

Editorial

Direitos fundamentais e acesso aos bens: entram em cena os *commons*

Assiste-se, contemporaneamente, à ascensão dos debates relacionados aos bens comuns (*commons*). Afigura-se eloquente que a Sessão de Abertura do XX Congresso Geral da Academia Internacional de Direito Comparado – a ter lugar no dia 23 de julho de 2018, na cidade de Fukuoka, Japão – tenha como tema “a propriedade em face do desafio dos bens comuns” (*property meeting the challenge of the commons*). Na experiência brasileira, o aprofundamento da teoria dos bens comuns parece representar oportunidade para a retomada da agenda – ainda crucial após quase trinta anos da Constituição de 1988 – relacionada à efetividade dos direitos fundamentais, notadamente no que se refere à garantia de acesso aos bens essenciais para o exercício destes direitos.

Sob a perspectiva internacional, busca-se enfatizar a relação entre a pessoa (e seus direitos) e os bens, mediante a construção de mecanismos jurídicos que efetivamente propiciem o acesso e a participação quanto aos bens necessários à satisfação das necessidades da pessoa humana. Segundo Stefano Rodotà (cujo ensaio seminal sobre o tema foi incluído na 3ª edição de seu insuperável *Il terribile diritto*),¹ “direitos fundamentais, acesso, bens comuns compõem a trama que redefine a relação entre o mundo das pessoas e o mundo dos bens. Este, ao menos nos últimos dois séculos, havia sido substancialmente confiado à mediação proprietária, às modalidades pelas quais cada um poderia alcançar a apropriação exclusiva dos bens necessários. É exatamente esta mediação que agora passa a ser questionada. A propriedade, pública ou privada que seja, não pode compreender e exaurir a complexidade da relação pessoa/bens”.² Nessa perspectiva, a taxonomia dos bens comuns exprime o oposto da propriedade:

¹ RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni*. Bologna: il Mulino, 2013, p. 458-498.

² RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni*. Bologna: il Mulino, 2013, p. 464. No original: “*Diritti fondamentali, accesso, beni comuni disegnano una trama che ridefinisce il rapporto tra il mondo delle persone e il mondo dei beni. Questo, almeno negli ultimi due secoli, era stato sostanzialmente affidato alla mediazione proprietaria, alle modalità con le quali ciascuno poteva giungere all’appropriazione esclusiva dei beni necessari. Proprio questa mediazione viene ora revocata in dubbio. La proprietà, pubblica o privata che sia, non può comprendere ed esaurire la complessità del rapporto persona/beni*”.

passa-se da propriedade exclusiva à inclusiva (ou à *não propriedade*), com o reconhecimento da legitimidade de que se investem sujeitos e interesses diversos em relação a um mesmo bem.

Na doutrina brasileira, salvo relevantes exceções,³ a temática dos bens comuns permanece inexplorada. No entanto, verifica-se que a racionalidade subjacente aos bens comuns se encontra difusamente presente, tanto em normas dispersamente positivadas, quanto na jurisprudência, a denotar o potencial de desenvolvimento da doutrina dos bens comuns no Direito brasileiro. No campo estritamente normativo, mostram-se facilmente identificáveis subsídios para o aprofundamento da noção de *acesso* como direito independente das titularidades proprietárias. De fato, a Constituição de 1988 inaugurou ordem jurídica que clama por instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais. Nessa esteira, estabeleceu em numerosos dispositivos o ainda pouco explorado direito de acesso, expressamente previsto, por exemplo, no artigo 196, que prevê o “acesso universal e igualitário às ações e serviços” para “promoção, proteção e recuperação” da saúde; no artigo 206, I, o qual estabelece que o ensino será ministrado com base no princípio da “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”; no artigo 215, no qual se estatuiu que o Estado garantirá a todos “o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”; no artigo 79 do Ato Constitucional das Disposições Transitórias, em que se institui o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza com o objetivo de “viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência”.

Quanto à jurisprudência, ainda que não se refira propriamente à teoria dos bens comuns, utiliza-se da noção para promover a tutela de bens considerados essenciais à coletividade e, por isso, subtraídos da mediação proprietária. A propósito, vale mencionar a interpretação do Superior Tribunal de Justiça quanto à natureza jurídica da água no âmbito da teoria dos bens. Ao examinar a Lei nº 9.433/1997 – que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e estabelece que “a água é um bem de domínio público” e que “a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas” – a Corte afirmou o caráter “comum” da água, que não se submete ao domínio do particular ou do Estado: “destinada a atender as necessidades primordiais do ser humano, a

³ Vale mencionar, a título ilustrativo, as seguintes referências: RENTERIA, Pablo; DANTAS, Marcus. Notas sobre os bens comuns. In: *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 131-146; CORTIANO JR., Eroulths; KANAYAMA, Rodrigo Luís. Notas para um estudo sobre os bens comuns. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 9, n. 15, jul./dez. 2016, p. 146-157. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista16/notasEroulths.pdf>>. Acesso: 29 jan. 2018.

água, antes tratada como bem apropriável pelo particular, ou seja, bem privado, de titularidade do dono do imóvel onde tivesse sua nascente, passou a se tornar bem do domínio público – *o que não significa dizer que seu domínio é do Estado, mas sim que pertence a todos*” (original não grifado).⁴

A *ratio* dos bens comuns – como bens de acesso universal, sem titularidade proprietária – parece igualmente presente em outro interessante caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual se considerou que a desafetação de bem público de uso comum do povo (praça pública) poderia justificar o ajuizamento de ação civil pública em face do ente responsável, “visando obter compensação pelo espaço verde urbano suprimido, de igual ou maior área, no mesmo bairro em que se localizava a praça desafetada”.⁵ Na ocasião, a Corte Superior considerou não se justificar, “nos dias atuais, que praças, jardins, parques e bulevares públicos, ou qualquer área verde municipal de uso comum do povo, sofram desafetação para a edificação de prédios e construções, governamentais ou não, tanto mais ao se considerar, nas cidades brasileiras, a insuficiência ou absoluta carência desses lugares de convivência social. [...] Retirar da praça a natureza de *loci communes*, *loci publici* não é um banal ato de governo municipal. Significa grave opção administrativa reducionista do componente público, de repercussões imediatas, mas também com impactos, normalmente irreversíveis, no futuro próximo e remoto da evolução da cidade”. Segundo a Corte, a desafetação de bem público transforma-se em vandalismo estatal sempre que “efetivada sem critérios objetivos e tecnicamente sólidos, adequada consideração de possíveis alternativas, ou à míngua de respeito pelos valores e funções nele condensados”.

Estes e diversos outros acórdãos de Tribunais brasileiros, associados aos instrumentos normativos que promovem a efetividade dos direitos fundamentais mediante o acesso aos bens, evidenciam a importância de se aprofundar a temática dos bens comuns à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Da água ao conhecimento, dos alimentos à gestão dos espaços urbanos, da proteção ao meio ambiente à tutela da saúde, augura-se que os bens comuns possam fortalecer o feixe de poderes pessoais que configuram precondições necessárias à efetiva participação no processo democrático. Na esteira das conquistas alcançadas pela função social da posse e da propriedade, afigura-se possível aperfeiçoar a tutela privilegiada das situações existenciais mediante o reconhecimento de bens – constitutivos da pessoa e de sua cidadania – cuja acessibilidade não se subordina à disponibilidade de recursos financeiros, retirada, portanto, da lógica do mercado.

⁴ STJ. 3ª T. REsp nº 1.616.038/RS. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julg. em 27.9.2016.

⁵ STJ. 2ª T. REsp nº 1.135.807/RS. Rel. Min. Herman Benjamin. Julg. em 15.4.2010.

O caminho mostra-se árduo, não tanto por óbices normativos, mas especialmente por dificuldade cultural da sociedade em compreender o mundo dos direitos fundamentais ao largo da lógica proprietária. Nada obstante, a despeito de insólito, o debate revela-se inadiável, constituindo-se o acesso em etapa indispensável à efetivação da igualdade substancial e da solidariedade constitucional.

G. T.