

# **Propriedade em Grotius, Pufendorf e a crítica de Gottfried Anchemwall**

## **Property in Grotius, Pufendorf and Gottfried Anchemwall's critic**

Leonardo Machado Pontes

### **Resumo**

O artigo tem por objeto estudar o conceito de propriedade nas obras de Hugo Grotius e Samuel Von Pufendorf. Ambos os autores são responsáveis por secularizarem o direito natural e retirá-lo da tradição tomista. Estudar o conceito de propriedade em Grotius e Pufendorf é antes analisar o conceito analítico de propriedade, isto é, estabelecer como a propriedade funciona no meio social, como ela surge, o que isso diz sobre sua natureza e, principalmente, de que maneira ela é criada. Os dois autores se dedicaram exaustivamente a essa tarefa. É analisada a crítica de Gottfried Anchemwall a teoria de ambos sobre a propriedade, para melhor compreendê-las. Anchemwall é um importante jurista alemão do século XVIII, que apresentou críticas severas a Grotius e Pufendorf, questionando suas premissas fundamentais. O artigo conclui que, embora permaneçam determinadas críticas as teorias de Grotius e Pufendorf, os dois foram fundamentais para o estudo da propriedade, encontrando, até mesmo em Locke, a necessidade de refutá-los na criação de sua própria teoria sobre a propriedade.

**Palavras-chave:** Propriedade; Direito Natural; Grotius; Pufendorf.

### **Abstract**

This article has for object to study the concept of propriety in the works of Hugo Grotius and Samuel von Pufendorf. Both authors are responsible for secularizing the natural law and for removing it from the Thomist tradition. To study the property concept in Grotius and

Pufendorf, before anything, is to analyze the analytical concept of property, that is, to establish how property works in the social atmosphere, how it appears, its nature and, mainly, the sort of ways it is created. The study of these two authors is fundamental for the understanding of property institute. We shall analyze Gottfried Anchewall's critic upon the property theories of both authors, as to better understand it. Anchewall is an important German jurist of the XVIII century, which presented severe critics to their theories, questioning its fundamental premises. The article concludes that, although certain critics' remain in both theories, they were so fundamental, that even in Locke's work there was the necessity of refutation of both authors' theories.

**Keywords:** Property; Natural Law; Grotius; Pufendorf.

## 1 INTRODUÇÃO

Estudar o conceito de propriedade em Grotius e Pufendorf, segundo Mossoff (2005) é antes analisar o conceito analítico de propriedade, isto é, estabelecer como a propriedade funciona no meio social, como ela surge, o que isso diz sobre sua natureza e, principalmente, de que maneira ela é criada. Os dois autores se dedicaram exaustivamente a essa tarefa.

Mais do que isso, estudar Grotius é ser transportado para outros períodos históricos, como o romano, e encontrar em Cícero uma ampla tradição inaugurada no direito natural, que o mesmo irá extrair do pensamento estóico, na Grécia. Grotius, conjuntamente com seu conterrâneo Justus Lipsius, serão responsáveis por uma segunda virada desse pensamento, de origem neo-estóica.

Em Grotius e Pufendorf a propriedade atingirá significados também em relação à boa-fé (*fides*), central no pensamento de ambos os autores.

A primeira parte do artigo irá analisar os conceitos de propriedade em Grotius, explorando as possíveis associações e os limites traçados pelo autor, tomando por fonte central sua obra *O direito da Guerra e da Paz (de Jure Belli ac Pacis)*. A segunda parte irá examinar os mesmos tópicos, só que relacionados a Pufendorf, em sua obra *Os deveres do homem e do cidadão: de acordo com as leis do direito natural*. Por fim, o artigo irá contrapor a crítica de Anchewall, no século XVIII, importante jurista alemão, autor das obras

*Prolegomeno e Ius Naturae*, com o objetivo de extrair ao máximo os acertos e desacertos de ambas as teorias.

## 2 HUGO GROTIUS OU HUGO DE GROOT<sup>1</sup>

Grotius, embora tenha pesquisado a antiguidade grega, o direito romano, a escolástica medieval e a própria bíblia, é tido como o idealizador original do conceito de propriedade, uma vez que, segundo Mossoff (2003), sua análise era *funcional* por natureza, com foco nas condições e metas que criam a necessidade de um conceito moral de propriedade, que acompanham a instituição da propriedade.

Mais do que isso. Segundo Straumann (2009), ele é responsável por estudar a tradição do direito natural romano, citando autores como Seneca e Cícero, desenvolvendo uma extensa teoria dos direitos humanos subjetivos e naturais, além um pensamento político e moral extremamente influentes no século XVII e seguintes. Para Straumann, Grotius internaliza as ações e injunções dos conceitos dos advogados romanos no Digesto, na tradição existente dos direitos naturais e dos remédios romanos, tornando os mesmos uma qualidade subjetiva moral de cada indivíduo ou de cada grupo de pessoas.

Grotius, segundo Mossoff (2003), estabelece dois passos no processo de definição da natureza da propriedade: a) deve haver alguma ação pelo indivíduo que o coloque em uma posição devida com o objeto exterior e, b) deve haver algum reconhecimento social dessa posição para a pacificação das relações. Como explica Straumann (2009), o conceito de propriedade começa com o uso ou ocupação (*vetus occupatio*), e na posse de alguma coisa no início (*ab initio*) sem dono, baseado nos institutos romanos. Não se trata de uma escolha súbita, mas de uma mudança lenta, que começaria sobre a condução da natureza (*monstrans natura*). Para realmente haver a propriedade, os indivíduos devem consentir para reconhecer e respeitar seus direitos. Grotius, segundo Straumann, inclusive, deixa claro que as coisas que pertencem a todos no estado da natureza (*res communis*), uma vez obstruídas em prejuízo de todos os outros, deve ser impedido pela força (*manu prohibendus*), tomando por premissa a lei romana, que dizia o mesmo acerca do ar e da água corrente.

---

<sup>1</sup> Para saber mais sobre o pensador, cf. Miller (1982) e Porras (2006), abordando o contexto histórico de Grotius.

Para Kilner (1983), embora Grotius faça referência constante a um estado da natureza, a um estado pré-social da humanidade ou, ainda, a um mundo animal, é preciso dizer que o seu foco é a *razão correta* dos seres humanos em relação à lei natural, por meio da qual todos podem reconhecer as leis morais que os governam, inclusive os governadores, e limitar a ação humana por meio da lei positiva.

Para Grotius, assim, nas palavras de Straumann (2009), era evidente que a comunidade (*communitas*) seria precedente ao direito de propriedade (*proprietas*), porque apenas pela ocupação (*occupatio*) e antes da ocupação, pelo direito à ocupação (*ius occupandi*), a comunidade natural (*communitas naturalis*) teria o direito (*ius*) igual e comum, no estado da natureza, de maneira que a propriedade é um conceito criado pelo próprio homem.

Torna-se claro, assim, porque Grotius, com base no livro 41 do Digesto romano e com base em Cícero, iria formular que, no início, cada qual teria apenas um direito de se tornar elegível à aquisição de propriedade, por meio da ocupação, que cada qual teria apenas a mera possibilidade de se tornar um proprietário e que, como tal, não haveria um direito geral à propriedade privada.

Segundo Mossoff (2003), o primeiro passo na aquisição do direito de propriedade é representado pelos *use-rights* (direitos de uso), no estado original da natureza (*commons*). Se os indivíduos têm a necessidade de adquirir e usar objetos para se sustentarem, tal direito lhes deve ser reconhecido, quando esses usos são feitos no estado original da natureza (*commons*).

A questão é determinar, então, quando os direitos de uso se convertem em direitos de propriedade. A primeira aproximação de Grotius é lógica. Os direitos de uso sobre materiais consumíveis como água e comida, devem criar um direito de apropriação privada, pois tais objetos são perdidos no processo e somente utilizados por aquele indivíduo que os consome, e, portanto, necessariamente vinculados ao uso, que se torna exclusivo. Desse modo, “*ocupação* ou *uso* transforma objetos em posse exclusiva, e modifica o processo de direitos de uso sobre o estado da natureza para direitos de propriedade na sociedade civil.” (MOSSOFF, 2003, p. 380).

O uso exclusivo é a premissa que leva a transformação dos direitos de uso em direitos de propriedade.

O direito de uso sobre o *commons* ocorre antes de qualquer acordo entre os indivíduos, tácito ou expresso. Se alguém corta madeira para construir sua casa ou caça animais para se alimentar no estado da natureza, não precisa pedir a outrem autorização. Isso

deriva do entendimento de Grotius acerca do *suum* (próprio a si), que é, segundo o mesmo, a justa titularidade que alguém tem sobre sua vida, pulmões e liberdade.

Mas Grotius, claramente partindo do pensamento romano, iria dizer que a única condição para a aquisição de propriedade, segundo Straumann (2009) seria a de que a coisa adquirida fosse uma *res nullius*, isto é, uma coisa sem dono. Não entram nessas condições iniciais quaisquer critérios normativos, como a justiça distributiva ou compensatória. Na realidade, Grotius, partindo de Cícero, rompe com a tradição aristotélica e platônica, e introduz um elemento de individualismo no conceito de propriedade, como uma faculdade de liberdade que deve existir, onde o sentido de justiça (*aequitas*) seria obliterado se não fosse dado a todos ficar com sua propriedade.

Mas o próprio pensamento do direito natural de Cícero, segundo Ford (1996), pode ser rastreado a corrente do pensamento estoíco, que começou com o filósofo grego Zeno de Citium, cujos princípios da lei natural e da justiça natural seriam princípios guias que emanavam do universo e que podiam ser apreendidos pelo exercício da razão humana, reformulados, depois, por Panaetius de Rhodes, que se tornou o chefe da escola estoíca em Atenas. De fato, Cícero, partindo dos temas debatidos pelos estoícos, articulou uma ética da lei natural como uma lei da ordem visível na natureza e perceptível pela própria razão do homem. Assim, segundo Ford, o direito da lei natural seria derivado da razão correta (*cognito veri*) e das virtudes possuídas pelos homens que as compreendessem e as exercitassem. Esses conceitos, posteriormente, segundo o autor, teriam sido trabalhados pelo filósofo Justus Lipsius, enquanto as virtudes conhecidas da *constantia*, *patientia* e *firmitas* (constância, paciência e firmeza), que passariam a ser o núcleo da filosofia neo-estoíca, de onde Grotius também iria extrair sua teoria. Lipsius e Grotius eram conterrâneos, amigos, e correspondiam frequentemente.

Não é uma surpresa então que, conforme Ford (1996), o princípio central do pensamento grotiano seja de origem neo-estoíca – o princípio da autopreservação, que governa a ordem em todo o mundo e que sustenta toda a criatura viva, servindo como o princípio de defesa da vida de cada homem. Segundo Grotius, se alguém tem necessidade de comer, tal direito, no estado da natureza, não lhe pode ser negado, pois aquele indivíduo tem o *suum* em relação ao direito à vida, isto é, uma justa titularidade em relação ao direito de uso. A propriedade só irá surgir, segundo Mossoff (2003), devido ao *reconhecimento* pelos indivíduos de que *aquele uso, que vem do suum*, deva ser reconhecido como um uso exclusivo, que perdura no tempo e, assim, atribua propriedade.

Aliás, Grotius buscou esse conceito em *De Officiis* de Cícero, segundo o qual, qualquer indivíduo, se não violasse os *preceitos da natureza*, poderia adquirir as coisas que seriam úteis a sua vida. Com a aquisição de propriedade, outros não poderiam vir a interferir, sob pena de violação da justiça natural, segundo a lei da sociedade humana.

Baseado na doutrina estoíca e no pensamento de Cícero, Grotius estava interessado em um direito da sociabilidade. Mas somente podemos entender Grotius se compreendermos que o seu pensamento se desenvolve sob os postulados da confiança e boa-fé (*fides*), que, segundo Cohn (1986), não emanam de uma lei formal ou positiva ou do amor generoso e da compaixão; na realidade, encontra-se em um estágio intermediário, denominado de *Tsedakah* ou *conscientia*, isto é, o senso inato de justiça, de conteúdo ético, que ele chama de lei natural, onde todas as promessas devem ser cumpridas em boa-fé e mútua confiança.

Vários dos institutos atuais que se desenvolvem no conceito de boa-fé objetiva podem encontrar, ao menos, ponto de investigação em Grotius, como a *inalegabilidade de nulidades formais* (Grotius, p. 412); a *supressio* (Grotius, p. 369);<sup>2</sup> o *nemo potest venire contra factum proprium* (Grotius, p. 547-553), e inclusive, a redução da importância à boa-fé subjetiva (Grotius, p. 367).

Nesse sentido, é interessante o paralelo que Grotius traça entre os bandidos e o Estado. Segundo Cohn (1986), a partir de sua leitura do historiador grego Polybius, que alegava que a sociedade de bandidos poderia apenas ser destruída quando o vínculo de confiança entre os mesmos fosse sobrepujado, com a perda de fé em cada qual, sob pena de continuarem a luta até a própria morte, Grotius irá dizer que, da mesma forma como um bandido deve renunciar ao seu egocentrismo para ser aceito entre os seus pares, o Estado deve renunciar a algumas de suas razões para se qualificar para a aceitação de pessoas civilizadas. As promessas devem ser cumpridas e sempre mantidas, reconduzidas ao princípio estoíco da autopreservação, marcado pela *constantia* e a *firmitas* (constância e firmeza).

A justa titularidade é o que justifica, segundo Mossoff (2003), a liberdade do indivíduo para tomar as ações necessárias para sustentar a sua vida e disso resulta, temporária e logicamente, o desenvolvimento da propriedade. De maneira mais simples, o *suun* é o direito fundamental e a propriedade é o direito derivado do *suun*.

Encontra-se implícito, na valoração do *suun*, o direito de exclusividade. O direito a vida e a liberdade, intrinsecamente, não podem ser compartilhados com outras pessoas. O outro não pode ter acesso aos dois pulmões do indivíduo vivo, pois seu direito fundamental

seria prejudicado pela sua própria morte – o próprio *suum*. Nesses termos, para Grotius, propriedade será um equivalente moral ao direito exclusivo da liberdade, vida e pulmões, o que determina que toda propriedade trás no seu seio um direito exclusivo e o direito de excluir. Em outras palavras, segundo Straumann (2009), o direito à própria vida e ao próprio corpo não seriam alienáveis, na medida em que os seres humanos não teriam um direito natural sobre a vida, pulmões, ações e posses de outro homem, como meios ordinários na busca do auto-interesse da vida, corpo, ações e posses que todos os outros têm.

Todavia, ainda assim, Grotius impõe determinados limites ao exercício do direito de propriedade. O primeiro deles chame-se de *condição do não prejuízo*, que o mesmo extrai de Plutarco: “não nos é permitido deixar perder os alimentos quando já nos fartamos, de obstruir ou esconder a fonte após termos mitigado nossa sede, de destruir os sinais indicadores de navegação ou da estrada, depois de nos termos servido deles.” (PLUTARCO, apud GROTIUS, p. 324).

Grotius postula, dessa maneira, que a propriedade de outro homem pode ser usada, desde que não traga prejuízo algum a seu proprietário. Todavia, é necessária uma legítima necessidade, como a vida. Em outra passagem:

a razão dessa decisão não é aquela que alguns alegam que o proprietário da coisa é obrigado, pela lei da caridade, de a ceder ao que lhe falta o necessário, mas porque não parece que os bens tenham sido distribuídos a proprietários a não ser sob a reserva de um eventual retorno ao direito primitivo” (GROTIUS, apud VALCKE, 2005, p. 320 – tradução nossa).

Todavia, para que a *condição do não prejuízo* possa ser invocada, é necessário que todas as demais soluções ou formas de se atingir aquele mesmo fim tenham sido esgotadas, ao que se chame de *primeiro uso de esforços próprios*, uma vez que apenas o estado de necessidade o justifica. “Platão não permitiu tirar água do poço do vizinho, se antes não se cavou até a rocha no próprio terreno para se encontrar água” (GROTIUS, 2005, p. 321); ainda, “pensava que devia vir em auxílio a necessidade e não a preguiça” (GROTIUS, 2005, p. 321) ou, mais simplesmente, pedir antes “para obter o uso da coisa junto ao dono da mesma.” (GROTIUS, 2005, p. 321).

Como terceira condição, Grotius (2005) impõe a ponderação da necessidade do possuidor primeiro ou do proprietário, na medida em que igual necessidade do possuidor primeiro ou do proprietário deve preponderar em relação à necessidade daquele que quer fazer

---

<sup>2</sup> Embora aqui pareça tomar a *supressio* com o a renúncia tácita ou, antes, pela ponderação do aumento do valor

o uso do bem posteriormente. Assim, se ambos têm a mesma necessidade, deve prevalecer à necessidade do primeiro possuidor ou proprietário. Chame-se essa terceira condição de *conservação do direito do proprietário em caso de necessidade comum*.

Se todas as condições anteriores foram cumpridas, para Grotius deve então surgir o *dever de restituição* daquele que fez o uso, como a quarta condição, na medida em que seu direito não se realizou por inteiro e acabou no momento em que sua necessidade cessou. Chame-se essa quarta condição de *dever de restituição*. Eis as quatro condições, criadas por Grotius, para o uso do direito de propriedade de outrem:

- a) Condição do não prejuízo, motivado pela necessidade;
- b) Primeiro uso de esforços próprios;
- c) Conservação do direito do proprietário em caso de necessidade comum;
- d) Dever de restituição.

### 3 PUFENDORF

Pufendorf também segue linhas congêneres às de Grotius. Segundo Mossoff:

Pufendorf reconhece a primazia lógica e histórica dos direitos de uso (*right-uses*) no desenvolvimento humano, alegando que, no início de todas as coisas, quando existia o estado da natureza (*commons*), os indivíduos tinham como próprias as coisas que eram livremente conquistadas por meio do uso ou da ocupação (MOSSOFF, 2003, p. 385 – tradução nossa).

Aliás, as referências a pessoa de Grotius em sua obra são substanciosas. Assim, segundo Pufendorf (2007, p. 197) “... coisas exteriores no princípio foram deixadas por Deus indiferentemente à disposição de todos os homens; isto é, de forma que nenhum delas era propriedade deste homem mais do que daquele.”

Pufendorf também se utiliza do mesmo raciocínio de Grotius para determinar quais as condições necessárias para que os *direitos de uso* se tornem *direitos de propriedade*.

Assim, no início, segundo Pufendorf (2007), vigia a lei do primeiro ocupante, isto é, quem quer que primeiramente tomasse posse da coisa, tornaria ela sua e não poderia lhe ser

---

da segurança jurídica no decurso do tempo de inação da parte que não fez valer o seu direito.

tomada por outrem, desde que aquele que a tornou sua não destruísse o estoque comum ou impedisse a reserva para usos futuros. Pufendorf se vale, assim, de uma noção de não-prejuízo e de estoque comum, onde a propriedade somente seria permitida nos limites e na medida em que não prejudicasse outros de igualmente retirarem do *commons* ou do estado da natureza. A posse, que deveria ser efetiva, espelhava para Pufendorf (2007) o fundamento adequado ao direito de notificação pública, onde o ocupante revelava sua vontade de tornar essa ou aquela coisa sua, de maneira clara e significativa.

Depois do início, para Pufendorf, quando os homens começam a se organizar em sociedades e aplicar a cultura e o trabalho às coisas, de maneira a evitar as contendas, os objetos passam a ser divididos entre os homens, sendo atribuída a cada qual uma porção adequada. Todavia, em relação às coisas que ainda ficassem sem posse, devia-se aplicar a lei do primeiro ocupante ou a lei da primeira posse ao homem que primeiro a tornasse sua.

Nesse sentido, segundo Mossoff (2003), Pufendorf, de maneira semelhante aos dois passos de Grotius, postula que: a) é necessário um ato de posse (uso ou ocupação); b) um acordo entre os indivíduos para reconhecer e respeitar esses direitos em sociedade. O argumento moral e implícito é, mais uma vez, de que o indivíduo detém o direito moral de uso exclusivo sobre a posse quando essas duas condições são satisfeitas, atingindo o direito de propriedade.

Segundo Pufendorf (2007), assim, existem dois métodos de se adquirir a propriedade. O primeiro método é chamado de *meio original*, que é aquele pelo qual a propriedade das coisas teria sido primeiramente introduzida. O segundo método seria o *meio derivativo*, em que uma propriedade já estabelecida passava para outro homem, por meio de um acordo especial.

Ainda, segundo Pufendorf, o meio original de aquisição de propriedade poderia ser *simples ou absoluto*, quando se adquire a propriedade e o domínio sobre o corpo ou a substância da coisa; ainda, *primitivo e respectivo*, quando se acrescenta a coisa uma melhoria e aumento adicionais. “... o método original de se adquirir a propriedade de muitas coisas é a primeira tomada de posse ou a primeira ocupação [...] se quisermos fazer com que eles sejam nossos devemos efetivamente *pegá-los e tomá-los* em nossa posse.” (PUFENDORF, 2007, p. 201).

Curiosamente, Pufendorf, quando se refere ao método derivativo de se adquirir propriedade, sob a alcunha de vantagens adicionais, diz que essas vantagens podem se dar por força da natureza ou por força da diligência humana. Sobre esta última hipótese, ele

expressamente escreve que “quem compôs alguma coisa sua deste ou daquele modo é o dono dessa *forma* ou *modo*.” (PUFENDORF, 2007, 202). Poder-se-ia interpretar, portanto, que se alguém acrescenta algo de valor ao que é seu, *i.e.*, transforma um pedaço de madeira em uma escultura, dando-lhe uma forma, esta pessoa se torna a proprietária da escultura. Da mesma forma, se alguém escreve em um pergaminho alguma coisa, aplicando sua diligência, acrescentando valores adicionais, sob uma nova forma, também se torna proprietário de seus escritos. Obviamente, a questão da propriedade imaterial não foi tratada.

Surge em relação aos outros, assim, a obrigação de respeito a essa propriedade, que nada mais é do que um elo moral ou uma rédea moral que força alguém a se abster de fazer alguma coisa ou a fazer alguma coisa, em função de lédimos e justos motivos de restrição da liberdade de vontade e do prazer de terceiros. E isso apenas se a noção de estoque comum e não-prejuízo se mantiverem.

#### **4 GROTIUS E PUFENDORF: IMPORTÂNCIA**

Grotius e Pufendorf possuem uma importância enorme para o direito, uma vez que os dois são responsáveis por separar o direito natural da moral teológica, influenciando, profundamente, os séculos XVII e XVIII. Segundo Saunders (2002), Pufendorf construiu o direito não enquanto uma salvação divina, mas enquanto um direito natural dentro dos limites da órbita da vida humana, adstrito à chamada sociabilidade humana (*socialitas*), enquanto o meio para se adquirir a segurança e paz civis. Grotius, por sua vez, declarou:

Imensurável como é o poder de Deus, não obstante pode ser dito que existem certas coisas sobre as quais este poder não se estende... Como até mesmo Deus não pode causar que dois vezes dois não deveria formar quarto, também Ele não pode causar que as coisas que são intrinsecamente más não sejam más (GROTIUS, apud, VALCKE, 1989, p. 947).<sup>3</sup>

Conforme explica Valcke (1989), Grotius se tornou, assim, o porta-voz dos realistas ou essencialistas, racionalizando o fenômeno da lei natural para se descobrir o que seria

---

<sup>3</sup> Measureless as is the power of God, nevertheless it can be said that there are certain things over which that power does not extend ....Just as even God cannot cause that two times two should not make four, so He cannot cause that that which is intrinsically evil be not evil.

inerente à ordem natural do universo. Essas leis éticas, bem como físicas, não poderiam ser modificadas mesmo se Deus assim quisesse.

Pufendorf, explica Saunders (2002), afasta o direito natural do conceito de alma, consciência ou do homem à imagem de Deus, criando o conceito de pessoa moral, o que hoje seria aquilo que as pessoas chamam de personalidade, objetivando, assim, uma ética da conduta civil, baseada na noção de pessoa e de ofício. Todavia, não se trata de uma moral transcendental, na medida em que a moral é ligada a lei e ao governo soberano; em outras palavras, a moral deriva da lei e é o governo que irá escolher, entre as leis do direito natural, aquela que melhor se adéqüe a situação vivida pela sociedade, de maneira trazer à estabilidade e paz, sem que o cidadão possa contra as mesmas se rebelar.

Cria-se, assim, uma noção negativa de positivação em sua teoria do direito natural, que pode ser entendida enquanto uma secularização do direito natural, uma vez que o leque de direitos comuns a todos os homens é estreitado. Mas em relação a isso há uma razão de ser, uma vez que o contexto histórico da vida de Pufendorf se desenvolve ao lado da barbárie das guerras religiosas de seu tempo, que influenciou no mesmo a necessidade de buscar um sistema pautado na segurança e paz. Pode-se dizer que Pufendorf não estava preocupado com o estado da natureza, mas com os códigos das sociedades civis.

Mas as críticas em relação a sua teoria<sup>4</sup> não afetam aqui os objetivos de estudo do meio ou do processo de aquisição de propriedade.

## **5 A CRÍTICA DE GOTTFRIED ANCHEWALL A TEORIA DE GROTIUS E DE PUFENDORF**

Kant, curiosamente, para a formulação de sua teoria sobre a aquisição e justificação da propriedade, parte de premissas trabalhadas por Gottfried Anchemwall, embora dele divirja em alguns aspectos<sup>5</sup>. É Anchemwall, por sua vez, que irá criticar Grotius e Pufendorf diretamente, naquilo que seria considerado pelo mesmo o aspecto central de ambas as teorias. Assim, é importante compreender a crítica do mesmo. Responder às críticas de Anchemwall permitem também a melhor compreensão das teorias de Grotius e Pufendorf.

---

<sup>4</sup> Cf. Chroust (1979).

<sup>5</sup> Segundo Byrd e Hruschka (2006), Kant lecionava a teoria do direito natural com base em Anchemwall, aproximadamente de 1767 a 1788, com base principalmente nas obras *Prolegomeno* e *Ius Naturae*, explorando

## 5.1 Críticas a teoria de Grotius

Segundo Byrd e Hruschka (2006), Anchewall intitulou a teoria de Grotius enquanto *communi primaeva positiva*. Para Anchewall, Grotius teria postulado que no início dos tempos, as pessoas teriam propriedade sobre todas as coisas, inclusive, a terra, daí porque o qualificativo de positiva. Além disso, Anchewall acreditava que a primeira premissa dessa teoria era de que aquele que tornava uma coisa sua própria o fazia em violação ao direito de outros, isto é, seria um *perturbator communionis primaevae*, a pessoa que perturbava a comunidade primeira. A segunda premissa dessa teoria, segundo Anchewall, seria a de que, para a aquisição de propriedade privada, seria necessário um acordo de toda a raça humana para a transformação da posse da terra nos direitos de propriedade.

Anchewall, segundo Byrd e Hruschka (2006), irá dizer que uma comunidade natural nunca existiu e que não haveria tal coisa como um acordo de todas as pessoas para reconhecer uma propriedade privada, o que seria o mesmo que uma ficção (*figmentum*) e algo supérfluo. Ele irá simplificar o argumento, ao dizer que a única coisa necessária é que haja a vontade de alguém para tornar algo sua propriedade, desde que esta não seja de mais ninguém.

Todavia, várias objeções poderiam ser levantadas às críticas de Anchewall.

Com efeito, Grotius se refere ao fato de que, no histórico do direito de aquisição sobre a propriedade, todas as coisas ficavam em comum e de modo indiviso a todos, como um patrimônio comum, de maneira que cada um podia se apropriar para saciar e comer aquilo que podia ser consumido. Chama isso até mesmo de um direito universal, onde aquele que impedisse que o outro consumisse e saciasse cometeria uma injustiça. Mas, segundo Grotius (2005), isso ocorre apenas e tão somente em relação a uma comunidade simples e livre (selvagem), no início dos tempos, onde não havia a produção material de riquezas em cultivo.

Daí porque falar em um direito universal de apropriação por parte daqueles no estado da natureza para o consumo e o saciar, na medida em que é somente com a criação da agricultura, para Grotius (2005), que surgirá a partilha de bens, motivada pela ocupação. De qualquer maneira, mesmo nessa hipótese, ainda não era preciso distinguir os campos ou separá-los: havia apenas poucas pessoas e poucos rebanhos. “Os homens não se contentaram mais em se alimentar de frutas silvestres, de habitar em cavernas, de viver nus ou com seus corpos cobertos de cascas de árvores ou de peles de animais selvagens.” (GROTIUS, 2005, p

---

sua teoria da posse e da aquisição do direito *in rem*. O próprio Kant estimava Anchewall, tendo o chamado de

313). É com o desenvolvimento da indústria em sociedade mais complexas é que a propriedade é introduzida por meio de acordo expresso ou tácito, uma vez que, nesta última hipótese, já havia a ocupação.

Mesmo assim, existiam determinadas coisas que deviam permanecer em comum, como o mar, justificado por uma razão moral – havia em quantidade bastante para todos os povos, onde era impossível determinar um limite. Determinados lugares, porém, como um lago ou um pântano, poderiam ser ocupados, na medida em que limitados.

Nesses termos, a primeira afirmação de Anchewall não procede. Com a transformação da indústria, introdução da ocupação e partilha, não haveria mais qualquer necessidade de um acordo universal. E este acordo universal era apenas no sentido de um consentimento tácito e óbvio, dado que a única propriedade que poderia haver naquele tempo seria o direito de cada um comer o que havia na natureza. Nômades não se fixam em um determinado lugar, razão pela qual não pode originar outro direito de propriedade senão o mais primitivo deles: tomar objetos ou animais para si. Com o desenvolvimento desses povos em comunidades é que os próprios territórios foram divididos, vigendo o domínio de cada povo em suas terras, devendo ser respeitadas as leis por todos que lá fossem.

No estágio de evolução descrito não haveria um direito de propriedade *a priori* para todos os seres humanos e que este seria um direito natural. Ao contrário, é uma ficção humana que, uma vez reforçada pela lei positiva estatal, deve ser reconhecida por força da *razão correta*, que Grotius chama de direito natural, um sentido inato de justiça, fundamentado moralmente.

A propriedade, para Grotius, que decorre da ocupação lenta no tempo, possui um componente individualista, isto é, alguns irão adquirir a propriedade e outros não, onde não há um senso de justiça distributiva aristotélica. Necessidade de autopreservação, ocupação, tempo e *res nullius* (coisa sem dono) são os componentes que, para Grotius, atribuem o conceito de propriedade. Ora, a simplificação de Anchewall, isto é, de que basta a vontade e a tomada de posse para criar a propriedade não destoa da teoria grotiana; ao contrário, é ínsita a mesma. Portanto, a primeira premissa de Anchewall sobre a teoria de Grotius não procede.

Depois, o que Grotius chama de comunidade natural nada mais é do que o estado pré-sociedade civil, o estado da natureza, onde a lei da primeira posse vigia. Grotius não diz que é necessário um consentimento universal para o respeito à propriedade privada. O que determina o respeito à propriedade de um Estado, os limites de seu território, não é qualquer

consentimento universal, aquilo que Anchewall chama de supérfluo, mas as relações entre os Estados, pautadas na boa-fé e confiança (*fides*), que mesmo em situações de guerra devem respeitá-la, bem como as leis do próprio território.

É por isso que o direito natural de Grotius se desvincula da tradição tomista, teológica moral ou de qualquer religião. Segundo o mesmo, essa tradição religiosa poderia ter força vinculativa somente entre membros de determinado Estado ou comunidade, de maneira que o direito natural, de caráter pragmático, deve ser prevalente sobre a vontade de um Deus de outra religião, que poderia não ser tão suscetível a estrangeiros, invocado a pretexto de determinado governante tirânico. É por isso que, conforme Cohn (1986), partindo das concepções de Tacitus, Appollonius e Diadorus, Grotius disse que o povo judeu tem um sentido de fé absoluta para com outros judeus, mas um senso de ausência de fé ou desconfiança contra não judeus.

Portanto, ao se analisar o conceito de Grotius sobre o direito internacional, fica fácil perceber que o mesmo não propõe um consentimento universal para o reconhecimento da propriedade privada, tanto que se respeita determinado Estado e seu território por força não da propriedade deste, mas por força das relações de confiança e boa-fé, que muitas vezes tem um sentido muito mais poderoso de que uma lei formal, além das próprias leis traçadas pelo povo do território.

## **5.2 Críticas a teoria de Pufendorf**

Anchewall também critica a teoria de Pufendorf, designando-a como *communio primieva negativa*. Segundo Byrd e Hruschka (2006), Anchewall assevera que, na teoria de Pufendorf, todas as coisas, no início dos tempos, eram sem dono e que todos os seres humanos teriam um direito igual de usá-las promiscuamente, daí porque o designativo de *negativa*. Além disso, da mesma forma como fez com Grotius, disse que a teoria de Pufendorf necessitaria de um *concenso generis humani*, um consenso universal de toda a raça humana, o que também rotula como algo supérfluo e ficcional.

A primeira premissa levantada é improcedente. Embora as coisas, no início dos tempos, fossem realmente sem dono (*res nullius*), mesmo no estado da natureza, onde vigia a lei do primeiro ocupante, não era dado usar dessas coisas ilimitadamente e, portanto,

promiscuamente, uma vez que Pufendorf expressamente postulou a vedação à destruição do estoque comum e a proteção à reserva para usos futuros, que não poderiam ser destruídas por qualquer ocupante que fosse. Ele cria, assim, uma espécie de *provisão ao não prejuízo* pelo exercício atentatório ao direito de posse contra todos os demais.

O direito natural para Pufendorf se baseia em uma condição de sociabilidade, que não diz respeito a uma substância ou essência humana, mas a um *status* ou condição particular que os homens ocupam. Os deveres, portanto, não se revelam enquanto uma essência, mas decorrem do próprio estado de sociabilidade (sem o qual a sociedade humana não poderia existir). Assim, os *deveres absolutos*, que nada mais são do que o *status natural*, deveres praticados por todos os homens para com todos os homens, impõe deveres universais, como o de não causar dano a outrem, tratar os outros com base na igualdade e praticar condutas para o bem comum (quando convenientemente puder), ao passo que os *deveres artificiais* são aqueles criados pelos próprios homens, por meio de *pactos*, tornando-os condicionais à propriedade e à posse.

Excetuando-se os primeiros ocupantes e possuidores de terras ainda sem donos, a propriedade só surge por meio de uma instituição ou pacto humano que, apenas quando realizado, leva a consideração de abstenção a não violação do *status natural*, que surge posteriormente ao *pacto* ou à *instituição*. Cumpridas às condições do pacto e da instituição é que haverá o dever absoluto de não violação à propriedade, proibido o danificar, o tomar, o despojar e o retirar. Assim, é o pacto ou a instituição que liga a convenção fictícia humana ao direito natural ou, antes, estabelece o momento de transição para a instituição das *statuses* – o estado natural.

Mas, mesmo assim, o direito de posse e o direito de propriedade encontram limites, nas *provisões do não prejuízo*, bem como na *obrigação natural de confiança* (excluído a mera cortesia), que Pufendorf estabelece enquanto o direito natural de todo o homem manter a sua palavra. “Sem a observação infalível das próprias promessas, homem nenhum poderia pretender ter alguma certeza no que planeja e para o qual devesse depender da participação de outros” (PUFENDORF, 2007, p. 170).

Desse modo, a primeira premissa, da *communio primieva negativa*, levantada por Anshewall, não procede, uma vez que Pufendorf escreve que as únicas coisas que permitem a posse promíscua são o oceano, o ar, o rio, uma vez é moralmente impossível para qualquer nação isolada dela reivindicar o uso, o que permite, a princípio, que todos dela façam uso, desde que não prejudiquem terceiros, que devem ter acesso ao mesmo direito. Além disso,

Pufendorf defende expressamente direitos de vizinhança, como o de não bloquear a luz por meio da construção, liberdade de passagem para homens e gados, licença para tirar água e dar de beber aos animais, e de deixar as vistas livres, impedindo o escoamento de água.

Pufendorf defende que tanto os deveres universais quanto os deveres fictícios ou condicionais estão fundados sobre um acordo universal ou, então, ligados a algum estado ou condição particular. Mas a maior parte do direito é criado pelo direito positivo ou os deveres fictícios, já no estado de sociedade. A crítica de Anchewall deve ser atenuada aqui, uma vez que inúmeras considerações, como expectativas legítimas e a escolha da lei, limitam o consenso universal que poderia ser sempre esperado de sua teoria. A *usucaptio*, *i.e.*, para Pufendorf, é uma forma de prescrição do direito do proprietário pretérito, que o perde em razão do exercício de posse honesta, que perdura no tempo e sem perturbação do possuidor ulterior.

Segundo Pufendorf (2007), o dono pretérito não poderia ser reintegrado uma vez que já teria perdido suas esperanças e expectativas, onde a atribuição de propriedade para o possuidor ulterior é uma questão de equidade natural. Mais uma vez: os direitos naturais levam a um estado de sociabilidade, o que pode ser sim interpretado enquanto uma condição universal, mas isso em relação a deveres mais genéricos. Respeitar a posse e a propriedade em uma sociedade não é de antemão criar um consenso universal, onde somente as razões naturais irão ser exigidas quando houver a satisfação de determinados institutos, pactos tácitos e expressos, determinados pelas leis da própria comunidade e, portanto, da própria sociabilidade.

## **6 CONCLUSÃO**

Com base em Grotius e Pufendorf, que formulam um conceito funcional de propriedade, podemos compreender como ela surgiu e que papéis passou a desempenhar. Os primeiros juristas, portanto, na tradição do direito moral “pragmático” e secularizado, buscaram ligar à propriedade um conceito individualista e artificial e, mais precisamente, como a transição do direito natural (estado pré-sociedade civil ou estado primitivo) para o direito positivo. Todavia, Grotius não pretendeu dar ao legislador o arbítrio incondicional sobre aquilo que viria a legislar. Existem princípios, razões morais e corretas que existiam

antes da sociedade e pela qual se pautavam homens livres, que deveriam ser apreendidas e não violadas pelo governante.

Ao se criar pactos, uma sociabilidade, a propriedade passou a existir funcionalmente. Grotius é considerado o pai do conceito moderno de propriedade. Percebe-se que a teoria de ambos os autores deixou uma marca tão grande na história do direito, que o próprio John Locke, quando veio a criar sua teoria sobre a aquisição da propriedade sobre o trabalho (*labor theory of property*), foi compelido a iniciar o capítulo V, do *Segundo Tratado Sobre o Governo*, com a seguinte consideração “... esforçar-me-ei para demonstrar de que maneira os homens devem vir a ter uma *propriedade* em diversas partes daquilo a que Deus deu em comum a humanidade, e isso sem nenhum pacto expresso.” (LOCKE, 1998, p. 406).

Porque Locke concebe a fonte de toda a propriedade privada como o exercício do trabalho sobre o *commons*, o mesmo tem que iniciar o seu esforço teórico, buscando refutar a teoria de seus predecessores, Grotius e Pufendorf, isto é, a necessidade de *pactos expressos*.

Curiosamente, portanto, quando se pretende analisar a natureza dinâmica da propriedade em nossos dias, é preciso olhar para o passado e buscar nas teorias já desenvolvidas, a característica da funcionalidade, desenvolvida já naquele século, ainda que de maneira descritiva e dedutiva.

## REFERÊNCIAS

BYRD, Sharon; HRUSCHKA, Joachim. The natural law duty to recognize private property ownership: Kant's theory of property in his *Doctrine of Right*. **University of Toronto Law Journal**, Toronto, v. 56, p. 217-282, 2006.

COHN, Haim H. The grotian concept of good-faith. **Tel Aviv University Studies in Law**, Tel Aviv, v. 7, p. 9-19, 1986.

CHROUST, Anton-Hermann. Some critical remarks about Samuel Pufendorf and his contributions to jurisprudence. **The American Journal of Jurisprudence**, Notre Dame, v. 24, p. 72-85, 1979.

FORD, Cristopher A. Preaching propriety to princes: Grotius, Lipsius, and neo-stoic international law. **Case Western Reserve Journal of International Law**, Ohio, v. 28, p. 313-366, 1996.

GROTIUS, Hugo. **O direito da Guerra e da Paz** (*de Jure Belli ac Pacis*). 2ª ed. Ijuí: Unijuí. 2005.

KILNER, John F. Hurdles for natural law ethics: lessons from Grotius. **The American Journal of Jurisprudence**, Notre Dame, v. 28, p. 149-168, 1983.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MILLER, D.L. Carey. Hugo Grotius: the lasting impact of a man of the seventeenth century. **Acta Juridica**, South Africa, v. 66, p. 66-98, 1982.

MOSSOFF, Adam. What is property? Putting the pieces back together. **Arizona Law Review**, Arizona, v. 45, p. 372-439, 2003.

MOSSOFF, Adam. Is Copyright Property? **San Diego Law Review**, San Diego, v. 42, p. 29-43, 2005.

PORRAS, Ileana M. Constructing international law in the east India seas: property, sovereignty, commerce and war in Hugo Grotius's *de iure praedae* – the law of prize and booty, or “on how to distinguish merchants from pirates”, **Brooklyn Journal of International Law**, v. 31, p. 741-804, 2006.

PUFENDORF, Samuel. **Os deveres do homem e do cidadão: de acordo com as leis do direito natural**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

SAUNDERS, David. ‘Within the orbit of this life’ – Samuel Pufendorf and the autonomy of law, **Cardozo Law Review**, New York, v. 23, p. 2173-2198, 2002.

STRAUMANN, Benjamin. Is modern liberty ancient? Roman remedies and natural rights in Hugo Grotius's early works on natural law, **Law and History Review**, Illinois, v. 27, p. 55-85, 2009.

VALCKE, Catherine. Locke on property: a deontological interpretation. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge, v. 12, p. 941-1008, 1989.