

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Homenagem ao Professor José de Oliveira Ascensão

ANO LXIV

2023

NÚMERO 1 | TOMO 3

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXIV (2023) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Paula Rosado Pereira
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Julho, 2023

TOMO 1

M. Januário da Costa Gomes
13-44 Editorial

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- Alexandre Libório Dias Pereira
47-56 Filtros de conteúdos digitais para infrações ‘óbvias’ aos direitos autorais?
Upload filters for copyright ‘obvious’ infringement?
-
- Alfredo Calderale
57-83 *Posse pro-labore* e proprietà in Brasile tra conflitti sociali e tradizione giuridica portoghese
Posse pro-labore and property in Brazil between social conflict and portuguese legal tradition
-
- Ana Alves Leal | Tiago Fidalgo de Freitas
85-133 Sobre a liquidação de fundações
On the liquidation of foundations
-
- André Moreira Simões
135-181 Cláusulas MAC (“*Material Adverse Change*”) em contratos internacionais de M&A
Material Adverse Change (“MAC”) Clauses in International M&A Contracts
-
- António Barroso Rodrigues
183-239 Em defesa da legítima defesa. Um olhar sobre os limites da justificação na dogmática civil moderna
In defence of self-defence. A glance at the limits of justification in modern civil dogmatics
-
- António Menezes Cordeiro
241-276 Propriedade horizontal e alojamento local
Horizontal property and holiday rentals
-
- António Pedro Barbas Homem
277-296 Legitimidade na revolução de 1820
The legitimacy of the 1820 Revolution
-
- Aquilino Paulo Antunes
297-328 Mecanismos de incentivo à investigação e desenvolvimento de medicamentos: existe alternativa?
Mechanisms to encourage research and development of medicines: is there an alternative?
-
- Augusto Teixeira Garcia
329-377 Marca: caducidade por não utilização séria e renovação
Trademark: Revocation for non-use and renewal

-
- 379-403 **Carlos Baptista Lobo | Daniel S. de Bobos-Radu**
Uma arte de escribas e fariseus: nota sobre os limites da extensão da incidência do IRC aos rendimentos derivados da prestação de serviços jurídicos por entidades não residentes em território nacional
An art of scribes and Pharisees: remark on the limits of the Portuguese Corporate Income Tax liability of income derived from the provision of legal services by non-resident entities
-
- 405-442 **Carlos Blanco de Moraes | Mariana Melo Egídio**
Da validade dos acordos de financiamento de contencioso por terceiros para a promoção de ações populares
On the validity of third-party litigation funding backing class action lawsuits
-
- 443-466 **Catarina Salgado**
A arbitragem voluntária como meio de resolução extrajudicial de conflitos no direito angolano – alguns subsídios
Voluntary arbitration as a method for extrajudicial conflict resolution in Angolan law – some subsidies
-
- 467-495 **Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Moraes**
A escolha de lei tácita: alguns problemas
Tacit choice of law: difficulties it raises
-
- 497-512 **Dário Moura Vicente**
Desinformação, liberdade e responsabilidade
Disinformation, freedom and liability
-
- 513-554 **Diogo Costa Gonçalves**
Relatório sobre a disciplina de Direitos de Personalidade
Personality Rights Academic Report
-
- 555-587 **Diogo Tapada dos Santos**
Interpretação extensiva e analogia de normas excepcionais: reflexões a propósito da proibição do pacto comissório
Extensive interpretation and analogy of exceptional rules: reflections on the lex commissoria prohibition
-
- 589-634 **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
O pensamento jurídico analógico e a criação de Direito em Sociedades Digitais: o eterno retorno da analogia?
Analogical legal thinking and the creation of the Law in digital societies: the eternal return of analogy?
-
- 635-668 **Evaristo Mendes**
Sociedades preliminares e sociedades em formação
Companies Before Incorporation

Filipe A. Henriques Rocha
669-708 A Arbitragem de litígios sobre dados pessoais
Arbitration of personal data disputes

Filipe de Arede Nunes
709-728 Nas vésperas da revisão constitucional de 1989: iniciativas e roteiros parlamentares
On the eve of the 1989 constitutional revision: parliamentary initiatives and routes

TOMO 2

Flávio Tartuce
729-752 Os direitos da personalidade no código civil brasileiro. Diálogos com a doutrina do Professor José de Oliveira Ascensão
Personality rights in the Brazilian Civil Code. Dialogues with the doctrine of Professor José de Oliveira Ascensão

Francisco A. C. P. Andrade
753-771 Vícios de Vontade dos “agentes” de *Software*?
Software agent's defects of will?

Francisco Mendes Correia
773-800 O Direito natural na tradição aristotélico-tomista: esboço de uma defesa
A first attempt in the defense of Natural law in the Aristotelian-Thomistic Tradition

Francisco Paes Marques
801-826 Ação popular e *private enforcement*: nova vida europeia de um velho instituto nacional
Class actions and private enforcement: new European life of an old national legal remedy

Gonçalo Aleixo Nunes
827-884 Da penhora de direitos de crédito – em especial, as garantias de defesa do *debitor debitoris*, a execução concomitante e a legitimidade processual do exequente
The seizure of receivables – in particular, the guaranties of defence of the third debtor, the concurrent enforcement and the procedural legitimacy of the creditor

Henrique Marques Candeias
885-930 O abuso do direito de retenção. Exercício desproporcional do direito de retenção
The abuse of the right of retention. Disproportionate exercise of the right of retention

Hugo Ramos Alves
931-962 A desconsideração da personalidade coletiva em Oliveira Ascensão
Oliveira Ascensão and the disregard of the corporate veil doctrine

Isabel Alexandre
963-985 Reconhecimento e execução de acordos resultantes de mediação
Recognition and Enforcement of Mediated Settlements

-
- Isabel Graes**
987-1027 As cartas de seguro na história do direito português: um instrumento de protecção do réu
The security charts in the History of the Portuguese Law: an instrument to protect the defendant
-
- Ivanildo Figueiredo**
1029-1080 Registo dos direitos reais e da posse: Aspectos distintivos entre os sistemas de Portugal e do Brasil à luz da doutrina de José de Oliveira Ascensão
Registration of real rights and possession: Distinctive aspects between the systems of Portugal and Brazil based on the doctrine of José de Oliveira Ascensão
-
- J. P. Remédio Marques**
1081-1115 Defesa preventiva e providências cautelares: a introdução, em Portugal, do “requerimento de protecção”, face ao possível decretamento de providência cautelar *inaudita altera parte* – A questão no quadro da propriedade intelectual
Preventive defense and interim injunctions: the introduction, in Portugal, of “protective letters”, in view of the possible award of an interim injunction without the prior contradictory of the same respondent (inaudita altera parte) – The issue in the context of intellectual property rights
-
- Jaime Reis**
1117-1170 O penhor flutuante como penhor de universalidades: ensaio de fundamentação dogmática
The floating charge as a charge of universalities: an essay on its dogmatic foundations
-
- Joana Costa Lopes**
1171-1206 Os desafios à tutela judicial civil do direito à imagem na era digital
The challenges to the judicial protection of the image right in the digital era
-
- João de Oliveira Gerales**
1207-1248 Sobre o reconhecimento de decisões eclesíásticas em matéria matrimonial: o artigo 99.º do Regulamento Bruxelas II *ter* e a Concordata de 2004 entre a República Portuguesa e a Santa Sé
On Recognition of Ecclesiastical Judgments in Matrimonial Matters: Article 99 of the Brussels II ter Regulation and the 2004 Concordat Between the Portuguese Republic and the Holy See
-
- João Maurício Adeodato**
1249-1260 Imprecisão da linguagem jurídica no exemplo do conceito de imperatividade (Em homenagem a José de Oliveira Ascensão)
Inaccuracy of legal language in the example of the concept of imperativity (In honor of José de Oliveira Ascensão)
-
- Jones Figueirêdo Alves**
1261-1306 Pessoa como sujeito de direito e o Direito da Pessoa em suas moradas do ser: visões identitárias a partir de estudos doutriniais de Oliveira Ascensão
Person as subject of rights and the Personal Law in its being's abode: identitary perspectives based on doctrinal studies of Oliveira Ascensão

- **Jorge Miranda**
1307-1314 A Constituição e a língua
The Constitution and the portuguese language
- **José Alberto Vieira**
1315-1338 Oliveira Ascensão e a crítica ao conceito de relação jurídica
Oliveira Ascensão and the critique of the concept of legal relationship
- **José Ferreira Gomes**
1339-1378 A eficácia das declarações a pessoas coletivas
The effectiveness of declarations to legal persons
- **José Luís Bonifácio Ramos**
1379-1406 Alojamento Local e Condomínio
Airbnb or Short-Term Rental and Condominium
- **Luís Vilhena de Freitas | Catarina Teles de Menezes**
1407-1426 Pandemia Covid-19 e a Reposição do Equilíbrio Económico-Financeiro dos Contratos de Concessão
Covid-19 Pandemic and the Restoration of the Economic-Financial Balance of the Concession Contracts
- **Luís de Lima Pinheiro**
1427-1448 Direito aplicável, equidade e composição amigável na arbitragem
Applicable law, ex aequo et bono and amicable composition in arbitration
- **Luís Manuel Teles de Menezes Leitão**
1449-1468 O novo Regulamento Europeu 2022/2065 sobre os Serviços Digitais: o *Digital Services Act (DSA)*
The New European Regulation 2022/2065 on Digital Services: The Digital Services Act (DSA)
- **M. Januário da Costa Gomes**
1469-1501 “Supomos que esta descrição legal da situação é inaceitável”. Sobre a “sub-rogação dos credores” do repudiante na aceitação da herança e a interpretação disruptiva de José de Oliveira Ascensão
“We believe that such legal description of the situation is unacceptable”. On the “creditors subrogation” of the waivant in the acceptance of the inheritance and the disruptive interpretation of José de Oliveira Ascensão

TOMO 3

- **Manuel Carneiro da Frada**
1503-1515 “Quando os lobos uivam...” – Sobre a tríplice tutela dos direitos subjectivos, a respeito de um trecho de Oliveira Ascensão (e de um acórdão da Relação de Coimbra sobre baldios)
“When wolves howl...” – On the triple protection of subjective rights, about an excerpt from Oliveira Ascensão (and a judgment of the Relação de Coimbra about the common land)

-
- Marco Caldeira**
1517-1550 A colusão na contratação pública (em especial, a participação de empresas em relação de grupo): o “estado da arte” e perspectivas futuras
The bid-rigging in public procurement procedures (in particular, in regard to linked undertakings): the state of the art and future developments
-
- Margarida Silva Pereira**
1551-1600 Ainda sem direito à identidade: as crianças na Gestação de Substituição segundo a (incompleta) Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro
Still no right to identity. Children of surrogacy under the (incomplete) Law n.º 90/2021, 16/12, which amended the Medically-Assisted Procreation Law
-
- Maria Raquel Rei**
1601-1617 Mandato com vista a acompanhamento
Mandate to assist the vulnerable
-
- Marta Boura**
1619-1662 A culpa do lesado e o abuso do direito. Considerações sobre a disfuncionalidade do exercício e o fundamento dogmático do instituto da culpa do lesado
The fault of the injured party and the abuse of right. Considerations on the dysfunctionality of the exercise and the dogmatic basis of the fault of the injured party
-
- Miguel de Lemos**
1663-1688 Oliveira Ascensão, Direito Vivo e Pluralismo Jurídico em Água Branca – Entre *Factos* e *Mitos*: um Estudo de Sociologia Jurídica
Oliveira Ascensão, Living Law and Legal Pluralism in Água Branca – Between Facts and Myths: a Socio-Legal Study
-
- Miguel Teixeira de Sousa**
1689-1702 Poderes do juiz no processo do trabalho: algumas notas
On the powers of the court in labor proceedings: some remarks
-
- Míriam Afonso Brigas**
1703-1724 A Culpa como pressuposto da Acção de separação de pessoas e bens no Código Civil de 1867 – Breves notas
Guilt as a prerequisite for the Action of Separation of Persons and Property in the Civil Code of 1867 – Brief notes
-
- Nuno de Oliveira Garcia | Ana Paula Basílio**
1725-1740 A tributação das mais-valias em IRS e o princípio da capacidade contributiva
Personal income tax on capital gains and the ability to pay principle
-
- Paula Costa e Silva | Nuno Trigo dos Reis**
1741-1779 A morte de um comparte e o curioso caso da instância subjectivamente complexa: a lacuna oculta no art. 281.º CPC e a verdade do aforismo *nanos gigantum humeris*
The death of one of the defendants and the curious case of the subjectively complex proceedings: the hidden gap in art. 281 Civil Procedure Code and the truth of the aphorism nanos gigantum humeris

-
- Paulo Marques**
1781-1822 Breves notas sobre a prestação de garantia idónea no processo de execução fiscal
Brief notes on the provision of adequate surety in tax enforcement proceedings
-
- Pedro de Albuquerque**
1823-1876 A informação sensível a dar a administradores e membros do Conselho Geral e de Supervisão (em cenários de concorrência, efetiva ou potencial, na eventualidade de negação de autorização para o exercício de atividade concorrencial ou antes dessa autorização poder ser dada pelo órgão previsto)
The sensitive information to be given to directors and members of the General and Supervisory Board (in actual or potential competition scenarios, in the event of denial of authorisation to engage in competitive activity or before such authorisation can be given by the body envisaged)
-
- Pedro Romano Martinez**
1877-1911 Direito de preferência e autonomia privada (Da preferência sucessiva)
Pre-emption rights and private autonomy (Of the successive pre-emption rights)
-
- Renata Oliveira Almeida Menezes**
1913-1934 A proteção jurídica da memória do morto e a titularidade do interesse tutelado
The legal protection of the deceased memory and the ownership of the protected interest
-
- Ricardo Rodrigues de Oliveira**
1935-1968 A nova identidade digital europeia. Uma primeira abordagem
The new European digital identity. A first approach
-
- Rui Pinto**
1969-1991 A execução de condenações implícitas
The enforcement of implied condemnatory judgments
-
- Rui Soares Pereira | Daniela Rodrigues de Sousa**
1993-2029 Sobre o levantamento da personalidade coletiva no domínio penal
On piercing the corporate veil in the criminal realm
-
- Silvio Romero Beltrão**
2031-2045 O futuro dos direitos da personalidade: o valor da pessoa humana na sociedade
The future of personality rights: the value of human person in society
-
- Susana Antas Videira**
2047-2078 Remuneração Adicional do Agente de Execução – Uma Interpretação fundada [também] em elementos genéticos ou lógico-históricos
Additional Remuneration for Enforcement Agents – An Interpretation Based [also] on Genetic or Logical-Historical Elements

- **Teresa Quintela de Brito**
2079-2122 Actuação “em nome ou por conta” e no “interesse directo ou indirecto” do ente colectivo, responsabilização penal da sociedade-mãe e (ir)relevância penal dos programas de *Compliance*
Acting “on behalf or for the account of” and in the “direct or indirect interest” of the collective entity, criminal liability of the parent company and criminal (ir)relevance of compliance programs
- **Thomas Hoeren**
2123-2140 Morreu Oliveira Ascensão – uma profunda vénia a um espírito livre
Oliveira Ascensão has died: a deep bow to a free spirit
- **Tiago Henrique Sousa**
2141-2169 A aquisição tabular na compra e venda executiva
Acquisition a non domino an execution sale
- **Tong Io Cheng**
2171-2198 A exploração de terrenos vagos e a *Radix Omnium Malorum*: Reflexões (esparsas e cingidas ao essencial) sobre a Legitimidade da Propriedade Privada
Vacant Land Exploitation and the Radix Omnium Malorum: Reflections (sparse and limited to the essentials) on the Legitimacy of Private Property
- **Vítor Palmela Fidalgo**
2199-2242 A responsabilidade dos intermediários e a violação do direito de marca: *quo vadis?*
Intermediaries’ liability and trademark infringement: quo vadis?

TESTEMUNHOS ACADÉMICOS

- **Maria João Estorninho**
2245 Em memória do Professor Doutor Oliveira Ascensão
- **Paulo de Sousa Mendes**
2247-2248 Em memória do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão
- **Pedro Pais de Vasconcelos**
2249-2251 Testemunho de um discípulo do Professor Oliveira Ascensão

A exploração de terrenos vagos e a *Radix Omnium Malorum*: Reflexões (esparsas e cingidas ao essencial) sobre a Legitimidade da Propriedade Privada

Vacant Land Exploitation and the Radix Omnium Malorum: Reflections (sparse and limited to the essentials) on the Legitimacy of Private Property

Tong Io Cheng *

Resumo: O pressuposto inarredável que plasma a existência de propriedade privada é a existência de terrenos susceptíveis de domínio senhorial. O aumento populacional e o desenvolvimento de actividades produtivas da sociedade impeliram a busca incessante por novos territórios e novos recursos naturais. Sem surpresa, o movimento geracional de aquisição de terras catalisou acesas sabatinas doutrinárias em torno da legitimidade de propriedade privada. As sabatinas doutrinárias são assaz úteis. Mas não substituem cabalmente a metodologia originalista – o *originalism*. É por isso que é necessário lançar o olhar sobre o Direito Romano. No Direito Romano, a posse adquirida por *occupatio* ou *specificatio* era considerada justa e em conformidade com a *ratio naturalis*. Com base nesta, Hugo Grócio e Samuel Pufendorf, epónimos da escola do direito natural, forjaram a base fundacional

Abstract: The inarguable assumption that shapes the existence of private property is the existence of lands susceptible to lordship. Population increase and the de-risking of society's productive activities have propelled the relentless search for new territories and natural resources. Unsurprisingly, the generational movement of land acquisition catalyzed heated doctrinal discussions around the legitimacy of private property. Doctrinal discussions are helpful but do not spare the originalist methodology, the originalism. Therefore, it is necessary to look at Roman Law, in which possession acquired by *occupatio* or *specificatio* was considered fair and in accordance with the *ratio naturalis*. On that basis, Hugo Grotius and Samuel Pufendorf, eponymous of the school of natural law, molded the foundation of the legitimacy of private property as the “consensus” among

* Professor e Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Macau.

Agradeço a ajuda do Dr. Hugo Santos da Luz da revisão cuidadosa do texto e das sugestões preciosas, aproveitando, nesta oportunidade, também para louvar a respeitável iniciativa da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa de editar um número especial de homenagem ao Professor José de Oliveira Ascensão.

da legitimidade de propriedade privada como o “consenso” entre todos. Por seu turno, o filósofo iluminista inglês, John Locke, justificou a legitimidade de propriedade privada pelo “trabalho”. A sua teoria da propriedade criou, destarte, a base dogmática do Capitalismo Moderno, calcorreando séculos e projetando-se para os umbrais do século XXI.

Palavras-chave: propriedade privada; *radix omnium malorum*; *ratio naturalis*; teoria trabalhista.

all. In turn, the English Enlightenment philosopher, John Locke, justified the legitimacy of private property by “labor” insofar as his theory of property created the dogmatic basis of Modern Capitalism, which spanned centuries and was projected into the start of the 21st century.

Keywords: private property; *radix omnium malorum*; *ratio naturalis*; labor theory.

Sumário: I. Introdução: é necessário explicar proficientemente a legitimidade axiológica de propriedade privada?; II. A propriedade privada e “terra inexplorada”; III. A institucionalização de propriedade privada pelo direito romano; IV. *Radix omnium malorum*: a legitimidade de propriedade privada causada pelos *hideous* Cercamentos; V. *Ratio naturalis*: a retórica fumegante e o corte epistemológico em relação à legitimidade performativa de propriedade privada; (I) Recorrendo ao “*ratio naturalis*” para a justificação de propriedade privada; (II) *Ratio naturalis* e a sabatina doutrinal em torno da legitimidade da propriedade privada; VI. O limite intransponível do Egoísmo larvar: as reflexões e confrontos milenares em torno da legitimidade funcional do direito de propriedade; (I) As hesitações normativo-axiológicas de Proudhon; (II) As dúvidas existenciais em torno da legitimidade teleológico-funcional da exploração de terras; (III) A salvaguarda da legitimidade dogmática do direito de propriedade privada; (IV) Reflexões no desarmar de uma nova era.

I. Introdução: É necessário explicar proficientemente a legitimidade axiológica de propriedade privada?

Se a legitimidade de propriedade privada fosse axiomática, haveria razões para que o seu étimo fundante fosse tão prolixamente discutido? Vejamos, de forma sincrética e cingida ao essencial, por que ordens de razões:

- Antes de Revolução Francesa, Jean-Jacques Rousseau considerava a propriedade privada como o fundamento e origem de toda as assimetrias no mundo moderno¹;

¹ JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *le Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1755, *O Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, tradução por Li Changshan, versão de 1982 de Commercial Press, p. 111, p. 123.

- Pouco tempo após a Revolução Francesa, o filósofo político P. J. Proudhon rememorou o lema da revolução francesa e afirmou adamantinamente que: “A propriedade é o roubo!”²;
- Na viragem do século XIX, o excelso escritor Leo Tolstoy insurgia-se contra a gênese que cinzelou a emergência da propriedade, afirmando, adrede, que “o direito de propriedade é a origem de todos os males”³...

Antes de prosseguirmos, faz-se irremissível mister afiançar que é impossível perceber a etiologia do conceito de propriedade privada despojada de uma referência – muito sincopada – à teoria do originalismo superiormente gizada por Jack Balkin.

A referência – telegráfica – ao *originalism*⁴ assume as vestes funcionais da seguinte *research question: how did we get here?* Numa formulação mais enxuta: qual foi a força catalítica que impeliu a formação do direito de propriedade privada talqualmente o conhecemos hodiernamente?

² “La propriété, c’est le vol.”, sobre esta inferência, consultar P. J. PROUDHON, *What is Property*, editado e traduzido por Donald R. Kelly e Bonnie G. Smith, CUPL Press, 2003 (reprint), pp. 13-16.

³ LEO TOLSTOY, *What is to be Done?*, New York: Thomas Y. Crowell and Company, 1899; cfr. LAURA S. UNDERKUFFLER, *The Idea of Property – Its meaning and power*, Oxford, 2003, p.1.

⁴ Como se consabe o *original public meaning* (para alguns genética e funcionalmente ligado ao *originalism*) consiste em captar o sentido profundo (histórico-normativamente situado) de um dado instituto jurídico. De uma dada disposição legal ou de um conjunto de disposições legais. Ou, no contexto jurídico americano (onde esta discussão científica tem feito “correr rios de tinta jurídica”), captar a *ratio legis* de certas disposições fundamentais constantes da Constituição dos Estados Unidos da América: “Originalism is a famously diverse and evolving phenomenon that has proven hard for both its defenders and critics to pin down for any length of time. “[A] fairly basic definition of originalism” is that it “regards the discoverable meaning of the Constitution at the time of its initial adoption as authoritative for purposes of constitutional interpretation in the present.”. Ver: ANDREW KENT, *The New Originalism and the Foreign Affairs Constitution*, in “Fordham Law Review”, Volume 82, n.º 2, 2013, pp. 757-758; KEITH E. WHITTINGTON, *The New Originalism*, in “Georgetown Journal of Law & Public Policy”, 2, 2004, p. 599; JACK BALKIN, *Living Originalism*, 2011, pp. 8 e ss; RANDY E. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution*, 2004, pp. 18 e ss; MITCHELL N. BERMAN, *Originalism Is Bunk*, in “New York Law Review”, Volume 84, 2009, pp. 1-8; THOMAS B. COLBY, *The Sacrifice of the New Originalism*, in “Georgetown Law Journal”, Volume 99, 2011, pp. 709-718; LAWRENCE B. SOLUM, *District of Columbia v. Heller and Originalism*, in “Northwestern University Law Review”, 2009, pp. 918-924. Para um sector da doutrina norte-americana o “original semantic meaning refers to dictionary definitions or to definitions in common use at the time of adoption”. Ver: JACK BALKIN, *Must We Be Faithful to Original Meaning?*, in “Jerusalem Review Legal Study”, 7, 2013, pp. 57-77; JACK BALKIN, *The New Originalism and the Uses of History*, in “Fordham Law Review”, 82, 2013, pp. 641-646. O contexto de descoberta e o contexto de justificação do *original public meaning*, e do seu “irmão gémeo” *originalism*, nem sempre tem sido levado a cabo de forma serena. A sua concreta definição normativa tem originado acesa discussão doutrinária nos Estados Unidos da América, que, contudo, escapa o tema central desta monografia. Para uma resenha assumidamente telegráfica: “*Originalism* is not easy to ascertain, as the apprehensibility of its *original*

Começemos por enfatizar que o direito de propriedade privada se insere nesse caldeirão fervilhante de importância dogmática a que se denomina de direitos de liberdade (*Freiheitsrechte*)⁵.

public meaning depends on the context (social, philosophical, cultural) in which it has been enacted”. Ver: JACK N. RAKOVIC, *Joe the Ploughman Reads the Constitution, or, the Poverty of Public Meaning Originalism*, in “San Diego Law Review”, Volume 4, 2011, pp. 575 e ss (“It is one thing, after all, to suppose that words fraught with political content retain a relatively fixed meaning in quiet times, but it is quite another to apply that assumption to a period like the late 17XOs or the Revolutionary era more generally.”); *id.* p. 593 (“The adopters of the Constitution inhabited a world that was actively concerned with... the instability of linguistic meanings, and... arguments about the definitions of key words and concepts were themselves central elements of political data.”). SAUL CORNELL, *Conflict, Consensus & Constitutional Meaning: The Enduring legacy of Charles Beard*, “Constitutional Commentary”, Volume 3, 2014, p. 405 (“Given the contentious nature of Founding era legal culture it seems unreasonable to assume that one can identify a single set of assumptions and practices from which to construct an ideal reasonable reader who could serve as model for how to understand the Constitution in 17XX.”); JACK BALKIN, *The Construction of Public Original Meaning*, in “Constitutional Commentary, University of Minnesota Law School”, 2016, pp. 78 e ss, que seguimos de muito perto. Na jurisprudência do US Supreme Court, ver os Acórdãos do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América, U.S.C. *Arizona v. United States*, 132 S. Ct. 2492 (2012); *Zivotofsky ex rel. Zivotofsky v. Clinton*, 132 S. Ct. 1421 (2012); *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008); *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 548 U.S. 331 (2006); *Am. Ins. Ass’n v. Garamendi*, 539 U.S. 396 (2003); *Crosby v. Nat’l Foreign Trade Council*, 530 U.S. 363 (2000); *Breard v. Greene*, 523 U.S. 371 (1998); *Regan v. Wald*, 468 U.S. 222 (1984). O Acórdão do Supreme Court tirado em *Heller* 554 U.S. 570 (2008), que corporiza a busca pelo *original public meaning*, mereceu o aplauso generalizado da doutrina norte-americana. Ver: JAMEL GREEN, *Selling Originalism*, in “Georgetown Law Journal” 97, 2009, pp. 657-659 (sublinhando que “Heller constitutes the most thoroughgoing originalist opinion in the Court’s history”); “for other Supreme Court decisions in domestic cases relying substantially on originalist evidence”; Acórdão *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 2004, pp. 53-56 (interpretando a “Confrontation Clause”); INGRID WÜERTH, *An Originalism for Foreign Affairs*, in “Saint Louis University Law Journal”, Volume 53, 2008, pp. 5-19; HUGO LUZ DOS SANTOS, *They see you and yet you don’t see them: Privacy in the Multilayered National Surveillance State Realm: a Dystopian Digital Society?*, in “Journal of Computer Science & Systems Biology”, Issue 11, Volume 2 (2018), United States of America, 2018, pp. 200-216; HUGO LUZ DOS SANTOS, *Processo Penal na Era Compliance*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2022, pp. 1-711.

⁵ Ver: CLAUDIUS WILHELM CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, „Archiv für die civilische Praxis“, 1984, pp. 200 e ss; CLAUDIUS WILHELM CANARIS, *Zur problematik von Privatrecht und Verfassungsrechtlichen Übermassverbot*, in „Juristenzeitung“, 1988, pp. 493 e ss; CLAUDIUS WILHELM CANARIS, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, in „Juristische Schulung“, 1989, pp. 160 e ss (aduz que a dogmática dos direitos fundamentais deve ser qualificada como um conjunto de “imperativos de tutela” – *Schutzgebote*. E isto é perfeitamente claro no âmbito dos usualmente designados “direitos de liberdade” (*Freiheitsrechte*). Precisamente como o direito real maior: o direito de propriedade, que, no caso concreto, deriva directa e necessariamente da posse.

Sem surpresa de monta, a gênese da propriedade privada exhibe uma ligação umbilical, quer com a teoria do contrato social⁶, quer com o iluminismo liberal do qual brotaram as ideias seminais de «igualdade, liberdade e fraternidade». Trata-se de um dos lídimos corolários da *nature des choses*⁷ que brotaram da *ground-breaking* revolução francesa.

O contributo inestimável de John Locke – forjado no século XVII⁸ – precedeu, porém, o iluminismo liberal oitocentista. Na verdade, foram as teses trabalhistas cinzeladas por esse preclaro pensador que serviram de fermento vivificador ao nascimento das teses liberais iluministas⁹ no século XVIII.

⁶ Ver: JEAN JACQUES ROUSSEAU, *Du Contrat Social, ou Principes du Droit Politique*, “Bibliothèque publique et universitaire de Genève”, première version; «Le manuscrit contenant la version définitive du Contrat social qui a été imprimée a disparu.» le Pléiade édition t. III, p. 1866. Publication, Amsterdam, février-mars 1762, Marc Michel Rey, etc.; le Pléiade édition t. III, pp. 347-470, 1866-1874. Du Peyrou/Moultou 1780-1789 quarto édition; t. I, 1782, pp. 187-360 (« *De l'Etat civil. Ce passage de l'état de nature à l'état civil produit dans l'homme un changement très remarquable, en substituant dans sa conduite la justice à l'instinct, & donnant à ses actions la moralité qui leur manquoit auparavant.* C'est alors seulement que la voix du devoir succédant à l'impulsion physique & le droit à l'appétit, l'homme qui jusques-là n'avoit regardé que lui-même, se voit forcé d'agir sur d'autres principes, & de consulter sa raison avant d'écouter ses penchans. Quoiqu'il se prive dans cet l'Etat de plusieurs avantages qu'il tient de la nature, il en regagne de si grands, ses facultés s'exercent & se développent, ses idées s'étendent, ses sentimens s'ennoblissent, son ame toute entiere s'élève à tel point que, si les abus de cette nouvelle condition ne le dégradent souvent au-dessous de celle dont il est sorti, il devroit bénir sans cesse l'instant heureux qui l'en arracha pour jamais, & qui, d'un animal stupide & borné, fit un être intelligent & un homme »). Itálicos nossos.

⁷ MONTESQUIEU, *L'Esprit des Loix*, Une édition électronique réalisée à partir du livre Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1758, (Texte de 1758, dernier état du texte revu par Montesquieu. L'orthographe a été modernisé et la ponctuation légèrement, mais non la graphie. Édition établie par Laurent Versini, professeur à la Sorbonne. Paris: Éditions Gallimard, 1995 (2 volumes: vol. I: pp. 1-604. vol. II: pp. 605-1628) Collection folio Essais) (« *Les Loix, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses* »). Itálicos nossos.

⁸ BRIAN TIERNEY, *Historical Roots of Modern Rights Before Locke and after*, in “Rethinking Rights – Historical, Political, and Philosophical Perspectives”, Missouri, 2009, pp. 34-57.

⁹ John Locke interessa-se pela reflexão sobre os *limites do poder da autoridade pública e política*, da sua legitimidade, e sobre a origem e conteúdo da *lei da natureza* – fundamento daquela autoridade que tem de estar sempre sob o império da legalidade! Num âmbito mais alargado, John Locke “assinala como *principais deveres do homem*, adorar Deus, viver em Sociedade e a sua auto-conservação. Na óptica de Locke, antes do *contrato social* e da criação do Estado, já existia um *começo de ordem social*: direitos distintos, pré-construídos, já no *estado de natureza*. Com o contributo de Locke, a *teoria do contrato social* sofreu uma mudança radical, ou seja, *a visão do estado de natureza ou estado pré-social é muito mais positiva e o poder político resultante do contrato social sente-se mais limitado e comprometido com a garantia de certos direitos naturais, até ao ponto de derivar a sua legitimidade, em origem e exercício, desse compromisso. Não por acaso, estamos em presença de um teórico da monarquia constitucional e com um dos maiores precursores do credo liberal. A sua influência nas Declarações de*

É esta a plataforma gravitacional a partir da qual floresceram fervilhantes discussões em torno iluminismo oitocentista. Essa discussão seminal prolongou-se no século XIX (o estudo de Karl Marx é um marco incontornável) e no século XX (vários *institucionalistas* ganharam Prémios Nobéis com base na investigação realizada neste domínio). Mas há algo comum que irmana ambos os séculos: os excelsos doutrinadores nunca deixaram de questionar a legitimidade funcional de propriedade privada. E esta não é uma questão despicienda. Com o advento do século XXI, a população mundial cresceu exponencialmente, o que agravou o paradoxo causado pela escassez de recursos naturais. Assim, a questão da legitimidade de propriedade privada tornou-se um tema deveras candente.

Para os juristas, a propriedade privada é um princípio fundamental constitutivo de toda a dogmática jurídica¹⁰. A tema de legitimidade da propriedade privada insere-se no discurso geral de justiça. As suas origens remontam ao período arcaico, ao direito romano e projetaram-se explicitamente na ética de filosofia da Grécia Antiga. E chegou aos dias de hoje. É por isso que o direito romano nos ensina que: *Iuris prudentia*¹¹ *est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque*

Direitos norte-americanas e francesas, no último terço do século XVIII, foi absoluta e determinante". Itálicos nossos. Ver: MARIA MARGARIDA CANDEIAS, *A Filosofia de Locke e os Direitos Individuais do Homem*, in "O Direito", Ano 147.º, 2015, III, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 745-794; JOHN DUNN, *The Political Thought of John Locke*, Cambridge University Press, 1969, pp. 38 e ss; JOHN LOCKE, *Essays on the Law of Nature and associated writings*, Oxford, University Press, 2002, pp. 28 e ss; SÍLVIA ALVES, *As Raízes Setecentistas dos Direitos Humanos*, 2015, p. 6.

¹⁰ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Civil. Reais*, 5.ª ed. (reimpressão), Coimbra Ed., 2000, pp. 140-144; também JOSÉ OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. III – Relações e situações jurídicas, Coimbra Ed., 2002, pp. 270 e ss.

¹¹ Um tal exercício prudencial desemboca na criação de novos horizontes jurídicos e é, muitas vezes, protagonizado pela doutrina. E desempenha, por isso, um papel fundamental no "rejuvenescimento interno do sistema jurídico". Como bem nota prestigiada doutrina "A interpretação será tanto mais valorizada, mais rica e criativa, e o protagonismo da doutrina tanto maior, quanto mais aberta for a compreensão do direito (...) "adiantaria, desde já, que a evolução jurídica se processa, em primeira linha, através de um rejuvenescimento interno do sistema jurídico, pela via da *interpretação*. Efectivamente, mesmo quando, na sua aparência formal, o sistema se mantém inalterado, a evolução jurídica vai-se processando *internamente*, ao nível de um desenvolvimento do sentido de princípios e normas, *formalmente inalteradas*, mas substancialmente enriquecidas por outros sentidos e conteúdos, susceptíveis de fundamentar *novas soluções*. É oportuno observar, por isso, com Savatier, que é "*por dentro*, mais depressa do que pelo seu aspecto formal, que as instituições jurídicas mudam"; ou, com Orlando de Carvalho que "nenhum direito (...) admite uma paralisação no tempo: mesmo que as normas não mudem, muda o entendimento das normas, mudam os conflitos de interesses que se têm de resolver, mudam as soluções de direito, que são o direito em acção. Nenhum direito é definitivamente *factum*: é sempre alguma coisa *in fieri*". "*Ora, esse rejuvenescimento interno do sistema jurídico ocorre, em primeira via, através da interpretação*". Ver: ANTÓNIO PINTO MONTEIRO,

iniusti scientia. Tal como a tema da justiça no direito, a legitimidade de propriedade privada é intemporal. Todavia, para nós, a abordagem de tema deve ser feita a partir de um conceito que é, não raro, ignorado, mas que tem uma importância precípua neste conspecto: a “terra inexplorada”.

II. A propriedade privada e “terra inexplorada”

Para o efeito de nossa exposição, a expressão “terra inexplorada” é utilizada num sentido mais lato e abstrato, ou até metafórico, cuja concretização diverge-se no tempo e no espaço¹². Pertencem ainda a terra inexplorada neste sentido a terra selvagem, os terrenos vagos¹³, os baldios, os territórios descobertos, ciberespaço, espaço desconhecido etc., que constituem pressupostos inequívocos dos momentos históricos como o Cercamento de Inglaterra, o Descobrimento, o Chuang Guandong de China etc.

A razão pela qual a terra inexplorada é o ponto de partida da legitimidade de propriedade privada consiste no facto de que apenas esta poder ser um objeto de domínio *ex novo*. Isto é, apenas com a existência de “terra inexplorada” é que é possível surgir um direito de propriedade inteiramente novo.

Na era antiga, a terra era vasta, mas havia escassa densidade populacional e tudo fora das áreas habitadas consistia em terra inexplorada. Quando os recursos nas suas áreas de habitação se esgotavam ou quando a competição era demasiado feroz, as pessoas partiam para novas terras, procurando territórios e recursos de vida na terra inexplorada, fazendo assim a apodada exploração de terras. Pode até dizer-se que esta era uma atividade humana puramente instintiva. De acordo com a descrição dos antropólogos, os nossos antepassados saíram da África e espalharam-se por diferentes regiões do globo, criando diferentes sociedades e culturas, o que pode ser visto como um resultado de um primeiro período de exploração de terras. Após a entrada nos períodos civilizacionais, esta atividade nunca cessou verdadeiramente. Na era mais antiga da história da civilização chinesa, as tribos Sanmiao e Jiuli migravam incessantemente (ou por derrotas na guerra, ou pelo crescimento populacional), e isto constituía assim uma exploração de terras. O

Interpretação e o protagonismo da doutrina, “Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)”, Ano 145.º, N.º 3995, novembro-dezembro 2015, Coimbra, Coimbra Editora, 2016, p. 66.

¹² O conceito arcaico de coisas *nullius* serve parcialmente para o efeito, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Reais*, 5.ª ed. (reimpressão), Coimbra Ed., 2000, p. 453-456.

¹³ Este conceito foi trabalhado minuciosamente pelo saudoso Professor Oliveira Ascensão. Ver JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Terrenos Vagos e Usucapião*, “RDES”, XXIII, 1976, 23-62 (33).

aproveitamento das terras baldias (como as regiões a sul (Cantão) e os territórios além da Grande Muralha) para cultivo e proteção nas suas fronteiras durante as Dinastias Qin (B.C. 221-207), Tang (618-907) e Qing (1636-1912) também foi visto como tentativas frutíferas de exploração de terras.

Fora da China, o mundo ocidental clássico (os gregos, cartagineses e romanos) viam as terras estrangeiras como objectos de colonização. Se as colónias fossem terras inexploradas, então a colonização era uma exploração de terras. Se as colónias tivessem habitantes indígenas, então a colonização era considerada como uma conquista (v.g. quando os romanos conquistaram os germanos de Gália). Após a Idade Média, o movimento de exploração de terras dos poderes ocidentais tornou-se cada vez mais intenso. Primeiramente, foram os Cercamentos na Inglaterra¹⁴, seguidos pela Era dos Descobrimientos de Espanha e Portugal¹⁵, e pelas colonizações dos grandes poderes na América do Norte, Austrália, Ásia e África, todos tendo essa mesma natureza de exploração territorial. Com a entrada na Idade Moderna (após o Iluminismo), o entusiasmo militante de cada país pela exploração de terras não diminuiu. Logo surgiram conflitos internos entre as potências europeias durante a colonização da América do Norte, devido a disputas sobre os opimos e ferazes recursos naturais. Estes conflitos tornaram-se uma força motriz para a exploração de terras em direção ao Oeste e, em rectas contas, isto desencadeou o movimento de grande escala de evolução das fronteiras dos Estados Unidos da América (*Westward Movement*)¹⁶. No Período Moderno da China, em especial, no final da Dinastia Qing, observou-se uma grande migração da população para a Manchúria (“*Chuang Guandong*”, em chinês)¹⁷, o que, na verdade, também constitui um movimento de exploração de terras.

¹⁴ Relativamente à data, local, motivo e resultado, entre outros, dos Cercamentos, consultar HOU JIANXIN, *Precursor dos Cercamentos: o grande exploração de terras na Europa Ocidental da Idade Média*, publicado em “Collected Papers of History Studies”, 5.ª edição, 2018, pp. 34-41; relativamente à alteração estrutural da propriedade florestal e térrea durante o período dos Cercamentos, consultar HU HUAIGUO, *Utilization Patterns of Common Land and Its Evolution in England*, publicado em “Academic Research”, 11.ª edição, 2018, Guangdong, China, pp. 98-107.

¹⁵ Relativamente a como os colonizadores europeus descrevem a América como bárbara e retrógrada, legitimando assim os seus objectivos de colonização, consulte HE WENHUA, *A Bela Imagem Criada pela Europa na Era dos Descobrimientos*, publicado em “Academic Forum”, 10.ª edição, 2011, Guangxi, China, pp. 101-105.

¹⁶ WU GUOHUA, *Influência da Trilha das Lágrimas na Sociedade Americana*, “Youth Years”, 21, 2018, Hebei, China, pp. 225-227.

¹⁷ LI CHENGCHENG, *Change of Natural Resources and Environment in Northeast China Caused by Passing through the East of the Pass*, “Journal of Mudanjiang University”, 11, 2019, Heilongjiang, China, pp. 7-10.

A vários níveis, o desenvolvimento social humano foi alcançado com a exploração de novos territórios (exploração de terras), novos ambientes e novas coisas corpóreas¹⁸. O pré-requisito inarredável da exploração de terras é a existência de terra inexplorada. Contudo, se reflectirmos profundamente, iremos perceber que a terra inexplorada talvez não seja algo concreto e objectivo, mas sim um produto subjectivo que perpassou a mente dos exploradores de terras desde tempos imemoriais. Em primeiro lugar, a terra inexplorada é uma terra estéril e sem sinais visíveis de habitação humana. Porém, caso se descubra que existem indígenas nessa “terra inexplorada”, a sua terra natal é não obstante considerada como terra inexplorada por estes serem apodados “bárbaros” ou “subdesenvolvidos”. Terras fora do controlo governamental são, outrossim, terras inexploradas. Após o advento da revolução industrial, todos os territórios não urbanizados foram cunhados como terras inexploradas. Nesse sentido, é difícil para a Humanidade imaginar um mundo despojado de terra inexplorada. No entanto, a terra inexplorada dos dias de hoje é assaz diferente da terra inexplorada do passado. Segundo os cânones legais, “terra inexplorada” é algo sem proprietário que permanece fora da esfera funcional da lei. Por não ter proprietário, pode ser de quem a ocupe primeiro e, por não ser abrangida pela lei, é uma área livre, onde se pode fazer o que bem se entender.

III. A institucionalização de propriedade privada pelo direito romano

Sendo o direito de propriedade um conceito legal, é natural que a discussão sobre a sua legitimidade seja normativa. É impossível burilar este tópico legal sem lançar o olhar mais ou menos detido sobre o direito romano (tomando a ligação e mudança da terminologia como barómetro, podemos dividir o tópico em “direito de propriedade” e “legitimidade”). Segue-se uma explicação concisa:

A origem do direito de propriedade (*property*) no direito romano remonta ao sistema de *dominium* (a palavra inglesa “*property*” evolui da palavra latina “*proprietas*”, sinónimo de *dominium* na terminologia do direito romano, sendo o termo “*dominium*” mais padronizado e, por isso, mais frequente)¹⁹. No Período Clássico

¹⁸ Sobre a exploração de terra e o desenvolvimento social de Portugal, ver JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Quinhão e Reforma Agrária*, “ROA” 49, 1989, III, pp. 747-766; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Reordenamento agrário e propriedade privada*, Lisboa, 1964 (separata do *Curso de Direito e Economia Agrários*, Lisboa, 1965, publicada em suplemento à FDUL).

¹⁹ A palavra “*Dominium*” normalmente é traduzida como propriedade. Relativamente à origem do sistema de propriedade e algumas características deste direito nos primeiros tempos serem referidos

anterior, não existia, no direito romano, uma palavra uniforme para descrever o conceito actual de posse²⁰. Muitas vezes, os romanos utilizavam a expressão: “*meum esse ex iure Quiritium*” (“é meu segundo o Direito de Quirites”)²¹. Só após a entrada

em várias situações durante a discussão sobre o direito de propriedade, isto deve-se ao facto do sistema de propriedade do direito ocidental moderno continuar a seguir principalmente o direito romano. Assim, tanto o processo de individualização progressiva do sistema de propriedade romano, quanto as suas características e estrutura, são pontos de partida do respectivo tópico. Naquele que é o modelo do direito moderno, o *Corpus Iuris Civilis*, grande parte dos discursos sobre a propriedade apresentam-na amplamente como uma característica de um conceito técnico. Porém, a propriedade no direito romano está longe de ter surgido dessa forma inicialmente. Os académicos acreditam que o precursor do sistema de dominium foi o prévio sistema pater familias. No período inicial da sociedade romana, assim como em outras sociedades antigas, o modo de organização social e estrutura de poder eram ainda relativamente primitivos, e consistiam em organizações de poder com base nos laços de sangue, desde as tribos, até aos clãs e até às famílias. Os membros da “família” obedeciam ao chefe de família, que era o “pai de família” (*pater familias*). O ponto chave aqui havia uma lei própria para as famílias romanas e o pai de família parecia possuir um poder limitado sobre todas as coisas da família. Devido a esta característica, alguns chegaram até a descrever esta força como uma força ou governação exercida por um chefe de tribo sobre o seu território. Consultar PIETRO BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, II, Sezione I, Roma, 1926, pp. 208-217. Isto ocorreu porque, de acordo com as teorias políticas modernas, a “família” romana possuía características de uma organização política, e o poder do pai de família possuía características de poder soberano: sobre habitantes e território. Algumas pessoas discordam da explicação sobre soberania e território, porém, independentemente disso, durante a idade agrícola, o poder completo exercido sobre a família pelo pai de família é a verdadeira origem do sistema de propriedade romano. Posteriormente, este poder vago de *pater familias* foi dividido em vários conceitos devido a ser direccionado a alvos diferentes: o poder sobre a esposa era *manus*, o poder sobre os filhos era *patria potestas*, o poder sobre os escravos era *dominica potestas* e o poder sobre os bens era *dominium*. A partir daquele momento, *dominium* tornou-se um termo técnico, sendo *proprietas* seu sinónimo. Consultar MAX KASER, *Roma Private Law*, traduzido por Rolf Dannenbring, 4.^a edição, 1984, University of South Africa, p. 117. Desde a Antiguidade Clássica que os juristas não fazem a discriminação entre o uso de *mancipium*, *dominium*, *proprietas* e *meum esse ex iure Quiritium* para indicar este tipo de poder. Consultar A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano-III (Direitos Reais)*, Coimbra Editorial, 1997, p. 22.

²⁰ ROBERT JOSEPH POTHIER, *Traité de la possession*, em Ouevres, publ. M. Siffren, tomo 10.º, 1821; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, 3.^a edição actualizada, Coimbra, Almedina, 2005, *passim*, que seguimos de muito perto.

²¹ Essa expressão do direito romano inicial reflecte-se pela filosofia grega antiga. Uma frase do Aristóteles revela uma estrutura cognitiva semelhante ao anterior direito romano: “toda a gente, ao mesmo tempo, diz para a mesma coisa que é ou não é meu, e mesmo que o grupo político unificado se torne o melhor, a fórmula do Sócrates não se aplica à unificação das cidades. Toda a gente pode ter dois significados: isto pode ser a soma de cada pessoa ou pode ser colectivamente indiferente uma da outra. O Sócrates disse o mesmo em todos os lugares na busca da coerência dos povos do mundo, para que cada um diga à mesma, por sua parte, que esta é a minha mulher ou o meu filho; para que cada um diga à mesma coisa que é minha propriedade.” Op.cit., ARISTÓTELES, *Política*, tradução de Wu Shoupeng, versão de 2009 de Commercial Press, p. 48.

na Antiguidade Clássica, o uso deste conceito começou a aumentar²², sendo mais frequente em excertos sobre o modo de aquisição ou perda do direito de posse²³, interditos possessórios, entre outros (como, por exemplo, “Digesto”, 41.2.1.1, 41.1.31.pr.3, 41.1.7.7, 41.1.9.3; “Digesto”, 39.2.18.pr.). Em Institutas, o uso deste conceito por Gaio (Gai II. 40) é um exemplo paradigmático:

“devemos, agora, afirmar que entre os gentios há apenas um tipo do direito de posse: uma pessoa é ou não é o proprietário. No passado, a comunidade romana também tinha seguido esta regra de que alguém, sob o direito romano, é o proprietário ou não é o proprietário. No entanto, mais tarde, aceitou-se uma divisão do direito de posse: uma pessoa pode ser o proprietário²⁴ da coisa conforme o direito romano, enquanto outra pessoa pode ter o direito de uso”²⁵.

Trata-se da função social da propriedade²⁶ e da posse²⁷.

²² A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano-III (Direitos Reais)*, Coimbra Editorial, 1997, p. 22.

²³ Isto interliga-se com a complexa questão da acessão da posse, que se subtrai, porém, ao objecto deste artigo. Ver: ABÍLIO VASSALO ABREU, *Uma relectio sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)*, in “Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier”, vol. II – Vária, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 43 e ss e *passim*; ABÍLIO VASSALO ABREU, “*A relação de coexistência entre a usucapição e o registo predial no sistema jurídico português*”, in “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita”, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 29 e ss e *passim*; Na doutrina italiana, NICCOLÒ ABRIANI, *La proprietà come diritto dell'individuo: tra diritto internazionale, diritto comunitario e disciplina interna*, “Giurisprudenza Italiana”, (Ottobre), 2010, pp. 2225 e ss e *passim*.

²⁴ Na doutrina espanhola, MAR VASQUÉS AGUILERA, *El reconocimiento del derecho a la propiedad privada y los límites a su regulación (Art. P1)*, in: JAVIER GARCÍA ROCA/PABLO SANTOLAYA (Coord.), *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2005.

²⁵ GAIO, *Institutas de Caio*, tradução de Huang Feng, versão de 2008 de China University of Political Science And Law Press, p. 64.

²⁶ Sobre a função social da propriedade: JOÃO LOUREIRO, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações)*, “Studia Iuridica”, 13, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 181 e ss; ORLANDO GOMES, *A função social da propriedade*, in “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Arruda Ferrer Correia”, Coimbra, Almedina, 1984, pp. 8 e ss.

²⁷ Sobre a função económico-funcional que subjaz a um conjunto alargado de manifestações juridicamente relevantes, como o direito dos contratos e (mesmo) a própria posse. Ver: HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *A alteração das circunstâncias no direito europeu dos contratos*, in “Cadernos de Direito Privado”, n.º 47, julho/setembro 2014, Braga, Cejur, 2014, p. 5; DIOGO PEREIRA DUARTE, *Modificação dos contratos segundo juízos de equidade (Contributo para a interpretação dos artigos 252.º, n.º 2 e 437.º do Código Civil)*, in “O Direito”, Ano 139.º, 2007, I, pp. 141 e ss; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 287 e ss.

De outra banda, a questão de legitimidade tem como fundamento axiológico o atributo de justiça tradicional de *ius* do direito romano, sendo este uma extensão precípua da filosofia da Antiga Grécia (em especial, da teoria de justiça de Aristóteles). O seguinte excerto de Ulpiano (“Digesto”, 1.1.10.pr) é considerado eixo referencial do primado da justiça no direito romano: “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (Justiça é a vontade constante e perpétua de atribuir a cada um o seu direito)”²⁸.

Após a entrada no século XII, o tópico do *dominium* foi incluído no tópico de *ius* e a legitimidade de *ius* atingiu um zénite inaudito com o desenvolvimento levado a cabo por Tomás de Aquino²⁹ (mesmo este substituindo o *ius* pelo *lex*)³⁰. Consequentemente, a designação de *ius* devia-se ao facto de o próprio conceito ser a justiça e o *dominium*, enquadrado em *ius*, era também justo³¹.

Acima foi descrita a situação da legitimidade de lei e direitos que ocorreu antes do Iluminismo, no século XVII. Quando os filósofos iluministas começaram a guiar minuciosamente o tópico de *ius* para o direito natural e a transferir o tópico do *dominium* para o tópico do direito de propriedade, as discussões que originalmente se baseavam na legitimidade do direito e na legitimidade do *dominium* passaram a basear-se na legitimidade do direito de propriedade.

Apesar de a origem da legitimidade do direito de propriedade poder ser encontrada no direito romano, através da ligação entre terminologias, mesmo fazendo conexão com *dominium* ou *proprietates*, ainda é impossível encontrar uma descrição directa da “legitimidade do *dominium*”. No direito romano, pode apenas

²⁸ *Digesto* (Volume I), tradução de Luo Zhimin, revisão de Ji Weimin, versão de 2008 de China University of Political Science And Law Press, p. 13.

²⁹ THOMAS AQUINAS, *Summa Theologica*, V Volumes, Christian Classics; English Dominican Province Translation edition (June 1, 1981), 1981, *passim*.

³⁰ Relativamente à evolução do tópico de legitimidade e integração de *ius* e *dominium*, vide TONG IO CHENG, *The Topic of Rights Under the Chinese Context and the Evolution of Roman Law IUS Tradition – Focusing on the Rational Use of Several Technical Term*, “SJTU Law Review”, 2, 2020, Shanghai, China; relativamente ao auge do tópico da legitimidade e Aquino, vide KE LAN, *The Contribution of Thomas Aquinas for the Classical Natural Law*, “Journal of Soochow University (Law Edition)”, 2, 2015, Jiangu, China, pp. 47-48.

³¹ O conceito de justo era, ainda, determinado por aquilo que o monarca absolutista, antes do advento do iluminismo, considerava como tal. O poder do monarca provinha diretamente de fonte divina. Esse é núcleo essencial do *pactum subjectionis*. Porquanto: o *pactum subjectionis* jaz no coração do Digesto’s (1, 4, 1) in the following excerpt (in Latin), which reads as follows: «*quod principi placuit legis abet vigorem; utpote cum lege regia, quae de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne sum imperium et potestaem conferat*». Ver: JOSÉ ADELINO MALTEZ, *Nova História de Portugal*, Vol. V, – Portugal. *Do Renascimento à Crise Dinástica*, J. J. Alves Dias (coord.), Lisboa, Presença, 1998, pp. 370 e ss.

encontrar-se informação sobre o “método de obtenção do *dominium*”, mas, na prática, são poucos os juristas romanos que se detiveram no estudo da adequação da sua ética ou moral (uma das exceções que considerava o direito de posse obtido por *occupatio* fazia parte de *ratio naturalis*; vide “Digesto”, 41.1.3.pr.). Apesar de no direito romano não haver muitos juízos de valor directos, ainda é possível perceber, através dos materiais relevantes, a tendência dos senadores e juristas da Roma Antiga neste âmbito³². Entre eles, o mais representativo é Nerva, que vivia nos primórdios do Império Romano.

Numa discussão sobre a aquisição de propriedade entre Paulo e Gaio, foram citados os seguintes comentários de Nerva:

“Digesto”, 41.2.1.1:

Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse nerva filius ait eiusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari caeloque capiuntur: nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderit. item bello capta et insula in mari enata et gemmae lapilli margaritae in litoribus inventae eius fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est.

“Digesto”, 41.2.7.7:

“Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, nerva et proculus putant hunc dominum esse qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat. sabinus et cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit: veluti si ex auro vel argento vel aere vas aliquod fecero, vel ex tabulis tuis navem aut armarium aut subsellia fecero, vel ex lana tua vestimentum, vel ex vino et melle tuo mulsum, vel ex medicamentis tuis emplastrum aut collyrium, vel ex uvis aut olivis aut spicis tuis vinum vel oleum vel frumentum. est tamen etiam media sententia recte existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse, quod et sabinus et cassius senserunt, si non possit reverti, verius esse, quod nervae et proculo placuit. ut ecce vas conflatum ad rudem massam auri vel argenti vel aeris reverti potest, vinum vero vel oleum vel frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest: ac ne mulsum quidem ad mel et vinum vel emplastrum aut collyria ad medicamenta reverti possunt. videntur tamen mihi recte quidam dixisse non debere dubitari, quin alienis spicis excussum frumentum eius sit, cuius et spicae fuerunt: cum enim grana, quae spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam quae est detegit.”

³² Relativamente à questão de exploração de terras e conquista, a abordagem pelo direito romano é clara. No ano de 193, o Imperador Públio Hélio Pertinax (126-193) emitiu um édito para as províncias da Arábia e Pérsia permitindo que as pessoas que cultivavam as terras obtivessem o direito de propriedade sobre as mesmas após dois anos. Agradeço ao Professor Xu Guodong por fornecer as informações acima.

Relativamente à legitimidade funcional do direito de propriedade privada, e fazendo uma observação geral dos documentos originais do direito romano, podemos extrair três conceitos fundamentais com ligação directa a este tópico: *ratio naturalis*, *occupatio* e *specificatio*. De acordo com o direito romano, tanto o direito de propriedade obtido por *occupatio*, quando o obtido por *specificatio*, são justos e estão em conformidade com o conceito de *ratio naturalis*.

IV. *Radix omnium malorum*: a legitimidade de propriedade privada causada pelos *hideous* Cercamentos

Antes do século XI, apenas uma pequena quantidade de territórios em toda a Europa tinha sido aproveitada para cultivo pelas pessoas (estima-se que metade do território na França, dois terços da Alemanha e 80% da Inglaterra fossem terra inexplorada)³³. Após alguns séculos de disputas sangrentas entre a nobreza e o clero, situações caóticas em que a produção agrícola e as actividades comerciais quase foram suspensas, e a repressão da religião no povo, a Europa do século XII deu as boas-vindas ao Renascimento. Com a estabilidade da ordem social e a prosperidade da produção industrial e comercial, a população europeia começou a aumentar rapidamente. Este aumento rápido da população e o desenvolvimento das actividades de produção traduziu-se numa maior busca incessante por terras e outros recursos naturais. O movimento de exploração de terras na Europa iniciou-se, exactamente, nas circunstâncias desta era, e os Cercamentos (*Enclosure*) na Inglaterra foi, assim, uma continuidade desse movimento (o que também gerou conflitos sociais e políticos da Inglaterra da época)³⁴.

Inicialmente, no século XII, a realeza inglesa estava apenas a cercar as limitadas terras comuns com barros ou pedras e a não permitir a sua utilização pelo povo. Também os senhorios apoiavam o “Estatuto de Merton” para que os Cercamentos fossem legalizados. Com o passar dos séculos, o movimento dos Cercamentos evoluiu de forma cada vez mais intensa. Nos finais do século XV, os Grandes Descobrimentos Marítimos criaram novas rotas entre a Europa e a Ásia, o que levou a um exponencial crescimento comercial. Por outro lado, a Reforma Protestante

³³ HOU JIANXIN, *The First Sign of Enclosure Movement: The Assart in Medieval Western Europe*, publicado em “Collected Papers of History Studies”, 5.º edição, 2018, Jilin, China, p. 35.

³⁴ Do ponto de vista legal, as conexões legais abrangidas pelos Cercamentos apresentam-se de variadas formas. Num enquadramento feudalista, existem situações como o círculo de nobres em volta do senhorio se apoderarem das terras públicas, a confiscação de terras do clero, a aquisição do direito de uso das terras dos arrendatários, entre outras.

acelerou bastante o desenvolvimento da capacidade produtiva na Inglaterra. A produção em grandes quantidades de produtos levou ao aumento dos preços da lã, uma das matérias-primas mais cobiçadas. Assim, o benefício de utilizar as terras para criar ovelhas excedeu largamente o do cultivo, levando a que grande parte das terras que eram arrendadas aos camponeses para cultivo, no sistema feudal, fosse agora ocupada por nobres e novos-ricos que pretendiam criar animais (na verdade, a maior parte das ocupações foi feita através de venda e compra). Por conseguinte, a maioria dos camponeses que perderam a sua terra, habitação e sustento tornou-se sem-abrigo, com uma vida miserável.

Foi exactamente nestas circunstâncias que Thomas More, na sua obra latina *Utopia* (1516), acusou a sociedade da época de ser “animais comem os homens”, criticando, pela primeira vez na história, a propriedade privada como a origem da injustiça social: “(...) onde existe a propriedade privada, onde o dinheiro é a medida de todas as coisas, não é possível governar de forma justa e próspera.” Por esta razão,

“(...) o único caminho para o bem estar de todos repousa sobre a igualdade na posse dos bens, e eu duvido que essa igualdade possa ser obtida onde a propriedade pertence a particulares. Por mais que os bens sejam abundantes, uma vez que cada homem procura agarrar o mais que pode para seu uso exclusivo, inevitavelmente uns poucos acabarão por possuir tudo, enquanto os demais ficarão na indigência. (...) a menos que a propriedade privada seja completamente abolida, não é possível haver distribuição justa de bens e nem a humanidade pode ser governada adequadamente. Se a propriedade privada permanecer, a grande e melhor parte da humanidade continuará oprimida por um fardo pesado e inevitável de angústia e sofrimento”³⁵.

Ulteriormente, e estribado pela inimizade feudal contra a propriedade privada, que foi propulsada pelo desconforto militante com a sua génese performativa, que foi exercida por Tommaso Campanella, da Itália, Étienne-Gabriel Morelly, da França, Jean-Jacques Rousseau, Karl Marx, da Alemanha, Liev Tolstói, da Rússia, entre outros – as expressões ignominiosas que regurgitavam preciosidades como “a propriedade privada é a origem de todos os males” e “o direito de propriedade é a origem de todos os males” tornaram-se assaz populares, assim como a base axiológica para a abolição da propriedade privada acerrimamente preconizada pelos socialistas.

De acordo com o direito romano ou com a legislação de alguns países (como o “Estatuto de Merton”), na verdade, é possível encontrar um fundamento legal

³⁵ THOMAS MORE, *Utopia*, tradução de Dai Liuling, 1982, Commercial Press, pp. 43-44.

para a exploração de terras e os Cercamentos na Europa. Olvidando os detalhes despiciendos (de *minimis non curat praetor*³⁶), o fundamento primacial é o conceito dogmático de *occupatio* do direito romano. Thomas More denunciou os Cercamentos e determinou a propriedade privada como a origem da injustiça, rejeitando assim, de facto, toda a ordem de propriedade do direito romano.

V. *Ratio naturalis*: a retórica fumegante e o corte epistemológico em relação à legitimidade performativa de propriedade privada

Do ponto de vista da história teórica ou história intelectual, o tópico da legitimidade do direito de propriedade surge muito cedo. Existe uma grande quantidade de textos de Aristóteles e Platão, entre outros filósofos da Grécia Antiga, relacionados com este tópico. Até mesmo Marco Túlio Cícero, na Era Romana, Tomás de Aquino e Guilherme de Ockham, na Idade Média Tardia, abordaram este tema. O direito romano apresenta uma pletora de formas de aquisição com a distinção entre diferentes coisas (*occupatio*, *accessio naturalis* e *accessio manual*, todo o tipo de *specificatio*, *mancipatio*, *in iure cessio*, etc.)³⁷. Porém, apenas deu uma resposta para a legitimidade destes: observar o “*ratio naturalis*”! Caso tomássemos rigidamente isto como limite ou considerássemos a influência deste tópico singular nas gerações futura³⁸, teríamos necessariamente que tomar como referência principal a teoria da propriedade (1690) do filósofo iluminista inglês, John Locke. Pois ele foi, historicamente, o primeiro a desenvolver, de forma concentrada e sistemática³⁹, a questão da origem e legitimidade do direito de propriedade (isto é, do direito de propriedade privada ou de toda a propriedade privada)⁴⁰.

³⁶ CARLO ENRICO PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofi a del Diritto Penale e Decriminalizzazione dei Reati Bagatellari*, Padova, Cedam, 1985, pp. 1-776.

³⁷ Sobre os tipos de direitos reais e as suas formas de aquisição, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A tipicidade dos direitos reais*, Minerva, Lisboa, 1968.

³⁸ BRIAN TIERNEY, *Historical Roots of Modern Rights before Locke and after*, in “Rethinking Rights-Historical, Political, and Philosophical Perspectives”, Missouri, 2009, p. 50.

³⁹ JOHN LOCKE, *Dois Tratados sobre o Governo (Segundo Tratado)*, tradução de Ye Qifang e Qu Junong, versão de 2009 de Commercial Press, pp. 17-32, “Capítulo V: da Propriedade”; É claro que para entender profundamente a teoria de propriedade de Locke não podemos apenas olhar para esta sua obra, pois a sua teoria está integrada no seu quadro de direito natural. Por esta razão, devemos ler “Ensaio acerca do Entendimento Humano”, “Ensaio sobre a Lei de Natureza”, entre outras obras, para termos uma visão completa sobre o assunto.

⁴⁰ CAO YISUN, *Análise Teórica do Direito de Propriedade de Locke e Sua Origem*, “Journal of Central Leadership Institute of Politics and Law”, 4, 1999, Beijing, China, p. 57.

Apesar do texto “De Propriedade”, de Locke, não ser muito extenso, é seminal do ponto de vista doutrinário. O autor combinou um enquadramento das histórias da Bíblia católica com as experiências de exploração de terras que se prolongaram por centenas de anos por parte das grandes potências europeias (os Cercamentos e a Era dos Descobrimientos)⁴¹, herdando a ideologia política (estado natural e direito natural) de Thomas⁴² Hobbes⁴³, assim como as estruturas conceptuais de Hugo Grócio⁴⁴, Leibniz⁴⁵ e Samuel Pufendorf, entre outros académicos da escola do direito natural⁴⁶. De molde forma a criar, nestes fundamentos axiológicos, a Teoria Trabalhista da Propriedade, uma teoria deveras criativa. Locke terá sido, de certo modo, o precursor do direito de propriedade como garantia de instituto⁴⁷. Na medida em que estabelece um laço de pertinência entre a propriedade e a personalidade⁴⁸.

⁴¹ Em Dois Tratados sobre o Governo (Segundo Tratado), John Locke referiu várias vezes o Antigo Testamento, Cercamentos, índios, entre outros. Consultar JOHN LOCKE, *Dois Tratados sobre o Governo (Segundo Tratado)*, tradução de Ye Qifang e Qu Junong, versão de 2009 de Commercial Press, pp. 17-32.

⁴² THOMAS HOBBS, *Leviathan*, New York, NY, Penguin, (1982) (Original work published in 1651): *passim*.

⁴³ LIANG XIAOJIE, *John Locke's Property Rights: A Religious Ethics Dimension*, “Social Sciences in China”, 3 (2006), Beijing, China, pp. 15-17.

⁴⁴ HUGO GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, II, cap. XVII, I, Paris, Presses Universitaires de France (2nd edition of 2012) (1625: 1st edition): pp. 1-894 (*passim*).

⁴⁵ GOTTFRIED WILHELM LEIBNIZ, *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* (The New Method of Learning and Teaching Jurisprudence According to the Principles of the Didactic Art Premised on the General Part and in the Light of Experience: A Translation of the 1667 Frankfurt Edition with Notes by Carmelo Massimo de Iuliis), Ringwood, Hampshire, United Kingdom, Talbot Publishing, 2017, pp. 1-213.

⁴⁶ Através destas discussões, Locke também dialogou e colidiu com uma série de pensamentos tradicionais do direito romano, de forma indirecta. Para mais conteúdo relevante, consultar LOCKE, *Ensaios sobre a Lei de Natureza*, versão de 2014 de Commercial Press, pp. 3-11 e pp. 35-71. Relativamente à análise da relação entre Locke e Grócio e Pufendorf, consultar STEPHEN BUCLE, *Natural Law and the Theory of Property: Grotius to Hume*, tradução de Zhou Qinglin, versão de 2014 de Law Press China, pp. 117-176.

⁴⁷ “A garantia de instituto proíbe que sejam suprimidos aqueles domínios da ordem jurídico-privada que pertencem a partes elementares da actividade no domínio jurídico-patrimonial protegida em termos de direitos fundamentais e, conseqüentemente, que seja suprimido ou essencialmente reduzido o domínio de liberdade protegido pelo direito fundamental”. Ver: MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 734-800 e *passim*. Obra monumental que seguimos de muito perto. Convergente, na doutrina alemã: JOCHEN ROSEK, *Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung: Eine Bestandaufnahme zur dogmatischen Struktur des Art. 14 GG nach 15 Jahren “Nassauskiesung”*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, pp. 29 e ss e *passim*.

⁴⁸ A doutrina afirma a este respeito que: “na leitura que propomos do artigo 62.º da CRP, supomos consagrada a *garantia institucional da propriedade*, que exige ßou pressupõe um “sistema de propriedade

(I) Recorrendo ao “*ratio naturalis*” para a justificação de propriedade privada

Logo na primeira frase do 5.º capítulo de “Segundo Tratado sobre o Governo”, John Locke citou o conceito de “*ratio naturalis*” (razão natural) como a base para as pessoas usufruírem de direitos. Simultaneamente, ele indica que foi Deus que concedeu o Planeta Terra a Adão e Noé e aos seus filhos e netos, e gerações futuras, para que a Humanidade usufrua em conjunto⁴⁹. No que diz respeito ao facto de a *ratio naturalis* ser o fundamento primacial para a posse de terras, as ideias de Locke são idênticas às expressadas nos documentos originais do direito romano, a par de ser também fundamentalmente idênticas às apresentadas por Hugo Grócio e Samuel Pufendorf⁵⁰. Porém, aparentemente, a explicação sobre *ratio naturalis* resume-se apenas ao seguinte: Deus concedeu tudo do Planeta Terra a toda a Humanidade (aos antepassados e descendentes da Humanidade) para usufruto conjunto⁵¹.

A questão é se Deus ou *ratio naturalis* apenas incitou a Humanidade a usufruir conjuntamente de tudo o que há no Planeta Terra, então como o que era comum se convolou mavoriticamente em algo privado? Este é o verdadeiro *punctum crucis* da legitimidade do direito de propriedade e o pomo da discórdia entre os pensadores.

privada”, apto a determinar quais são *os sujeitos* que têm direito a realizar um conjunto de opções juridicamente disponíveis relativamente a um dado objecto, num determinado momento histórico. O legislador tem a tarefa de delinear um sistema articulado de regras de transmissão e de segurança e responsabilidade, tarefa essa que é correspectiva de um direito – de natureza económica – a uma acção positiva do Estado, no sentido de criar e manter um sistema de afectação de bens, nos termos do qual possam ser constituídas concretas posições jurídicas. (...) A consideração de outros direitos fundamentais como promotores da protecção do *direito de propriedade* – nomeadamente o *direito ao desenvolvimento da personalidade* – mais não é o resultado de uma imposição de concretização relacional do artigo 62.º CRP ao nível jurídico-constitucional, que assume como referente nuclear sempre a pessoa humana e a máxima realização da sua diferença e autonomia. *Na densificação da propriedade, consagrado no artigo 62.º, como elemento discursivo, é inescapável a sua ligação a dimensões da personalidade. No âmbito de ponderação de valores constitucionais, esta radical ligação que se pode verificar entre a propriedade e a personalidade tem de ser considerado*” (itálicos nossos); SANDRA PASSINHAS, *Propriedade e Personalidade no Direito Civil Português*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 542-543.

⁴⁹ JOHN LOCKE, *Two Treatises of Government*, ed. Thomas Hollis (London: A. Millar et al., 1764), p. 215.

⁵⁰ Para uma introdução sucinta deste tema, cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva Luso-Brasileira*, 7ª. Ed., revista, Almedina, pp. 161-166.

⁵¹ Este tipo de propriedade pública é completa e sobrepõe-se no tempo e no espaço (no âmbito do espaço ou alvo, a propriedade é o Planeta Terra e tudo o que é produzido nele; no âmbito do tempo e do beneficiário, esta propriedade começou com a criação da Humanidade e perdurará eternamente, abrangendo também as gerações futuras); Isto é suficiente para demonstrar o amor de Deus a autenticidade de *ratio naturalis*.

(II) *Ratio naturalis* e a sabatina doutrinal em torno da legitimidade da propriedade privada

Hugo Grócio e John Locke reagiram inclementemente à questão acima descrita comparativamente cedo. O quadro de lógica dialéctica oferecido por Locke parece ser mais generoso e inspirador, por isso este foi considerado a figura representativa do tópico da legitimidade do direito de propriedade da Era Moderna. Nesse sentido, a teoria da propriedade de Locke será concisamente explanada abaixo e dela se extrairão várias proposições funcionais, como ponto de partida para as reflexões finais do presente artigo (uma vez que a teoria da propriedade de Locke contém vários conceitos e citações argumentativas da autoria de Grócio e Pufendorf, durante a explanação também serão demonstrados os respectivos discursos destes dois juristas).

Para demonstrar proficiente e acuradamente a teoria da legitimidade do direito de propriedade (privada) de Locke, primeiramente, devemos perquirir a definição do direito de propriedade deste filósofo. Para ele, a vida, liberdade e propriedade de terra são categorizadas como “*property*” (propriedade) no sentido comum⁵². A sua definição é diferente da dos académicos da escola do direito das anotações e comentários, mas bastante semelhante ao conceito de “*suum*” (próprio a si) explanado por Grócio e Pufendorf. Este último conceito dos dois juristas abrange a vida, corpo, reputação⁵³, vontade e respectivas acções⁵⁴. Basicamente, Locke igualizou a palavra “*property*” com “*suum*” referido por Grócio e Pufendorf. Foi exactamente por Locke ter substituído a palavra “*suum*” dos dois juristas por “*property*” que a Teoria da Propriedade se tornou popular.

Apesar do conceito de propriedade de Locke e de Grócio e Pufendorf ser semelhante, a um nível básico, recorrendo a *ratio naturalis* para justificar o usufruto

⁵² “Lives, Liberties, and Estates, which I call by the general Name Property.” JOHN LOCKE, *Two Treatises of Government*, ed. Thomas Hollis (London: A. Millar et al., 1764), p. 305.

⁵³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *Da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais no direito português: A emergência de uma nova expressão compensatória da pessoa – Reflexão por ocasião do quinquagésimo aniversário do Código Civil*, in: “XX Estudos Comemorativos dos 20 Anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto”, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 688 e ss (aditem, em unísono, a ressarcibilidade de danos patrimoniais indirectos e danos não patrimoniais reflexos sofridos pelas pessoas singulares. Esta última autora defende – e bem – a ressarcibilidade de danos patrimoniais indirectos (reputação económica) sofridos pelas pessoas colectivas – aqueles que derivam da perda de reputação económica e da perda de “contactos, relações negociais, possibilidades aquisitivas”). Esta é, igualmente, a posição doutrinal perfilhada por FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 668 e ss.

⁵⁴ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, Almedina, 2007, pp. 332-335.

da propriedade pela Humanidade, no que diz respeito à legitimidade do direito de propriedade privada, isto é, o motivo pelo qual algo “comum” se tornou “privado”, o argumento é diferente.

Grócio considerava que o motivo para a Humanidade abjurar paulatinamente a propriedade comum primitiva (*primitive common ownership*) radicava na asserção de que a natureza humana aspira a evolução para um estilo de vida mais civilizado (*more refined*). Era, pois, inevitável criação de indústrias (*industry*) transformadoras para satisfazer tal desiderato. E, uma vez que os *habitats* das pessoas eram distantes entre si, isto impediu que os produtos do solo fossem armazenados em conjunto, fazendo com que as pessoas, durante a distribuição desses produtos, não tivessem um sentido de justiça a cumprir, não restando outra alternativa a não ser fazê-lo de acordo com o trabalho ou consumo desses mesmos produtos⁵⁵. Ao mesmo tempo, Grócio também referiu que o motivo para a propriedade comum se ter tornado um alvo do direito de propriedade privada foi o facto de um “mero acto de vontade” (*a mere act of will*) de uma pessoa não ser suficiente, pois é difícil saber as vontades das outras pessoas. Por essa razão, é necessário haver algum tipo de acordo. Este acordo talvez seja realizado como um acordo de divisão explícita ou ocupação implícita. Para isso, basta que tenha havido um abandono colectivo e uma nova distribuição não tenha sido executada para ser feita uma suposição. Isto é, se todas as pessoas concordem com as posses de cada um, então essas posses tornam-se a propriedade de cada um⁵⁶.

Pufendorf acreditava que “depois da dádiva de Deus, nada impede que alguém adquira alguma coisa para si mesmo. Porém, se uma coisa for adquirida ou conquistada, o direito de outrem à coisa fica logo afastado. Caso tal doutrina possa ser entendida, a existência de um acordo é necessária”⁵⁷. Resulta-se do exposto que Grócio e Pufendorf assentaram a base da legitimidade do direito de propriedade (privada) na presunção de que cada pessoa no Planeta Terra concorda com a mesma.

A Teoria Trabalhista da Propriedade (the Labor Theory of Property) de John Locke pode ser resumida da seguinte forma: Cada um é proprietário do seu próprio corpo, assim como de tudo o que ganha através do seu trabalho. Seja o que for

⁵⁵ DJBP II. 2. II. 4. Consultar STEPHEN BUCLE, *Natural Law and the Theory of Property: Grotius to Hume*, tradução de Zhou Qinglin, versão de 2014 de Law Press China, pp. 37-38.

⁵⁶ DJBP II. 2. II. 5. Consultar STEPHEN BUCLE, *Natural Law and the Theory of Property: Grotius to Hume*, tradução de Zhou Qinglin, versão de 2014 de Law Press China, p. 38.

⁵⁷ SAMUEL PUFENDORF, *De Jure Naturae et gentium libri octo*, vol. 2, traduzido por C.H. Oldfather e W. A. Oldfather, Oxford, Clarendon, 1934, IV. IV. 5.

que ele retire do estado que a natureza lhe forneceu e no qual o deixou, fica-lhe misturado ao próprio trabalho, juntando-se-lhe algo que lhe pertence e, por isso mesmo, tornando-o propriedade dele. Para Locke, o “trabalho” é o fundamento para a aquisição do direito de propriedade sobre os bens. Ele descreve que aos “bens” se “anexa” alguma coisa com o trabalho e é exactamente a junção deste “algo” (o próprio trabalho) que elimina o direito de propriedade comum dos outros sobre este bem. Assim, o trabalho altera substancialmente a natureza dos bens.

Na realidade, relativamente ao efeito do trabalho na aquisição da propriedade, já existia uma explicação em *specificatio* no direito romano. Os dois juristas da escola do direito natural, Grócio e Pufendorf, também tinham referido o significado do trabalho. Mas a inovação da teoria de Locke reside na ideia de junção entre o trabalho e o bem, fazendo com que este bem, ao qual se juntou algo, pertença ao trabalhador. De forma resumida, contrariamente ao uso de *occupatio* e do consentimento (“teoria do consentimento”) pelos juristas da escola do direito natural para justificar a legitimidade do direito de propriedade, Locke enfatizou o efeito de alteração do trabalho sobre o direito de propriedade privada dos bens (“teoria trabalhista”). O trabalho não é limitado ao seu simples significado, não é apresentado apenas pelo seu significado, nem é uma melhoria ocasional dos bens⁵⁸. O trabalho é intencional. Além disso, uma pessoa trabalhar com o intuito de adquirir propriedade acaba sempre por “ter uma maior influência ética que uma pessoa apenas ganhar um bem ou colocar uma etiqueta a dizer ‘isto é meu’”⁵⁹.

VI. O limite intransponível do Egoísmo larvar: as reflexões e confrontos milenares em torno da legitimidade funcional do direito de propriedade

A teoria da propriedade de Locke estabeleceu o fundamento teórico para o capitalismo moderno, tornando-o, assim, um eminente epónimo para os académicos das gerações vindouras⁶⁰. Porém, os confrontos ideológicos sobre a legitimidade do direito de propriedade não findaram aqui.

⁵⁸ LAWRENCE BECKER, *The Labor Theory of Property Acquisition*, in “The Journal of Philosophy”, Vol. 73, No. 18, Seventy-Third Annual Meeting American Philosophical Association, Eastern Division, 1976, p. 654.

⁵⁹ JOHN PHILIP CHRISTMAN, *The Myth of Property: Toward Egalitarian Theory of Ownership*, tradução de Zhang Shaozong, versão de 2004 de Guangxi Normal University Press, pp. 84-108.

⁶⁰ CAO YISUN, *Análise Teórica do Direito de Propriedade de Locke e Sua Origem*, “Journal of Central Leadership Institute of Politics and Law”, 4, 1999, Beijing, China, p. 57.

(I) As hesitações normativo-axiológicas de Proudhon

O porta-voz do anarquismo, Pierre-Joseph Proudhon, após resumir as teorias defensoras da legitimidade do direito de propriedade, fez as seguintes refutações:

Em primeiro lugar, relativamente à teoria de *occupatio* defendida por Grócius e outros juristas da escola do direito natural, Proudhon levantou a seguinte questão: “(...) se os primeiros ocupantes preencheram tudo, que possuirão os últimos a chegar?”⁶¹ Em simultâneo, no que toca ao consenso ou acordo a ser o fundamento da legitimidade do direito de posse, Proudhon declarou, de forma incisiva, que um tal contrato, quer incluisse assinaturas de qualquer humano, seria nulo e um ato claramente ilegal.

Em segundo lugar, relativamente à teoria da aquisição de propriedade por meio do trabalho, desenvolvida por Locke, Proudhon levantou a seguinte questão: “Isto é ordem de quem? Se nós não os obrigamos a trabalhar, com que direito nos pedem salários pelo seu trabalho?”⁶²

A propriedade privada é impossível porque o seu poder de acumulação é infinito, mas os bens alvos do seu exercício são limitados⁶³. Tendo como pilares identitários a história e o direito, a propriedade privada permite a acumulação incessante de riqueza, cujo resultado desolador é uma pequena parte da população deter a grande parte dos recursos na sociedade, o que, conseqüentemente, leva à contínua intensificação das contradições sociais.

(II) As dúvidas existenciais em torno da legitimidade teleológico-funcional da exploração de terras

Tendo como premissa básica a existência de terra inexplorada para a exploração de terras, as pessoas não civilizadas não entendiam cabalmente o cercamento de terras. Assim, seria justo a exploração ou cercamentos de terras no local onde habitavam? Em relação a isso, Locke afirmou peremptoriamente:

“A extensão de terra que um homem pode arar, plantar, melhorar e cultivar e os produtos dela que é capaz de usar constituem sua propriedade. Mediante seu trabalho, ele, por assim dizer, delimita parte do bem comum. (...) Deus concedeu o

⁶¹ P.J. PROUDHON, *What is Property*, editado e traduzido por Donald. R. Kelly e Bonnie G. Smith, CUPL Press, 2003 (reprint), p. 53.

⁶² P.J. PROUDHON, *What is Property*, p. 67.

⁶³ P.J. PROUDHON, *What is Property*, pp. 163-164.

mundo à Humanidade como bem comum e ordenou que os homens trabalhassem, mesmo os pobres. A racionalidade dos homens permite-lhes explorar e cultivar terras, por outras palavras, melhorar as terras para viver e, assim, juntar o trabalho à terra, formando algo que lhe pertence”.

Caso questionássemos Rousseau (1755), ele diria sequentemente que: “Não acreditem nesse mentiroso. Se vocês se esquecerem que o fruto da terra é de todos e que a terra a ninguém pertence, então sofrerão com uma calamidade⁶⁴”. Nos Estados Unidos da América, a posse e exploração de terras foi feita à custa de massacre dos indígenas que viviam nesses territórios. Tudo isto porque o governo central proclamava que todas as regiões eram colónias livres, e, nessas colónias, os cidadãos americanos podiam explorar essas terras virgens/inexploradas. Este tipo de declaração pressupunha que o próprio governo era o detentor do direito que seria transferido para os cidadãos (homens caucasianos) por decreto de lei⁶⁵. Assim, podemos observar que o pré-requisito para a exploração de terras não é necessariamente a terra inexplorada, mas sim que o explorador seja um colonizador.

O mais interessante é que Grócio utilizou a discussão sobre a legitimidade do direito de posse para defender a sua oposição à dominação marítima dos poderes colonizadores por meio de *occupatio*. Na viragem do século XVI para o século XVII, o monopólio marítimo (das rotas marítimas) de Portugal e Espanha começou a tornar-se gradualmente insustentável. Apesar das novas potências marítimas (Holanda, Inglaterra, entre outros) começarem a tornar-se cada vez mais dominantes, o sistema de princípios legais que salvaguardava esse monopólio, defendido por juristas da escola do direito natural (incluindo os autores ibéricos António da Gama e Bento Gil, Serafim de Freitas⁶⁶ e inglês Seldon, entre outros), permanecia, porém, incólume. Nestas circunstâncias, Grócio questionou o direito de propriedade marítima adquirido pelo método que teve origem no direito romano: *occupatio*.

⁶⁴ Através destas discussões, Locke também dialogou e colidiu com uma série de pensamentos tradicionais do direito romano, de forma indirecta. Para mais conteúdo relevante, consultar LOCKE, *Ensaio sobre a Lei de Natureza*, versão de 2014 de Commercial Press, pp. 3-11 e pp. 35-71. Relativamente à análise da relação entre Locke e Grócio e Pufendorf, consultar STEPHEN BUCLE, *Natural Law and the Theory of Property: Grotius to Hume*, tradução de Zhou Qinglin, versão de 2014 de Law Press China, pp. 117-176.

⁶⁵ JOHN PHILIP CHRISTMAN, *The Myth of Property: Toward an Egalitarian Theory of Ownership*, tradução de Zhang Shaozong, versão de 2004 de Guangxi Normal University Press, pp. 84-108.

⁶⁶ PAULO MERÊA, *Os juriconsultos portugueses e a doutrina do 'mare clausum'*, in “Novos Estudos de História do Direito”, Barcelos, 1937, pp. 19 e ss; PAULO MERÊA, *Um aspecto da questão Hugo Grócio-Serafim de Freitas (condição do mar no direito Romano)*, in “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, Vol. 2, pp. 465 e ss.

Na sua obra “*Mare Liberum*”, Grócio afirmou que algumas coisas foram concedidas por Deus como propriedade comum dos homens, e estas não podem ser detidas por uma minoria⁶⁷. Nenhum país pode defender a propriedade privada sobre o oceano e proibir o seu uso por outras pessoas⁶⁸. Apesar de, na sua obra mais antiga “*De Iure Praedae*”, Grócio ter utilizado o exemplo da ocupação dos lugares no teatro público por ordem de chegada, referido por Cícero, para ilustrar como uma pessoa pode utilizar a propriedade comum concedida por Deus⁶⁹, aparentemente confirmando “*occupatio*” como o fundamento da legitimidade da aquisição do direito de posse, a sua conclusão foi diferente dos juristas da escola do direito natural que defendiam o monopólio marítimo. Grócio referiu que, numa sociedade primitiva, quando uma pessoa encontra um consumível produzido naturalmente na terra (como uma fruta ou um animal) ou uma caverna ou terra inexplorada que possa ser habitada continuamente⁷⁰, o direito de propriedade adquirido por *occupatio* possui legitimidade fundacional. Nesse sentido, a conclusão de Grócio é a seguinte: apenas os bens realmente capturáveis podem tornar-se propriedade privada por *occupatio*. Além disso, apenas os bens que podem esgotar-se por uso podem ser propriedade por *occupatio*. Desta forma, não podendo ser realmente capturado, nem podendo ser usado e esgotado, o oceano não pode tornar-se propriedade privada de qualquer país por *occupatio*⁷¹.

As pessoas só podem obter os bens que precisam para consumo na natureza. Fora desta extensão, o uso exclusivo não é algo que possa ser decidido apenas pela vontade pessoal do adquirente. Porém, a questão é que quando a Humanidade entrar num período social mais turbulento, em que os bens que podem ser possuídos sejam cada vez mais escassos e contingentes, e a maior parte das necessidades quotidianas não possam ser satisfeitas pela pelos recursos naturais, a aquisição do direito de propriedade privada carecerá ainda mais de “um acordo, seja ele explícito (como, uma divisão), ou implícito (como, ocupação)”⁷².

⁶⁷ HUGO GROTIUS, *Mare Liberum*, Oxford University Press, 1916, p. 24.

⁶⁸ JOHN SALTER, *Hugo Grotius – Property and Consent*, in “Political Theory”, Vol. 29, No. 4, 2001, p. 539.

⁶⁹ RICHARD TUCK, *Natural Rights Theories – Their Origin and Development*, Cambridge University Press, 1979, p. 61.

⁷⁰ JOHN SALTER, *Hugo Grotius – Property and Consent*, in “Political Theory”, Vol. 29, No. 4, 2001, p. 542.

⁷¹ JOHN SALTER, *Hugo Grotius – Property and Consent*, in “Political Theory”, Vol. 29, No. 4, 2001, p. 545. Grócio não estendeu esta conclusão aos bens imóveis (principalmente terrenos), pois ele acreditava que os terrenos nunca se esgotariam devido ao uso, no entanto, os terrenos podem ser usados para agricultura ou pecuária, e além disso não existem terrenos suficientes para o uso de todas as pessoas, por isso, o uso da terra também deve poder tornar-se exclusivo através de *occupatio*.

⁷² GROTIUS, *De Iure Belli*, II. II. II. 5.

De acordo com a nossa percepção hodierna, terra e oceano são semelhantes, sendo ambos recursos assaz limitados. Mas, de acordo com o pensamento de Grócio, os dois têm tratamentos diferentes. Ele opunha-se ao monopólio das rotas marítimas, mas não se opunha à exploração de terras, nem aos territórios adquiridos por conquistas em guerras. O ponto crucial é que os conquistadores deveriam construir boas fortalezas para, na prática, controlar os territórios conquistados⁷³.

(III) A salvaguarda da legitimidade dogmática do direito de propriedade privada

Desde o século XX, o tema da legitimidade do direito de propriedade privada floresceu devido ao desenvolvimento exponencial da economia.

Desde a década de 30 do século passado, o economista norte-americano Ronald Coase começou a interessar-se pelo instituto do direito de propriedade e pelos custos transaccionais⁷⁴, tendo argumentado que este sistema beneficia a redução destes custos e maximiza o alcance da riqueza⁷⁵. Até ao final da década de 60, por um lado, o ponto de vista de Coase atraiu grande interesse⁷⁶, mas, por outro lado, o artigo “The Tragedy of the Commons”, escrito pelo ecologista norte-americano Garrett Hardin, teve uma enorme repercussão no meio académico da economia. Este dava continuidade à discussão sobre os Cercamentos da Idade Média, declarando que, no seu período posterior, após o estabelecimento da propriedade privada sobre as terras, os detentores privados executavam uma gestão mais eficaz dos terrenos e a qualidade das pastagens melhorou. Consequentemente, concluiu-se que nas pastagens que eram propriedade comum, apenas as ovelhas eram propriedade privada dos seus criadores, por isso, o número de ovelhas aumentava incessantemente e ninguém cuidava das pastagens, causando o seu desgaste de forma trágica.

⁷³ HUGO GRÓCIO, *O Direito da Guerra e Paz*, tradução de He Qinhua, versão de 2005 de Shanghai People's Press, p. 409.

⁷⁴ RONALD COASE, *The Problem of Social Cost*, in: “Journal of Law and Economics”, 3, 1961, pp. 1-8 (discorre sobre o conhecido *Teorema de Coase*, que estatui que, sem custos de transacção, os recursos tenderão a ser alocados onde a sua afectação tenda a ser essencialmente mais eficiente).

⁷⁵ Ver ainda: GUIDO CALABRESI, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in: “Yale Law Journal”, 70, 1961, pp. 498-499; GARY BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in: “Journal of Political Economy” 76, 1968, pp. 168-169.

⁷⁶ Esta ideologia de Coase é descrita de forma mais sistemática na sua obra publicada na década de 60, *O Problema do Custo Social*, mas quem a apelidou como uma teoria consolidada de Coase foi um outro economista, George Stigler.

Pouco depois, o economista James M. Buchanan⁷⁷ apelidou o sistema de propriedade privada como o deus protector da liberdade. Ele citou o discurso do Papa Leão XIII do final do século XIX em “Rerum Novarum” que defendia o sistema de propriedade privada⁷⁸, afirmando que num mercado com uma escala suficiente, a propriedade privada, assegurada pela lei, permite a cada pessoa usufruir da liberdade de entrar e sair do mercado e de executar transacções. Em circunstâncias competitivas, também permite que uma pessoa não seja explorada devido a condições transaccionais desfavoráveis. Em simultâneo, devido à possibilidade de transacção, as pessoas podem dedicar-se à produção de um único produto ou serviço, trocando os seus próprios produtos restantes com os outros. Consequentemente, as pessoas podem escolher livremente a sua profissão com base nas suas capacidades e preferências, trocando os ganhos da sua própria produção de forma livre no mercado por todo o tipo de consumíveis⁷⁹.

É de notar que os economistas acima referidos (Coase, George Stigler, Buchanan) acabaram por receber o Prémio Nobel da Economia, colocando a Escola do Chicago no centro das atenções e difundindo as ideologias a outras áreas das ciências sociais (em especial, direito). O juiz Richard Allen Posner⁸⁰, após absorver as visões dos economistas, enfatizou o mecanismo de incentivo do direito de propriedade privada, acreditando que a protecção legal sobre o direito de propriedade promoveu um uso mais eficiente dos recursos. “Embora o valor das colheitas, medido com a vontade dos consumidores, possa ultrapassar significativamente os custos de mão de obra, matérias-primas e outros usos do solo, não há incentivo para arcar com esses custos sem o direito de propriedade, porque é impossível arcar com esses custos e obter um retorno razoável. Somente através da separação de poderes entre os membros da sociedade para o uso exclusivo de recursos específicos, geram-se incentivos adequados”. Por outro lado, “a criação do direito de exclusividade é uma condição necessária para o uso eficiente dos recursos, mas não é suficiente: tal direito tem de ser transferível”. Quando os proprietários não são bons a aproveitar

⁷⁷ JAMES M. BUCHANAN, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, “The Collected Works of James M. Buchanan”, Vol. 3., with a Foreword by Robert D. Tollison, Indianapolis, Liberty Fund.

⁷⁸ From the citation drawn by JAMES M. BUCHANAN, *Property as a Guarantor of Liberty*, in “Property Rights and the Limits of Democracy”, The Locke Institute, 1993, pp. 49-50.

⁷⁹ JAMES M. BUCHANAN, *Property as a Guarantor of Liberty*, in “Property Rights and the Limits of Democracy”, The Locke Institute, 1993, pp. 28 ss.

⁸⁰ RICHARD POSNER, *Law, pragmatism and democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2005. RICHARD POSNER, *Values and Consequences: as an introduction to economic analysis of Law*, in: “John M. Olin Law & Economics Working Paper”, 53, 1998.

os seus próprios recursos, o mecanismo de produtividade funciona encorajando o proprietário a transferir o seu direito de propriedade para pessoas que possam aproveitar a propriedade de forma mais eficiente⁸¹.

Até agora, a questão da legitimidade do direito de propriedade parece já se ter tornado um argumento aceite e irrefutável após a incessante argumentação através de diferentes posições e pontos de vista pelos académicos do século XX e com a evidência empírica da queda dos governos da Europa de Leste e União Soviética, conhecidos por implementar o sistema de propriedade comum. Porém, a realidade está longe de ser tão simples.

(IV) Reflexões no desarrolhar de uma nova era

Para Locke, as terras inexploradas são ilimitadas e os recursos do Planeta Terra são infundáveis, por isso nós devemos obtê-los através do sacrossanto e encomiástico “trabalho”. Grócio, apesar de expressar que a terra, entre outros recursos, é limitada, afirmou que apenas com o consenso coletivo é possível torná-la propriedade privada. No entanto, ele deduziu que os exploradores de terra que realizaram ocupações já estavam devidamente agasalhados por esse consenso.

Na realidade, os economistas do século XX que apregoaram, entusiasticamente, sobre como evitar a tragédia com o sistema de propriedade privada, como atribuir a este direito várias funções (exploração, liberdade, incentivo), entre outros, fizeram-no com base na suposição acima descrita de que as terras inexploradas são ilimitadas, por outras palavras, é a chamada “Lockean Proviso”. De facto, para além das teses de tragédias das terras comuns e incentivos à liberdade, entre outras, há mais de dois mil anos, Aristóteles tinha já reiterado de forma bastante explícita⁸² que as pessoas modernas não precisavam de se dedicar persistentemente a fazer considerações profundas. Parece que, nos tempos modernos, poucos são aqueles que lêem as obras dos três grandes sábios da Grécia Antiga.

Chegando aos dias hodiernos, no século XXI, afigura-se-nos de meridiana clareza que não importa que estejamos perante terra ou mar. Porquê? Há muito tempo que deixou de existir terra inexplorada, no seu sentido puro (até os desertos estão incluídos nos territórios de cada país, as florestas tropicais têm o seu valor, o Pólo Norte e o Pólo Sul foram divididos passo a passo, e nenhuma pessoa ou

⁸¹ LOUIS KAPLOW/STEPHEN SHAVELL, *Fairness versus Welfare*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2002, p. 1-578 (“what makes everyone better off should be preferred”).

⁸² ARISTÓTELES, *Política*, tradução de Wu Shoupeng, Commercial Press, 2009, pp. 48-49, p. 55, p. 71.

organização pode explorar e tomar para si estes territórios). Nestas circunstâncias, em que não há terras inexploradas e foi provado que os recursos não são infindáveis, não importa se estamos perante propriedade comum ou propriedade privada. No final, cairemos na inominável e incruenta tragédia do seu esgotamento.

Distanciando-nos um pouco do tema que nos interpela, mesmo se as terras inexploradas fossem ilimitadas e os recursos infindáveis, a abominável tragédia de agressão entre as pessoas aconteceria da mesma forma. A dominação e a submissão formam, assim, parte da estrutura matricial da sociedade (*ratio naturalis*). Se a propriedade, no final, não fosse transformada em dominação, dificilmente seria chamada de “propriedade”. Esta estrutura é até reflectida directamente na sua evolução semântica. Isto é diáfano como água quando observamos a relação de herança histórica entre as palavras *dominium*, do direito romano, e *property*. Caso isto ainda não seja meridianamente claro, mais vale relembrar, uma vez mais, as palavras de Aristóteles e outros filósofos:

“As disputas entre homens ou entre cidades não podem ser atribuídas completamente ao desequilíbrio da riqueza, as desigualdades de status e honra também causam isso. Estas lutas seguem um caminho diferente: o tumulto da população é provocado pelo desequilíbrio de bens, enquanto o ódio dos talentosos reside na igualdade completa de status, participando os mesmos na revolução por causa da desigualdade de honra⁸³.”

Por outras palavras, apenas os seres comuns aspiram a proporções iguais, os seres fora do comum aspiram à dominação. Caso haja propriedade ou talento, mas não seja possível a dominação, qual é a utilidade que lhe subjaz? Porém, os filósofos também nos alertaram que, não importa o tamanho do talento das pessoas, caso a dominação seja feita por uma minoria e a maioria das pessoas seja submissa, ficamos a um pequeno passo de uma guerra fagedénica e terebrante. As questões de Proudhon talvez não possam ser cabalmente respondidas. No entanto, será que a vida da Humanidade já atingiu um nível tão supino que não poderia melhor? E será que já não existe mais terra inexplorada no mundo (universo) para explorar? Caso ainda haja, com certeza existe um grupo de pessoas capazes de avançar impertérrita e destemidamente, procurando uma terra sem fronteiras para criar uma vida perfeita e inimaginável. As pessoas que não estão dispostas a deixar para trás o seu modo de vida pode apenas ficar na “estação intermediária” e ver os objectos diante de si se afastarem rapidamente.

⁸³ ARISTÓTELES, *Política*, cit., pp. 70-71.