às margens do Rio Capibaribe, principal rio da cidade, situando-se ainda do centro histórico. O cais do erudito engenheiro José Estelita, foi um antigo armazém de açúcar e vila ferroviária no século XIX. No pátio, sobrevivem as ruínas da primeira linha de trem de Pernambuco e a segunda do Brasil, a Estrada de Ferro Recife ao São Francisco, inaugurada em 1858. Não há tombamento da área como patrimônio histórico.(Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/28/politica/1432826822_497228.html, acesso em 14 de agosto de 2016).

Quando a população tomou conhecimento do negócio começaram as manifestações contrárias à venda, iniciando-se o movimento social denominado “ocupe estelita”. Ofundamento que motivou o movimento foi o de que qualquer edificação no local, com a demolição dos antigos armazéns de açúcar, causaria grande dano à paisagem e ao patrimônio histórico resguardado ali, o qual precisa de cuidados e cujo descuido do poder público o fez se tornar um local abandonado e perigoso.

Por ser caminho para a valorizada zona sul da cidade os novos proprietários criaram um projeto de edificação que comportava a construção de 12 torres de cerca de 40 andares de uso estritamente privado. Se analisarmos pela ótica exclusiva da propriedade e seus deveres ligados à função social, não há máculas na construção, pois a área escura e abandonada, que hoje é lugar evitado pela população pelo perigo que oferece com assaltos e tráfico de drogas, estaria promovendo urbanização, moradia e iluminação pública, resolvendo um problema público e tornando possível um novo contato da população naquela área. Indubitavelmente, a edificação cumpriria a função social.

Representantes do movimento “ocupe estelita” se reuniram com o ministro da cultura para requerer o tombamento do Pátio Ferroviário das Cinco Pontas, única alternativa encontrada para a defesa do bem difuso ali existente. Tentaram resgatar um primeiro estudo realizado em 2004 pelo Iphan de Pernambuco em defesa da preservação do parque ferroviário das Cinco Pontas. Esse estudo é o meio legal que permite ao IPHAN reconhecer a necessidade, ou não, de tombamento de um bem.(Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/28/politica/1432826822_497228.html>, acesso em 14 de agosto de 2016).

O próprio Estado, guardião do bem difuso por ordem constitucional, não cuidou do patrimônio e o ente privado não mostrou interesse na manutenção do patrimônio histórico, mas mostra interesse em fazer a propriedade cumprir sua função social através da moradia de pessoas e revitalização urbana da área.

A desconsideração de que ali há um bem difuso, paralelo ao bem corpóreo de titularidade individual, impede a visualização do conflito de direitos ali apresentado. O direito de propriedade que exerce a função social através da urbanização colide com o direito difuso representado pelo patrimônio histórico. Há função social nos dois lados, pois a preservação do patrimônio histórico também cumpre a função social. É por isso que a análise isolada da aplicação deste princípio não é suficiente para resolver o conflito jurídico.

O reconhecimento da existência do bem difuso, de titularidade da sociedade, legitima qualquer cidadão a buscar o seu reconhecimento em juízo, independentemente do processo de tombamento. Trata-se de propriedade de natureza constitucional, diversa da propriedade individual tutelada pelo Código Civil.

A omissão do ente público na conservação do bem enquanto titular do bem e o interesse econômico do proprietário privado ameaçam a tutela do bem difuso. Será o seu titular, a sociedade, a ser representada processualmente por qualquer cidadão, quem terá legitimidade para buscar a efetiva tutela jurídica. Como bem enfatiza Ugo Mattei, o bem comum recebe essa qualificação independente da posição que o Estado o coloca no seu âmbito interno: “[...] *sono beni comune indipendentemente dalla loro collocazione all’interno dei confini dello Stato sovrano nell’ambito del quale si trovano.*” (MATTEI, 2011, p. 84)

A leitura do art. 216 da Constituição Federal deixa claro que o tombamento é apenas um instrumento de proteção, mas não é o único, o que se verifica na disposição que determina que a proteção do patrimônio cultural brasileiro se dará “por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.”

O texto deixa claro que há outras formas de acautelamento, e embora o texto esteja inserido em um inciso destinado ao patrimônio cultural não há dúvidas que ele se estende para o patrimônio histórico.

7 DIREITOS DIFUSOS E SUA APLICABILIDADE NAS RELAÇÕES PRIVADAS

7.1 Colisão de direitos individuais, coletivos e difusos: uma análise sob a perspectiva de titularidades distintas e simultâneas no caso concreto.

7.1.1 Enfrentamento entre direitos de titularidade difusa e de titularidade individual

Um questionamento relevante se dá quando se pergunta que tipo de situação concreta precisa partir da reflexão da simultaneidade das titularidades, haja vista que o princípio da função social já seria algo suficiente no ordenamento jurídico para solucionar lides em que o direito individual não atende aos interesses da sociedade.

A resposta para a insuficiência da função social como parâmetro exclusivo está no fato de que por vezes até mesmo um direito que cumpre a função social pode entrar em colisão com um direito difuso. É o caso já relatado neste estudo narrando o conflito de um empreendimento destinado à moradia (portanto, cumpridor da função social) que colide com a preservação do patrimônio histórico, um direito difuso.

Contudo, este questionamento traz à luz muitas outras situações em que a presença de direitos distintos no caso concreto (individuais, coletivos e difusos) precisam ser analisados a partir das diferentes titularidades e das respectivas tutelas que eles demandam. É o que se passa a analisar adiante.

Em litígio levado ao STJ, através do Recurso Especial n 1.308.830/RS, interposto pela empresa Google Brasil Internet Ltda, numa controvérsia instaurada por um usuário do Orkut, o recorrente formulou pedido de desistência, com anuência do recorrido, na véspera da sessão de julgamento em que o processo fora pautado. O pedido foi fundado no direito subjetivo da parte de desistir do seu recurso a qualquer tempo, conforme consolidado no art. 501 do Código de Processo Civil.

O pedido de desistência foi negado porque entendeu a relatora do processo que ali estava presente um interesse que ultrapassava o direito individual das partes. Disse a ministra que “a partir daí, infere-se que o julgamento dos recursos submetidos ao STJ ultrapassa o interesse individual das partes nele envolvidas, alcançando toda a coletividade para a qual suas decisões irradiam efeitos”.

Do voto da relatora merecem destaque alguns trechos essenciais para o estudo que ora se propõe:

Na hipótese específica dos pedidos de desistência, a faculdade conferida pelo art. 501 do CPC deve guardar coerência com a sistemática recursal vigente,

com especial atenção para as funções desempenhadas pelo órgão ao qual é destinado o recurso que se pretende desistir.

[...]

Aliás, no julgamento de questão de ordem no REsp 1.063.343/RS, minha relatoria, DJe de 04.06.2009, a Corte Especial entendeu por inadmissível pedido de desistência formulado em sede de recurso especial no qual tenha havido determinação de processamento na forma do art. 543-C do CPC.

Naquela ocasião, após análise da natureza dos processos repetitivos – concluindo tratar-se de uma sistemática de coletivização “cuja orientação repercutirá tanto no plano individual, resolvendo a controvérsia *inter partes*, quanto na esferacoletiva, norteadando o julgamento dos múltiplos recursos que discutam idêntica questão de direito” – consignei que “a todo recorrente é dado o direito de dispor de seu interesse recursal, jamais do interesse coletivo”.

Agora, numa reflexão mais detida sobre o tema, vejo que essa premissa na realidade é válida de forma indistinta para o julgamento de todos os recursos especiais, cujo resultado sempre abrigará intrinsecamente um interesse coletivo, ainda que aqueles sujeitos ao procedimento do art. 543-C do CPC possam tê-lo em maior proporção.

[...]

Em síntese, deve prevalecer, como regra, o direito da parte à desistência, mas verificada a existência de relevante interesse público, pode o Relator, mediante decisão fundamentada, promover o julgamento do recurso especial para possibilitar a apreciação da respectiva questão de direito, sem prejuízo de, ao final, conforme o caso, considerar prejudicada a sua aplicação à hipótese específica dos autos.

Não se ignora que, no particular, o pedido de desistência contou com a anuência do recorrido, mas essa circunstância se torna absolutamente irrelevante diante do mencionado interesse público coletivo do julgamento.

Embora tenha se utilizado de uma linguagem inadequada, chamando de coletivo o que claramente é um direito difuso da esfera de consumo, a solução encontrada foi correta diante do reconhecimento de dupla demanda no processo, com titularidades diferentes. Por isso negou-se o pedido de desistência baseando-se no fato de que “vindo o seu mérito a ser efetivamente apreciado pelo colegiado, seja fixada tese de direito tendente à consolidação da jurisprudência do STJ”.

Claro está que se a parte desiste do seu direito individual, a sociedade não desistiu da discussão sobre direito difuso, demanda de titularidade distinta sobre um direito indisponível para os privados.

O direito material difuso presente na ação não entra em conflito com o direito individual de natureza processual porque são de titularidades distintas. Portanto, a disponibilidade de um direito (individual) não atinge o outro (difuso). E também seria um equívoco aceitar que a lide individual possui hierarquia sobre a demanda difusa, permitindo-se que a tutela que esta enseja fosse prejudicada em razão do poder exercido pelo particular.

O reconhecimento expresso de um direito material de natureza difusa facilitaria ainda mais a solução do caso, posto que tornaria claro o confronto entre este e o direito processual, bem como os direitos e titularidades envolvidos, destacando-se a função do processo que é servir de instrumento para a concretização do direito material, não podendo a este se sobrepor, um dado bem destacado pela ministra em seu voto.

7.1.1.1. Uma discussão sobre titularidades sobre tecidos humanos de valor científico: o caso das células imortais de Henrietta Lacks e o caso das células Moore.

Em 1951, Henrietta Lacks, uma mulher humilde da cidade de Baltimore (EUA) morreu de câncer no útero deixando cinco filhos. Estatisticamente seria mais uma mulher negra esquecida numa cidade marcada pelo racismo se não fosse a realização, sem seu consentimento, de uma coleta de células do seu tumor maligno, fato que veio revolucionar a história da medicina em todo o mundo.

As células de Henrietta possuíam a extraordinária capacidade de reproduzir uma geração inteira de novas células em 24 horas quando hidratadas em local apropriado, e nunca paravam de se reproduzir. Foram as primeiras células humanas reproduzidas em laboratório. A coleta do material, feita um pouco antes dela morrer pelo médico cirurgião do Hospital Hopkins, chamado TeLinde, foi entregue ao chefe de cultura de tecidos, George Gey, que passou a distribuir essas células multiplicadas para os mais diversos laboratórios de pesquisa do mundo. A rapidez de reprodução nunca vista nas pesquisas científicas, substituiu o uso de animais e tornou os resultados mais seguros, uma vez que os testes se davam diretamente em um material humano, mas sem precisar usar uma pessoa viva como cobaia. As células foram denominadas HeLa, uma junção das iniciais da paciente Henrietta Lacks. (SKLOOT, 2011, *passim*)

Graças a essas células foram realizados estudos que ajudaram nos avanços mais importantes da medicina nos últimos cem anos, como a vacina da poliomielite, a quimioterapia, mapeamento de genes, fertilização *in vitro*, remédios para herpes, hemofilia, apendicite e mal de Parkinson. O material foi levado em missões espaciais para testes em gravidade zero e possibilitaram os primeiros estudos sobre clonagem. “Um cientista estima que, se fosse possível empilhar num prato de balança todas as células HeLa já cultivadas, elas pesariam mais de 50 milhões de toneladas métricas”. (SKLOOT, 2011, p. 18/21).

As células HeLa começaram sendo distribuídas gratuitamente, depois vendidas por dez dólares, e não demorou muito para despertar o interesse de investidores diante do seu

potencial de mercado. O laboratório Microbiological Associates criou o primeiro centro de distribuição de células em escala industrial com fins lucrativos, a um preço de cinquenta dólares. Nasceu assim a primeira indústria multibilionária de comercialização de materiais biológicos humanos (SKLOOT, 2011, p. 138). Em 2011 as células de Henrietta custavam entre cem e dez mil dólares o frasco. O banco de dados do Escritório de Patentes e Marcas Registradas norte americano guarda mais de dezessete mil patentes registradas a partir de células HeLa. (SKLOOT, 2011, p.225)

O rumo da história modificou-se quando em 1973 os filhos de Henrietta descobriram que as células de sua mãe foram coletadas, distribuídas e comercializadas sem autorização, seja da paciente ou de seus herdeiros, e por isso achavam justo que recebessem uma compensação pela riqueza produzida pelo seu uso ao redor do mundo. Naquela época um biólogo chegou a publicar uma carta na revista Nature afirmando que “o valor das células HeLa para pesquisas, diagnósticos, etc é inestimável” (SKLOOT, 2011, p.225)

Nos anos 1940 e 1950, os tumores e tecidos retirados em um procedimento médico eram considerados como "abandonados", e, por isso, não estava claro que seria necessário pedir permissão para usá-los em investigações que iriam além do tratamento do paciente.

A grande questão que se instaura é se as células cancerígenas de Henrietta, após retirada do corpo, são objeto de um direito de propriedade privada ou se a sua inegável essencialidade para a comunidade científica as tornam um bem difuso, impedindo apropriação exclusiva por um titular. Se predominante a primeira tese, então os herdeiros seriam os novos titulares dos direitos de propriedade que recaem sobre a coisa, podendo determinar seu uso ou mesmo o seu destarte (poderiam enterrá-las em memória da mãe). Mas, se predominante a segunda tese, seriam as células consideradas de “domínio público” e seu uso continuaria ilimitado e comercializado com quem tivesse aptidão para lidar com seu potencial científico e de mercado.

Certamente, nem uma coisa nem outra parece trazer a solução mais justa. Se inegável a contribuição para a medicina nos últimos cem anos, também é inegável que de todos que lucraram com o uso comercial das células, somente os herdeiros em nada foram beneficiados. Não se pode esquecer que laboratórios não trabalham exclusivamente por altruísmo, sendo a indústria farmacêutica uma das mais rentáveis do mundo. A ciência também faz parte do mercado, e não se pode desconsiderar nem o valor econômico nem o valor social de sua atividade.

O caso traz à tona as novas formas de pertencimento da era contemporânea. Tecidos biológicos trazem uma discussão sobre a possibilidade de apropriação muito menos acalorada do que a de órgãos humanos. Contudo, é o traço humanista, e portanto difuso, do seu uso que colide com o tradicional modelo de exclusividade ligada à propriedade privada. Como permitir que um sujeito proprietário impeça o desenvolvimento da ciência em nome de uma titularidade exclusiva que lhe é dada pela lei? Por outro lado, como permitir que a ciência avance sem respeitar o indivíduo e o seu corpo?

Em agosto de 2013, a família Lacks conquistou o controle parcial sobre o acesso de cientistas ao código de DNA das células de Henrietta. (Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-39248764>, acesso em 12 de agosto de 2017). Um acordo firmado com o Institutos Nacionais de Saúde (NIH, na sigla em inglês) dos EUA, determina que os dados genéticos das células de Henrietta poderão ter seu uso continuado, embora controlado, e que os cientistas precisam usar os dados genéticos das células HeLa de acordo com os termos definidos por um painel que vai contribuir para criar um banco de dados, tudo acompanhado e fiscalizado pelos familiares de Henrietta. (Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2013/08/cientistas-fazem-acordo-com-familia-para-uso-etico-de-dados-geneticos.html>)

É possível imaginar as dificuldades que enfrentariam um Tribunal que viesse a julgar o caso na hipótese de terem as partes optado pela continuidade do litígio. E este estudo propõe uma solução a partir do exercício hermenêutico de harmonização de direitos individuais e direitos difusos.

O que se propõe é partir do reconhecimento da existência de dois bens jurídicos tuteláveis gerando duas titularidades distintas no caso concreto e que precisam ser enfrentadas numa decisão judicial. Seria totalmente equivocada a premissa de que há apenas uma discussão sobre direitos de propriedade privada sobre as células (se dos herdeiros ou dos laboratórios), pois uma decisão que atribuísse a titularidade aos herdeiros poderia levar a proibição de uso das células por parte dos cientistas.

Pela lei brasileira, a discussão exclusiva sobre o direito de propriedade se encerraria com a incidência dos artigos 1º e 9º da lei 9434/97 que permitem a disposição de tecidos desde que de forma gratuita, sendo o consentimento do doador ou de seus familiares requisito para tal ato. Diz o artigo 1º da lei que “a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei”.

Neste caso, a ausência de consentimento da paciente (já que a coleta foi feita em vida) exigiria o descarte das células, causando grave prejuízo ao desenvolvimento científico. Os herdeiros não poderiam autorizar *a posteriori* porque a lei só lhes dá essa legitimidade para a coleta *post mortem*.

Apenas para permitir a continuidade da análise, uma coleta *post mortem* também deveria se dar de forma gratuita, o que proibiria a venda do material. Neste caso, os laboratórios sofreriam impactos financeiros gigantescos, e considerando que alguns se especializaram na produção em série dessas células, poder-se-ia comprometer a própria atividade.

Portanto, tudo que se discutiu nos parágrafos anteriores levou em conta o valor econômico das células e quem lucraria monetariamente com sua comercialização. Em nenhum momento se levou em conta a essencialidade das células para a continuidade das pesquisas científicas como algo além da vontade do seu titular. E é desse ponto que se avança nesta análise.

O correto é partir da certeza de que há dois bens jurídicos tuteláveis: o individual que define o direito de propriedade (de herdeiros ou laboratórios); e o difuso, que define o direito da sociedade à continuidade das pesquisas científicas. Esta, e não a cura, é o bem difuso, o qual deve receber tal qualificação em sentença, apontando a sociedade como seu titular.

Portanto, independente de uma solução para a titularidade sobre o direito de propriedade, aquele que lograr êxito deverá harmonizar seu direito com aquele outro direito de titularidade da sociedade. Isso implica em deveres, sendo o maior deles o de não impedir o uso em pesquisas científicas que levem benefícios à sociedade.

Nos Estados Unidos, existiram outros casos onde se discutiu a titularidade sobre tecidos humanos. Em 1976, John Moore também teve suas células coletadas durante o tratamento de um câncer no baço, as quais eram raras pelo tipo de proteínas que levaram a medicamentos para o tratamento de infecções, do câncer e possibilitou o estudo da primeira vacina contra a AIDS. Elas ficaram conhecidas como as células Mo. (SKLOOT, 2011, p.254-255)

Seu médico fazia a coleta regular das células alegando tratamento e sem avisar ao paciente a destinação do material chegou a patentear a linhagem de células Mo, fechando um contrato com uma empresa de biotecnologia para um financiamento de 3,5 milhões de dólares. Nos EUA, era permitido a patente de organismos vivos geneticamente modificados, inclusive animais e linhagem de células que não ocorressem naturalmente fora do corpo.

Em 1980 John Moore processou seu médico, requerendo o direito de propriedade sobre seus tecidos, e consequentemente sobre os valores pagos por suas células. O processo gerou pânico entre os cientistas que temiam “que os pacientes bloqueassem o progresso da ciência exigindo lucros excessivos, mesmo com células que não valessem milhões como a de Moore”. (SKLOOT, 2011, p.257)

Após sete anos de tramitação do processo, a Suprema Corte Americana julgou o caso Moore em seu desfavor, alegando o seguinte: “quando tecidos são removidos de seu corpo, com ou sem o seu consentimento, qualquer reivindicação que você possa ter tido sobre a propriedade deles desaparece. Quando você deixa tecidos no consultório ou laboratório de um médico, você os está abandonando como refugo, e qualquer um pode pegar os seus restos e vendê-los” (SKLOOT, 2011, p.259)

A preocupação do caso Moore era que a entrega da propriedade das células coletadas ao paciente pudesse retardar as pesquisas científicas, impedindo o acesso por dinheiro. Curiosamente, a decisão que deixou de reconhecer essa propriedade ao paciente a entregou aos cientistas que passaram a negociar as células a alto custo, ao mesmo tempo que se tornaram menos propensos a compartilhar amostras e resultados dos seus estudos. (SKLOOT, 2011, p.404)

A discussão sobre a propriedade de linhagem de células foi se estabelecendo em processos judiciais não só entre médico e paciente, mas entre pesquisadores, universidades e empresas de biotecnologia entre si. Em todos os casos não se tem notícia de enfrentamento do conflito entre o interesse financeiro do proprietário e a função exercida pelo material coletado.

O conflito de ordem privada exclui o direito difuso como objeto do processo, delimitando o tema sobre a propriedade e seu titular. Como se vê, as consequências podem ser danosas à sociedade quando o ordenamento jurídico é construído para limitar a tutela jurisdicional quando deveria expandi-la para além do interesse das partes numa demanda privada, assegurando a tutela de direitos difusos ali inseridos e negligenciados.

7.1.2 Enfrentamento entre direitos de titularidade difusa e de titularidade coletiva

Numa perspectiva ainda mais complexa tem-se um conflito onde se tivesse que decidir entre um direito difuso e um direito coletivo que represente importante avanço social.

Na cidade do Recife, um bairro da zona norte, tombado como área de preservação pelo seu acervo histórico e ambiental, conta com dezenas de árvores centenárias ao longo do comprimento das calçadas. Essas mesmas árvores históricas que garantem a sustentabilidade representam um obstáculo para os pedestres, especialmente pela proeminência de suas raízes

que alteram a linearidade das calçadas. A dificuldade aumenta exponencialmente quando o deslocamento se dá por pessoas com deficiência, especialmente cadeirantes e outras com dificuldade de locomoção. Uma ação judicial que enfrentasse um pedido de retirada das árvores para garantir a linearidade do passeio público e o consequente trânsito de cadeirantes estabeleceria um importante conflito entre um direito coletivo e um direito difuso.

O mesmo embate se dá quando, em outra situação, este mesmo cadeirante não consegue ingressar na Faculdade de Direito do Recife porque o acesso se dá por longa série de degraus. Tal prédio, tombado por seu valor histórico, não pode sofrer alteração na faixada, por disposição legal, o que certamente se daria se fosse instaurado algum tipo de elevador para os que tem dificuldade de mobilidade.

Nos dois casos, o embate é de ordem constitucional, entre o direito difuso representado pela preservação do patrimônio histórico na sua integralidade e o direito coletivo representado na dignidade da pessoa com deficiência no exercício do seu ir e vir. Os dois direitos possuem titularidades distintas e precisam de uma interpretação que os harmonize, sob pena de grave violação dos valores constitucionais envolvidos na questão e de igual hierarquia.

Dois importantes diplomas normativos apresentam de forma específica o direito resguardado pela Constituição Federal e pela Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência, firmada em 2007 e são ponto de partida para a análise que ora se propõe. São eles a lei 7.853/89 e a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

A lei 7.853/89 já falava na integração social da pessoa com deficiência e sua ementa já menciona a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, ainda que seu artigo 3º lhes imponha a representação pelos órgãos intermediários.

Na lei 13.146/15, diz o art. 42, § 2º que “O poder público deve adotar soluções destinadas à eliminação, à redução ou à superação de barreiras para a promoção do acesso a todo patrimônio cultural, observadas as normas de acessibilidade, ambientais e de proteção do patrimônio histórico e artístico nacional”. No caso de escadarias e árvores, a eliminação não é tão simples assim, por isso a necessidade de uma leitura cuidadosa e sistemática da lei, ainda mais quando o próprio texto normativo determina a ponderação entre dois direitos.

No artigo 3º da mesma lei existe um elenco de conceitos jurídicos que devem balizar a aplicação de suas normas. Entre eles está o conceito de “acessibilidade” (art. 3º, I) como sendo a “possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços” públicos e privados. Também se define o que sejam “barreiras”, a

saber, “qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa” (art. 3º, II), chamando ainda de barreiras urbanísticas, as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo;

Pois bem. Nos dois casos narrados acima existem barreiras que negam a acessibilidade da pessoa com deficiência no mesmo grau de dignidade das demais pessoas. Sendo a inclusão uma palavra que tem regido cada vez mais os ordenamentos jurídicos ocidentais, como pode o patrimônio histórico ou ambiental ser um desses entraves descritos na lei? Por outro lado, se essas barreiras são também considerados bens difusos, como simplesmente afastá-los para fazer cumprir o direito coletivo? Não há dúvida que a resposta está na harmonização dos direitos.

No caso das calçadas, o alargamento da via pode ser uma solução, mas nas escadarias, sua remoção ou alargamento não parecem viáveis. E aqui se põe uma questão interessante. Se o sentido de preservação de um patrimônio histórico é guardar a memória de uma geração que se foi, e que esta memória tem sua relevância na formação das presentes e futuras gerações, não se pode esquecer que estamos falando de três gerações e nenhuma delas pode ser eliminada dessa ponderação.

Se é certo que já se reconhece claramente as futuras gerações como sujeito de direito, a presente geração também deve ser assim reconhecida. Afinal, somos o futuro da geração de outrora e um dia seremos o passado das que virão. Mas antes de tudo, é preciso lembrar que há uma geração presente e que precisa ser tutelada tanto quanto as passadas e as futuras.

É partindo dessa premissa que se propõe como solução para o caso concreto que haja uma pequena alteração, ou “adaptação razoável”, como diz a lei, na fachada do prédio, com a inclusão de elevadores na escadaria, porque se há uma memória a ser preservada, também há uma dignidade a ser garantida.

É o mesmo art. 3º da Lei de Inclusão que fala em seu inciso VI da possibilidade de “adaptações razoáveis” que não acarretem ônus desproporcional e indevido. Nota-se um conceito jurídico indeterminado, na medida que só o caso concreto levará a saber o que seja “desproporcional” ou “indevido”. Ressalta-se também a Portaria 420/2010, do IPHAN que permite intervenções em bens edificados tombados. Além da fragilidade normativa trazida por sua natureza jurídica na pirâmide kelseniana, ainda se tem o fato de que seu art. 4º traz um critério absolutamente subjetivo para a concessão de autorização por tal órgão. Será, portanto, a correta ponderação dos direitos envolvidos que trarão a solução adequada para o caso concreto.

A marca do passado existente na arquitetura é a presença das gerações passadas, já a marca do novo equipamento é a marca dos valores do presente, mostrando uma tutela que o passado recusou-se a promover quando construiu-se um prédio cujo acesso só era dado às pessoas com o corpo físico perfeito. É esse conjunto que será entregue às gerações futuras.

Desta forma, alcança-se a harmonização dos direitos coletivos e difusos.

7.1.3 Enfrentamento entre dois direitos de titularidade difusa

Certamente a situação processual mais complexa no estudo das titularidades se dá quando um direito difuso entrar em colisão com outro direito também difuso. É o que acontece, por exemplo, com a situação criada pela normatização de rituais culturais ligados a animais. Tomemos por base a Lei 13.364/2016 que em seu artigo 1º eleva o rodeio, a vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial. Seguindo-se a ela, o conflito ainda maior trazido pela Emenda Constitucional 96/2017 que tornou estas práticas culturais com animais em um direito cultural.

De acordo com a Emenda, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o parágrafo 1º do artigo 215 da Constituição, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro. Essas atividades devem ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/06/06/promulgada-emenda-constitucional-que-libera-pratica-da-vaquejada>>, acesso em 10 de junho de 2017).

O dilema doutrinário se estabeleceu quando a lei federal indicada transformou em bem difuso uma conduta pouco tempo antes declarada inconstitucional pelo STF. No julgamento da ADI 4983/CE, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade da prática da vaquejada, a qual se iguala em gênero com as demais modalidades esportivas previstas na lei referida, por reconhecer a proteção dos animais, enquanto espécie do gênero meio ambiente, como um direito difuso.

Cabe aqui o destaque de trechos do voto do relator:

O dever geral de favorecer o meio ambiente é indisputável. A problemática reside em saber o nível de sacrifício que os indivíduos e a própria coletividade podem e devem suportar para tornar efetivo o direito. Ante essa circunstância, não raro fica configurado o confronto com outros direitos fundamentais, tanto individuais, como o da livre iniciativa, quanto igualmente difusos, como o concernente às manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade, de que trata o aludido artigo 215 do Diploma

Maior. Cumpre ao Supremo, tendo em conta princípios constitucionais, harmonizar esses conflitos inevitáveis.

[...]

O comportamento decisório do Supremo diante da necessidade de ponderar o direito ao meio ambiente com os direitos individuais de naturezas diversas tem sido o de dar preferência ao interesse coletivo.

Mais controvertido apresenta-se o conflito do direito ao meio ambiente com outros coletivos, como o do pleno exercício dos direitos culturais, exatamente o que ocorre na situação concreta.

[...]

Os precedentes apontam a óptica adotada pelo Tribunal considerado o conflito entre normas de direitos fundamentais – mesmo presente manifestação cultural, verificada situação a implicar inequívoca crueldade contra animais, há de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente, demonstrando-se preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura.

[...]

A par de questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988. O sentido da expressão “crueldade” constante da parte final do inciso VII do § 1º do artigo 225 do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada, revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada. No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente.

O Acórdão estabelece no início a correta colisão entre direitos fundamentais, sendo um direito individual (a livre iniciativa) e o outro um direito difuso (expressão cultural). Contudo, logo em seguida afirma que ali “apresenta-se o conflito do direito ao meio ambiente com outros coletivos, como o do pleno exercício dos direitos culturais”, usando inadequadamente a nomenclatura jurídica, chamando o direito à cultura de interesse coletivo.

O primeiro equívoco está em ao longo do voto se considerar como sinônimas as expressões “coletivo” e “difuso” quando se refere aos direitos de terceira geração, além de qualificar como “interesse coletivo” o que na realidade se consagra em um “direito” difuso, numa notória influência da processualística dominante que ainda utiliza a expressão de forma equivocada.

O que gera a reflexão proposta neste estudo é o fato de que a análise do STF gira em torno de direitos individuais e difusos, e para reverter os efeitos desta ponderação a lei federal erige à categoria de direito difuso a prática antes enquadrada como individual, acabando por reabrir a discussão ao colocar frente a frente dois direitos agora difusos.

A *priori* não parece haver problema em uma lei federal instituir um bem ou um direito difuso. Todavia, considerando que o Acórdão diz textualmente que “a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988”, há que se perguntar se uma lei federal poderia transformar uma conduta cruel em um direito difuso. A resposta é negativa. Contudo, quando se pergunta se a Constituição pode instituir um direito difuso a partir de uma atividade cruel declarada pelo STF a resposta não é simples.

De acordo com o Acórdão, o sentido da expressão “crueldade” constante no inciso VII do parágrafo 1º do artigo 225 da Constituição Federal alcança a tortura e os maus-tratos infringidos aos bois durante a prática da vaquejada.

E o Acórdão já aponta a correta interpretação a ser dada em possível análise da colisão entre dois direitos difusos. Ao decidir pela procedência da ação, assegurou que o dever de proteção ao meio ambiente (artigo 225 da Constituição Federal) sobrepõe-se aos valores culturais da atividade desportiva. No voto são citados ainda os precedentes daquela Corte sobre a inconstitucionalidade de outras práticas esportivas, como a “farra do boi”, analisada no Recurso Extraordinário nº 153.531/SC, e o costume popular denominado “briga de galos”, analisado na ADI nº 2.514/SC.

A falta de uma sistematização mais completa dos direitos difusos por parte dos Tribunais, bem como o reconhecimento de sua autonomia em relação aos direitos coletivos contribui para um trato limitado e por vezes equivocado da temática que eles impõem.

Lei ordinária não pode consolidar como direito uma violação a direito, especialmente por ser de patamar constitucional. Ela só pode ampliar o rol de direitos, nunca limitá-los ou negar sua eficácia. Por estas razões, a Lei 13.364/2016 nasceu claramente inconstitucional. Num outro giro, a Constituição não encontra limites, já que é a norma suprema na pirâmide kelseniana. Nesse momento a discussão não é mais sobre hierarquia de normas, mas de valores culturais incorporados num tempo histórico e positivados pela mais alta lei do país. Como não se pode falar em inconstitucionalidade de norma constitucional, o que resta é a ponderação e a harmonização de direitos, de forma que ao se praticar o esporte não se permitam rituais cruéis.

7.2 A necessidade de harmonização entre as diferentes esferas de direitos.

Todos os casos apresentados e analisados neste estudo trataram de demonstrar como as relações privadas são impactadas quando confrontadas com um direito difuso. A lei

civil que foi pensada para proteger pessoas de outras pessoas, estabelecendo o conflito de natureza privada, encontra nos direitos difusos uma forma de aproximar pessoas, criando elos entre elas através de um direito de titularidade compartilhada que se apresenta paralelo ao direito de titularidade individual.

Na zona conflituosa em que sejam inseridas essas diferentes categorias de direitos o melhor instrumento de trabalho do intérprete ainda é a ponderação. Não numa plataforma de escolhas, mas num cenário de harmonização, atribuindo no caso concreto uma maior ou menor densidade das normas em conflito.

Uma primeira premissa importante está na metodologia da ciência do Direito proposta por Karl Larenz. O autor descreve a jurisprudência da valoração como algo distinto da jurisprudência dos interesses. Enquanto esta última se atém às pretensões das partes em obter um efeito jurídico que lhes seja favorável, a primeira trata dos critérios legais de valorização apresentados pelo legislador. “Estes não seriam em si propriamente interesses, mas colorários da ideia de justiça.” (LARENZ, 2014, p. 163)

Dado o *status* constitucional de valores supralegais que recebem tanto direitos individuais, como coletivos ou difusos, enquanto esferas de tutela jurídica, nenhum deles se sobrepõe um ao outro de forma objetiva, sendo o caso concreto que definirá o maior grau de incidência normativa a ser efetivada.

Segundo o autor, “As valorações do legislador assim identificadas permitem extrair resultados, quer para a interpretação da lei, quer como, em certas circunstâncias para a resolução de casos por ele não diretamente regulados, mas a tratar analogamente à luz de critérios de valoração.” (LARENZ, 2014, p. 164)

Portanto, a bússula de valoração do juiz seriam as fontes de conhecimento do que chamou de *ethos* jurídico dominante, presentes nos artigos da Constituição relativos a direitos fundamentais, as proposições jurídicas fundamentais da atividade jurisprudencial e da Administração. E quando este *ethos* jurídico oferece lacunas, uma possibilidade dada ao julgador está na “ponderação de adequação a fins”.

No conflito envolvendo direitos difusos a busca desta adequação está justamente na finalidade latente na tutela de cada um deles e que não pode ser eliminada diante da finalidade de tutela do direito individual ou coletivo que a eles se sobreponha. Por isso assegura Karl Larenz (2014, p. 177) que “[...] o juiz deva retirar das valorações da lei por ele identificadas o fio de prumo das valorações a empreender em relação aos elementos da situação factual subjacente”.

Num sistema jurídico que se entende justo a prática da interpretação teleológica se faz fundamental. Uma vez que ela busca um pensamento a partir dos fins, cada direito tutelado tem seu horizonte de eficácia e é ele que deve ser buscado na solução do caso concreto. Nessa perspectiva, não há como negar que o ordenamento jurídico brasileiro possui em cada objeto de tutela normas que apresentam uma estrutura e uma função. Nestes termos, compreender a norma exige que se desvende a valoração que está a seu alcance, não o valor estritamente moral ou religioso, mas o valor jurídico resguardado no texto normativo na busca dos fins a que se propõe cada ordenamento.

A busca deverá sempre ser de um denominador comum entre os direitos apresentados ao julgador, num exercício interpretativo erguido sobre a ponderação de bens e os valores que lhe são atribuídos pelo legislador. Assim, será possível se chegar a menor restrição possível sobre cada direito pleiteado, chegando-se a justiça do caso concreto em total conformidade com a tábua de valores jurídicos positivados em um ordenamento.

Nesse aspecto, é imprescindível compreender que as normas se apresentam num eterno diálogo, e não num presumido conflito. E a temática dos direitos difusos convidam o ordenamento jurídico a esse diálogo, a começar pela sua natureza jurídica de transdisciplinaridade.

Não se trata de um desejo futuro, a tutela dos direitos difusos é uma realidade e o redimensionamento que impõem ao direito civil e processo civil é uma realidade. Seu ponto de partida é o *status* constitucional que lhe traz materialidade e titularidade definidas. E enquanto as leis infraconstitucionais não atualizarem seus textos, cabe à doutrina e à jurisprudência, por meio de uma interpretação teleológica e de uma ponderação de bens jurídicos, garantir a efetividade que tais direitos impõem.

As relações privadas historicamente se apresentaram numa zona de conflito que delimita espaços, exigindo-se soluções excludentes entre vencedor e vencido. Os direitos difusos estabeleceram zonas de encontro entre as diferentes esferas de tutela. Os bens e direitos difusos, disponíveis ao compartilhamento, resgatam e consolidam a esfera social do indivíduo. Se a propriedade promoveu a desigualdade entre os homens, como sugeriu Rousseau, que os novos modelos de pertencimento possam resgatar na humanidade, de forma efetiva, comportamentos reais de igualdade, de compartilhamento e de solidariedade.

8 CONCLUSÃO

Quando o ser humano se relacionou com o universo a seu redor a partir dos sentidos percebeu que poderia isolar parte dele para si. Instituiu assim a propriedade privada, partindo do que podia tocar e em seguida se apropriar, autodenominando-se o *dominus* da natureza.

A partir dessa lógica de apropriação, historicamente os ordenamentos tiveram a função de legalizar os métodos de apropriação, num primeiro momento consolidando direitos ao titular e só tardiamente atrelando-lhe deveres, através da funcionalização, quando foi possível dar uma dimensão social ao que é protegido individualmente. Hoje indubitavelmente vivemos o tempo da realidade plural das propriedades, num modelo próprio da era contemporânea, permitindo diversos estatutos proprietários e ampliando as possibilidades na seara do pertencimento.

Os ordenamentos jurídicos ocidentais de caráter liberal foram pensados e construídos para atender a demandas originadas de relações jurídicas entre um indivíduo frente a outro indivíduo. Isso foi reflexo do individualismo moderno construído a partir da filosofia de Locke, Rousseau e Voltaire.

Contudo, ao longo da história, valores culturais, crises produtivas e demográficas, colonizações, foram promovendo realidades econômicas que propiciaram diferentes estruturas para o pertencimento dos bens. Enquanto na Roma clássica o pertencimento estava intimamente ligado aos valores familiares e de patriotismo, a idade média consolidou um modelo estruturado em uma múltipla titularidade sobre coisas. Em seguida, a idade moderna excluiu a sobreposição de direitos contemplada na Idade Média e os sistemas liberais tornaram exclusivo o pertencimento, individualizando-o num modelo formal e abstrato.

O tema do pertencimento, e da apropriação sobre coisas, é recorrente em todas as épocas históricas, independente da filosofia e sociologia que tenha orientado os diferentes agrupamentos sociais. Os distintos regimes de governo e de formas de Estado trataram de construir uma teoria racional que encontrasse a melhor resposta para a apropriação, mas nenhum deles defendeu a ausência de sua regulação. Até mesmo o comunismo que apresentou uma estrutura diametralmente oposta ao individualismo capitalista, defendeu a propriedade comum e não a ausência de titularidades.

O tempo atual tem exigido uma modernização da estrutura do pertencimento, resgatando a noção de múltiplas titularidades, mas numa concepção ainda não experimentada em outros tempos históricos. É nesta perspectiva que a Constituição Federal de 1988

inaugurou a tutela dos bens difusos, apresentando um novo regime de bens, direitos e de titularidades.

A própria noção de patrimônio se vê alargada, contemplando as riquezas atreladas à contemplação do espírito humano. As mudanças econômicas, juntamente com o avanço da tecnologia que permitiu a quebra de fronteiras entre os povos, fez surgir novas espécies de riquezas, as quais passaram a reclamar uma regulamentação específica ou mesmo um regime especial. Os impactos da presença de novos bens nas relações privadas, a exemplo dos bens virtuais e os bens difusos, causam uma revolução em termos de direito material civil que não se via desde a criação dos contratos de massa.

Essa nova estrutura fez com que o ordenamento jurídico brasileiro atendesse uma demanda oriunda de relações jurídicas entre o indivíduo e a sociedade quando envolve direitos que ultrapassam as já conhecidas dimensões do individual e do coletivo, as demandas que recaem sobre direitos difusos. Ao inaugurar uma nova tipologia de bens não abarcados pela propriedade do Código Civil, a exemplo do meio ambiente e do patrimônio histórico, ampliou a tutela do pertencimento, com forte impacto nas relações privadas.

É fato que já existe uma nova titularidade, para além do individual e coletivo. A evolução do direito levou a isso. Trata-se da titularidade sobre bens e direitos difusos, trazida pela Constituição Federal de 1988, que leva a uma conformação do estatuto proprietário proposto pelo direito civil, e em especial pelo Código Civil. Essa realidade consolidou a uma nova e inevitável estruturação e conformação da própria relação de pertencimento, além de demonstrar a existência de um novo trato normativo e interpretativo às relações privadas ligadas à apropriação sobre bens.

Quando o ser humano se relacionou com o mundo através da contemplação, indo além dos cinco sentidos, percebeu a existência de uma parte imaterial que não permitia o isolamento e a apropriação, porque são coisas ligadas ao espírito e às virtudes. A tecnologia auxiliou e muito essa interação entre o material e o imaterial. Ao olhar para isso como uma nova forma de riqueza propiciou o modelo de compartilhamento para figurar ao lado da apropriação exclusiva, como possibilidades distintas no contexto do pertencimento. Esse foi o terreno onde foi possível germinar a concepção jurídica de bem comum que levou à consolidação de direitos difusos no ordenamento jurídico brasileiro.

Após a sociedade redimensionar seus valores e sua visão de mundo, redimensionou as leis. Foi nesse contexto que a propriedade se funcionalizou, reestruturando definitivamente seus pilares fundamentais. O modelo proprietário da idade moderna entrou

em crise a partir do final do século XX tornando urgente a criação de uma lógica do pertencimento.

Não se sabe o que fez a humanidade perder o senso de comunidade ao longo da história, criando uma propriedade excludente e individualista. Paralelo a isso, culturalmente construiu-se a ideia de que o que é comum não é de ninguém e por não ter um titular identificável, resta ao cidadão aguardar que alguém tome uma providência, deixando sempre para um outro alguém o dever de proteção do bem difuso. Certamente tem-se aqui uma herança do modelo liberal, onde é preciso identificar algo como “meu” para depois sentir que é preciso protegê-lo.

A tendência de positivação dos bens e direitos difusos é uma marca indelével da contemporaneidade, pois embora desde a Roma clássica, passando pela idade média, seja possível encontrar regramentos que ultrapassaram a ótica individual de tutela, nenhuma outra época histórica demarcou o protagonismo do bem metaindividual como a atual.

Foi a partir desse contexto que o Brasil permitiu em seu sistema jurídico, a partir de 1988, uma tutela muito mais abrangente e mais efetiva que a de cunho individual ou coletivo: a tutela sobre direitos difusos, uma tutela que redimensiona a lógica da apropriação no campo material e no campo processual, pois não é suficiente criar um novo direito, é preciso atualizar a forma de garantir sua efetividade.

As titularidades de direitos difusos trouxeram uma modernização necessária sobre a rígida estrutura da propriedade abarcada no Código Civil, à medida que consolidou em seu texto a positivação dos direitos difusos. A primeira é a ampliação da clássica distinção da pessoa como sendo ou natural ou jurídica. As demandas de direitos difusos ampliam esse campo de possibilidades para inserir a pessoa em sua relação social, titular de direitos que exerce de forma compartilhada. Notoriamente há no sistema jurídico uma evolução do que vem a compor o conceito de sujeito e seu patrimônio, bem como das relações jurídicas que este sujeito estabelece.

Por esta razão, a segunda revolução estruturante está na classificação dos bens, abarcando aqueles que não são passíveis de apropriação econômica, mas que resguardam um relevante valor social. A positivação dos direitos difusos implementou um amadurecimento completo da teoria dos bens, que não se limita ao estudo do código civil.

O bem será exclusivamente difuso quando não permitir um balizamento corpóreo que o identifique de forma limitada, a exemplo de uma expressão cultural como o frevo, ou o idioma. Nesse caso não há que se falar em dupla titularidade, mas uma única titularidade, a difusa.

Mas quando o bem é corpóreo e sobre ele recai um direito difuso, tem-se uma dupla titularidade. A primeira gerando um direito individual de propriedade e a segunda exercida de forma compartilhada com a sociedade. Essa segunda titularidade impõe ao guardião do bem os deveres de acesso aos demais titulares e a conservação da coisa. Este indivíduo é titular individual de um direito e titular em compartilhamento do outro.

Como consequência, alarga-se o conteúdo do conceito de patrimônio que passa a integrar os bens do indivíduo como aqueles passíveis de valoração econômica (de ordem material ou imaterial) e valoração social (os bens difusos). Os primeiros, passíveis de disponibilidade; os segundos, cravados com a indisponibilidade, mas todos convivendo harmonicamente num diálogo entre diferentes estatutos proprietários.

As novas titularidades sobre bens difusos consolidam uma reforma estruturante também no campo do processo civil, o que vai além das regras específicas do Código de Processo Civil. Este, uma vez que foi pensado inicialmente para demandas individuais, apresenta enormes limitações para o trato de demandas com titularidades de direitos difusos. Contudo, sendo o sistema jurídico um todo sistematizado, as limitações trazidas pela estrutura individualista do processo já encontram os meios de serem vencidas a partir do direito material, sempre partindo da premissa de que o processo não é fim, é meio de se fazer cumprir os direitos que nele se apresentam.

É nesse cenário que uma teoria mais elaborada sobre as categorias jurídicas que ensejam as figuras do sujeito de direito e de direito subjetivo permitem observar a presença das titularidades de direitos difusos, oferecendo soluções seguras para as demandas em que eles se apresentam, especialmente quando inseridas em relações privadas.

A positivação dos direitos difusos no ordenamento jurídico brasileiro ampliou o rol de sujeitos de direito para nele inserir a sociedade. Esta é a titular destes direitos e tal titularidade não enseja um direito subjetivo, pois inaugura uma nova relação jurídica que redimensiona o direito material e o direito processual. Como consequência, afasta-se a necessidade de um direito subjetivo como requisito para a presença de um autor ou réu no processo. A sociedade se vê, por conta desta titularidade específica sobre bens e direitos difusos, apresentada em cada cidadão, o que traz um novo sujeito legitimado a agir ao lado dos corpos intermediários já previstos em lei para a defesa desses direitos no campo processual.

Nesse sentido, a restrição da tutela dos direitos difusos à órgãos representativos da sociedade impede a correta e ampla tutela de tais direitos, especialmente num país em que a burocracia e o clientelismo ainda vigem de forma exagerada. Embora o sistema venha ampliando o rol de direitos desde a criação do Estado Social, provocando verdadeiras rupturas

dos modelos individuais de proteção de direitos, ainda resiste na ampliação do poder de acesso do cidadão na proteção dos bens difusos.

Nesse campo de análise, cumpre destacar a importância da ação popular como o marco de um processo evolutivo que culminou com a consolidação dos direitos difusos e suas titularidades no atual ordenamento jurídico brasileiro. A ampla tutela de hoje só foi alcançada por causa desse importante instrumento processual, ainda que tenha apresentado limitações em todos os textos constitucionais onde foi inserido.

No texto em vigor atualmente na lei federal, ainda se limita a legitimidade ao cidadão, portador de título de eleitor e, conseqüentemente, em gozo de seus direitos políticos, o que não encontra amparo na titularidade trazida pela Constituição Federal de 1988.

Enfatiza-se a sua importância como instrumento essencial de acesso à justiça, através da participação direta do cidadão, mas a ação popular ainda traz um critério político de participação (a condição de eleitor), quando a titularidade dos bens difusos conforme se encontra na Constituição Federal não faz nenhuma distinção.

O direito material é quem conduz a legitimidade, e neste sentido, qualquer pessoa está apta legalmente a promover a defesa dos direitos ali expostos, devendo-se afastar o fator limitante da lei federal.

Contudo, não obstante tais limitações, não se pode desconsiderar a enorme contribuição da ação popular na defesa dos direitos difusos. Ainda que apresente sérias limitações em seu conteúdo tanto no passado, como no presente, não se pode desconsiderar que foi ela quem iniciou um necessário processo evolutivo que levaria à titularidade difusa e a legitimidade de cada indivíduo da sociedade, tal como se vê na atual Constituição Federal.

A experiência internacional já demonstra que vale a pena aumentar o acesso à Justiça através da ampliação da sua legitimidade e nesta esteira, vários são os institutos que possibilitam uma maior participação do cidadão na tutela dos direitos difusos.

É nesse contexto que se vislumbra a limitação do processo civil ao deixar de prever o direito de ação do cidadão na proteção dos bens e direitos difusos, especialmente quando o direito material já estabelece novas titularidades para além da exclusiva. O direito material já impõe uma reformulação da estrutura individualista do processo, na concepção trazida pelo modelo italiano de interesse e legitimidade que partam, ou não, de um direito subjetivo.

Na presença de um bem ou direito difuso, o cidadão apresenta a sociedade em um processo judicial, numa legitimidade que lhe é conferida diretamente pela Constituição Federal. É o direito material que oferece os fundamentos necessários para a ampliação da

estrutura clássica do processo. Assim sendo, a sociedade não está engessada no seu poder de agir, tal qual um sujeito absolutamente incapaz que precisa do seu representante, pois não precisa depender de um ente intermediário para a proteção de um direito sobre o qual cada cidadão apresenta sua titularidade.

O protagonismo do direito subjetivo como categoria única para a tutela de direitos chega a desqualificar os direitos difusos. À medida que já se tem uma positivação de tais direitos, é clara a distinção conceitual em relação aos modelos clássicos. O apego aos conceitos em si, em detrimento dos direitos na sua essência, pertence a um tempo histórico ultrapassado. A positivação dada aos direitos difusos como categoria autônoma dá-lhes a relevância necessária, retirando-os da margem do direito e tornando-os protagonistas, impondo um novo trato das normais materiais e processuais ligadas ao pertencimento.

A postura do Estado na organização do seu ordenamento jurídico, limitando-se à tutela de direitos individuais ou abrindo-se para uma tutela além do indivíduo, reflete seu grau de evolução normativa em relação às demandas globais, como direitos humanos, patrimônio cultural, segurança biológica, etc. Em outras palavras, suas opções normativas, com suas estruturas e funções, determinam seu grau de civilização ou seu grau de atraso em relação à perspectiva do pertencimento na era contemporânea. Ainda há uma dificuldade em resolver os problemas individuais incluindo os problemas globais, mas a nova realidade normativa impõe essa nova postura.

A Itália vem desenvolvendo uma ampla discussão sobre os bens difusos, incitando o mundo ocidental a aderir a esta pauta. A Comissão Rodotà, criada para debater a alocação do tema das águas (ali ainda denominado de bem comum e não difuso), demonstrou a necessidade de se tutelar esses bens de forma a serem protegidos da apropriação exclusiva.

Não seria exagero afirmar que o relatório produzido pela comissão chega a ter um grau de importância similar ao Relatório Brundtland, que após a Conferência de Estocolmo (1972), iniciou uma nova linguagem no direito ocidental escrita a partir da sustentabilidade. O relatório da Comissão Rodotà também é um divisor de águas para o estudo ligado à ampliação das formas legais de pertencimento, à medida em que convoca a legislação para a tutela de um novo direito ainda mais amplo, o direito difuso.

Neste aspecto, impossível não visualizar a vanguarda italiana que desde a década de sessenta chama a atenção da doutrina para a necessidade de se refletir sobre demandas de caráter transindividual, já apontando as limitações da legislação. Foi esse intenso trabalho que despertou a doutrina brasileira para o debate, com resultados positivos a partir de 1988.

De forma muito especial a temática do meio ambiente contribuiu intensamente para a necessidade de uma postura social mais conectada globalmente, um paradigma que envolve a ciência, a biologia, a sociedade, as leis. Curiosamente, o Brasil que desde a Constituição do Império já havia criado o instrumento da ação popular demorou muito até consolidar constitucionalmente esse paradigma da transindividualidade.

Da funcionalização da propriedade trazida na Constituição de 1934 até a consolidação de direitos difusos na Constituição de 1988, longo e lento foi o caminho que levou ao inevitável entendimento de que uma nova era chegou, trazendo novas bases para o direito material e processual que tutelam o pertencimento.

Nesse passo, a aceitação da descorporificação da propriedade foi um avanço importante sobre o direito das coisas, pois é preciso considerar que nem toda *ius in re* é um *dominium*. Nesse sentido, é que se avançou na tutela dos direitos não econômicos e no resgate da noção de coisa fora do comércio, para além do que propõe o código civil.

É possível idealizar ainda uma nova ética civilizatória entendida como uma nova filosofia negocial no âmbito das relações privadas, pautada por novos parâmetros sociais e jurídicos, com uma marca biocultural, retirando o sujeito do seu aprisionamento a interesses privados que levam a um centramento, a um egoísmo, à auto conservação. Deve-se esclarecer que esta ética propõe a harmonia entre os direitos individuais e difusos, dando lugar a uma lógica inclusiva no lugar de uma lógica excludente.

Essa mudança de perspectiva permitiu a inserção do pensamento complexo na realidade privada, nela impelindo a marca da socialidade, numa harmonização perfeita entre essas duas esferas, fazendo surgir a verdadeira ética universal como bússola das relações privadas. E esse fenômeno deve ser cada vez mais ampliado por iniciativa das experiências normativas direcionadas às relações privadas, pois tudo que não surge naturalmente na sociedade pode ser implantado pela lei.

O ordenamento jurídico brasileiro vem fazendo reiteradas incorporações de interesses, positivando-os, seja na classificação de individuais, coletivos ou difusos, ou ainda públicos, privados ou difusos, impelindo uma abertura na rigidez dos conceitos, permitindo um arejamento do sistema e uma ampla tutela proposta por leis mais modernas e mais condizentes com os valores contemporâneos.

O grande impacto da positivação dos direitos difusos pode ser visto quando presente numa relação jurídica entre a sociedade e o proprietário individual, permitindo a existência de duas titularidades distintas sobre o mesmo bem.

Quando se tratar de um bem particular, este bem passa a ter, então, dois valores: um econômico, passível de apropriação, e outro não econômico, que impossibilita o pertencimento exclusivo. A sociedade, esse sujeito de direito não personalizado, é titular do direito difuso que recai sobre a coisa, de valor não econômico e o particular, o proprietário individual do seu valor econômico. Caberá ao Poder Judiciário harmonizar os dois direitos quando em colisão num caso concreto.

Importante destacar que a presença da segunda titularidade impõe deveres que vão além do cumprimento da função social da propriedade, estabelecendo relação jurídica entre os dois titulares e condutas específicas para o proprietário. O dever de respeito ao direito difuso se projeta em algo que está paralelo ao direito individual, consolidado em titularidades autônomas.

Também importante observar que uma titularidade não elimina a outra, há somente um alargamento no rol de titularidades, para se contemplar um novo modelo fundado no compartilhamento e na ética do dever. Tem-se uma titularidade que não exclui, mas que reúne pessoas, funcionalizando o direito.

Na hipótese de um bem corpóreo que venha ensejar a dupla titularidade, terá o indivíduo titular do direito individual o dever de fazer cumprir o direito de acesso aos titulares do segundo direito. Se é a importância social sobre o bem que o torna difuso, tem esta sociedade o legítimo direito de acessar os bens dos quais é titular. Disso pode decorrer obrigações específicas sobre quem detenha um bem dessa natureza em seu poder.

Dentre essas obrigações específicas está o direito de acesso. Ele representa uma importante ruptura na estrutura clássica da propriedade. Enquanto esta é fundada na apropriação individual, excluindo os não-proprietários, a titularidade difusa inclui todos os indivíduos, sendo vedada a apropriação individual. A ninguém será dado o poder exclusivo sobre o bem, pois é de sua natureza o compartilhamento.

Desta forma, bens que possibilitam essa dupla titularidade, a exemplo de obras de valor histórico, artístico ou literário não podem ser isoladas dos demais titulares. Cabe ao proprietário do bem material promover o acesso a todos, ainda que para isso se faça necessário a cobrança de valores de custeio da exposição. É dessa forma que se dá a harmonização de direitos.

Esse pertencimento não é dominial, tal como apresentada na clássica titularidade dos direitos reais. As disciplinas interdisciplinares abrem o sistema para o paradigma da complexidade. Se a vida humana é complexa, o ordenamento que regula suas demandas também deve sê-lo.

Novos arranjos legais já estão presentes no ordenamento para a tutela da relação entre pessoas e bens, onde se rompe a marca da exclusão no regime legal da apropriação. Trata-se de um novo modelo para os bens que são de interesse transindividual tutelados através dos direitos difusos. O direito de acesso e a economia compartilhada são grandes exemplos disso.

A ruptura do modelo proprietário individualista é evidente. A nova forma de pertencimento que condiciona a titularidade sobre os bens e direitos difusos tem sua essência na experimentação e no compartilhamento, posto que só se realiza no acesso simultâneo de todos os indivíduos.

A previsão taxativa dos direitos reais não pode impedir o intérprete de enxergar a presença de outras titularidades ligadas ao pertencimento no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, uma importante ruptura já aconteceu quando se permitiu a presença de lei especial para a tutela do incorpóreo, a exemplo da Lei de Propriedade Intelectual, mas ainda não se avançou para um estatuto especializado para os bens difusos, muito menos uma ampliação da linguagem do Código Civil, que ainda se dirige à propriedade de caráter individual, mantendo a sua resistência a qualquer adequação de estrutura e linguagem na tutela dos bens, deixando sempre a tarefa para legislação extravagante.

É fato que uma profunda revolução já se instaurou no direito privado, representando uma reconstrução ampla do direito civil, e que já é possível na reformulação de sua linguagem individualista para uma linguagem solidária na tutela do pertencimento.

O modelo proprietário tem sido analisado a partir de um modelo unitário e exclusivista, excludente de todo aquele que se configure como não-titular formal do bem (o que não tem registro). No entanto, há que se perceber que a partir da positivação dos direitos difusos, não há mais um único tipo jurídico de apropriação de bens, definidos em uma única forma de titularidade.

A propriedade, formal e submetida a registro, é apenas um dos tipos de projeção na esfera dos bens. Não se pode reduzir a história da propriedade à história da propriedade formal, consolidada numa memória cartorária. O poder da pessoa sobre os bens não se limitou historicamente a uma concessão jurídica. Essa é uma visão limitada.

Os direitos difusos propõem um amadurecimento teórico que permite visualizar o que já está consolidado em nível constitucional, repercutindo de forma contundente na estrutura do direito civil e processual civil. Não é pertinente nem adequado utilizar os parâmetros conceituais e dogmáticos construídos para demandas individuais, para tratar os conflitos produzidos a partir da tutela dos bens e direitos difusos. Essas novas demandas não

se enquadram no modelo constante no Código Civil no capítulo do direito das coisas nem no processo civil quando regula a legitimidade das partes e do rito processual.

As titularidades de direitos difusos redimensionam os inúmeros institutos do direito civil e do direito processual civil para contemplar uma nova categoria de direitos consolidada na Constituição Federal, que trazem estrutura e linguagem próprias, numa ruptura do modelo vigente até então para as disciplinas infraconstitucionais. E enquanto a estrutura do sistema infraconstitucional se encontra deficiente, a doutrina deve propor a correta adequação dos instrumentos processuais existentes no trato dessas novas demandas.

A propriedade tem o poder de definir modelos culturais, políticos e sociais. É através dela que a pessoa percebe a si mesma e sua posição em relação aos demais indivíduos no contexto social. O modelo vigente destinado à apropriação se ergueu sobre o regime de uma titularidade formal, garantidora do pertencimento exclusivo. A propriedade privada dos modernos foi erguida tutelando os direitos reais a partir de uma premissa de vedação de acesso aos não titulares do bem. Esse modelo, por ser excludente, é incompatível com a demanda que clama pela tutela legal dos bens que cuja natureza só permite a experimentação pelo meio compartilhado.

O direito material já enseja novas possibilidades, para além da estrutura rígida do domínio e isso só é possível graças a uma alteração na lógica proprietária trazida pela tutela dos bens difusos, afastando a característica da exclusão do uso alheio, e permitindo um parâmetro de inclusão. É nesse contexto que os bens difusos reformulam de forma profunda o regime de titularidades.

Os modernos criaram para a apropriação individual, mas a contemporaneidade ampliou a perspectiva do pertencimento, criando uma nova modalidade de apropriação muito mais assentada no compartilhamento e no direito de acesso. Enquanto na propriedade privada os poderes do domínio excluem os não-proprietários, o direito de acesso existente nos direitos difusos promove uma ampla inclusão. Este elemento é capaz de promover uma substancial ruptura no modelo de pertencimento quando comparada ao que se apresenta no direito das coisas.

Não se busca sobre os bens difusos uma apropriação exclusiva, mas o direito de acessá-los na condição de não-proprietário individual. É a insuficiência de recursos, impedindo que todos tenham uma titularidade sobre eles, que demanda uma reformulação no modelo proprietário. O direito de acesso redefine a lógica de mercado, baseada na oferta e na procura, igualando os que podem e os que não podem pagar por uma titularidade exclusiva.

A tutela do acesso passa a ser tema de extrema relevância no estudo desta matéria porque amplia os horizontes normativos, garantindo ao ordenamento a máxima de efetividade. O reconhecimento de um bem como bem comum traz como consequência a garantia do direito de acesso.

O novo milênio mudou as pessoas. Solidariedade, altruísmo e compartilhamento são conceitos que inundam o pensamento e o espírito humano. Embora seja fato que no mundo ainda exista uma marca forte do individualismo, essas novas premissas constroem novos bens jurídicos, a exemplo dos bens difusos, que ao serem tocados e experimentados resgatam o que há de melhor no espírito humano. Por isso devem ser protegidos para que possam beneficiar as presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas Introdutórias sobre Superfície e Usucapião. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 60. P.11-29, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006.
- ALENCAR, José de. **A Propriedade**. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial. Superior Tribunal de Justiça, 2004.
- ÁLVAREZ, Tomás Prieto. La intervención del Estado en la libertad individual: liberalismo, paternalismo, bien común. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/la-intervencion-del-estado-en-la-liberdad-individual/>>. Acesso em 30 de julho de 2016.
- AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. **O Direito em Busca de sua Humanidade: diálogos errantes**. Curitiba: CRV, 2014.
- ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 11ed. Trad. Roberto Raposo. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2013.
- ARISTÓTELES. **Política**. Martin Claret, São Paulo, 2002.
- _____. **Ética a Nicômaco**. Martin Clarret : São Paulo, 2002).
- ARONNE, Ricardo. **Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados**. São Paulo: Renovar, 2001.
- _____. **Propriedade e Domínio: a teoria da autonomia. Titularidades e Direitos Reais nos Fractais do Direito Civil-Constitucional**. Livraria do Advogado : Porto Alegre, 2014.
- AYALA, Patryck de Araújo. **Deveres ecológicos e regulamentação da atividade econômica na Constituição Brasileira**. In Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. Canotilho, José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens Morato. , p. orgs.). Saraiva: São Paulo, 2007.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida**. 2ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.
- BARCELONA, Pietro. **El Individualismo Propietario**. Madri: Trotta, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **A Proteção Coletiva dos Direitos no Brasil e Alguns Aspectos da Class Action Norte-americana.** *In* Processo Coletivo: do surgimento à atualidade.

Grinover, Ada Pellegrini, *et al.* (orgs.) Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Zahar : Rio de Janeiro, 2001. *In* Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. Grinover, Ada Pellegrini, *et al.* (orgs.) Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014.

BENJAMIN, Antônio Herman. **A Insurreição da Aldeia Global Contra o Processo Civil Clássico.**

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função.** Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Manole: São Paulo, 2007.

BORETTO, Mauricio. Nueva concepción de los “derechos” y de los “bienes” en el Código Civil y Comercial de la República Argentina. **Civilistica.com.** Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/nueva-concepcion-de-los-derechos/>>. Acesso em 03 de setembro de 2017.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como Categoria Constitucional.** Fórum: Belo Horizonte, 2010.

BUCAR, Daniel; MUCILO, Daniela de Carvalho. Situações Jurídicas Patrimoniais: funcionalização ou Comunitarismo?. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil.** Vol. 6. Out/dez, 2015, acesso em 20/04/2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil.** Revista de Processo. Vol. 5. Jan/1977. DRT/1977/11.p.128.

CARBONNIER, Jean. **Sociologia Jurídica.** Almedina, Coimbra. 1979.

CARDOSO Jr, Nerione N. **Hannah Arendt e o declínio da esfera pública.** 2 ed. Senado Federal : Brasília, 2007.

CARVALHO, Edgard de Assis. **Complexidade e Ética Planetária.** *In* O Pensar Complexo: Edgar Morin e a crise da modernidade. Pena-Vega, Afredo; Nascimento, Elimar Pinheiro do. (orgs.). Garamond : Rio de Janeiro, 1999.

CARVALHO, Orlando. **A Teoria Geral da Relação Jurídica: seu sentido e limites.** Centelha: Coimbra, 1981.

_____. **Direito das Coisas.** Coimbra Editora: Coimbra, 2012.

CASTRO Jr., Torquato da Silva. **Metáforas na Teoria do Fato Jurídico**. In Revisitando a Teoria do Fato Jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. Didier, Fredie; Ehrhardt Jr, Marcos (orgs.). Saraiva: São Paulo, 2010.

CASSANO, Franco. **Homo Civicus: la ragione vole follia dei beni comuni**. Dedalo: Bari, 2004.

CATALAN, Marcos. **Proteção Constitucional do Meio Ambiente e seus Mecanismos de Tutela**. Método: São Paulo, 2008.

COIMBRA, Rodrigo. **Efetivação dos Direitos com Objeto Difuso**. LTR : São Paulo, 2015.

CORRÊA, Adrian Espíndola. Formas de Pertencimento Medievais e Propriedade Moderna: da concreção dos fatos à abstração dos bens. **Revista de Direito Privado**. Nery Jr, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. (orgs). Ano 11. N. 41. Jan-mar/2010. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.

CORTIANO Jr. Eroulths. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

_____. **A Propriedade Privada na Constituição Federal**. Revista Brasileira de Direito Civil. Vol. 2. out-dez. Rio de Janeiro, 2014.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Pereira, Mateus Costa. **Processo não pode sufocar os direitos que nele são discutidos**. In <http://www.conjur.com.br/2017-jul-26/opiniao-processo-nao-sufocar-direitos-nele-sao-discutidos>. Acesso em 26 de agosto de 2017.

DANTAS, F. C. San Tiago. Direito privado brasileiro: aspectos gerais de sua evolução nos últimos cinquenta anos. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/direito-privado-brasileiro-aspectos-gerais-de-sua-evolucao/>>. Acesso em 30 de julho de 2016.

DANTAS, Marcus; Rentería, Pablo. **Notas sobre os Bens Comuns**. In O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte : Fórum, 2016.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. 2 ed. Ícone: São Paulo, 2006.

EHRHARDT Jr, Marcos Augusto. **Direito Civil: LINDB e parte geral**. Podivm: Salvador, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **A Construção do Direito Privado Contemporâneo na Experiência Crítico-Doutrinária Brasileira a Partir do Catálogo Mínimo para o Direito Civil-Constitucional no Brasil.** In *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Atlas : São Paulo, 2008.

_____. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim.** Renovar. Rio de Janeiro, 2015.

FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação.** Atlas: São Paulo, 2003.

_____. **Função Social da Dogmática Jurídica.** 2 ed. Atlas. São Paulo, 2015.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis.** Vol. I. Ed. fac-similar. Coleção História do Direito Brasileiro: direito civil. Brasília, Senado Federal: 2003.

FERRY, Luc. **Aprendendo a Viver: filosofia para os novos tempos.** Trad. Véra Lucia dos Reis. Ponto de Leitura: Rio de Janeiro, 2010.

GIDI, Antônio. Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos. *in* **La Tutela de Los Derechos Difusos, Coletivos e Individuales Homogéneos: hacia un código modelo para iberoamérica.** 2 ed. Gidi, Antônio; Mac-Gregor, Eduardo Ferrer (coords.). Porrúa México: México, 2004.

_____. Patrocinio de intereses difusos. *In* **Código Procesal Civil : comentado por los mejores especialistas.** Costa, Johan S. Camargo A. (coord.) . Tomo I. Adrus: Arequipa. Peru, 2010.

GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro.** 2 ed. Martins Fontes : São Paulo, 2006.

GRAU, Eros. **Técnica Legislativa e Hermenêutica Contemporânea.** *In* *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Atlas : São Paulo, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos.** *In* *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. Grinover, Ada Pellegrini, *et al.* (orgs.) Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014.

GROSSI, Paolo. **História da Propriedade e Outros Ensaios.** Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

GUELBENZU, José María, **Queimar o no queimar**. Disponível em:

<http://elpais.com/diario/2010/04/17/babelia/1271463133_850215.html>. Acesso em 03/01/2016.

_____. **A Ordem Jurídica Medieval**. Trad. Denise Rossato Agostinetti. Martins Fontes: São Paulo, 2014.

HARDT, Michael; Negri, Antonio. **Comune: oltre il privato e il pubblico**. Rizzoli. Milano, 2010.

HALÉVY, Marc. **A Era do Conhecimento: princípios e reflexões sobre a revolução noética no século XXI**. Unesp: São Paulo, 2010.

HERKENHOFF, João Batista. **Filosofia do Direito**. GZ Editora: Rio de Janeiro, 2010.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Martin Claret, São Paulo, 2002.

_____, Thomas. **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo : Landy, 2004.

JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Contraponto. Puc Rio: Rio de Janeiro, 2006.

JUSTO, A. Santos. **Direito Privado Romano -III : direitos reais**. Coimbra: Coimbra, 1997.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Martin Claret: São Paulo, 2002.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Sujeito de Direito e Capacidade: contribuição para uma revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Melo**. In Revisitando a Teoria do Fato Jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. Didier, Fredie; Ehrhardt Jr, Marcos (orgs.). Saraiva: São Paulo, 2010.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano : história, sujeito e objeto do direito : instituições jurídicas** Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial. Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Coisas**. Saraiva: São Paulo, 2017.

LÓPEZ. José Maria Pena. **Concepto del Derecho Real**. 2 ed. Tórculo Edicións, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria Geral do Direito Ambiental**. Morosini, Fábio Costa; Barbosa, Fernanda Nunes. (Trad.). Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.

MACHADO, Diego Carvalho. Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana: reflexões sobre subjetividade jurídica, teoria do direito civil e tutela da pessoa. **RJLB**. Ano 2. n. 4. 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20ed. Gen. Forense: Rio de Janeiro, 2011.

MATTEI, Ugo. **Beni Comuni: um manifesto**. Laterza: Roma, 2011.

_____. **La Nozione del Comune**. In La Società dei Beni Comuni: una rassegna. Paolo Cacciari (org.). Roma, 1995.

MELO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia**. 1ª parte. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **A dimensão privada do existir e a funcionalidade dos bens**. In Direito Privado e Contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI. Braga Netto, Felipe Peixoto Braga; Silva, Michael César (orgs). Belo Horizonte : D'Plácido, 2014.

MILARÉ, ÉDIS. **Direito do Ambiente**. 10 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. Editor Borsoi: Rio de Janeiro, 1954.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Tomo II. Rio de Janeiro. Editor Borsoi, 1954.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo XI. Fachin, Luiz Edson (atual.). Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Garra, Mão e Dedo**. Campinas: Bookseller, 2005.

_____. À Margem do Direito. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a 2, n 4, out-dez/2013. Disponível em: <http://civilistica.com/a-margem-do-direito-estudo-de-psicologia-juridica/>. Acesso em 20/10/2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”**. In Processo Coletivo: do

surgimento à atualidade. Grinover, Ada Pellegrini, *et al.* (orgs.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos.** *In* Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. Grinover, Ada Pellegrini, *et al.* (orgs.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo.** 4 ed. Sulina: Porto Alegre, 2011.

_____. **Por uma Reforma do Pensamento.** *In* O Pensar Complexo: Edgar Morin e a crise da modernidade. Pena-Vega, Afredo; Nascimento, Elimar Pinheiro do. (orgs.). Garamond : Rio de Janeiro, 1999.

NEVES, Lucianne Spíndola. Responsabilidade civil do Estado e Patrimônio Cultural: os limites do controle judicial quanto à responsabilização estatal à luz dos princípios da participação popular e da função social da propriedade. *In* **Publicações da Escola da AGU.** Escola da Advocacia Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. Pós-graduação em Direito Público – UnB 2014: eixos ambiental e regulatório. Vol. 34. N. 2. Mar-abr/2014. Brasília: EAGU, 2009. p. 219-261.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules.** Martins Fontes: São Paulo, 2013.

O'CONNOR. Anne-Marie. **A Dama Dourada: retrato de Adele Bloch Bauer. A extraordinária história da obra-prima de Gustavo Klimt.** Trad. Mário Pontes. José Olympio: Rio de Janeiro, 2016.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas.** 2 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. 1. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Coisas. Vol. I.** Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial. Superior Tribunal de Justiça, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil Constitucional: introdução ao direito civil-constitucional.** 3ed. Renovar: Rio de Janeiro, 1997.

_____. **A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional.** *in* Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. Atlas : São Paulo, 2008.

_____. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERNA, Tonino. **Dagli usi civici ai beni comuni**. La Società dei Beni Comuni: uma rassegna. Paolo Cacciari (org.). Roma, 1995.

PIVA, Rui Carvalho. **Bem Ambiental**. Max Limonad : São Paulo, 2000.

PLATÃO. **A República**. São Paulo : Martin Claret, 2000.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. Martins Fontes : São Paulo, 2011.

PUGLIATTI, Salvatore. **La Proprietà nel Nuovo Diritto**. Dott. A. Giuffrè Editore: Milano, 1964.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 19 ed. Saraiva: São Paulo, 1991.

RICOVERI, Giovanna. **I Beni Comuni: un'alternativa al mercato**. La Società dei Beni Comuni: uma rassegna. Paolo Cacciari (org.). Roma, 1995.

DA ROS, Patrick Lucca Da. **Algumas Noções Acerca da Proteção do Patrimônio Cultural no Direito Romano e na Europa dos Séculos V a XIX – Uma tutela difusa, quando uma noção de patrimônio cultural sequer existia**. In *Mitos e Rupturas no Direito Civil Contemporâneo*. Silva Filho, José Carlos Moreira da.; Pezzella, Maria Cristina Cereser. (coords.) Lumen Juris : Rio de Janeiro, 2008.

RODOTÀ, Stefano. **Il Terribile Diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni**. 3 ed. Il Mulino: Bologna, 2013.

ROGER, Emílio. **Uma Antropologia Complexa para Entrar no Século XXI: chaves de compreensão**. In *O Pensar Complexo: Edgar Morin e a crise da modernidade*. Pena-Vega, Alfredo; Nascimento, Elimar Pinheiro do. (orgs.). Garamond : Rio de Janeiro, 1999.

ROQUE, Andre Vasconcelos. O Que Significa Representatividade Adequada? Um Estudo de Direito Comparado. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Vol. IV. Ano 3. jul-dez. Rio de Janeiro, 2009.

ROSS, Alf. **Hacia una Ciencia Realista del Derecho: crítica del dualismo en el derecho**. Barbosa, Julio (Trad.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

SANDEL, Michael J. **O que o Dinheiro não Compra: os limites morais do mercado**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SILVA, José Robson da. **Paradigma Biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SKLOOT, Rebeca. **A Vida Imortal de Henrietta Lacks**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações Jurídicas Subjetivas: aspectos controversos.

Civilística.com. Rio de Janeiro: a. 4, n. 1, 2015. Disponível em:

<http://civilistica.com/situacoes-juridicas-subjetivas-aspectos-controversos/>. Acesso em 26/22/2016.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano VI, nº 6. Junho de 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **O Papel Atual da Doutrina do Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa**. In *O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte : Fórum, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais**. In *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Atlas : São Paulo, 2008.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo Torres. **A Propriedade e a Posse: um confronto em torno da função social**. 2ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

WATANABE, Kazuo. **Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: a legitimação para agir**. In *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. Grinover, Ada Pellegrini, *et al.* (orgs.) Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014.

VALLAURI, Luigi Lombardi. **Beni Comuni e Beni non Esclusivi**. La Società dei Beni Comuni: una rassegna. Paolo Cacciari (org.). Roma, 1995.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico das Propriedades**. Forense : Rio de Janeiro, 1992.

VILLEY, Michel. **Direito Romano**. Trad. Fernando Couto. Porto: Rés-Editora, s/d.

Weill, Alex; Terré François; Simler Philippe. **Droit Civil: les biens**. Dalloz: Paris, 1985.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Direitos Coletivos Lato Sensu: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos**. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Hermes %20Zaneti %20Jr \(2\) % 20% 20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Hermes%20Zaneti%20Jr%20%20formatado.pdf), acesso em 14 de novembro de 2016.