

Função social da propriedade e justiça distributiva: entre o funcionalismo de Duguit e a justiça como equidade em Rawls

Luma Cavaleiro de Macêdo SCAFF*

Lucas Gabriel Lopes PINHEIRO**

João Daniel Macedo SÁ***

RESUMO: Com a funcionalização do direito privado, o exercício do direito de propriedade passou a ser condicionado a uma função social. Essa posição possui particular fundamento no funcionalismo de Léon Duguit. Ainda assim, o direito de propriedade segue consagrado como direito humano fundamental em documentos nacionais e internacionais. Assim, surgem dúvidas a respeito da compatibilidade entre o conceito de função social e o direito de propriedade como direito humano fundamental. Nesse cenário, importa defrontar o funcionalismo de Duguit face a teoria da justiça como equidade de Rawls, que preserva a vontade do indivíduo face às vontades da maioria. O problema de pesquisa consiste em analisar em que medida a teoria da justiça como equidade de Rawls pode constituir alternativa ao fundamento funcionalista de Léon Duguit para a compatibilização entre o direito fundamental de propriedade e sua função social. Para tanto, a pesquisa faz uso de pesquisa bibliográfica e revisão de literatura nacional e internacional. Na primeira etapa do estudo, busca-se compreender o movimento de funcionalização do direito de propriedade e o paradigma da propriedade-dever. Após, é analisada a fundamentação ao direito de propriedade na teoria de Léon Duguit. Na terceira etapa, objetiva-se entender a teoria da justiça como equidade de John Rawls. Enfim, relaciona-se a teoria de Rawls com o direito de propriedade como um direito fundamental. Conclui-se que o conceito de função social baseado na racionalidade de Duguit possui dificuldades de se compatibilizar com os direitos fundamentais, no que a racionalidade liberal-igualitária de John Rawls constitui alternativa ou possibilidade crítica a esse fundamento.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de propriedade; funcionalismo; justiça distributiva; liberalismo-igualitário.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. A funcionalização do direito de propriedade; – 2.1 A propriedade moderna na lógica privatista; – 2.2. A propriedade-dever na lógica funcionalista; – 2.3. O funcionalismo do direito social; – 3. O direito social de Léon Duguit: a função social da propriedade; – 3.1. A influência da sociologia e o realismo de Duguit; - 3.2 Solidariedade social; – 3.3. Direito objetivo e direito subjetivo; – 3.4. Função social da propriedade; – 4. John Rawls e a justiça como equidade; – 4.1. Posição original e véu da ignorância; – 4.2. Princípios da justiça: liberdade e igualdade; – 5. Justiça, propriedade e direitos fundamentais; – 6. Conclusão; – Referências.

* Doutora em Direito Financeiro pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Pará (2005). Professora no curso de graduação em Direito. Professora na Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Professora no Mestrado Profissional em Direito e Desenvolvimento da Universidade Federal do Pará. Coordenadora do projeto de pesquisa Financiando Direitos. Advogada. *E-mail:* lumascaff@yahoo.com.br. *Orcid:* <https://orcid.org/0000-0001-7146-0600>.

** Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA - PPGD/UFPA. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Advogado. *E-mail:* lglpagc@gmail.com. *Orcid:* <https://orcid.org/0000-0001-9120-6570>.

*** Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professor da Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Advogado. *E-mail:* jdaniel_sa@yahoo.com. *Orcid:* <https://orcid.org/0000-0003-3747-080X>.

TITLE: *Social Function of Property and Distributive Justice: between Duguit's Functionalism and Justice as Fairness in Rawls*

ABSTRACT: *With the functionalization of Private Law, the exercise of the right to property has become conditioned to a social function. This position has particular foundation in the functionalism of Léon Duguit. Nevertheless, the right to property is still enshrined as a fundamental human right in national and international documents. Thus, doubts arise regarding the compatibility between the concept of social function and the right to property as a fundamental human right. In this scenario, it is important to confront Duguit's functionalism with Rawls's theory of justice as fairness, which preserves the individual's will in the face of the majority's will. The research problem consists of analyzing to what extent Rawls' theory of justice as fairness can constitute an alternative to Léon Duguit's functionalist foundation for the reconciliation between the fundamental right of property and its social function. For this, the research makes use of bibliographical research and review of national and international literature. In the first stage of the study, we seek to understand the movement of functionalization of property rights and the paradigm of property-duty. Afterwards, the basis for the right to property in Léon Duguit's theory is analyzed. In the third stage, the aim is to understand John Rawls' theory of justice as fairness. Finally, Rawls' theory is related to the right to property as a fundamental right. It is concluded that the concept of social function based on Duguit's rationality has difficulty in being compatible with fundamental rights, what does John Rawls' liberal-egalitarian rationality constitute an alternative or critical possibility to this foundation.*

KEYWORDS: *Property right; functionalism; distributive justice; egalitarian liberalism.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. The functionalization of right to property; – 2.1. The modern property in the privatist logic; – 2.2. The property-duty in the functionalist logic; – 2.3. The functionalism of social law; – 3. Léon Duguit's Social Law: the social function of property; – 3.1. The influence of sociology and Duguit's realism; – 3.2. Social solidarity; – 3.3. Objective right and subjective right; – 3.4. Social function of property; – 4. John Rawls and Justice as Fairness; – 4.1. Original position and veil of ignorance; – 4.2. Principles of justice: liberty and equality; – 5. Justice, property and fundamental rights; – 6. Conclusion; – References.*

1. Introdução

No contexto do movimento de funcionalização do direito privado e, especificamente, do direito de propriedade, há uma tendência crescente em âmbitos nacional e internacional de condicionar o exercício do direito do privado a uma determinada função social, que mitiga o caráter, antes predominante, individualista.

Esclarece-se que o foco da análise se dá sobre a propriedade enquanto instituto jurídico, ou seja, a partir da consolidação da propriedade moderna, com a transição da propriedade-liberdade para a propriedade-dever. Dentre os fundamentos dessa transição, Wieacker¹ e Dresch² apontam o movimento do Direito Social, cujas vertentes

¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. António Manuel Hespanha. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 513.

principais remetem a Otto von Gierke, na Alemanha, e a Léon Duguit, na França, sendo este último o autor apontado pelo recorte metodológico do presente escrito.

Ainda assim, o direito de propriedade segue sendo consagrado em diversos documentos internacionais e de caráter nacional como um direito humano e/ou fundamental. Exemplo disso é o artigo 17º da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), que dispõe que “toda a pessoa, individual ou coletiva, tem direito à propriedade” e que “ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade”. Semelhantemente, a Constituição Federal de 1988 resguarda a garantia fundamental do direito de propriedade em seu artigo 5º, XXII, mas atrelado ao exercício da função social (artigo 5º, XXIII).

Assim, surgem dúvidas e incompreensões a respeito do conceito de função social e seu entrelace com o direito de propriedade enquanto direito humano fundamental: sobre em que medida é possível defender a existência da propriedade privada como um direito em um viés funcionalista social.

A relação conceitual entre a propriedade-dever ou propriedade-função e o direito humano fundamental de propriedade é especialmente controversa no sistema de produção capitalista, em que a propriedade constitui bem ou meio de produção e, como recurso privado, resulta em exclusão. Por isso, esse cenário é propício para um debate em termos de justiça distributiva.³

Diante das dúvidas e incompreensões surgidas, é de importante relevo defrontar a teoria do Direito Social de Duguit, da qual decorre a função social da propriedade, face a uma teoria da justiça distributiva que preserve a vontade do indivíduo face às vontades da maioria, como ocorre na defesa de John Rawls. Deste modo, questiona-se: em que medida a teoria da justiça como equidade de Rawls pode constituir alternativa ao fundamento funcionalista de Léon Duguit para a compatibilização entre o direito fundamental de propriedade e sua função social?

Para o desenvolvimento da pesquisa, é utilizada pesquisa bibliográfica, com revisão de literatura nacional e internacional a respeito do problema. Especialmente, faz-se uso, na qualidade de bibliografia principal, de dois escritos de Léon Duguit, “*Las*

² DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos do direito privado: uma teoria da justiça e da dignidade humana*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 85-87.

³ SÁ, João Daniel Macedo. *Direito de propriedade e justiça distributiva no Brasil: ampliação das capacidades como forma de combater a pobreza rural*. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Pará, Belém, 2015, p. 38.

Transformaciones del Derecho: (público y privado) (1975) e “*Fundamentos do Direito*” (2006), centrando a análise de John Rawls em *Uma Teoria da Justiça* (2008).⁴

Na primeira seção, busca-se compreender o movimento de funcionalização do direito de propriedade e o paradigma da propriedade-dever. Após, é analisada a teoria de Léon Duguit, em sua fundamentação ao direito de propriedade. Na terceira seção, objetiva-se entender a teoria da justiça como equidade de John Rawls. Enfim, relaciona-se tal teoria com o direito de propriedade como um direito fundamental, indicando como pode ser uma alternativa ou possibilidade crítica à teoria de Duguit.

Ao final da investigação, conclui-se que o conceito de função social no contexto do movimento de funcionalização, especificamente no que se refere ao funcionalismo do Direito Social de Duguit, possui dificuldades de se compatibilizar com os direitos fundamentais, no que a racionalidade liberal-igualitária de John Rawls constitui alternativa ou possibilidade crítica a esse fundamento.

2. A funcionalização do direito de propriedade

É necessário compreender no que consiste o movimento de funcionalização do direito de propriedade e como se deu a alteração de um direito privado novecentista – especificamente no que diz respeito à propriedade privada – de caráter privatista, individualista e formalista para um centrado em aspectos sociais, no funcionalismo, no coletivismo e em um contexto de constitucionalização. Este tópico tem como fim investigar esse movimento de transição histórica, alcançando também seus fundamentos teóricos.

2.1. A propriedade moderna na lógica privatista

De acordo com Benatti, o Código Civil Napoleônico de 1804 foi, no contexto europeu, um marco para o estabelecimento da propriedade moderna (ou propriedade liberal, ou propriedade burguesa), superando a propriedade feudal (com limitações impostas pela Nobreza e pela Igreja, uma propriedade hierarquizada).⁵

⁴ Nessa obra, há apresentação dos pressupostos da teoria da justiça como equidade e os correspondentes princípios da justiça, que são relevantes para o objeto do presente artigo – a relação entre justiça distributiva e direito de propriedade. Por isso, não são abordadas as demais obras de Rawls.

⁵ BENATTI, José Heder. *Direito de propriedade e proteção ambiental no Brasil: apropriação e uso dos recursos naturais no imóvel rural*. 2003. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido (PPGDSTU), Universidade Federal do Pará, Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Belém, 2003, p. 127 e seguintes.

Na análise histórico-jurídica do autor sobre a propriedade, esse marco foi representativo por dois motivos: (1) em virtude da substituição da teoria do duplo domínio – caracterizada pela divisão do domínio na propriedade entre o domínio direto, do senhor da terra, e o domínio útil, do vassalo – pela teoria da unidade jurídica da propriedade, rompendo, então, com a hierarquia entre o uso e o domínio da propriedade; e (2) pela tentativa de privatizar a propriedade comum em uma visão jurídica unitária, adequando-se a uma estrutura de propriedade individual.

Essa propriedade moderna possui as seguintes características: unidade dominial, por ser um domínio único; perpetuidade, pela ausência de limitações temporais à propriedade; caráter absoluto, com a concessão de um poder pleno sobre a coisa ao proprietário; exclusividade, a partir da possibilidade de excluir – no uso, gozo e disposição – os demais sujeitos; abstração, pois o proprietário é um senhorio abstrato e unitário.

Há, assim, plenitude do poder sobre a coisa, o que é expresso nos direitos advindos dessa propriedade. Benatti também denomina o modelo jurídico da propriedade moderna como propriedade-liberdade, pois se exterioriza enquanto apropriação individual e se justifica com base em faculdades abstratas do sujeito.

Portanto, a propriedade-liberdade é consolidada no período entre 1804 e 1850, mediante a centralidade dos Códigos – simbolizada pelo Código Napoleônico – no que se refere à disposição jurídica da propriedade e das relações jurídicas privadas em geral. Está fundada principalmente em bases lockeanas, em que a propriedade é fundada sobretudo no trabalho.⁶

Quaisquer limitações sobre o uso, gozo e disposição da propriedade eram exceções previstas expressamente no código.⁷ A Constituição, distintamente, assumiu papel

⁶ A base do argumento de John Locke reside na resolução da problemática a respeito da origem da propriedade privada em face dos bens comuns da natureza. A resposta estaria no valor do trabalho: cada um possui propriedade sobre si, ao tempo em que o trabalho, por se utilizar das capacidades individuais, é atributo inerente do trabalhador. Ao ser aplicado à coisa, o trabalho a retira do estado comum, transferindo-se ao objeto. Ainda que sejam a princípio comuns, tais propriedades não possuem grande produção e o que lhes confere valor é a ação humana. Nesse diapasão, a legitimação da apropriação individual se dá em razão do trabalho empregado, que retira o caráter comum da natureza. LOCKE, John. *Dois tratados do governo civil*. Trad. Miguel Morgado. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2006, p. 250-260.

⁷ TEDESCHI, Sebastián Ernesto. El waterloo del código civil napoleónico: una mirada crítica a los fundamentos del derecho privado moderno para la construcción de sus nuevos principios generales. In: COURTIS, Christian (compilador). *Desde otra mirada: texto de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2001, p. 166.

secundário, voltando-se à organização do Estado Liberal de Direito.⁸

O modelo jurídico da propriedade moderna sofre, ainda, uma transição inicial entre 1850 e 1914, da propriedade justificada na teoria lockeana da apropriação da coisa pela pessoa em virtude do trabalho, para uma identificação da propriedade com a lei, expressão da vontade soberana do indivíduo. Nesse momento de amadurecimento, a propriedade assume um caráter de direito subjetivo – uma criação do ordenamento jurídico.

Segundo Tedeschi, referido modelo jurídico tem como inspiração o projeto iluminista e a pretensão deste de atuar como mecanismo de liberdade, expansão dos mercados e anulação das tábuas sagradas e monopólios.⁹ Busca, por meio de leis sistemáticas, maior consensualidade, livre contratação e convênios e penas racionais, a partir de uma razão evolutiva que substitui a autoridade divina.

2.2. A propriedade-dever na lógica funcionalista

O modelo jurídico da propriedade-liberdade fora gradualmente substituído pelo modelo da propriedade-dever. Benatti¹⁰ descreve que, no contexto europeu, referida transição gradual se operou, a princípio, com a afirmação da propriedade-dever entre 1914 e 1950, com maior ênfase ao conceito de função de caráter social da propriedade. Ademais, o papel dos Códigos passou a ser relativizado, com a contraposição e posterior suplantação por leis especiais no âmbito das relações privadas.

Trata-se de momento de fragmentação do direito privado, com a descodificação – quando as legislações especiais passam a erodir a estrutura dos grandes códigos e a lógica a eles correspondentes de imutabilidade e rigidez. Tais legislações especiais constituíam microssistemas de normas, com lógicas próprias e autônomas, inclusive acerca do direito de propriedade.¹¹

A partir de 1950, a decadência dos Códigos Civis como centro das relações privadas é acentuada, no que as Constituições assumem a centralidade a respeito da regulação de institutos privados, como a propriedade. Este paradigma implica em uma regulação não mais exclusivamente pautada no direito privado, mas também voltada ao direito

⁸ BENATTI, op. cit., p. 135-137.

⁹ TEDESCHI, op. cit., p. 163.

¹⁰ BENATTI, op. cit., p. 135 e seguintes.

¹¹ TEDESCHI, op. cit., p. 169.

público.

Benatti¹² relata que essas Constituições passaram a impor condições para a efetividade real dos institutos jurídicos privados, o que ocorre, por exemplo, com a propriedade em relação à sua função social (um limite, externo ou interno, ao direito de propriedade – um dever), sendo este o modelo jurídico da propriedade-dever.

Como prossegue o autor, o movimento de funcionalização do direito de propriedade ocorreu de modo semelhante no Brasil, mas em épocas distintas e de acordo com as peculiaridades locais. Nesse cenário, a contínua perda do papel do Código Civil como centro das relações privadas ocorre após 1930, com as Constituições diversas condicionando a propriedade a determinados deveres sociais. Com a Constituição de 1988, há a consolidação da intervenção constitucional e se solidifica a regulação da propriedade e da sua função social por leis especiais.

2.3 O funcionalismo do direito social

A perspectiva funcional possui fundamento filosófico e sociológico em uma visão moderna coletivista oposta ao individualismo liberal antes dominante, que foi destacada com autores como Hegel, Marx, Comte e Bentham.¹³ Wieacker¹⁴ reitera tal origem ao afirmar que essa tendência foi salientada a partir da segunda metade do século XIX, sendo autores como Bentham, Mill e Jhering basilares para uma das correntes principais de enfrentamento do formalismo idealista.

De todo modo, resulta dessas análises coletivistas a centralidade das funções atribuídas na busca do progresso e bem-estar coletivos, em um funcionalismo jurídico, que é distinto do sistema jurídico liberal antes proeminente, pautado na manutenção da igual liberdade (isto é, com uma racionalidade de justiça comutativa), e, portanto, pensa o direito privado (e, por conseguinte, o direito de propriedade) enquanto assente em um fundamento de justiça distributiva.¹⁵

Essa visão pode ser apresentada de formas distintas, mas o recorte teórico aqui estabelecido, a partir de Dresch¹⁶, se dá sobre o funcionalismo do Direito Social e o posterior questionamento face ao liberalismo-igualitário de John Rawls.

¹² BENATTI, op. cit., p. 135 e seguintes.

¹³ DRESCH, op. cit., p. 73.

¹⁴ WIEACKER, op. cit., p. 513.

¹⁵ DRESCH, op. cit., p. 79-80.

¹⁶ Ibid., p. 79.

O Direito Social, assim denominado por Franz Wieacker,¹⁷ fundado em uma análise sociológica, vincula-se a uma compreensão de busca de finalidades sociais e influencia de modo determinante a doutrina civilista a partir do século XIX. Interessa ao atual estudo especificamente o que diz respeito a Léon Duguit, principal teórico da vertente francesa deste movimento teórico.

Há influência grande da análise sociológica, positivista científica, de Comte e Durkheim sobre Léon Duguit. Desenvolve-se o Direito Social como "análise funcional do direito focada no equilíbrio do poder nas relações privadas",¹⁸ com valor central na solidariedade e na cooperação social e destacando-se a historicidade dos institutos jurídicos (que correspondem a determinadas necessidades econômicas contingentes).

Esta tendência relaciona-se fortemente com uma “publicização” do direito privado, a partir de uma relativização dos direitos subjetivos e da própria noção de liberdade (um dever, não um direito), que reforça a unidade do direito. Assim, a atual investigação centra-se, a princípio, nesse movimento teórico, especificamente em Léon Duguit, de modo a fornecer maior clareza sobre os pressupostos do conceito de função social da propriedade, que serão posteriormente defrontados com as bases teóricas rawlsianas.

3. O direito social de Léon Duguit: a função social da propriedade

No contexto francês dos séculos XIX e XX, diversas doutrinas anti-individualistas foram desenvolvidas, como o positivismo de Comte e o realismo de Duguit. Nessas doutrinas, o papel do direito é concentrado em salvaguardar a liberdade necessária e suficiente para todos os indivíduos para que estes possam cumprir a sua função social; parte-se da sociedade para o indivíduo, da norma social para o direito individual.^{19,20,21}

Em resposta a um absolutismo dos direitos, autores como Comte e Duguit desenvolveram teorias que sustentavam, em sentido oposto, a relatividade dos direitos e a concepção de direito-função, em que os direitos conferidos passam a ter razão última na ordem e utilidade social. Há um deslocamento de uma justiça comutativa

¹⁷ WIEACKER, op. cit., p. 513; p. 520.

¹⁸ DRESCH, op. cit., p. 87.

¹⁹ GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público. *Rev. Digital de Derecho Admin.*, v. 5, 2011, p. 62.

²⁰ DRESCH, op. cit., p. 85-87.

²¹ DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Tradução Márcio Pugliesi. 2 ed. São Paulo: Ícone, 2006, p. 19.

(promovida pela concepção individualista) para uma justiça distributiva.²²

Nesse cenário, destaca-se o desenvolvimento da teoria jurídica do direito social dentro do realismo de Duguit.²³²⁴ Para este autor, o fundamento do direito é encarado de modo unitário, ainda que a distinção entre direito público e direito privado seja mantida, porque se baseia no modo de sanção do direito – com o monopólio do poder de constrangimento pelo Estado, as sanções de direito público assumem um caráter particular –, não no fundamento, que é comum a ambos.²⁵

Na obra de Duguit, a concepção de Direito Social é associada à noção de que todas as instituições jurídicas foram formadas para responder a uma necessidade econômico-social e evoluem necessariamente de acordo com as alterações dessas necessidades. Referida evolução ocorre em sentido social: devem os institutos jurídicos se socializar, de modo que deixem de corresponder a direitos individuais e se convertam em funções sociais.²⁶

É teoria precursora da concepção do direito de propriedade baseada no condicionamento à função social (e ao bem-estar social), na qual o proprietário não consiste mais no titular de um direito subjetivo, mas no detentor da riqueza socialmente útil.²⁷

Em outras palavras, Duguit compreende a propriedade enquanto instituição jurídica que, atendendo a uma necessidade econômica, transforma-se em função social. Com isso, deixa ser um direito individual para se transformar em uma função.

3.1. A influência da sociologia e o realismo de Duguit

González e Pérez²⁸ descrevem a influência destacada da sociologia de Auguste Comte e Émile Durkheim sobre a obra de Léon Duguit. Do primeiro, extrai-se essencialmente a rejeição das fundamentações metafísicas e a noção de consenso do organismo social. Já

²² LIMA, Alvino. Da influência, no direito civil, do movimento socializador do direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 35, n. 1. São Paulo, 1939, p. 204.

²³ DRESCH, op. cit., p. 86-87.

²⁴ GIERKE, Otto Von. *La función social del derecho privado y otros estudios*. Tradução de José M. Navarro de Palencia. Madrid: Editorial Comares, S.L, 2015, p. XXXIII.

²⁵ DUGUIT, 2006, p. 74-76.

²⁶ DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho: (público y privado)*. Buenos Aires: Heliasta, 1975, p. 235-236.

²⁷ LEONETTI, Carlos Araújo. Função social da propriedade: mito ou realidade. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 5, n. 8. Florianópolis, 2009, p. 48.

²⁸ GONZÁLEZ, José Calvo; PÉREZ, José Luis Monereo. León Duguit (1859-1928): jurista de una sociedad en transformación. *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 4. 2005, p. 484 e seguintes.

Durkheim traz a Duguit a preocupação com a investigação sociológica do Direito e com uma metodologia experimental, além da noção de solidariedade social.

De modo a detalhar a influência de Durkheim, González e Pérez²⁹ prosseguem relatando que, na obra do autor francês, o Direito é resultado da vida social e das necessidades evolutivas da vida em sociedade, isto é, “surge do comportamento humano em uma ordem social regida por uma solidariedade orgânica derivada da divisão social do trabalho, a qual supõe que seus membros devem cooperar entre si”.

Esse pressuposto durkheimiano é adotado por Duguit para elaborar sua doutrina crítica às doutrinas individualistas e formalistas no campo social e jurídico, rejeitando a forma como eram sustentados os conceitos de direito subjetivo – o poder do indivíduo ou do Estado de impor-se a outras vontades – e sujeito de direito – um sujeito de vontade.

Deste modo, propõe-se uma teoria sociojurídica própria, alicerçada nos postulados do positivismo sociológico, em rejeição ao voluntarismo jurídico. Duguit denomina sua teoria como realista e objetivista, o que significa adotar o postulado de que o conhecimento da ordem jurídica pode ser obtido somente pelo conhecimento concreto da ordem social.

Essa proposta seria responsável por retirar abstrações metafísicas do campo jurídico, investigando o Direito a partir da constatação dos fatos sociais, substituindo a preocupação com as essências por uma com as realidades. Esses fatos sociais resumem-se no conceito fundante da solidariedade social.

3.2 Solidariedade social

A teoria sociojurídica de Léon Duguit reside em grande parte em uma ética da solidariedade. Isto porque, na teoria do autor francês, o fundamento do direito é derivado da solidariedade social, isto é, a interdependência que mantém e reforça a união entre os membros do grupo. Esse fundamento é o mesmo para os ramos do direito público e do direito privado, sendo ambos informados pela mesma regra de Direito e pela solidariedade.³⁰⁻³¹

²⁹ Ibid., p. 487.

³⁰ DUGUIT, 2006, p. 22.

³¹ GAMBOA, op. cit., 62.

Ao seguir tal raciocínio, González e Pérez³² relatam como o conceito de direito público possui base no conceito de função social e de solidariedade social. Nessa linha, o direito público não tem fundamento no direito subjetivo da ordem do Estado, mas na função social dos governantes, enquanto o direito privado não reside no direito subjetivo do indivíduo autônomo, mas na função social que se impõe a cada membro da comunidade. A distinção só é mantida em razão do modo como são operadas as sanções em cada ramo, na medida em que existe a impossibilidade de uma sanção direta contra o Estado no âmbito do Direito público.

Essa solidariedade, fundamento do Direito em Duguit, é tanto um fato (com submissão à força que faz as pessoas se sentirem parte de um todo social), quanto a representação de um estado que, como critério supremo de justiça, deve condicionar a conduta dos homens.

A solidariedade pode ser motivada, a depender das contingências, por semelhança (necessidades comuns) e/ou por divisão de trabalho (satisfação recíproca a partir de aptidões e anseios distintos). No primeiro caso, ela nasce por similitude entre as pessoas e as suas necessidades, que só podem ser satisfeitas mediante a vida em comum e a união de esforços. No que se refere à divisão do trabalho, a solidariedade se origina nas diferentes atitudes e prestação de serviços recíprocos por parte dos indivíduos perante um fim comum.

Deste modo, o fundamento do Direito reside na “submissão às necessidades solidárias do grupo em que o homem vive”, não no poder de vontade de um indivíduo ou do Estado. Por esta razão, a existência do Direito independe da existência de um Estado, na medida em que se vincula, de modo anterior, à solidariedade que mantém determinado grupo social unido, sendo o Direito produto não deste grupo, mas da própria vida social. O fundamento na solidariedade social é, para Duguit,³³ permanente, mas mutável, pois se expressa de modo distinto a depender da sociedade.

3.3 Direito objetivo e direito subjetivo

A concepção realista de Duguit atribui à regra de direito uma gênese social. Para o autor, sempre houve a necessidade de uma regra de conduta, mas é objeto específico da ciência jurídica investigar em que momento essa regra de conduta passa a ser imposta

³² GONZÁLEZ; PÉREZ, op. cit., p. 491 e seguintes.

³³ DUGUIT, 2006, p. 17; p. 23-25.

aos membros da comunidade não apenas como uma regra social de costume ou econômica, mas como uma regra de direito. A relação entre tal regra de direito e o conceito de direito objetivo é explicitado por Duguit e González e Pérez.

A regra de direito é uma regra de costume que, em determinado momento, passa a ter uma sanção social em relação à ação dos indivíduos, o que ocorreria em virtude de um sentimento de justiça e da necessidade de defender as exigências sociais.³⁴

Tendo uma gênese social, essa alteração é fundada em um fato social, no caso, a organização da sanção representativa da regra de costume que passa a ser, também, regra de direito. Esse fundamento social reitera o afastamento de eventuais direitos naturais da humanidade, correspondentes à sua natureza de ser ou pessoa humana. Pelo contrário, o enfoque se dá sobre o “dever”: os direitos são faculdades advindas dos deveres cumpridos enquanto ser social.³⁵

Para Duguit,³⁶ o direito objetivo é a regra de direito, que consiste na regra de conduta social que se impõe aos membros da comunidade por meio de uma sanção de caráter igualmente social, sendo resumido na seguinte fórmula: “não praticar nada que possa atentar contra a solidariedade social sob qualquer das suas formas e, a par com isso, realizar toda atividade propícia a desenvolvê-la organicamente”.

Esse direito objetivo coincide com a lei positiva existente em cada local, de acordo com a soma de convicções na vida social consideradas como a garantia do interesse comum. Isso faz com que a regra de direito seja necessariamente vinculada à realidade do seu contexto histórico e inferida diretamente dos fatos sociais determinantes.³⁷

O que se entende por direitos subjetivos ou situação jurídica subjetiva está condicionado a essa definição de direito objetivo. Na proposta duguitiana, o exercício dos direitos subjetivos é derivado e limitado pela possibilidade de exercer livremente os deveres que cooperam na solidariedade social.³⁸

Em outras palavras, todos têm a obrigação de cumprir na sociedade certa função em razão do lugar que ocupam e isso é o fundamento da existência e da proteção de

³⁴ GONZÁLEZ; PÉREZ, op. cit., p. 511.

³⁵ DUGUIT, 2006, p. 19.

³⁶ Ibid., p. 25.

³⁷ GONZÁLEZ; PÉREZ, op. cit., p. 511.

³⁸ DUGUIT, 2006, p. 27.

qualquer direito subjetivo.³⁹ Por isso, a referida situação jurídica subjetiva só existe quando outorgada pelo direito às vontades individuais, na (exata) medida em que seus atos sejam conformes ao direito objetivo e cumpram com seus deveres sociais.⁴⁰

Essa relação jurídica representa uma faculdade de exigir o cumprimento de uma obrigação, isto é, tem o objetivo de produzir obrigações sobre outras vontades por meio de uma sanção social,⁴¹ o que não (necessariamente) pressupõe os termos clássicos de uma relação, quais sejam, os sujeitos e polos ativo e passivo.

Essa análise realizada por Duguit implica na rejeição da concepção de direito subjetivo centrada na autonomia da vontade, em detrimento de uma concepção de situação jurídica subjetiva determinada pela função social exercida pelos membros da comunidade. Há, portanto, imposição a todos da cooperação na solidariedade social pela regra de direito, com deveres distintos estabelecidos de acordo com a função social a ser exercida.⁴²

A explicação fornecida por Duguit elucidada acima é fundamento para a intervenção do Estado na regulamentação da vida econômica e social, em especial no que se refere à regulação da propriedade, a partir de uma conexão direta com as concepções solidaristas de instituições e de liberdade, as quais são capazes de reconhecer ao Estado obrigações positivas antes afastadas com fulcro em concepções individualistas e/ou formalistas de liberdade e propriedade.⁴³

3.4 Função social da propriedade

A partir da concepção de direito centrada na solidariedade social, em que há a imposição de cooperação a todos, Duguit estrutura a propriedade como uma instituição jurídica formada para responder a uma necessidade econômica, que evolui com as próprias necessidades. A propriedade referida é exclusivamente a propriedade capitalista, com referência à propriedade mobiliária e à propriedade imóvel, sem incluir a propriedade dos objetos de consumo e com destaque à propriedade territorial.⁴⁴

Duguit apontava que o sistema da propriedade-liberdade estava destinado a

³⁹ DUGUIT, 1975, p. 240.

⁴⁰ DUGUIT, 2006, p. 25.

⁴¹ GONZÁLEZ; PÉREZ, op. cit., p. 492.

⁴² DUGUIT, 2006, p. 26.

⁴³ GONZÁLEZ; PÉREZ, op. cit., p. 504.

⁴⁴ DUGUIT, 1975, p. 235-236.

desaparecer, com a transformação geral das instituições civilistas e individualistas. Referida afirmação se fundamentava na alegada implausibilidade do “domínio” (em face do império do governo possuidor da força); e na deficiência da proteção somente de fins individuais, e não coletivos, enquanto Duguit apontava a tendência moderna de considerar o indivíduo como um meio, e não um fim, possuindo razão de ser no trabalho realizado no corpo social.⁴⁵

De acordo com as transformações observadas pelo autor francês, havia uma evolução da propriedade rumo à socialização. Esta tendência não significa a conversão da propriedade individual em coletiva, mas que deixa de ser um direito do indivíduo para converter-se em uma função social.⁴⁶

A necessidade econômica correspondente à instituição jurídica da propriedade é a de afetar riquezas a fins individuais ou coletivos definidos, da qual decorre a primordialidade de garantir e de proteger socialmente esta afetação. Para tanto, o jurista francês aponta como exigências que todo ato realizado conforme a um desses fins seja autorizado, bem como que todos os atos contrários sejam reprimidos socialmente. A instituição social organizada para atender a tais exigências é a propriedade tal como juridicamente considerada.⁴⁷

Dessa maneira, para Duguit – nas sociedades nas quais imperava a consciência da interdependência social, a que corresponde a solidariedade social – a propriedade era, para todo possuidor, um dever, uma obrigação de ordem objetiva de empregar a riqueza que possui em manter e aumentar a interdependência social, tal como era a liberdade o dever do indivíduo de empregar sua atividade física, intelectual e moral no desenvolvimento desta interdependência.⁴⁸

Todo indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade certa função social em razão direta do lugar que nela ocupa. Em particular, somente o possuidor da riqueza (propriedade) pode – em relação à coisa que possui a riqueza – realizar um certo trabalho capaz de aumentar a riqueza geral.⁴⁹

De acordo com Duguit,⁵⁰ então, tal sujeito se encontra obrigado socialmente a realizar a

⁴⁵ Ibid., p. 238-239.

⁴⁶ Ibid., p. 236-237.

⁴⁷ Ibid., p. 236-237.

⁴⁸ Ibid., p. 239-241.

⁴⁹ Ibid., p. 239-241.

⁵⁰ Ibid., p. 239-241.

tarefa correspondente a esse aumento da riqueza geral. A proteção jurídica correlata à posse da riqueza individual, portanto, só existirá na medida em que o sujeito atenda à sua função social. Se a afetação de uma coisa à utilidade individual está protegida, é principalmente por causa da utilidade social que dela resulta. Nesse âmbito, a propriedade não é o direito subjetivo do proprietário, mas a função social do possuidor da riqueza.

Assim, no seio da rejeição ao direito subjetivo em uma concepção voluntarista, a propriedade em Léon Duguit é socializada (no sentido jurídico, não econômico), pois o direito positivo não protege o direito subjetivo do proprietário, mas a liberdade do possuidor de uma riqueza para cumprir a função social que lhe incumbe pelo próprio fato desta possessão.⁵¹

Essa é a concepção de propriedade afetada ou propriedade-função, da qual – a partir da interdependência social e da divisão de trabalho – resultam duas proposições. Em primeiro lugar, o proprietário tem o dever-poder de empregar a riqueza que possui na satisfação das necessidades individuais (inclusive as suas próprias). Além disso, tem o dever-poder de empregar tal riqueza na satisfação de necessidades comuns – seja uma coletividade nacional ou coletividades secundárias.⁵²

Na teoria proposta, o poder-dever do proprietário de empregar a riqueza que possui na satisfação de suas necessidades individuais não se refere aos atos correspondentes ao exercício da liberdade individual ou ao livre desenvolvimento da atividade individual, como ocorria no paradigma da propriedade-liberdade.⁵³

Representa, antes, que serão protegidos somente os atos realizados em consideração ao fim social da propriedade e, por outro lado, serão reprimidos ou darão fulcro a uma reparação os atos que não perseguem um fim de utilidade coletiva, por serem contrários à lei da propriedade.⁵⁴ Trata-se de prevalência dos interesses coletivos sobre os interesses individuais.

4. John Rawls e a justiça como equidade

Na teoria da justiça como equidade⁵⁵ de John Rawls, ao menos em sua primeira fase

⁵¹ Ibid., p. 239-241.

⁵² Ibid., p. 242-243.

⁵³ Ibid., p. 242-243.

⁵⁴ Ibid., p. 242-243.

⁵⁵ A referência à equidade diz respeito à exigência de imparcialidade em relação a todos, que devem ser igualmente representados como pessoas morais face às contingências arbitrárias (RAWLS, 2008, p. 146).

(com base na obra *Uma Teoria da Justiça*), a justiça é enxergada como a primeira virtude das instituições sociais. A partir dela, deve ser preservada a liberdade individual em relação à vontade da maioria.⁵⁶

A concepção defendida pelo autor é tipicamente de justiça distributiva, eis que se preocupa com a distribuição dos bens primários sociais – os quais correspondem aos direitos, liberdades, oportunidades, renda, riqueza e autorrespeito. Não se ocupa da definição de um bem supremo, distinguindo-se da concepção aristotélica teleológica de justiça, pois a concepção do bem não se sobrepõe à do justo.⁵⁷⁻⁵⁸⁻⁵⁹⁻⁶⁰

A teoria rawlsiana parte do pressuposto do pluralismo implícito às democracias, enquanto um sistema de cooperação baseado na igualdade humana e na liberdade. A concepção de justiça deve corresponder a esse pluralismo, garantindo a imparcialidade em relação às visões sobre o bem.⁶¹⁻⁶²

O objeto da justiça (i. e. alvo, destinatário) é a estrutura básica da sociedade, que corresponde ao modo como os direitos e os deveres fundamentais e a divisão de vantagens originadas da cooperação social são distribuídos pelas instituições sociais.⁶³⁻⁶⁴ Por isso, o objetivo da justiça é a definição dos princípios da justiça aplicáveis à estrutura básica da sociedade.⁶⁵

4.1. Posição original e véu da ignorância

A justiça em Rawls deriva de um acordo entre as pessoas, não como um modelo contratualista introdutório da sociedade ou de uma forma de governo, mas com a noção de que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são resultantes do consenso original.⁶⁶

⁵⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3 ed. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 04.

⁵⁷ Ibid., p. 76; p. 110.

⁵⁸ FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 161.

⁵⁹ SÁ, 2015, p. 38-39.

⁶⁰ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Ações Afirmativas*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 35.

⁶¹ SÁ, 2015, p. 39.

⁶² ROSAS, Joao Cardoso. *Concepções da justiça*. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 22.

⁶³ RAWLS, op. cit., p. 12.

⁶⁴ As instituições sociais, por sua vez, são as normas públicas definidoras dos cargos, posições, direitos, deveres, poderes e imunidades, o que inclui as normas a respeito do domínio da propriedade (RAWLS, 2008, p. 66).

⁶⁵ ROSAS, op. cit., p. 25.

⁶⁶ RAWLS, op. cit., p. 12.

O ponto de partida para instituir tais princípios fora estabelecer a noção de posição original, que se refere ao “*status quo* inicial apropriado para assegurar que os consensos básicos nele estabelecidos sejam equitativos”,⁶⁷ o que significa a igual representação dos sujeitos como pessoas morais, sem condicionamento às contingências arbitrárias, como a classe o status social e os dotes naturais.⁶⁸

Para estabelecer a posição original, Rawls parte do pressuposto de uma sociedade bem-ordenada, na qual há aceitação dos mesmos princípios de justiça por todos e, do mesmo modo, as instituições sociais atendem esses princípios – e isso é do conhecimento de todos.⁶⁹

Na situação hipotética da posição original, as pessoas estão cobertas pelo véu da ignorância, o que significa que não possuem conhecimento a respeito da influência das escolhas realizadas sobre sua situação particular. Há a presunção de que as pessoas não sabem sua classe ou posição social, suas habilidades naturais e sua concepção de bem.⁷⁰⁻⁷¹

Trata-se de tentativa de anular possíveis condutas desviantes baseadas na busca por benefícios a si próprio, com fulcro de atender à exigência de imparcialidade, na medida em que, com a decisão tomada sob o véu da ignorância, há desconhecimento sobre a sua posição social, o que facilita alcançar um consenso sobre os princípios da justiça em uma escolha tomada com imparcialidade.⁷²

Ressalta-se que – para atender à justiça como equidade – essa escolha deve, ainda, ser tomada por pessoas livres, racionais e desinteressadas, em posição de igualdade. Implica dizer que desconhecem os detalhes de seu plano racional de vida e os objetivos e interesses particulares que ele busca promover. Ao mesmo tempo, conseguem hierarquizar as alternativas e eleger o mais alto índice de bens primários sociais para alcançar os seus objetivos, independentemente de qual seja a sua concepção de bem.⁷³⁻⁷⁴

⁶⁷ Ibid., p. 19.

⁶⁸ Ibid., p. 146.

⁶⁹ Ibid., p. 560.

⁷⁰ Ibid., p. 166.

⁷¹ SÁ, 2015, p. 40.

⁷² FURLAN, Fabiano Ferreira. *O debate entre John Rawls e Jürgen Habermas sobre a concepção de justiça*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 10.

⁷³ RAWLS, op. cit., p. 173-175.

⁷⁴ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 20.

4.2. Princípios da justiça: liberdade e igualdade

No cenário proposto, a forma definitiva dos princípios da justiça pensados por Rawls demandam, em primeiro lugar, igualdade na distribuição dos direitos e dos deveres fundamentais, e, além disso, aceitação da avaliação da justiça das desigualdades sociais e econômicas com base na existência de vantagens recompensadoras para todos, com destaque aos menos favorecidos na sociedade.⁷⁵

Assim, Rawls elabora dois princípios. Em primeiro lugar, “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos”.⁷⁶ Esse é o princípio da igual liberdade, a partir do qual há um direito de igualdade entre as pessoas, garantindo a todos as liberdades fundamentais – de forma igual – na estrutura social básica.

São essas liberdades básicas a liberdade política, liberdade de expressão e reunião, liberdade de consciência e de pensamento, liberdade individual, direito à proteção contra prisão e detenção arbitrárias e à propriedade pessoal.⁷⁷ De acordo com João Sá,⁷⁸ o direito à propriedade pessoal, ainda que definido genericamente por Rawls, inclui certas formas de propriedade material, como a habitação, mas exclui expressamente o direito à propriedade dos meios de produção, que não são enxergados como fundamentais.

Ademais, Rawls elabora um segundo princípio, que combina o princípio da igualdade equitativa de oportunidades com o princípio da diferença. Nesse sentido, as desigualdades sociais e econômicas devem estar “vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades”, bem como estabelecer o “máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa”.⁷⁹

Em outras palavras, esse princípio – com base na igualdade equitativa de oportunidades – exige que haja oportunidades reais de acesso aos talentos dos que possuem capacidades similares, corrigindo injustiças decorrentes de fatores arbitrários. Exige, ainda, mediante o princípio da diferença, uma desigualdade controlada a partir

⁷⁵ SÁ, 2015, p. 41.

⁷⁶ RAWLS, op. cit., p. 376.

⁷⁷ Ibid., p. 74-75.

⁷⁸ SÁ, 2015, p. 255.

⁷⁹ RAWLS, op. cit., p. 376.

de (1) um critério de justiça segundo o qual as desigualdades sociais e econômicas só são aceitáveis ao propiciar o máximo benefício aos menos favorecidos, e (2) de um acordo quanto à distribuição dos dotes naturais para que os favorecidos somente se beneficiem ao melhorar a situação dos menos favorecidos.⁸⁰⁻⁸¹

Sobre esses princípios, Rawls estabelece duas regras de prioridade. A primeira delas diz respeito à primazia da liberdade.⁸² Somente a própria liberdade – e não vantagens sociais e econômicas – pode reduzir as liberdades básicas, o que pode ocorrer quando uma liberdade menos extensa fortalecer o sistema total de liberdades e quando for aceitável uma liberdade desigual aos que possuem menor liberdade. A limitação das liberdades pode ocorrer apenas quando as circunstâncias sociais não permitirem a instituição das liberdades fundamentais.⁸³

Essa prioridade decorre do entendimento do primeiro princípio como um sistema todo de liberdades, não em sua individualidade, na qual a especificação do valor de cada liberdade é feita por meio da atribuição de limites que visam a potencializar a efetivação de cada uma delas. Ressalte-se que as restrições feitas a uma liberdade básica não poderão descaracterizá-la.⁸⁴

A segunda concerne à prioridade da justiça sobre a eficiência o bem-estar, pois o “segundo princípio de justiça precede lexicalmente o princípio de eficiência e o princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades precede o princípio de diferença”.⁸⁵ Assim, a desigualdade é aceitável ao aumentar as oportunidades dos que têm menos oportunidades; e “uma taxa elevada de poupança deve, pesando-se tudo, mitigar o ônus daqueles que carregam esse fardo”.⁸⁶

Por isso, as violações das iguais liberdades fundamentais não podem ser justificadas a partir de alegadas vantagens econômicas e sociais.⁸⁷ A justiça procedimental em Rawls se concretiza por esse método – mediante a aplicação desses princípios da justiça, que são equitativos – à estrutura básica da sociedade, no que, encontrando-se esta definida

⁸⁰ Ibid., p. 100.

⁸¹ SÁ, 2015, p. 43.

⁸² Essa posição rawlsiana gera críticas a respeito da posição da igualdade em sua teoria. Segundo Brito Filho (2014, p. 42), “embora a liberdade seja um ideal político indispensável para uma sociedade democrática, é necessário reconhecer que ela não precisaria estar, em ordem de prioridade, à frente da igualdade”.

⁸³ RAWLS, op. cit., p. 185; p. 376.

⁸⁴ ASCARELLI, Igor. *Constituição e desigualdade em John Rawls*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 72-79; p. 82.

⁸⁵ RAWLS, op. cit., p. 376.

⁸⁶ Ibid., p. 376.

⁸⁷ Ibid., p. 74; p. 185.

em consonância aos princípios, será justa, sejam quais forem os resultados obtidos por seus membros.⁸⁸⁻⁸⁹

5. Justiça, propriedade e direitos fundamentais

A teoria da justiça como equidade de Rawls pode ser relacionada com os direitos fundamentais, na medida em que os bens primários sociais podem ser colocados como equivalentes a estes direitos – como o mínimo de direitos para assegurar uma vida digna.⁹⁰ Essa é a posição, por exemplo, de Brito Filho⁹¹ ao atestar que os bens valiosos objeto da filosofia política se referem aos bens fundamentais, cujo mínimo deve ser assegurado pelo Estado.

Em especial, é possível relacionar tal teoria da justiça com a defesa do direito de propriedade. Referida contribuição é traçada a partir dos princípios e prioridades estabelecidos por Rawls, mas em sentido crítico à restrição da propriedade sobre a terra no campo da lista de liberdades.

Nesse campo, segue-se a posição defendida por João Sá^{92,93}, ao se considerar o direito de acumular propriedade privada sobre a terra como uma questão básica protegida pelo primeiro princípio. Tendo em vista que a atividade agrária desempenha papel fundacional nas sociedades humanas e, particularmente, no sistema capitalista, demonstra-se como a propriedade contribui para a expansão das capacidades dos cidadãos ao criar condições materiais para o alcance dos planos de vida individuais, independentemente de quais sejam estes.

Assume-se, então, o direito de propriedade sobre a terra como uma liberdade substancial. Com isso, defende-se a garantia do direito a todos, em determinado grau e amplitude inviolável e indisponível, mas com a possibilidade de aplicação do segundo princípio para justificar a limitação deste direito em prol da redução das desigualdades sociais e econômicas e do aumento da igualdade de oportunidades. Com base nessa consideração, justifica-se, por exemplo, a proteção constitucional especial para a

⁸⁸ ROSAS, op. cit., p. 25.

⁸⁹ ASCARELLI, op. cit., p. 69-72.

⁹⁰ SÁ, 2015, p. 45.

⁹¹ BRITO FILHO, op. cit., p. 245.

⁹² SÁ, João Daniel Macedo. Direito de propriedade e Teoria da Justiça: a defesa da propriedade na justiça distributiva a partir da concepção de John Rawls. *Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos*, n. 82. Florianópolis: PPGD/UFSC, 2019, p. 259-261.

⁹³ SÁ, João Daniel Macedo. Direito de propriedade: condições de igualdade e funcionamentos. *Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 42, n. 89. Florianópolis: PPGD/UFSC, 2021, p. 19-20.

propriedade rural, mas condicionada ao cumprimento de uma função social.⁹⁴

Ressalta-se que a contribuição decisiva de Rawls corresponde à defesa da igualdade como ideal político, considerando as implicações distributivas da teoria e rompendo com a visão dominante da liberdade-propriedade privada.⁹⁵⁻⁹⁶

A concepção rawlsiana é individualista na sua base e, ao mesmo tempo, solidarista, pois, com base nos dois princípios da justiça estabelecidos na posição original, são relevantes a igual liberdade, a igualdade de oportunidades e a distribuição econômica equitativa.⁹⁷

Nessa teoria, o mais importante é que todos tenham as mesmas liberdades substantivas, não os mesmos recursos. Por isso, há obrigação – inclusive do Estado – de apoiar e criar as estruturas sociais necessárias para o exercício das liberdades básicas. Há particular ênfase quanto à propriedade, que pode constituir um objetivo capaz de expandir as liberdades fundamentais. Assim, é possível garantir proteção aos direitos de propriedade, mas que não resulte em violação a outros direitos inalienáveis.⁹⁸

Com isso, a atuação do Estado deve ser vinculada pela justiça distributiva em seus aspectos formais e de igualdade material, com possibilidade de ingerência estatal, não para satisfazer o interesse da comunidade, mas para garantir direitos fundamentais. Trata-se de perspectiva que demanda a compatibilidade da função social da propriedade com a igualdade equitativa de oportunidades, garantindo a distribuição das liberdades substantivas, sem obstruir as atividades produtivas.⁹⁹

Esse é um ponto de vista diverso daquele defendido por Léon Duguit, enquanto representante da doutrina do Direito Social, o qual possuía apego à prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais, em uma tendência de considerar os indivíduos como meio e não fim.

Recorda-se que, como aponta Dresch,¹⁰⁰ a funcionalização social em Duguit possui uma dificuldade primordial em relação à compatibilização da defesa dos direitos humanos e

⁹⁴ SÁ, 2019, p. 260-262

⁹⁵ SÁ, 2015, p. 46.

⁹⁶ BRITO FILHO, op. cit., p. 45.

⁹⁷ SÁ, 2015, p. 72-73.

⁹⁸ Ibid., p. 73-75.

⁹⁹ Ibid., p. 116-118.

¹⁰⁰ DRESCH, op. cit., p. 91.

fundamentais. Há, nessa perspectiva teórica fundamentadora da função social da propriedade, uma dificuldade quanto às limitações que os direitos humanos e fundamentais podem gerar sobre os objetivos coletivos sociais e econômicos, em especial num viés de estrita produtividade.

Com base em Duguit, o direito de um indivíduo não pode se sobrepor à busca do bem coletivo. A constitucionalização da função social da propriedade – e do direito privado como um todo – constitui precisamente tentativa de solução desse problema, pois permite que os valores de preservação do indivíduo inscritos nos direitos fundamentais sejam fundantes ao direito privado. Ainda assim, a questão permanece se a racionalidade subsistente ao instituto segue sendo de um sistema funcional baseado somente em finalidades coletivistas.¹⁰¹

Essa racionalidade funcionalista estrita se assemelha à lógica utilitarista criticada por Rawls, que, conforme relata Ascarelli,¹⁰² possui a pretensão de estender à toda sociedade a afirmação de que sociedade justa é aquela “cujas instituições sociais são arranjadas de modo a produzir o maior saldo líquido de satisfação social”, o que viabiliza violações à liberdade individual.

Logo, o problema se refere, antes de tudo, à dificuldade do fundamento – ou racionalidade – funcionalista em teorias do Direito Social, particularmente a de Léon Duguit, com a compatibilização face aos direitos fundamentais. Portanto, o liberalismo-igualitário de John Rawls constitui alternativa ou ao menos perspectiva crítica a esse fundamento no que se refere ao direito de propriedade e sua função social.

6. Conclusão

A partir do problema de pesquisa estipulado, conclui-se que o conceito de função social no contexto do movimento de funcionalização, especificamente quanto ao Direito Social de Léon Duguit, possui dificuldades de se compatibilizar com os direitos fundamentais, no que a racionalidade liberal-igualitária de John Rawls constitui alternativa ou possibilidade crítica a esse fundamento.

Constata-se tal dificuldade a partir da prevalência dos interesses coletivos sobre os interesses individuais, no contexto teórico baseado na solidariedade social no sentido

¹⁰¹ Ibid., p. 91-93.

¹⁰² ASCARELLI, op. cit., p. 137.

positivista científico (ou naturalista), que é incompatível com as eventuais limitações que os direitos humanos e fundamentais podem gerar sobre objetivos sociais e econômicos, particularmente quando pensados apenas sob a produtividade.

Em sentido diverso, o liberalismo-igualitário de John Rawls, baseado na justiça como equidade, demanda a compatibilização da função social da propriedade com a igualdade equitativa de oportunidades e a distribuição das liberdades substantivas, sem, entretanto, obstruir as atividades produtivas. Trata-se de perspectiva que, apesar da base da individualista, possui elementos solidaristas, cujos interesses coletivos não se sobrepõem sobre os individuais.

Constitui, portanto, um fundamento de justiça distributiva alternativo para o instituto ou, pelo menos, uma possibilidade de crítica à racionalidade funcionalista de Duguit. Por isso, o conceito de função social – em seu fundamento ou racionalidade de fundo – pode ser enriquecido não para fugir de seu viés solidarista, mas para incorporar princípios da justiça que recordam a relevância dos direitos fundamentais e das garantias às liberdades fundamentais.

Referências

ASCARELLI, Igor. *Constituição e desigualdade em John Rawls*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

BENATTI, José Heder. *Direito de propriedade e proteção ambiental no Brasil: apropriação e uso dos recursos naturais no imóvel rural*. 2003. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido (PPGDSTU), Universidade Federal do Pará, Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Belém, 2003.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Ações Afirmativas*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2014.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos do direito privado: uma teoria da justiça e da dignidade humana*. São Paulo: Atlas, 2013.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Tradução Márcio Pugliesi. 2 ed. São Paulo: Ícone, 2006.

DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho: (público y privado)*. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FURLAN, Fabiano Ferreira. *O debate entre John Rawls e Jürgen Habermas sobre a concepção de justiça*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público. *Rev. Digital de Derecho Admin.*, v. 5, 2011.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GIERKE, Otto Von. *La función social del derecho privado y otros estudios*. Tradução de José M. Navarro de Palencia. Madrid: Editorial Comares, S.L, 2015.

GONZÁLEZ, José Calvo; PÉREZ, José Luis Monereo. León Duguit (1859-1928): jurista de una sociedad en transformación. *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 4, 2005.

LEONETTI, Carlos Araújo. Função social da propriedade: mito ou realidade. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 5, n. 8. Florianópolis, 2009.

LIMA, Alvino. Da influência, no direito civil, do movimento socializador do direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 35, n. 1. São Paulo, 1939.

LOCKE, John. *Dois tratados do governo civil*. Trad. Miguel Morgado. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2006.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3 ed. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROSAS, Joao Cardoso. *Concepções da justiça*. Lisboa: Edições 70, 2011.

SÁ, João Daniel Macedo. *Direito de propriedade e justiça distributiva no Brasil: ampliação das capacidades como forma de combater a pobreza rural*. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Pará, Belém, 2015.

SÁ, João Daniel Macedo. Direito de propriedade e Teoria da Justiça: a defesa da propriedade na justiça distributiva a partir da concepção de John Rawls. *Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos*, n. 82. Florianópolis: PPGD/UFSC, 2019.

SÁ, João Daniel Macedo. Direito de propriedade: condições de igualdade e funcionamentos. *Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 42, n. 89. Florianópolis: PPGD/UFSC, 2021.

TEDESCHI, Sebastián Ernesto. El waterloo del código civil napoleónico: una mirada crítica a los fundamentos del derecho privado moderno para la construcción de sus nuevos principios generales. In: COURTIS, Christian (compilador). *Desde otra mirada: texto de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2001.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. António Manuel Hespanha. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

Como citar:

SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo; PINHEIRO, Lucas Gabriel Lopes; SÁ, João Daniel Macedo. Função social da propriedade e justiça distributiva: entre o funcionalismo de Duguit e a justiça como equidade em Rawls. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 12, n. 2, 2023. Disponível em: <<http://civilistica.com/funcao-social-da-propriedade-e-justica/>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

7.2.2023

Aprovado em:

13.8.2023