

# AS TRANSFORMAÇÕES GERAIS DO DIREITO PRIVADO DESDE O CÓDIGO NAPOLEÃO: PRIMEIRA E SEXTA CONFERÊNCIAS

---

*LES TRANSFORMATIONS GÉNÉRALES DU DROIT PRIVÉ DEPUIS LE CODE  
NAPOLEON: PREMIÈRE ET SIXIÈME CONFÉRENCES  
GENERAL TRANSFORMATIONS OF PRIVATE LAW SINCE THE  
NAPOLEON CODE: FIRST AND SIXTH LECTURES*

**LÉON DUGUIT †**

1859-1928

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Bordeaux.

**TRADUÇÃO E NOTAS POR**

**LUCA D'ARCE GIANNOTTI**

Doutorando em Direito Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro Associado do Instituto de Estudos Culturalistas (IEC), ao Instituto Brasileiro de Direito Privado (IDiP) e ao Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (IBDS).  
luca@etad.com.br

**INTRODUÇÃO E NOTAS POR**

**DANIEL AMARAL CARNAÚBA**

Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal de São Paulo. Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Membro da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo.  
dancarnauba@unifesp.br

**REVISÃO POR**

**OTAVIO LUIZ RODRIGUES JR.**

Professor Associado de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP. Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP, com estágios pós-doutorais na Universidade de Lisboa e no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo). Coordenador da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo.  
otavioluiz.usp@gmail.com

**ÁREA DO DIREITO:** Civil

**RESUMO:** Este artigo apresenta a tradução de dois capítulos centrais da obra clássica *As transformações gerais do Direito Privado desde o Código Napoleão*, de Léon Duguit, originada no ciclo de conferências proferido pelo autor na Faculdade de Direito de Buenos Aires, em 1911. Na primeira conferência, "Direito subjetivo e função social", Duguit critica o caráter metafísico e individualista do sistema jurídico derivado da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e do Código Napoleão, sustentando que tais categorias já não correspondiam à realidade social do início do século XX. Em substituição ao conceito de direito subjetivo, propõe a noção de "função social", inspirada no positivismo e no realismo sociológico. Na conferência final, aplica essa concepção à propriedade, que deixaria de ser concebida como um instrumento de proteção aos interesses do proprietário para se afirmar como função social orientada à satisfação de necessidades coletivas. Assim, Duguit delineia um novo paradigma jurídico, de feição realista e coletivista, predominante na transição do século XIX para o XX.

**PALAVRAS-CHAVE:** Função social – Direito subjetivo – Propriedade – Positivismo sociológico.

**ABSTRACT:** This article presents the translation of two central chapters of Léon Duguit's classic work *The General Transformations of Private Law* since the Napoleonic Code, which is a transcription of a lecture series delivered by the author at the Faculty of Law of Buenos Aires in 1911. In the first lecture, "Subjective Right and Social Function," Duguit criticizes the metaphysical and individualistic character of the legal system derived from the 1789 Declaration of the Rights of Man and the Napoleonic Code, arguing that such categories no longer corresponded to the social reality of the early twentieth century. As a substitute for the concept of subjective right, he proposes the notion of "social function," inspired by positivism and sociological realism. In the final lecture, he applies this conception to property, which ceases to be understood as an instrument of protection of the owner's interests and is instead affirmed as a social function oriented toward the satisfaction of collective needs. In doing so, Duguit outlines a new legal paradigm, realist and collectivist in nature, which gained prominence during the transition from the nineteenth to the twentieth century.

**KEYWORDS:** Social function – Subjective right – Property – Sociological positivism

**SUMÁRIO:** Introdução. Primeira Conferência: Direito subjetivo e função social. I Significado e abrangência do tema escolhido. II A continuidade no desenvolvimento do direito e as grandes etapas de sua evolução. III A Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e o Código Napoleão. IV O sistema jurídico estabelecido por esses marcos é individualista e metafísico. V Ele está desaparecendo e dando lugar a um sistema jurídico realista e socialista. VI O conceito realista de função social substitui o conceito metafísico de direito subjetivo. Sexta conferência: Propriedade-função social. I Necessidade econômica geral que a propriedade é chamada a satisfazer. II A propriedade no Código Napoleão e nos principais Códigos Civis. III As consequências desse conceito são, em sua maioria, rejeitadas pela jurisprudência. IV Surgimento, na jurisprudência, do conceito de propriedade-função. V Obrigações do proprietário: ele é obrigado a usar a riqueza que detém conforme sua destinação social – Intervenção do legislador. VI A propriedade de afetação – A lei francesa de 2 de janeiro de 1907 sobre as igrejas.

## INTRODUÇÃO

Entre as diversas alterações promovidas pela Lei da Liberdade Econômica no Código Civil, aquela que atingiu o seu art. 421 está entre as que menos suscitaram controvérsias na literatura especializada. À primeira vista, a mudança pode mesmo parecer modesta. A redação original do dispositivo previa que a “liberdade de contratar” seria exercida “em razão e nos limites da função social do contrato”. O legislador reformista limitou-se a substituir a expressão “liberdade de contratar” por “liberdade contratual” e a suprimir a expressão “em razão e”<sup>1</sup>. Foram poucos os que notaram que a exclusão destas três palavras talvez represente a mais relevante intervenção da Lei da Liberdade Econômica nos valores que permeiam o Código<sup>2</sup>. De fato, a alteração implicou uma correção de rota quanto ao sentido da expressão “função social” e, em grande medida, reafirmou a liberdade contratual como um direito subjetivo, isso é, como um instituto voltado primariamente à satisfação de interesses individuais.

Para compreender melhor a extensão dessa mudança, o texto que segue traduzido é fundamental.

Trata-se do ciclo de conferências intitulado *As transformações gerais do Direito Privado desde o Código Napoleão*, ministrado, em 1911, pelo célebre jurista francês Léon Duguit, na Faculdade de Direito de Buenos Aires. Essas exposições orais foram transcritas pelo próprio autor e publicadas no ano seguinte<sup>3</sup>. Das seis conferências

1. A redação originalmente prevista na MP 881/19 era bastante distinta: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”. A mudança do texto é fruto de uma proposta da Rede de Direito Civil Contemporâneo, formulada por Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo, Judith Martins-Costa e Jorge Cesa Ferreira da Silva, durante o processo legislativo de conversão da MP em lei. Veiculada inicialmente por meio uma emenda ao projeto de conversão da MP, apresentada pelo senador Antônio Anastasia, a proposta de alteração redacional seria acolhida por solicitação do presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Rodrigo Maia. Essa redação inspira-se em uma antiga proposta de alteração do CC/02 de autoria dos professores Antonio Junqueira de Azevedo e Álvaro Villaza Azevedo, e que estava inserida no Projeto de Lei 6960/2002, do Deputado Ricardo Fiúza (posteriormente, reapresentado sob o n. 699/2011).
2. Entre eles: LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. A MP da liberdade econômica: o que mudou no Código Civil? (parte 1). *Consultor Jurídico – Conjur*, 06.05.2019. Coluna Direito Civil atual. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-mai-06/direito-civil-atual-mp-liberdade-economica-mudou-codigo-civil]. Acesso em: 29.05.2025.
3. DUGUIT, Léon. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. Paris: Félix Alcan, 1912.

que compunham o ciclo, duas estão aqui traduzidas: a primeira – “Direito subjetivo e função social” – e a última – “Propriedade função-social” –; justamente as que melhor delineiam o conceito e o papel da função social na obra de Duguit. É bem verdade que Duguit já tratara da questão em obras precedentes<sup>4</sup> e que, mesmo antes dele, outras juristas, como Enrico Cimbali<sup>5</sup>, Otto von Gierke<sup>6</sup> ou Karl Renner<sup>7</sup>, haviam recorrido sobre a função social dos institutos de Direito Privado – ainda que esses autores tenham empregado a expressão “função social” com conotações bastante diversas. Contudo, nenhum desses textos pioneiros deixou marcas tão profundas no Direito Privado quanto *As transformações gerais*. A linguagem simples e direta, a clareza dos argumentos, os exemplos eloquentes, a solidez de seus fundamentos, garantiram à obra um prestígio internacional invulgar<sup>8</sup>, de tal sorte que não seria equivocado afirmar que *As transformações gerais* é o marco fundador da “funcionalização” dos institutos jurídicos do Direito Privado.

O contato com a origem do conceito de função social pode provocar alguma perplexidade ao leitor contemporâneo. O primeiro elemento que chama a atenção é o próprio autor. Duguit não é conhecido por ser um especialista do Direito Privado, mas, ao contrário, tem seu nome invariavelmente associado ao Direito Público, por ser o autor de obras paradigmáticas do Direito Administrativo e do Direito Constitucional. Essa impressão deve ser afastada. A envergadura acadêmica de Léon Duguit não se resume ao seu papel de publicista. Na verdade, Léon Duguit era privatista por formação. Além de ter obtido seu título de *professeur agrégé* numa época em que

- 
4. Cf., em especial: *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*: conférences faites à l'École des hautes études sociales. Paris: Félix Alcan, p. 14-21.
  5. CIMBALI, Enrico. La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria. In: *Studi di dottrina e giurisprudenza civile*. Lanciano: R. Carabba, 1889. p. 35-76.
  6. Em obra também extraída de uma palestra: GIERKE, Otto von. *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*. Berlim: Julius Springer, 1889. Para uma recente tradução, cf. GIERKE, Otto von. The social role of Private Law. Trad. Ewan McGaughey. *German Law Journal*, v. 19. n. 4, 2018, p. 1029-1116.
  7. A primeira edição de sua obra *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion* (Os institutos jurídicos de Direito Privado e sua função social) foi publicada por Renner, em 1904, ainda sob o pseudônimo de Joseph Karner. Para uma tradução da obra para o inglês, cf. RENNER, Karl. *The institutions of Private Law and their social functions*. Trad. Agnes Schwarzschild. Londres: Routledge, 1949.
  8. Cf. BABIE, Paul; VIVEN-WILKSCH, Jessica (Org.). *Léon Duguit and the social obligation norm of property*: a translation and global exploration. Springer: Singapura, 2019.

o concurso era centrado no Direito Privado<sup>9</sup>, as duas teses doutorais que defendeu em 1882 versavam sobre esse ramo do Direito<sup>10</sup>.

Em definitivo, Duguit foi um grande teórico do Direito e, mais precisamente, um dos expoentes do movimento de socialização do Direito, surgido ao final do século XIX, e do qual fizeram parte Jules Charmont, Paul Pic, Emmanuel Lévy e Édouard Lambert e, em certa medida, Josserand, Saleilles e Géný<sup>11</sup>. Profundamente influenciado pelo positivismo científico de Comte e pelo pensamento sociológico de Durkheim – de quem foi colega na Universidade de Bordeaux, além de grande amigo<sup>12</sup> –, Duguit procurou, ao longo de toda a sua carreira, refundar a Ciência do Direito a partir do conhecimento empírico e da análise social; ao mesmo tempo que recusava a qualidade de “ciência” à teoria jurídica tradicional, que, segundo o autor, se estruturava sobre bases individualistas e metafísicas. “O sistema jurídico civilista era metafísico; o novo sistema, que está se elaborando, é realista”, afirma Duguit no texto ora traduzido<sup>13</sup>. Isso explica sua profunda descrença nos conceitos jurídicos enraizados no Direito Privado, tal como a personalidade ou o direito subjetivo que, por não serem captáveis pela experiência sensível, seriam de “ordem puramente metafísica”<sup>14</sup>.

Encontra-se aí a diferença fundamental entre o sentido contemporâneo da expressão “função social”, tal como empregado hoje pela Constituição Federal ou pela legislação brasileira, e o sentido que Duguit conferia esse conceito. Ao contrário do que ocorre atualmente, a função social de Duguit não se apresenta um atributo de um direito subjetivo ou uma forma de conformá-lo. A função social é a própria negação dos direitos subjetivos. “O homem não tem direitos, nem os tem a coletividade. Todo indivíduo, contudo, tem na sociedade uma certa função a cumprir, um trabalho a realizar”<sup>15</sup>. Segundo Duguit, em razão de sua inaptidão para integrar a

9. Cf. HAKIM, Nader. Duguit et les privatistes. In: MELLERAY, Fabrice. *Autour de Léon Duguit*. Bruxelas: Bruylant, 2011. p. 81.

10. DUGUIT, León. *Droit Romain: du principe de la théorie des risques dans les stipulations; Droit français: des conflits de la législation relatifs à la forme des actes civils*. Bordeaux: J. Durand, 1882.

11. Para um apanhado histórico dessa corrente, cf. HALPÉRIN, Jean-Louis. *Histoire du droit privé français depuis 1804*. 2. ed. Paris: PUF. p. 184-188. n. 124 e ss.

12. CHAZAL, Jean-Pascal. Léon Duguit et François Géný: Controverse sur la rénovation de la science juridique. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, v. 65, 2010, p. 86.

13. *Les transformations générales...*, p. 09.

14. *Les transformations générales...*, loc. cit.

15. *Les transformations générales...*, p. 19-20.

Ciência Jurídica, o conceito de direito subjetivo haveria de ser suplantado pelo de função social, que, para o autor, nada mais é do que o dever, imposto a todo indivíduo, de cumprir o papel que lhe foi atribuído pela sociedade, recebendo proteção na exata medida em que o cumpre. Isso seria particularmente visível com relação à propriedade: “Todo indivíduo tem a obrigação de cumprir uma função na sociedade em razão do lugar que ocupa”, sustenta Duguit, na passagem mais conhecida de sua obra.

“Ora, o detentor de riquezas, pelo mesmo fato de as deter, pode cumprir uma tarefa que apenas ele pode realizar. Somente ele pode aumentar a riqueza geral ao utilizar o capital que detém. Ele está, portanto, socialmente obrigado a cumprir esse dever, e será socialmente protegido somente quando cumpre e na medida em que executa a função social. A propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário; ela é a função social do detentor de riquezas”<sup>16</sup>.

Transposta para a terminologia técnica atual, é possível afirmar que a função social de Duguit seria não um direito subjetivo, mas um poder-dever.

A coloração totalitária dessa concepção de função social é bastante evidente. Ela aniquila por completo qualquer emanção da individualidade, soterrada sob o peso dos interesses coletivos<sup>17</sup>. Tanto assim que Duguit declara, sem hesitar, que “o indivíduo não é um fim, mas um meio”, afinal “cada um de nós não tem razão de ser no mundo a não ser pela tarefa que cumprimos na obra social”<sup>18</sup>. E, tomando de empréstimo metáforas típicas do léxico de Comte e Durkheim, reduz todo cidadão a uma espécie de “funcionário público”<sup>19</sup>; a uma “engrenagem de uma vasta máquina que é o corpo social”<sup>20</sup>.

Por certo, Duguit não estava sozinho ao propor a releitura dos direitos subjetivos a partir do papel que desempenham na comunidade. O que impressiona, contudo, é sua capacidade de catalisar o espírito de seu tempo. As *transformações gerais* sintetizam a mudança na forma de se compreender o Direito em favor de um olhar

16. *Les transformations générales...*, p. 158.

17. Não é coincidência que a negação do conceito de direito subjetivo seja uma política recorrente em Estados totalitários. Cf. LA TORRE, Massimo. *La “lotta contro il diritto soggettivo”*: Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista. Milão: Giuffrè, 1988.

18. *Les transformations générales...*, p. 157.

19. *Les transformations générales...*, p. 159.

20. *Les transformations générales...*, p. 157.

coletivista e empírico, e que foi impulsionada pelas alterações sociais que marcaram as últimas décadas do século XIX. Se na literatura e nas artes plásticas essas alterações resultaram no surgimento do Realismo; se nas Ciências elas inauguraram a Sociologia e o Positivismo; no Direito Civil, manifestaram-se como uma crescente preocupação com os conflitos sociais e como uma recusa às abstrações jurídicas desvinculadas de um suporte empírico.

Esse contexto explica, por exemplo, o surgimento do Direito do Trabalho, que, diante da emergência das tensões sociais que regula, reivindicou sua autonomia frente à disciplina comum dos contratos. Explica, também, o fortalecimento da responsabilidade civil, preocupada então com os acidentes de transporte e de trabalho – tragédias típicas das classes proletárias. E explica até mesmo a teoria da posse de Jhering, de patente abertura à experiência sensível e à conformação social do conceito. O possuidor, afinal, não é aquele que recebe proteção na medida em que comporta socialmente como proprietário?

É possível afirmar que *As transformações gerais* serviram de suporte teórico para que esse processo de socialização penetrasse também nos pilares do Direito Privado, a saber, na noção de direito subjetivo, em geral, e na de direito de propriedade, em especial. Esses conceitos passaram a ser condicionados pelos interesses coletivos – movimento que se refletiria alguns anos mais tarde, de maneira ainda mais clara, no art. 27, § 3º, da Constituição Mexicana de 1917<sup>21</sup>, e no célebre art. 153, § 3º, da Constituição de Weimar, de 1919<sup>22</sup>. Duguit, contudo, pretendia levar esse processo ao seu ápice: não apenas remodelar o direito subjetivo a partir de considerações sociais, mas aniquilar esse conceito por completo<sup>23</sup>.

Rejeitada essa perspectiva mais extrema, a noção de “função social” passou a oferecer amparo para uma série de transformações dos direitos subjetivos. O exemplo mais emblemático é certamente a figura do abuso de direito que,

- 
21. “Art. 27, § 3º. A Nação terá em todo o tempo o direito de impor à propriedade privada as modalidades que dite o interesse público.”
  22. “Art. 153, 3. A propriedade obriga. Seu uso deve servir também ao bem comum.”
  23. Em uma breve passagem, Duguit admite que seu conceito de função social não abarca a propriedade dos bens de consumo, a qual “apresenta características completamente diferentes e, quanto a ela, não seria exato dizer que evolui no sentido socialista” (*Les transformations générales...*, p. 149). Essa ressalva tem o potencial de limitar drasticamente toda a teoria da função social delineada pelo autor, mantendo a “propriedade-direito” em uma larga porção da realidade. Talvez por isso, Duguit não empreendeu maiores esforços para analisar essa categoria de bens, que permaneceu inexplorada em seu texto.

criticada por Duguit<sup>24</sup>, foi, ainda assim, largamente influenciada por ele. Isso é bastante visível na obra de Josserand. Ausente em seu primeiro trabalho dedicado ao abuso de direito, publicado em 1905<sup>25</sup>, o conceito de “função social” adquiriu, por influência de Duguit, importância central em sua obra-prima sobre o tema, *Do espírito dos direitos e sua relatividade*, de 1927<sup>26</sup>. Segundo Josserand, a função social dos direitos constitui o critério definitivo para a delimitação do abuso: todo aquele que exerce seu direito em desconformidade com a função social a que está vinculado – a missão que essa prerrogativa está destinada a cumprir<sup>27</sup> – incorre em abuso de direito<sup>28</sup>.

É perfeitamente compreensível que não tenha sido a perspectiva de totalitária de função social, delineada em *As transformações gerais*, que terminou por vingar em nossa Constituição ou em nossa legislação; ainda que parte da literatura nacional insista em recorrer a Duguit como marco interpretativo dos textos brasileiros. Os direitos subjetivos subsistem, afinal, como instrumentos voltados à satisfação de interesses individuais. Talvez tenhamos aí a principal falha do texto: sua excessiva autoconfiança. Duguit estava tão convicto de suas próprias ideias que vaticinava que o progresso conduziria à ascensão da função social e à inexorável derrocada dos direitos subjetivos. Como prova, declarava que este conceito não mais existia nas nações desenvolvidas, entre os quais incluía seu

---

24. *Les transformations générales...*, p. 166.

25. *De l'abus des droits*. Paris: Arthur Rousseau, 1905.

26. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1939. p. 394-400, n. 291 e ss.

27. É importante observar que, nesse ponto, Josserand diverge de Duguit quanto ao lugar da função social em meio à teoria dos direitos subjetivos. Para Josserand, todo direito subjetivo teria uma função social a ser observada por seu titular.

28. Para fazer justiça à evolução do pensamento do autor, é preciso notar que, mesmo na obra de 1905, apesar de não empregar a locução “função social”, Josserand recorre a uma série de expressões que muito se avizinham da ideia, como “finalidade dos direitos” (*De l'abus des droits*, cit., p. 05) ou “emprego antissocial” de um direito (*ibidem*, p. 47). Nada obstante, a diferença de perspectiva dessas duas obras é patente: enquanto em 1905, Josserand defendia que o critério definitivo para a configuração do abuso seria a “ausência de interesse legítimo” daquele que exerce seu direito de forma prejudicial a outrem (*ibidem*, p. 53-59); em 1927 ele passa a defender o “critério funcional ou finalista”, que teria a vantagem de abarcar todos os demais e de não depender de considerações sobre a intenção do titular (*De l'esprit des droits...*, p. 399-400). Essa evolução só foi possível graças ao aporte da teoria de Duguit, como bem reconhece o próprio Josserand (*ibidem*, p. 394-395).

país de origem – mesmo que esse diagnóstico não fosse, nem de longe, unânime entre os juristas franceses de seu tempo<sup>29</sup>. Os mais de cem anos que nos separam na publicação de *As transformações gerais* revelam o quanto essa profecia estava equivocada.

Nada disso diminui a importância histórica da obra de Duguit. Pelo contrário, poucos trabalhos deixaram um legado tão marcante na Teoria do Direito, em geral, e no Direito Privado, em especial, quanto *As transformações gerais*. Ele tem o mérito de ser uma das primeiras manifestações a denunciar o quão reducionista era a tradicional concepção de direito subjetivo que, focada exclusivamente na satisfação dos interesses do titular, deixava escapar o papel fundamental exercido por este instituto na organização social e na manutenção do tecido coletivo. Se o ordenamento jurídico é um instrumento de regulação da comunidade, é evidente que os propósitos organizativos vão se refletir em cada um dos elementos que o compõem. A proteção individual, viabilizada pelos direitos subjetivos, é uma peça importante para a consecução dos objetivos públicos.

Diante disso, a mencionada reforma do art. 421 do Código Civil brasileiro pode parecer uma derrota retumbante da “função social” tal como preconizada por Duguit. A alteração esclarece que a função social impõe limites aos direitos subjetivos; conforma-os. Mas não é a razão de sua existência ou de seu exercício<sup>30</sup>, como propunha o autor. Essa conclusão é verdadeira, mas merece uma advertência importante: foi a crítica radical de Duguit que permitiu que tivéssemos, hoje, uma concepção mais fidedigna sobre a estrutura complexa e o papel dos direitos subjetivos em meio à organização social. A tradução dessa obra clássica vem em boa hora.

DANIEL AMARAL CARNAÚBA

---

29. HAKIM, Nader. *Duguit et les privatistes*, cit., passim.

30. Nesse sentido, cf. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Propriedade, função social e Constituição: exame crítico de um caso de “constitucionalização” do Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 51, 2010, p. 207-236.

*PRIMEIRA CONFERÊNCIA:  
DIREITO SUBJETIVO E FUNÇÃO SOCIAL*<sup>31</sup>

**Significado e abrangência do tema escolhido – A continuidade no desenvolvimento do direito e as grandes etapas de sua evolução – A Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e o Código Napoleão – O sistema jurídico estabelecido por esses marcos é individualista e metafísico – Ele está desaparecendo e dando lugar a um sistema jurídico realista e socialista – O conceito realista de função social substitui o conceito metafísico de direito subjetivo.**

Senhores,

Quero que minha primeira palavra seja um caloroso agradecimento à Faculdade de Direito de vossa grande cidade, que desejou me associar aos seus trabalhos durante algumas semanas. Esta permanecerá a grande honra de minha vida de professor. Agradeço também do fundo de meu coração ao senhor Reitor por sua recepção tão charmosa e cordial. Agradeço as palavras lisonjeiras com as quais o senhor Diretor [*Doyen*] me apresentou.

O objeto destas conferências é estudar as transformações gerais do direito e, em particular, do Direito Privado nas sociedades americanas e europeias desde o começo do século XIX, sobretudo a partir de dois célebres fatos que marcam uma etapa importante e ocupam um lugar eminente na História das sociedades civilizadas: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e o Código Napoleão.

Este estudo realizar-se-á sob um ponto de vista exclusivamente científico. Não trago nenhuma opinião preconcebida; não pertenço a nenhum partido; não sou membro de nenhuma igreja, tenho profundo respeito por todas as fés; pessoalmente, não admito nenhum dogma de qualquer tipo. Faço ciência e exclusivamente ciência, baseada na observação imparcial dos fatos.

- 
31. N.T. No original: DUGUIT, Léon. Le droit subjectif et la fonction sociale. In: DUGUIT, Léon. *Les Transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1912, première conférence, p. 01-22. Esta publicação inscreve-se no âmbito das atividades do Grupo de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, coordenado pelo professor associado Otavio Luiz Rodrigues Jr. (USP) e pelo professor adjunto Daniel Amaral Carnaúba (Unifesp). No texto original, a numeração das notas de rodapé se reinicia a cada página. Dada a impossibilidade de se seguir esse método, a tradução adotará, no lugar, uma numeração sequencial única para todo o texto. As notas dos tradutores serão indicadas pela sigla “N.T.” e finalizadas com o nome de seu autor [L. D. Giannotti].

Por outro lado, estas conferências não são de vulgarização; são de caráter exclusivamente universitário. Tenho um dever perante este grande estabelecimento científico no qual tenho a honra de falar; tenho um dever perante o público erudito que veio me escutar e um dever perante a mim mesmo de adentrar no âmago do meu tema e tratá-lo cientificamente.

# I

## *Significado e abrangência do tema escolhido*

Em primeiro lugar, como se deve compreender o significado e a abrangência do tema que escolhi? Meu intuito não é, se me entendem os senhores, apontar nos principais países da Europa e da América as mudanças que o legislador positivo realizou. Isso seria difícil e não ofereceria nada de interessante.

Por outro lado, eu sou daqueles que pensam que o Direito é muito menos uma obra do legislador do que um produto constante e espontâneo dos fatos. As leis positivas e os códigos podem permanecer intactos em seus textos rígidos: pouco importa; pela força das coisas, sob a pressão dos fatos e necessidades práticas, formam-se constantemente novas instituições [*institutions*]<sup>32</sup> jurídicas. O texto subsiste, mas ele perdeu sua força e seu vigor; ou, por meio de uma exegese sensata e sutil, atribui-se a ele um sentido e uma abrangência que o legislador não previu quando o escrevia.

Posso, portanto, falar de transformações gerais do Direito e, em particular, do Direito Privado sem entrar em nuances de leis novas, posteriores à Declaração dos Direitos do Homem e ao Código Napoleão, nos países cuja legislação positiva ainda é composta por textos inspirados nos princípios desses dois marcos. Creio poder dizer que, apesar das diferenças pontuais, das divergências de redação, todos os países americanos e europeus alcançaram o mesmo nível de civilizatório, e, em todo caso, todos os países de origem latina.

- 
32. N.T. Em francês, o termo “*institution*” agrega o sentido de “instituto” e “instituição”. Basta ler a definição de um dicionário jurídico de época para notar a junção: “*Latin institutio* (du verbe *instituer*). I. Ensemble de règles établies soit par le législateur, soit par les particuliers, en vue de la satisfaction d'intérêts collectifs ou privés. L'institution peut se présenter sous la forme d'une personne morale de droit public (ex : État, Parlement), ou de droit privé (ex: association), ou d'un groupement non personnalisé, ou d'une fondation [instituição] ou d'un régime légal tel que la tutelle, la prescription, la faillite, l'expropriation pour cause d'utilité publique [instituto]” (CAPITANT, Henri (Org.). *Vocabulaire juridique*. Paris: PUF, 1930. p. 289). Tentamos, na medida do possível, separar os sentidos [L. D. Giannotti].

## II

*A continuidade no desenvolvimento do direito  
e as grandes etapas de sua evolução*

Mas, se o direito está em um estado perpétuo de transformação, se continuamente institutos [*institutions*] jurídicos novos estão em elaboração, por que limitar de tal forma o objeto de estudo? Por que tomar a Declaração dos Direitos de 1789 e o Código Napoleão como ponto de partida?

Sem dúvida, tomando as coisas como elas realmente são, há uma transformação continua e perpétua de ideias e de instituições [*institutions*]. Todavia, somos obrigados, a fim de facilitar a exposição, a criar parâmetros, a distinguir períodos. Distinção seguramente artificial; mas, na evolução geral dos povos, há realmente certos períodos cujos começo e fim são marcados por grandes fatos, que não podem escapar da atenção do observador pois seria um grave erro sociológico ignorá-los. É necessário, portanto, assinalar esses períodos diferentes e determinar as grandes correntes que se manifestam dentro de cada um.

Parece-me, contudo, impossível contestar que, nas sociedades de cultura americano-europeia, o Código Napoleão e a Declaração francesa dos Direitos do Homem de 1789 representam o resultado de uma longa evolução no Direito, a coroação de uma construção jurídica, conquistada aliás com grandeza e força. Os homens de 1789, os autores do Código Napoleão e também – é necessário dizer – a grande maioria dos juristas franceses e estrangeiros da primeira metade do século XIX (fora a Escola de Savigny) imaginavam que existia um sistema de Direito perfeito, que se imporia com o rigor e a clareza de um sistema geométrico. Da mesma forma que a Geometria moderna repousa sobre os princípios formulados por Euclides, o Direito de todas as épocas, de todos os países, de todos os povos civilizados, não poderia ser senão o resultado de uma construção normal e racional dos princípios imortais e definitivos formulados nesses textos.

Todavia, o que ocorreu é que, tão logo essa construção foi concluída, as fissuras apareceram. O século XIX foi um período particularmente fecundo em todas as áreas da atividade humana. Uma mudança considerável fez-se no campo social. Mas esse movimento, em vez de ser, como pensavam os homens da Revolução Francesa e a primeira geração do século passado; esse movimento, reitero, em vez de ser o desenvolvimento normal dos princípios formulados em 1789, foi uma reação formidável contra eles.

Durante os últimos cem anos, empreendeu-se uma obra de destruição. Ela ainda prossegue. No entanto, com o século XX, apareceram muito claramente os elementos da nova construção jurídica – que, aliás, também não será definitiva. Não há nada de definitivo no mundo: tudo passa, tudo muda; e o sistema jurídico que está

a se elaborar no momento dará lugar um dia a outro, que os juristas e sociólogos do porvir deverão construir.

Esse desaparecimento dos conceitos jurídicos consagrados pela Declaração dos Direitos e pelo Código Napoleão, essa elaboração de novos conceitos, não são questões específicas a França. Talvez lá elas estejam mais avançadas do que alhures? Talvez os fundamentos do novo sistema jurídico se encontrem mais evidentes em França do que em outros países? Não obstante, a transformação é geral. Ela se manifesta entre nós, povos que atingiram um mesmo nível de cultura, na Europa e assim como na América. Ela está mais ou menos adiantada; mais ou menos completa; aqui ela se mostra numa questão; lá, em outra. Mas ela é geral e apresenta as mesmas características em todas as sociedades americano-europeias. Ela está presente em todas as áreas do Direito: tanto no Direito Público quanto no Privado. Eu me proponho a estudar de forma mais minuciosa o direito privado.

### III

#### *A Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e o Código Napoleão*

As características gerais dessa profunda transformação dos conceitos jurídicos podem, a meu ver, ser sintetizadas nas duas seguintes proposições, sendo que as conferências subsequentes serão apenas seus desdobramentos.

1.º A Declaração dos Direitos do Homem, o Código Napoleão e todos os outros códigos modernos, que derivam mais ou menos desses dois marcos, baseiam-se em um conceito puramente individualista de direito. Atualmente, elabora-se um sistema jurídico fundado em uma concepção essencialmente *socialista*<sup>33</sup>.

É evidente que uso essa palavra porque não tenho outra mais adequada. O emprego do termo não indica qualquer adesão de meu pensamento a algum partido socialista. Ele marca somente a oposição entre um sistema jurídico baseado na ideia de direito subjetivo do indivíduo e outro construído a partir da ideia de uma regra social que se impõe ao indivíduo.

2.º O sistema jurídico da Declaração dos Direitos do Homem e do Código Napoleão repousa sobre o conceito metafísico de direito subjetivo. O sistema jurídico dos povos modernos tende a se estabelecer a partir da constatação de uma função social que se impõe ao indivíduo e aos grupos. O sistema jurídico civilista era metafísico; o novo sistema, que está se elaborando, é realista.

33. Cf. CHARMONT. *La socialisation du droit. Revue de métaphysique et de morale*, 1903, p. 403; A. MATER, *Le socialisme juridique. Revue socialiste*, XL, 1904, p. 9 e ss.; DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*. 2. ed. Paris: F. Alcan, 1911.

## IV

*O sistema jurídico estabelecido por esses marcos é individualista e metafísico*

Eu me explico. No início, disse que a noção fundamental na base do sistema de 1789, de 1804 e de todas as legislações positivas que neles se inspiraram é a de direito subjetivo: o direito subjetivo do Estado como encarnação da coletividade, o direito subjetivo do indivíduo. Digo que essa noção é puramente metafísica, o que claramente contrapõe-se às propensões das sociedades modernas, ao realismo e, mencionemos a palavra, ao positivismo<sup>34</sup> de nossa época.

O que é, então, um direito subjetivo? As controvérsias sem fim que se estabeleceram sobre a verdadeira natureza do direito subjetivo são a melhor prova de tudo que há de artificial e precário no conceito. Jamais terminaria a conferência se somente citasse os títulos de tudo que foi escrito na Alemanha, em França, na Itália e ainda em vosso país sobre a natureza do direito subjetivo. Em termos gerais, todas essas controvérsias resultam nesta definição: é o poder que pertence a uma vontade de se impor como tal a uma ou mais vontades quando ela quer algo que não é proibido pela lei. Os alemães e, em particular, o professor Jellinek, dizem: o direito subjetivo é um poder do querer [*pouvoir de vouloir*], ou o poder de impor aos outros o respeito a seu querer<sup>35</sup>.

34. N.T. O autor faz referência ao positivismo científico de Comte, não ao positivismo jurídico-formalista, cujo mais notável representante é Hans Kelsen. A relação entre essas duas escolas não é tão evidente. Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 8. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2019. p. 108-109 [D. A. Carnaúba].

35. Sobre as diversas definições de direito subjetivo e as controvérsias que são levantadas sobre esse ponto, cf. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 1911, I, p. 1 e s.; A. LÉVI, *La société et l'ordre juridique*, 1911, p. 245 e ss., todo o capítulo intitulado : *Le côté objectif et le côté subjectif du droit* ; DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 325 e ss. – M. Michoud (*La Théorie de la personnalité morale*, I, 1906) rejeita a noção de direito subjetivo dada no texto. Ele quis resolver o insolúvel problema da personalidade jurídica das coletividades adotando, com uma ligeira modificação, a célebre definição de Ihering: “os direitos são interesses juridicamente protegidos” ([L']*esprit du droit romain*, ed. franç. 1878, IV, p. 326). O senhor Michoud escreve: “para que haja direito, é necessária uma proteção direta e imediata. Nós definiremos, portanto, o direito subjetivo: o interesse de um homem ou de um grupo de homens juridicamente protegido por meio do poder reconhecido a uma vontade de o representar e defendê-lo.” (p. 105). Mas, ainda que assim o faça, o senhor Michoud acaba, inevitavelmente, por ver no direito subjetivo um poder da vontade. Efetivamente, ainda que, para ele, o fundamento do direito subjetivo seja unicamente o interesse, o direito só aparece verdadeiramente quando é afirmado ao exterior por uma manifestação voluntária do titular do direito ou de outra pessoa. Aqui também o direito

Observem o que se convencionou chamar de “direitos”, aqueles casos que nos são mais familiares: os senhores verão facilmente que sempre se traduzem no poder que tenho de impor a outrem, mesmo que pela força, a minha vontade. A liberdade é um direito: tenho o poder de impor a outrem o respeito à minha vontade quanto ao livre desempenho de minha atividade física, intelectual e moral. Sou titular do direito de propriedade: tenho o poder de impor a outrem o respeito à minha vontade de usar como entendo a coisa que possuo a título de proprietário. Sou titular de um direito de crédito: tenho o poder de impor a meu devedor o respeito à minha vontade de que ele realize a prestação.

Assim, o conceito de direito subjetivo – e isto é fundamental notar e assimilar – pressupõe sempre duas vontades: uma que se pode impor a outra; uma que é superior a outra. Isso implica uma hierarquia de vontades; em certo sentido, uma medida das vontades e uma constatação sobre a natureza e força da substância “vontade”.

Isso é, contudo, em primeiro lugar, precisamente uma afirmação de ordem metafísica. Nós podemos verificar as manifestações exteriores das vontades humanas, mas qual é a natureza dessa vontade? Qual é sua força? Uma vontade pode ser em si superior a outra? Todas essas questões não podem ser respondidas pela ciência positiva.

Assim sendo, o conceito de direito subjetivo encontra-se totalmente arruinado. Tenho razão ao dizer que ele é uma noção metafísica a qual não pode ser mantida em uma época de realismo e positivismo como a nossa.

É o que Auguste Comte, o grande pensador, afirmou há mais de meio século em termos muito veementes. Peço-lhes permissão para citar:

---

subjetivo é, em última análise, ainda um poder de vontade. Além disso, o senhor Michoud reconhece que é a própria pessoa, titular do direito, que faz valer seu interesse, que quer seu interesse. Na passagem já citada, ele diz que não é necessário “que essa vontade pertença metafisicamente ao titular do direito...”, mas é suficiente que essa vontade possa lhe ser socialmente ou praticamente atribuída”; e na página 132, ele escreve: “Quando há um órgão, é a própria pessoa jurídica que age. Seu órgão não é algo distinto da pessoa, ele é uma parte dela... A organização jurídica, da qual ele é um produto, pertence à essência da pessoa jurídica.” Portanto, de acordo com o pensamento do senhor Michoud, é a própria vontade da pessoa jurídica que faz valer o interesse, logo o direito não é senão um interesse efetivado pela vontade do titular de tal interesse ou o poder de vontade do titular. Veremos mais tarde (Apêndice I) que o senhor Michoud se defendeu de forma veemente da acusação de estar a fazer metafísica. Será mesmo que ele pode negá-lo, quando nas passagens já citadas, ele declara “que não é necessário que a vontade pertença metafisicamente ao titular do direito” e que “a organização jurídica da qual ele é produto pertence à essência da pessoa jurídica”? Não seriam estas autênticas afirmações metafísicas?

“A palavra ‘direito’ deve ser excluída da verdadeira linguagem política, assim como a palavra ‘causa’ da verdadeira linguagem filosófica. Essas duas noções teológico-filosóficas, uma (aquela de direito) passou a ser imoral e anárquica, assim como a outra (aquela de causa), irracional e sofisticada... Só foi possível existir direito verdadeiro enquanto os poderes regulares provinham de vontades sobre-naturais. Para lutar contra essas autoridades teocráticas, a metafísica dos cinco últimos séculos introduziu pretensos direitos humanos que somente comportam um ofício negativo. Quando se tentou lhes dar um destino verdadeiramente orgânico, logo manifestaram sua natureza antissocial pois sempre tendem a consagrar a individualidade. Num Estado positivo, que não mais admite títulos celestes, a ideia de direito desaparece irrevocavelmente. Cada um tem deveres para com todos, mas ninguém tem algum direito propriamente dito.... Noutros termos, ninguém possui outro direito do que aquele de sempre fazer seu dever”<sup>36-37</sup>.

No entanto, é sobre esse conceito artificial e caduco de direito subjetivo que a Declaração de 1789, o Código Napoleão e a maioria das legislações modernas estabeleceram todo o sistema jurídico!

Os textos são famosos: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. Esses direitos são a liberdade, a propriedade...” (Declaração de Direitos de 1789, arts. 1 e 2.). No Código Napoleão, o art. 544: “A propriedade é o direito de gozar de uma coisa da forma mais absoluta”. Se tomo a legislação dos senhores, o primeiro capítulo de vossa Constituição tem por título: Declarações, direitos e garantias. No art. 14, leio: “todos os habitantes da nação gozam dos seguintes direitos na forma que a lei regular seu exercício”<sup>38</sup>. O art. 2.540 de vosso Código Civil<sup>39-40</sup>

36. AUG. COMPTE, *Système de politique positive*, ed. 1890, I, p. 361.

37. N.T. As traduções dos trechos de Comte foram realizadas com o auxílio de José Arthur Giannotti (†1930-2021) [L.D. Giannotti].

38. N.T. “Artículo 14. Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender” [L.D. Giannotti].

39. O Código Civil argentino foi redigido durante os anos 1868-1870 pelo eminente juriconsulto Dalmacio Vélez-Sarsfield, homem de grande talento e de vasto preparo jurídico e econômico (lecionou economia política na Universidade de Buenos Aires). O código foi aprovado pelo parlamento e promulgado como lei civil em 1º de janeiro de 1871. Desde então, recebeu três ou quatro mudanças, sendo que algumas foram previstas e preparadas pelo próprio autor código (nota comunicada pelo senhor doutor Dellepiane, professor da Faculdade de Direito de Buenos Aires).

assim define propriedade: “O direito real em virtude do qual uma coisa se encontra inteiramente submissa à vontade de uma pessoa”

## V

### *Ele está desaparecendo e dando lugar a um sistema jurídico realista e socialista*

Junta-se a essa noção metafísica de direito subjetivo uma concepção puramente individualista da sociedade e do direito objetivo, ou seja, o direito impondo-se como regra de conduta aos indivíduos e à coletividade personificada – o Estado.

Esse individualismo deitava suas raízes em um passado longínquo; ele era o produto de uma longuíssima evolução; ele tem sua origem na filosofia estoica, encontrara sua formulação jurídica no Direito Romano clássico e atingiu nos séculos XVI e XVIII uma fórmula completa e definitiva que pode assim ser resumida.

O homem é por natureza livre, independente, isolado e titular de direitos individuais, inalienáveis e imprescritíveis, de direitos ditos naturais, intimamente ligados à sua qualidade de homem. As sociedades são formadas pela associação voluntária e consciente de indivíduos, que se reúnem com a finalidade de garantir a proteção de seus direitos naturais individuais. Sem dúvida, por força dessa associação, algumas restrições são criadas aos direitos de cada um, mas somente na medida em que são necessárias para assegurar o livre exercício de direitos por todos. A coletividade organizada, o Estado, não tem outra função senão a de proteger e sancionar os direitos individuais de cada um. A regra jurídica, ou o direito objetivo, tem por fundamento o direito subjetivo do indivíduo. Ela impõe ao Estado a obrigação de proteger e garantir os direitos dos indivíduos; ela lhe impede de fazer qualquer lei ou ato que os viole. A regra impõe a cada um a obrigação de respeitar o direito dos outros. O limite da atividade de cada um tem por base e medida a proteção dos direitos de todos. Lê-se no art. 4 da Declaração dos Direitos do Homem:

“A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.”

- 
40. N.T. É provável que o autor tenha se equivocado quanto à numeração do art. citado, pois o texto traduzido por ele corresponde ao art. 2506 do revogado Código Sarsfeld: “El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona” [D. A. Carnaúba].

No art. 5º: “A lei não pode proibir senão as ações nocivas à sociedade.” E no título primeiro, parágrafo 3º, da Constituição de 1791: “O Poder Legislativo não poderá fazer nenhuma lei que prejudique ou crie obstáculos ao exercício dos direitos naturais e civis”.

Essa concepção puramente individualista do Direito era tão artificial quanto o conceito metafísico de direito subjetivo. Como este, a concepção individualista era um produto histórico; teve seu valor em um momento específico, mas não poderia subsistir.

Em um primeiro momento, ela estava intimamente ligada à noção de direito subjetivo e se, como eu creio ter demonstrado, esta é uma noção metafísica que não pode ser mantida em nossas sociedades modernas, permeadas pelo realismo e positivismo, a concepção individualista do Direito também desaparece.

Por outro lado, tomada em si mesma, a concepção individualista é insustentável. A ideia de um homem natural, isolado, independente, tendo, em sua qualidade de homem, direitos anteriores à sociedade que são trazidos a ela é uma ideia absolutamente estranha à realidade. O homem isolado e independente é pura ficção. Jamais existiu. O homem é um ser social; ele não pode viver senão em sociedade, e nela sempre viveu.

Além disso, falar de direitos do homem natural, isolado, do indivíduo considerado em si, separado de seus pares, é cair em contradição *in adjecto*. De fato, todo direito, por definição, pressupõe uma relação entre dois sujeitos. Se imaginarmos um homem isolado e completamente distante de seus pares, não haverá – não poderá haver – direito. Robinson [Crusoé], em sua ilha, não tem direitos; ele não os pode ter caso não se relacione com outros homens. O indivíduo não pode, portanto, ter direitos senão quando vive em sociedade e porque vive em sociedade. Falar em direitos anteriores à sociedade é falar de algo inexistente. Como, por outro lado, nós vimos que, na realidade, o homem social não pode ser titular de direitos subjetivos, todo o sistema jurídico fundado na noção de direito subjetivo e na concepção individualista vem abaixo, arruinado em suas próprias bases.

## VI

### *O conceito realista de função social substitui o conceito metafísico de direito subjetivo*

Mas, ao mesmo tempo, elabora-se sobre outras bases um novo sistema em todas as sociedades americanas e europeias que atingiram o mesmo nível de cultura e civilização. Um sistema cuja constituição está mais ou menos avançada de acordo com o país; um sistema que, lentamente, sob a pressão dos fatos, substituirá o antigo.

E tudo sem a intervenção do legislador; apesar de seu silêncio, e, talvez eu possa dizer, apesar de sua intervenção em sentido contrário.

Ele se baseia em um conceito exclusivamente realista, que elimina de modo satisfatório o conceito metafísico de direito subjetivo: a noção de função social.

O homem não tem direitos, nem os tem a coletividade. Todo indivíduo, contudo, tem na sociedade uma certa função a cumprir, um trabalho a realizar. Esse é precisamente o fundamento da regra jurídica que se impõe a todos: grandes e pequenos, governantes e governados.

Essa também é uma concepção propriamente realista e socialista, que transforma profundamente todas as concepções jurídicas pretéritas. É isso que eu me proponho a mostrar nas conferências subsequentes. Mas hoje ainda quero analisar dois exemplos para demonstrar concretamente como a transformação ocorre e em que ela consiste. Tomarei como exemplo a liberdade e a propriedade.

Em primeiro lugar, a liberdade: ela é definida no sistema individualista como o direito de fazer tudo que não lese a outrem, e *a fortiori* o direito de nada fazer. Na concepção moderna, a liberdade não é mais isso. Todo homem tem uma função social a cumprir, e, por consequência, ele tem o dever social de cumpri-la: ele deve desenvolver da forma mais completa possível sua individualidade física, intelectual e moral para cumprir da melhor forma possível tal função, e ninguém pode impedi-lo de se desenvolver livremente. Mas o homem não tem o poder de se manter inativo, de impedir o livre desenvolvimento de sua individualidade. Não há direito à inatividade, à preguiça. Os governantes podem intervir para lhe impor o trabalho. Eles podem até regular seu trabalho, pois assim lhe impõem a obrigação de cumprir a função social que lhe incumbe.

Quanto à propriedade, ela não é mais no Direito moderno um direito intangível, absoluto, que o homem titular da riqueza tem sobre ela. Ela é e deve ser; ela é a condição indispensável da prosperidade e da grandeza das sociedades. As doutrinas coletivistas são um retorno à barbárie. A propriedade, no entanto, não é um direito: é uma função social. O proprietário, a se dizer, o detentor de uma riqueza, tem, pelo fato de detê-la, uma função social a cumprir: na medida em que realiza essa missão, sua conduta como proprietário será protegida. Se ele não a cumpre, ou cumpre-a mal; se, por exemplo, ele não cultiva a terra ou deixa a própria casa cair em ruína, a intervenção dos governantes é legítima para constrangê-lo a cumprir sua função social de proprietário, que consiste em garantir o emprego de suas riquezas conforme sua destinação.

\*\*\*\*\*

Tais são, senhores, as ideias fundamentais que dominarão estas conferências, e tais são os pontos principais que aqui me proponho a estudar. Os senhores verão com facilidade que eles tocam todos os grandes problemas de nossas sociedades modernas: a liberdade, a propriedade, a associação e a responsabilidade [civil]. Estudaremos essas questões pelo método da observação, procedendo a um exame imparcial dos fatos, e sei que poderei contar com a audiência dos senhores, que serão, para mim, verdadeiros colaboradores.

*SEXTA CONFERÊNCIA:*  
*PROPRIEDADE-FUNÇÃO SOCIAL*<sup>41</sup>

**Transformação geral do conceito jurídico de propriedade: ela deixa de ser o direito subjetivo do proprietário para se tornar a função social do detentor da riqueza – Necessidade econômica geral que a propriedade é chamada a satisfazer – A propriedade no Código Napoleão e nos principais Códigos Civis – As consequências que decorrem desse conceito são, em sua maioria, rejeitadas pela jurisprudência – Surgimento, na jurisprudência, do conceito de propriedade-função – Obrigações do proprietário: ele é obrigado a usar a riqueza que detém conforme sua destinação social – Intervenção do legislador – A propriedade de afetação – A lei francesa de 2 de janeiro de 1907 sobre as igrejas.**

*Transformação geral do conceito jurídico de propriedade: ela deixa de ser o direito subjetivo do proprietário para se tornar a função social do detentor da riqueza*

Senhores,

A transformação da noção jurídica de propriedade, eis o objeto desta sexta e última conferência. Os juristas clássicos poderão achar este título contraditório. De fato, eles creem que, por definição e em si, a propriedade é em direito algo certo e determinado, que ela necessariamente e sempre é isso e que, se deixar de sê-lo, deixará de ser a propriedade. Já disse o que se deve pensar, a meu ver, dessa forma *a priori* e dogmática de compreender o direito; e, se eu a evoco uma vez mais, é porque que ela se afirmou e continua a se afirmar em relação ao direito de propriedade ainda mais do que em qualquer outra área.

A propriedade é, no entanto, uma instituição [*institution*] jurídica criada para satisfazer uma necessidade econômica, como, aliás, todas as instituições [*institutions*] jurídicas, e que evolui inevitavelmente com as mesmas necessidades econômicas.

---

41. N.T. No original: DUGUIT, Léon. La propriété fonction sociale. In: DUGUIT, Léon. *Les Transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1912, sixième conférence. p. 147-178 [L.D. Giannotti].

Ora, em nossas sociedades modernas, a necessidade econômica que a propriedade é chamada a satisfazer se transformou profundamente; logo, a propriedade como instituição [*institution*] jurídica deve também se transformar. A evolução ainda é determinada por uma interdependência cada vez mais intensa dos diferentes elementos sociais. Da mesma forma, a propriedade socializa-se, se posso assim dizer. Isso não significa que ela se torna coletiva no sentido das doutrinas coletivistas, mas significa sim duas coisas: primeiramente, que a propriedade individual deixa de ser um direito do indivíduo para se tornar uma função social; e, em segundo lugar, que os casos de afetação [*affectation*] de riquezas às coletividades, que devem ser juridicamente protegidas, tornam-se cada vez mais numerosos.

Essa é a ideia fundamental que dominará toda esta conferência, e cuja ligação com o que foi dito anteriormente se apresenta de forma clara. Aqui também a evolução que tentarei descrever é, creio, muito menos avançada nos países da América do Sul do que nos países europeus, especialmente em França e na Inglaterra. Eu me colocarei sobretudo sob o ponto de vista francês e os senhores farão a comparação.

Faço uma observação importante: nesse estudo, considerarei apenas o que os economistas chamam de propriedade capitalista, deixando de lado a propriedade de bens de consumo, que apresenta características completamente diferentes e quanto a ela não seria exato dizer que evolui no sentido socialista. Por outro lado, falarei sobre todas as propriedades capitalistas: tanto a propriedade mobiliária quanto a imobiliária. Para ambas, os traços evolutivos são os mesmos. Eles, entretanto, talvez apareçam de forma mais marcante na propriedade fundiária. Tomaremos, então, essa espécie em particular como exemplo.

Em vosso país, diria eu, a evolução da propriedade é certamente menos avançada do que na Europa, especialmente no que diz respeito a esse último tipo de propriedade. Poderia eu, talvez, caracterizar o estágio no qual os senhores ainda se encontram ao dizer que ele é o estágio da propriedade-especulação, mas que será sucedido, em uma época talvez não muito distante, pelo estágio da propriedade-de-função; a evolução das sociedades e, especialmente, das sociedades latinas que atingiram um mesmo grau civilizatório é similar.

## I

### *Necessidade econômica geral que a propriedade é chamada a satisfazer*

A qual necessidade econômica o instituto [*institution*] jurídico da propriedade, de maneira geral, é chamado a satisfazer? É muito simples e surge em todas as sociedades: é a necessidade de destinar determinadas riquezas aos fins individuais ou coletivos definidos, e, por conseguinte, a necessidade de garantir e tutelar essa destinação.

Para que isso ocorra, o que é necessário? Duas coisas: primeiramente e de uma forma geral, que todo ato conforme a uma dessas finalidades seja sancionado; e, em seguida, é necessário que todos os atos que lhe sejam contrários sejam socialmente reprimidos.

A instituição [*institution*] social que foi organizada para alcançar esse duplo resultado é a propriedade no sentido jurídico da palavra. Quando nos perguntamos qual é a noção jurídica de propriedade, estamos na verdade nos perguntando sobre qual conceito repousa a instituição [*institution*] social que tem como objetivo proteger a afetação de uma coisa a um fim individual ou coletivo, sancionando os atos conforme essa finalidade e reprimindo os atos contrários a ela.

Como os códigos baseados no princípio individualista e civilista organizaram essa instituição [*institution*] social? De uma forma bem simples. Em primeiro lugar, seus autores não estavam preocupados em avaliar a legitimidade das apropriações existentes, nem em determinar seus fundamentos. Eles tomaram as situações reais e as declararam intangíveis. Por outro lado, profundamente individualistas, eles tiveram em vista apenas a afetação da riqueza a um objetivo individual, como complemento e, de certo modo, condição mesma da liberdade e da autonomia individual. Não compreenderam e não puderam compreender senão a tutela dessa destinação individual. Acreditaram que o único meio de se proteger essa destinação era dar ao detentor da coisa um direito subjetivo absoluto – absoluto em sua duração, absoluto em seus efeitos; um direito que teria por objeto a coisa apropriada e por sujeito passivo todos os demais indivíduos, exceto o próprio titular da afetação. Em suma, adotaram a sólida construção do *dominium* romano.

Os senhores conhecem, e já citei quando da primeira conferência, os textos que consagram esse sistema. O art. 17 da Declaração de Direitos de 1789: “a propriedade é um direito inviolável e sagrado...”, o art. 17 de vossa Constituição: “a propriedade é inviolável...”. Os art. 544 e 545 do Código Napoleão: “a propriedade é o direito de gozar e de dispor das coisas da forma mais absoluta”. O artigo 2.540 do Código Civil argentino é ainda mais energético revelador: “a propriedade é o direito real em virtude do qual uma coisa se encontra submissa à vontade de uma pessoa”. Esse texto é completado pelo artigo 2.542: “A propriedade é exclusiva: duas pessoas não podem ter cada uma a totalidade da propriedade de uma coisa”.

Esses textos marcam bem aquilo que há de absoluto, de exclusivo, a propriedade-direito nas concepções civilistas. Ela é a manifestação por excelência da autonomia da vontade humana, da soberania do indivíduo, como o Poder Legislativo é a manifestação por excelência da soberania do Estado. *Dominium* e *imperium* são, ademais, dois conceitos jurídicos com a mesma origem e que andam juntos<sup>42</sup>.

42. Cf. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel*, 2. ed., 1911, p. 17 e ss.

Conhecemos as consequências desse conceito de propriedade-direito. Nada obstante, recapitulo as principais.

Em primeiro lugar, o proprietário, tendo o direito de usar, fruir e dispor da coisa, possui, da mesma forma, o direito de não usar, de não fruir, de não dispor, e, por conseguinte, de deixar suas terras sem cultura, suas zonas urbanas sem construção, suas casas sem locação e manutenção, seus capitais mobiliários improdutivos.

O direito de propriedade é absoluto. Absoluto em relação ao Poder Público, que lhe pode gravar algumas restrições no interesse da ordem [*police*], mas não lhe pode tomar [*de seu titular*] senão por meio do pagamento de uma justa e prévia indenização. Ele é absoluto em seus efeitos em face de terceiros, e, seguindo a fórmula do senhor Baudry-Lacantinerie, o proprietário “pode legitimamente praticar atos sobre coisa sua, ainda que não haja interesse louvável em os praticar”, e se, ao praticá-los, ele cause danos a outrem, “não será responsável, pois não fez nada além de exercer seu direito”<sup>43</sup>.

O direito de propriedade é, ainda, absoluto em sua duração; e é sobre essa característica que fundamos o direito de testar: o proprietário, titular de um direito absoluto, tem logicamente o poder de dispor de seus bens enquanto estiver vivo e para quando não mais o estiver.

Por fim, no sistema civilista, a proteção da destinação de uma coisa a um fim só pode ocorrer quando existe um sujeito de direito que se possa tornar titular do direito de propriedade. É necessária uma pessoa real ou, como vocês dizem, uma pessoa ideal, cuja lei criou a existência jurídica<sup>44</sup>.

---

43. BAUDRY-LACANTINERIE, *Droit civil*, I, 10. ed. 1908, n. 1.296, p. 726. Devo dizer, no entanto, que essa expressão não se encontra na 11ª edição, publicada com a colaboração do senhor Chénaux, 1912, n. 1296, p. 738. Mas o senhor Chénaux declara que o proprietário “goza de sua coisa como desejar, mesmo de forma abusiva, se lhe agradar”. Os colaboradores do senhor Baudry foram muito menos incisivos do que ele sobre o caráter da propriedade como direito absoluto. O senhor Chauveau (*Des biens*, n. 215) escreveu: “apesar de seu caráter absoluto, a propriedade deve ainda ser circunscrita a limites racionais”. O senhor Barde (*Des obligations*, IV, n. 2.855, p. 342): “A verdade é que não existem direitos absolutos. A propriedade mesma não é absoluta e apresenta limites”.

44. N.T. O art. 31 do Código de Sarsfeld declarava que “as pessoas são de existência ideal ou de existência visível”. Essa terminologia tinha sua inspiração no *Esboço* de Teixeira de Freitas (“Art. 17. As pessoas, ou são de existência visível, ou de existência tão somente ideal”), que empregava as expressões “pessoa de existência visível” e “pessoa de existência ideal”, de forma semelhante ao que o Código brasileiro atual qualifica, respectivamente, como “pessoa natural” e “pessoa jurídica”. Ao contrário do que ocorria no anteprojeto de Freitas, contudo, o Código de Sarsfeld, logo após classificar as pessoas em “de existência visível”

## II

*A propriedade no Código Napoleão e nos principais Códigos Civis*

É fácil mostrar que, atualmente, nenhuma dessas consequências se verificou, ao menos em alguns países, especialmente em França. Se os senhores desejam que eu seja menos incisivo, diria que todo o sistema está desaparecendo. Os senhores verão, a seguir, que essa não é uma afirmação gratuita, que ela se assenta sobre a observação direta dos fatos, que na jurisprudência e na lei positiva surgem inúmeras decisões que estão em contradição absoluta com as proposições já apresentadas. Não é essa a prova de que assim se desagrega e desaparece o sistema jurídico do qual elas eram apenas a consequência?

Quanto às causas gerais dessa desaparecimento, elas são sempre as mesmas: aquelas estudadas até agora e que determinam a transformação geral dos institutos [*institution*] civis e individualistas. Em primeiro lugar, a propriedade-direito-subjetivo é um conceito de ordem puramente metafísica, em contradição radical ao positivismo moderno. Dizer que o indivíduo detentor de um capital tem um direito sobre esse capital é dizer que, em relação a essa coisa, ele tem uma vontade superior e que se impõe como tal aos outros indivíduos. O *dominium* do indivíduo não é mais inteligível como direito do que o *imperium* do governante detentor da força.

O sistema civilista da propriedade se desintegra também porque tendia a proteger apenas os fins individuais, considerados como suficientes em si. Ele correspondia precisamente ao conceito individualista de sociedade e encontra sua expressão perfeita no art. 2 da Declaração de Direitos de 1789: “O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são: a liberdade, a propriedade”. Se protegíamos a destinação individual de uma riqueza, era porque considerávamos apenas o indivíduo, era apenas a utilidade individual que se tinha em vista. Hoje, contudo, temos clara consciência de que o indivíduo não é um fim, mas um meio; que o indivíduo não é senão uma engrenagem de uma vasta máquina que é o corpo social; que cada um de nós não tem razão de ser no mundo a não ser pela tarefa que cumprimos na

---

e “de existência ideal”, mencionava as “pessoas jurídicas”, o que provocou grande controvérsia na literatura daquele país. Qual seria a relação entre as “pessoas de existência ideal” e as “pessoas jurídicas”? Tratar-se-ia de expressões sinônimas, ou estariam elas em uma relação do tipo gênero-espécie? Seria a “pessoa jurídica” uma terceira categoria de pessoa? A primeira hipótese parece mais provável: a falta de uniformidade terminológica deve-se à disparidade de fontes estrangeiras empregadas por Sarsfeld na elaboração do Código. O problema foi resolvido pelo atual *Código Civil y Comercial de la Nación*, de 2015, que passou a empregar as expressões “pessoa humana” e “pessoa jurídica” [D.A. Carnaúba].

obra social. Assim, o sistema individualista está em contradição flagrante com esse estado de consciência moderno.

Enfim, o sistema civilista da propriedade desaparece pois foi estabelecido apenas para proteger a destinação de uma coisa a um interesse individual e não serve para proteger a destinação de uma coisa a um fim coletivo. Isso nos remete, aliás, ao problema das pessoas jurídicas do qual já falei<sup>45</sup>. Mas, ao fim desta conversa, nós veremos uma nova e interessante aplicação da ideia de finalidade substituindo o conceito de sujeito de direito.

### III

*As consequências desse conceito são, em sua maioria, rejeitadas pela jurisprudência*

Os senhores perceberam desse modo o fundamento da nova concepção de propriedade. Nas sociedades modernas, nas quais a consciência clara e profunda da interdependência social tornou-se dominante, tal como a liberdade é o dever do indivíduo de direcionar sua atividade física, intelectual e moral ao desenvolvimento dessa interdependência, também a propriedade é, para todo detentor de riquezas, um dever, a obrigação de ordem objetiva, de direcionar a riqueza que detém para manter e ampliar a interdependência social.

Todo indivíduo tem a obrigação de cumprir uma função na sociedade em razão do lugar que ocupa. Ora, o detentor de riquezas, pelo mesmo fato de as deter, pode cumprir uma tarefa que apenas ele pode realizar. Somente ele pode aumentar a riqueza geral ao utilizar o capital que detém. Ele está, portanto, socialmente obrigado a cumprir esse dever, e será socialmente protegido somente quando cumpre e na medida em que executa a função social. A propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário; ela é a função social do detentor de riquezas.

É ainda Auguste Comte quem, primeiramente no século XIX, deu particular relevância a essa ideia. Com efeito, escrevia em 1850, no *Sistema de política positiva*:

“Em todo estado normal da humanidade, qualquer cidadão se constitui realmente um funcionário público, cujas atribuições mais ou menos definidas determinam tanto as obrigações quanto as pretensões. Esse princípio universal deve certamente se estender até a propriedade, onde o positivismo vê sobretudo uma função social indispensável, destinada a formar e a administrar os capitais nos

45. N.T. O tema foi tratado na terceira conferência do ciclo [L.D. Giannotti].

quais cada geração prepara os trabalhos da seguinte. Sabiamente concebida, esta apreciação normal enobrece sua posse, sem restringir sua justa liberdade e até mesmo fazendo que seja mais bem respeitada”.<sup>46</sup>

Deve-se notar que hoje em dia até os mais ardentes defensores da propriedade individual, os economistas mais ortodoxos, são obrigados a reconhecer que, se a destinação de uma coisa à utilidade individual é protegida, isso ocorre antes de tudo em razão da utilidade social que dela resulta. O senhor Courcelle-Seneuil (*Dictionnaire d'économie politique* de Léon Say, V.º *Propriété*) fala, tal como Auguste Comte, da função social do comerciante, do proprietário, do capitalista.

Dessa forma, o direito positivo não tutela mais o suposto direito subjetivo do proprietário; mas garante a liberdade do detentor de uma riqueza de cumprir a função social que lhe incumbe pelo próprio fato de detê-la, e é assim que eu posso dizer antes de tudo que a propriedade se socializa.

Dito isso, quero evitar aqui qualquer mal-entendido. Eu não sustento, jamais sustentei, jamais escrevi que a situação econômica que é a propriedade individual desapareceu, ou que deva desaparecer. Afirmo apenas que a noção jurídica sobre a qual repousa sua proteção social se modificou. Apesar disso, a propriedade individual permanece protegida contra qualquer violação, mesmo aquelas que viriam do poder público. Ainda mais, diria que ela é mais protegida do que com a concepção tradicional.

Por outro lado, eu tomo como fato a detenção da riqueza capitalista por um certo número de indivíduos. Não sou eu quem deve criticar ou justificar esse fato; não vale a pena, precisamente porque é um fato. Não procuro, ainda, verificar se, como pretendem algumas escolas, existe uma oposição irremediável entre aqueles que detêm a riqueza e aqueles que nada têm, entre a classe proprietária e a classe proletária, devendo esta expropriar e aniquilar, em breve, aquela outra. Não posso, no entanto, continuar sem dizer que, a meu ver, essas escolas têm uma visão completamente errada da realidade: a estrutura das sociedades modernas é muito mais complexa. Particularmente na França, um grande número de indivíduos é tanto proprietário quanto trabalhador. É um crime pregar a luta de classes, e creio que nos encaminhamos, não para uma aniquilação de uma classe pela outra, mas, ao contrário, em direção a um regime de coordenação e hierarquização das classes.

---

46. Auguste COMTE, *Système de politique positive*, ed. 1892, I, p. 156. Veja-se, sobre a função social da propriedade: LANDRY, *De l'utilité sociale de la propriété individuelle*, 1901; HAURIOU, *Principes de droit public*, 1910, p. 39,

## IV

*Surgimento, na jurisprudência, do conceito de propriedade-função*

Com a noção de propriedade-função, com a noção de proteção social da afetação da riqueza a uma finalidade, adquirimos a consciência clara e a explicação simples de todas as decisões legais e judiciais que estão em contradição absoluta com o sistema da propriedade-direito.

Há, todavia, uma objeção que me foi feita diversas vezes. Muitos de meus colegas me disseram: “Nós compreendemos vossa opinião, admitimos também que caminhamos em direção a um sistema jurídico no qual a propriedade terá por fundamento a obrigação do proprietário de cumprir uma determinada função. Lá não chegamos ainda, todavia; e a prova disso é que nenhuma legislação impõe ainda ao proprietário a obrigação de cultivar seu campo, de manter sua casa, de fazer valer seu capital; mas isso será a consequência logicamente necessária da noção de propriedade-função.”<sup>47</sup>

Esta objeção não me convence. Efetivamente, do fato de ainda não existir uma lei que constranja diretamente o proprietário a cultivar seu campo, a arrendar suas casas, a fazer valer seu capital, não nos permite concluir que a noção de função social ainda não tenha substituído a noção de direito subjetivo, no que diz respeito à propriedade. A lei ainda não interveio pois ainda não se fez sentir a necessidade. Na França, por exemplo, a quantidade de terras abandonadas pelo proprietário, o número de casas que não são arrendadas é insignificante em relação à massa de capital imobiliário colocada em atividade. O fato, no entanto, de nós nos colocarmos a questão é, em si, a prova evidente de que a transformação ocorreu. Menos de meio século atrás, a questão nem mesmo seria levantada. Hoje, ela é feita em todos os lugares, e se, em um país como a França, chegar o momento no qual a não-exploração do capital imobiliário se torne generalizada, certamente ninguém contestará que uma eventual intervenção do legislador será legítima. Em relação à não utilização do capital mobiliário, a acumulação improdutiva, o legislador não pode senão dificilmente atingi-la. É incontestável que, se ele puder atingi-la, deveria proibi-la e reprimi-la<sup>48</sup>.

47. Cf., designadamente, JEZE, *Revue du droit public*, 1909, p. 193.

48. Em seus *Principes de droit public*, 1910, p. 38, o senhor Hauriou disse muito corretamente: “Por fim descemos ao mais individualista dos direitos individuais, ao direito de propriedade privada. Nela, o elemento de função está escondido... sem dúvida, nós não obrigamos diretamente o proprietário a cultivar, mas contamos com as trocas frequentes de proprietário... sabemos que, se um não cultiva, outro cultivará, e que o interesse da grande maioria

Nos países que ainda se encontram, seguindo-se a expressão de que me servi há pouco, no estado da propriedade-especulação, o problema se coloca; e essa é uma prova de que, mesmo nesses países, a noção de propriedade-direito tende a desaparecer. Aquele ou aqueles que comprem grandes quantidades de terras a preços relativamente baixos e por anos ficam sem explorá-las, aguardando que o aumento natural do valor da terra traga-lhes um grande lucro, não fazem algo que deveria ser proibido? Se a lei interviesse, a legitimidade de sua intenção dificilmente seria contestável ou contestada. Isso nos coloca bem longe da concepção de direito de propriedade intangível, que atribui ao proprietário o direito de, discricionariamente, agir ou permanecer inerte<sup>49</sup>.

## V

### *Obrigações do proprietário: ele é obrigado a usar a riqueza que detém conforme sua destinação social – Intervenção do legislador*

Uma vez descartada a objeção precedente e esmiuçados esses diversos aspectos, fica fácil determinar o que chamarei de o conteúdo da propriedade-função e de mostrar que as proposições as quais a exprimem ajustam-se perfeitamente às decisões atuais da jurisprudência e da lei. Partindo do que disse na segunda conferência sobre a interdependência social, sobre a divisão do trabalho, chego naturalmente às duas proposições que se seguem:

1. O proprietário tem o dever e, por conseguinte, o poder de usar a coisa que detém para a satisfação de necessidades individuais, particularmente suas próprias, de usar a coisa para o desenvolvimento de sua atividade física, intelectual e moral. De fato, não esqueçamos que a intensidade da divisão do trabalho social é diretamente proporcional à intensidade da atividade individual.

---

será de cultivar... tudo foi habilidosamente calculado para que a função econômica da propriedade fosse garantida apenas pelo jogo da liberdade. No entanto, se um dia ou outro nós percebemos que o cultivo não está mais garantido de forma suficiente, sem qualquer dúvida a obrigação jurídica de cumprir a função surgirá sob pena de expropriação". O senhor Hauriou corretamente observou que essa obrigação existe para as concessões de terras feitas nas colônias e na propriedade minerária, que existe sob condição de exploração. É a isso que parece efetivamente decorrer do artigo 49 da lei de 21 de abril de 1810 e do artigo 10 da lei de 27 de abril de 1837. A abrangência desses textos pode, no entanto, ser contestada, e o foi; mas certamente a obrigação de exploração será formalmente reconhecida e veementemente sancionada no projeto de lei que está sob a apreciação da Câmara dos deputados já há alguns anos.

49. Ver apêndice III, p. 12.

2. O proprietário tem o dever e, por conseguinte, o poder de usar sua coisa para a satisfação das necessidades comuns, das necessidades da nação ou de coletividades menores.

Em primeiro lugar, o proprietário tem o dever de usar a riqueza que detém para satisfação de suas necessidades individuais. No entanto, é evidente que isso diz respeito apenas aos atos que correspondem à liberdade individual, tal como a defini anteriormente, a se dizer, ao livre desenvolvimento da atividade individual. Os atos praticados em razão dessa finalidade são protegidos. Aqueles que não têm esse objetivo e que, igualmente, não buscam um fim de utilidade coletiva, serão contrários à lei da propriedade e poderão ensejar uma punição ou uma reparação.

Dessa forma, são fácil e logicamente explicáveis todas as decisões que reconhecem e cancelam a impossibilidade de o proprietário de fazer com a coisa que detém algo sem utilidade. E com isso podemos explicar essas decisões sem que tenhamos de recorrer às teorias contraditórias e inaplicáveis do abuso de direito, da limitação ao direito de propriedade, fundadas na distinção impossível entre exercício normal e anormal do direito de propriedade.

Se posso legalmente construir uma casa em meu terreno, mesmo que isto cause um grande prejuízo a meu vizinho, é porque uso a coisa em meu interesse – é verdade –, mas, ao mesmo tempo, porque uso-a tendo em vista um fim de interdependência social. Cumpro a tarefa social que minha detenção do terreno me permite cumprir; garanto a satisfação das necessidades sociais. Mas, como a jurisprudência adequadamente decidiu, eu não posso legalmente construir uma tela sobre meu terreno, uma falsa chaminé sobre o teto de minha casa ou escavar sem motivo meu jardim, pois, nesses casos, faço coisas que têm qualquer utilidade e não servem igualmente à interdependência social<sup>50</sup>.

Alguém poderia, no entanto, objetar que essas coisas inúteis não são de fato proibidas. O que é proibido é o dano que elas podem causar a outrem. Não é verdade. Se o dano causado a outrem gera a reparação, é precisamente porque elas são proibidas. Vimos que, nas relações entre os indivíduos, o dano efetivamente não gera reparação se não for resultado de um ato culposos [*faute*], e que a culpa [*faute*] nada mais é do que a violação da lei. Na verdade, quando os atos do proprietário, sem utilidade para si, causam dano a outrem, a regra jurídica que os proíbe prevê a sanção de reparação. Mas a proibição existe por si; pois, se não existisse, não haveria essa sanção. Se a coisa não fosse proibida, ela não seria ilícita e aquele que sofresse o prejuízo não poderia exigir a reparação.

50. Ver apêndice IV, p. 196.

Seria fácil, por outro lado, mostrar que a noção geral sobre a qual se assenta a teoria jurídica da propriedade ajusta-se muito bem às decisões da lei e da jurisprudência, que estão, todavia, em contradição flagrante com a visão tradicional.

Se a propriedade é um direito exclusivo sobre a coisa, o proprietário tem o direito de impedir que um terceiro pratique sobre a coisa – objeto do direito de propriedade – qualquer ato, mesmo que não lhe cause algum prejuízo, um ato que não diminua em nada seu proveito. Em vários países, contudo, e especialmente na França, leis recentes preceituam, pelo contrário, que é possível, mesmo no interesse privado e sem que isso constitua um desapossamento, uma desapropriação, e, por consequência, sem que qualquer indenização seja devida, que é possível instalar fios telegráficos e telefônicos e condutores de energia elétrica nas propriedades privadas e que uma indenização somente será devida se houver degradação. É importante notar, aliás, que isso é possível até para linhas de telégrafo ou de telefone privados e para fios condutores de energia elétrica que alimentam indústrias privadas. A lei de 28 de julho de 1885, sobre a instalação e a manutenção de linhas telegráficas e telefônicas, e a lei de 15 de junho de 1916, sobre a distribuição de energia elétrica, são emblemáticas nesse aspecto e mostram bem como o progresso da ciência torna cada vez mais fortes os vínculos de solidariedade social e dá origem a novos institutos [*institutions*] jurídicos.

Acrescento que já foi levada aos tribunais a questão de saber se um simples particular poderia, sem a anuência da administração, constranger o proprietário a tolerar fios condutores de energia ou luz elétrica sobre sua casa ou terreno. Os tribunais não ousaram chegar até esse ponto<sup>51</sup>, mas o simples fato de a questão ser seriamente colocada perante a Justiça mostra como nós estamos distantes do antigo conceito de propriedade; direito absoluto, exclusivo e de aplicação tal como definia o art. 552, parágrafo primeiro, do Código Napoleão: “a propriedade do solo compreende a propriedade do que está acima e do que está abaixo dele.”

## VI

### *A propriedade de afetação – A lei francesa de 2 de janeiro de 1907 sobre as igrejas*

Eu disse, em segundo lugar, que o detentor de riquezas tem o dever e, nesse sentido, o poder de usar a coisa para a satisfação das necessidades comuns, das necessidades de uma coletividade mais ou menos extensa, para a busca de uma finalidade de interesse coletivo, sob a condição, evidentemente, de que seja um fim lícito.

51. Cf. acórdão do Tribunal de Bordeaux, 27 de novembro de 1908; *Sirey*, 1910, II, p. 230.

Essa proposição conduz ao reconhecimento da autonomia de todo patrimônio coletivo constituído pelos indivíduos, ou, em outras palavras, ao reconhecimento da liberdade de associação e de fundação. Nós descartamos assim todas as controvérsias sutis e sem propósito sobre as pessoas jurídicas. Pronunciei-me a esse respeito na terceira conferência e não voltarei ao assunto.

Gostaria apenas de assinalar um ponto que merece alguns instantes de vossa atenção, porque nele poderemos visualizar concretamente como a nova noção de propriedade, que chamo de propriedade-afetação, a propriedade sem proprietário, substitui a antiga noção de propriedade-direito de um proprietário. Isso surge em relação às consequências jurídicas da separação das Igrejas e do Estado na França, consequências que mereceriam um longo estudo.

A lei de separação de 9 de dezembro de 1905 reconheceu que a propriedade das igrejas pertencia ao Estado, aos Departamentos e, na maioria dos casos, às comunas, mas que o uso delas deveria ser deixado ao culto das associações religiosas que se constituíssem para assegurar esse exercício. O papa Pio X, por razões que não devo avaliar, pelas encíclicas *Vehementer nos* de 11 de fevereiro de 1906 e *Gravissimo officii munere* de 10 de outubro de 1906, proibiu formalmente o Clero e os católicos da França de constituir associações religiosas. Parecia, portanto, que o Estado e as comunas adquiririam o direito de usar as igrejas; adquiririam o livre exercício de seu direito de propriedade. Então interveio a lei Briand de 2 de janeiro de 1907, cujo art. 5º, parágrafo primeiro, dispõe: “Não existindo associações religiosas, os edifícios destinados ao exercício do culto, bem como os móveis que lhe pertencem, continuarão a ser deixados à disposição dos fiéis e do Clero para prática de sua religião”.

A lei era clara, e seus autores não previram as consequências que apareceriam quando a questão da sanção fosse colocada. Na prática, surgiram conflitos bastante frequentes entre prefeitos e párocos regularmente nomeados pelo bispo. Os prefeitos, agindo em nome da comuna proprietária, instalavam na igreja, às vezes, um pároco não católico [*schimatique*] e, na comuna, um culto também não católico [*schimatique*]. O padre regularmente nomeado pelo bispo e os fiéis católicos exigiam que fosse dado o uso da igreja ao culto católico. Teriam eles direito a isso? Eles não são proprietários – a comuna o é. Eles não podem ser usufrutuários, nem usuários, já que não são um sujeito de direito: a coletividade de fiéis certamente não tem personalidade jurídica; e muito menos o pároco titular do cargo eclesiástico tem uma personalidade distinta de sua personalidade privada. Eles, portanto, não têm ação; no sistema civilista e subjetivista, eles não poderiam ter uma ação.

Uma jurisprudência muito importante do Conselho de Estado e dos tribunais civis, todavia, reconheceu ao pároco católico, a um fiel qualquer da comuna, a

possibilidade de agir com o objetivo de proteger a afetação da igreja ao culto católico, inclusive contra a própria comuna proprietária<sup>52</sup>.

52. A decisão mais importante do Conselho de Estado é, sem dúvida, a de 8 de fevereiro de 1908 (*Deliard*), proferida com o relatório do senhor comissário do Governo Chardenet: o prefeito de uma comuna, tendo tomado uma decisão que proibia a celebração de um culto na igreja pelo pároco regularmente nomeado pelo bispo, e pelo pároco de uma associação religiosa dissidente, o Conselho de Estado declarou admissível e proveu o recurso do abade Deliard, pároco nomeado pelo bispo, tendo como objeto a anulação da decisão do prefeito: “considerando que o senhor Deliard, padre católico, exercendo seu ministério na comuna.... tem interesse, como, aliás, qualquer fiel dessa comuna, a buscar a anulação de uma decisão relacionada ao fechamento da igreja... Considerando que o prefeito, por essa decisão, atentou contra livre exercício de culto garantido pelo artigo primeiro da lei de 9 de dezembro de 1907 e o artigo quinto da lei de 2 de janeiro de 1907 (...)” (*Recueil*, 1908, p. 1270 – As decisões proferidas pelos tribunais judiciários no mesmo sentido são muito numerosas. Nós citaremos apenas três dentre as mais recentes. A Corte de Cassação, por dois acórdãos de 5 e 6 de fevereiro de 1912, proferidos sob a presidência do senhor Baudouin, primeiro presidente, decidiu que, no caso de controvérsia entre dois padres, um servindo a um culto não reconhecido pela Igreja ou destituído pelo bispo, e outro nomeado regularmente pelo bispo, este último tem o direito de se dirigir à jurisdição civil para que tenha a possibilidade de cumprir sua função e de receber, por exemplo, as chaves da igreja. Lemos em especial no segundo desses acórdãos, confirmando a decisão da Corte de Riom, de primeiro de março de 1909, relatada em SIREY, 1909, II, p. 28 (abade Journiac, padre da comuna de Apchon): “Considerando que, de fato, nos termos do artigo 5º, parágrafo primeiro, da lei de 2 de janeiro, não existindo associações religiosas, os edifícios afetados ao exercício do culto, bem como os móveis que lhe guarnecem, continuarão, salvo hipótese de desafetação ocorrida nos termos da lei de 9 de dezembro de 1905, a ser deixados à disposição dos fiéis e dos ministros do culto para prática de sua religião; considerando que esse texto mantém expressamente, sob novo regime de separação, a afetação dos edifícios religiosos ao culto que lá era anteriormente celebrado sob o regime concordatário; que, por aplicação desse princípio, caso surja um conflito entre dois padres pela ocupação de uma igreja católica, a atribuição dessa deve ser exclusivamente reservada àquele que se submete às regras organizativas do culto que ele se propõe a promover a celebração, especialmente àquelas de hierarquia eclesiásticas, e que permanece em comunhão com seu bispo; considerando que, em vão, o recurso contesta a decisão recorrida de ter se recusado a examinar se a destituição do abade Esdoluc, ordenada pelo bispo de Saint-Flour, era regular e de acordo com as disposições do Direito Canônico, ou se ela não estava, ao contrário, acometida, sob essa perspectiva, de uma nulidade radical, como sustenta expressamente o autor em suas alegações; considerando que a corte de apelação legalmente motivou a rejeição dessas alegações, ao declarar corretamente que não lhe competia a avaliar se as medidas tomadas pelos superiores hierárquicos dos abades Esdoluc e Journiac estavam conformes às regras canônicas e as avaliar” (*Gazette du Palais du 21 février*). – A Corte de apelação de Paris, em uma decisão de 9 de fevereiro de 1912, reconheceu a procedência da ação do pároco da Catedral de Reims e de um certo número de seus paroquianos, pedindo o retorno ao

Eis, portanto, uma propriedade que não é mais nada e uma afetação que é tudo, uma afetação que é protegida contra o próprio proprietário; uma afetação que é veementemente protegida como tal, sem que se possa encontrar qualquer resquício de um sujeito de direito, ou de um direito subjetivo.

Eu não poderia encerrar esses estudos com um exemplo que demonstra de forma mais impressionante a evolução dos conceitos jurídicos que tentei descrever. Creio ter cumprido o programa que me propus. Certamente não tive a pretensão de ter estudado em todos os seus detalhes essa transformação tão profunda que atualmente ocorre no mundo social e, por conseguinte, no domínio do direito. No entanto, espero ter dito o suficiente para mostrar que, sob a pressão dos fatos, os velhos conceitos jurídicos desaparecem, novos institutos [*institutions*] se formam, que se, ao estudarmos o Direito moderno, nós nos limitarmos a comentar os textos de nossos códigos, ignoraremos quase tudo da realidade, e que estamos fadados ao fracasso se quisermos introduzir as novas categorias jurídicas nas velhas e rígidas estruturas do sistema civilista.

Alguns amigos bem-intencionados e alguns alunos bastante lisonjeiros por vezes vêm me dizer que sou na França algo como o chefe da escola realista. Não, senhores, e por dois motivos. Em primeiro lugar porque muitos dos meus colegas merecem mais esse título do que eu; depois e, sobretudo, porque o realismo não é nem uma escola, nem uma doutrina; ele é um método, o único método profícuo, o único método científico em qualquer disciplina que seja. É necessário observar os fatos, analisá-los e fazer sua síntese. Meu eminente colega, doutor Widal, dizia outro dia, em uma brilhante conferência que fez em vossa Faculdade de Medicina, que, para estudar a Medicina, é necessário antes de tudo fazer observações fisiológicas. Para estudar o Direito, é necessário antes de tudo fazer observações sociais e abandonar todas as concepções metafísicas, sem valor e sem base na realidade. Tentei acompanhar diante dos senhores algumas aplicações desse método. Eu ficaria contente se não tiver parecido muito indigno da plateia de elite que acompanhou a essas conferências.

Não é sem tristeza que eu chego ao fim dessa tarefa. Estava acostumado a vir toda semana discutir com os senhores esses problemas apaixonantes. Mas todas as horas chegam, disse o poeta, e eis a hora de partir. Vosso país tem um encanto atraente que torna ainda mais melancólico o momento de dizer adeus.

---

estado anterior de certas dependências da catedral, que foram modificadas sob as ordens do prefeito (Le Temps, 11 février 1912) – Cf. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 1911, II, p. 128 e seguintes e a bibliografia e jurisprudência lá indicadas; BACH, *L'affetation des églises*, 1911.

Mas se parto, levo uma lembrança preciosa e um ganho considerável de minha estada aqui. Carrego também o profundo desejo de que a obra colaborativa da qual fui o primeiro associado não termine aqui.

O fato de um professor de uma faculdade de Direito francesa ter vindo lecionar em vossa faculdade (fato no qual minha pessoa é insignificante) permanecerá como uma momento importante na História de nossas faculdades, e falo em nome de pessoas autorizadas ao expressar o desejo de que um intercâmbio científico se estabeleça ente a Faculdade de Direito de Buenos Aires e nossas faculdades de Direito francesas, especialmente a Faculdade de Direito de Bordeaux; relações científicas virão a se acrescentar às relações comerciais que existem há muito tempo entre nossas cidades. Haveria aí, tenho certeza, uma obra fecunda para nossos dois países e para a Ciência.

Obrigado uma vez mais por vossa tão agradável recepção, obrigado por vossa generosa atenção. Lembrarei disso com gratidão. Permitam-me esperar que os senhores não esqueçam completamente daquele que, durante alguns dias, foi vosso colaborador.

Buenos Aires, 13 de setembro de 1911.



## PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Civil

### Veja também Doutrina relacionada ao tema

- A função do direito comparado e o nosso sistema de direito privado, de Tullio Ascarelli e Fabrício Bertini Pasquot Polido – RDCC 23/399-418;
- Código Napoleão, de Caio Mário da Silva Pereira – RT 835/757-765, *Doutrinas Essenciais de Direito Civil* 2/837-848; e
- Direito privado brasileiro e direito comunitário ou transnacional na sociedade da informação: formação dos blocos econômicos e regulação comunitária dos direitos privados, de Emerson Penha Malheiro e Marcelo Assis Rivarolli – RT 1036/45-57.