

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O PRINCÍPIO DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988: UMA ANÁLISE DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS EM LUIGI FERRAJOLI E GREGÓRIO PECES - BARBA**

MARISA SCHMITT SIQUEIRA MENDES

Itajaí (SC), julho de 2010

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O PRINCÍPIO DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988: UMA ANÁLISE DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS EM LUIGI FERRAJOLI E GREGÓRIO PECES - BARBA**

MARISA SCHMITT SIQUEIRA MENDES

Dissertação submetida ao Programa de
Mestrado em Ciência Jurídica da
Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à
obtenção do Título de Mestre em
Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Álvaro Borges de Oliveira

Itajaí (SC), julho de 2010

AGRADECIMENTOS

À Deus, que em todos momentos esteve presente em minha vida, me guiando com Sua luz divina, Suas palavras são verdadeiras em todos os tempos.

Ao meu marido Jean, meus filhos Luís Henrique e João Victor, que são a razão da minha vida, todo meu amor, carinho, gratidão pela paciência e compreensão nessa fase tão importante de minha formação.

A minha mãe Arilda, minha sogra Enilda, meu sogro Mendes pelo incentivo e pela dedicação com meus filhos nas horas em que tive que me ausentar, transmitindo todo amor e afeto.

Ao meu pai Carlos Alberto Siqueira *"in memoriam"*, que me proporcionou uma educação digna, sempre acreditando em meu potencial, e mesmo não estando presente nessa fase de minha vida, tenho certeza que está orgulhoso por eu concluir mais essa formação.

A minha sobrinha Thaís, a querida amiga Flávia, companheiras de todos os dias, meninas mais que especiais!

A minha querida sobrinha e afilhada Heloíse, pela dedicação, carinho, e empenho para conclusão dessa árdua tarefa, você é e para sempre será especial em minha vida.

Ao meu irmão Willy pelo carinho, e especialmente minha irmã Denise pelo grande incentivo em me encorajar a enfrentar mais essa jornada.

Aos meus colegas que construí durante o curso de Mestrado, em especial aos meus amigos bolsistas, Anna Kleine, Lucilaine e Airto, pela longa jornada que vivenciamos juntos, pela amizade construída durante esses anos.

Aos funcionários do PPCJ, Jaqueline e Alexandre, com quem convivi diariamente, e podemos construir uma amizade.

Ao Coordenador do Curso do PPCJ Dr. Paulo Márcio Cruz, pela confiança, incentivo, sabedoria e além de tudo, que junto a CAPES proporcionou a bolsa de estudo, pois sem essa ajuda não teria concluído meus estudos.

A todos os professores do PPCJ, em especial ao Dr. Alexandre Moraes da Rosa, pelo incentivo ao tema desenvolvido, a Dra. Maria da Graça dos Santos Dias, pessoa maravilhosa que aprendi amar, que demonstrou durante todo esse período acadêmico muito afeto e carinho, principalmente em acreditar em meu potencial.

Ao meu orientador Dr. Álvaro Borges de Oliveira, pelas importantes contribuições, paciência e por dividir seu conhecimento.

Em fim, a todos que de uma forma ou outra contribuíram para a conclusão de mais esta etapa de minha vida.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho, ao meu marido Jean, meus filhos Luis Henrique e João Victor, que são os grandes **AMORES DA MINHA VIDA**, sempre me apoiando, incentivando e mais que tudo acreditando em meu potencial.

Dedico também a minha mãe Arilda, pelo amor incondicional, pois mãe é sempre mãe, pessoa maravilhosa que compartilhou ao meu lado todos os momentos de minha vida, e saibas que nunca deixarei de fazer dedicatória a você, simplesmente **TE AMO!**

Por fim, dedico também a minha irmã Denise, que além de irmã, amiga e companheira de todas as horas, é uma mulher guerreira com quero sempre compartilhar meus momentos, pois você é um exemplo de mulher, de mãe e de profissional, que me acolhe e incentiva sempre que preciso, **TE AMO!**

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí (SC), julho de 2010.

Marisa Schmitt Siqueira Mendes

Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO

**SERÁ ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM
CIÊNCIA JURÍDICA DA UNIVALI APÓS A DEFESA EM BANCA.**

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CC/2002	Código Civil Brasileiro de 2002
Inc.	Inciso
Art.	Artigo

ROL DE CATEGORIAS

Rol de categorias que a Autora considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

Constituição

É uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão dos poderes, o poder político¹.

Direitos Fundamentais

Proponho uma definição teórica, puramente formal e estrutural, de <direitos fundamentais>: são, <direitos fundamentais> todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a <todos> os seres humanos em quanto dotados do status de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de trabalhar; entendendo por <direito subjetivo> qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões), próprias a um sujeito por uma norma jurídica; e por <status> a condição de um sujeito prevista por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício destas².

Estado

[...] complexo político, social e jurídico, que envolve a administração de uma sociedade estabelecida em caráter permanente em um território e dotado de poder autônomo³.

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 43.

² FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 19.

³ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 153.

Estado Contemporâneo

[...] o Estado Contemporâneo é caracterizado pela disparidade de condições entre os homens, deve perseguir o respeito aos Valores Fundamentais da Pessoa Humana, e em sua condição de instrumentabilidade objetivar o alcance de efetiva democracia⁴.

Estado Social

Busca do interesse comum, para satisfação das necessidades coletivas, representado pelo Estado contemporâneo, que nasceu de uma inspiração de justiça, igualdade e liberdade.

Norma jurídica

[...] Espécie de gênero Norma (V) que tem como característica a coercibilidade (V) e a Exigibilidade (V.)”, e ainda, “Objeto da atividade descritiva da Ciência Jurídica e da ação criadora da Política Jurídica”⁵. (*In*).

Princípios

[...] são verdades ou juízos fundamentais que servem de alicerce ou garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade⁶.

Princípios Constitucionais

[...] são as normas básicas de todo o sistema constitucional, são as expressões dos valores fundamentais da Sociedade criadora do Direito. Destaca que, como a Constituição não é somente um agrupamento de normas jurídicas, mas a concretização e positivação destes valores deve haver uma harmonia fundante

⁴ PASOLD, César Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3 ed. Florianópolis: OAB-SC Editora co-edição Editora Diploma Legal, 2003, p. 76

⁵ MELO, Osvaldo Ferreira. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis:OAB/SC, 2000, p. 68

⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p.60.

entre os princípios e regras, como partes que coabitam em um mesmo ordenamento”⁷.

Propriedade

[...] é o instituto jurídico que atribui o vínculo de subordinação de uma coisa ou direito identificável à uma pessoa, em nome próprio ou em conjunto com outras pessoas, conferindo-lhe o direito de uso, domínio, fruição e gozo, dentro das regras que o respectivo sistema jurídico sustenta, admitindo a exclusão dos demais⁸.

Regras

[...] as regras são normas que verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção⁹.

Sociedade

Conjunto de pessoas, associadas com padrões culturais e comuns, visando à garantia de todo o grupo social e a realização de seus ideais.

⁷ CRUZ, Paulo Márcio. Os princípios Constitucionais. *In* **Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais** (Org) Paulo Márcio Cruz e Rogério Zuel Gomes. Curitiba: Juruá. p. 12-13.

⁸ KICH, Bruno Canísio. **A propriedade na ordem jurídica econômica e ideológica**, p. 45.

⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1255.

SUMÁRIO

RESUMO	XII
RESÚMEN	1
INTRODUÇÃO.....	2
CAPÍTULO 1.....	7
CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE	7
1.1 FUNDAMENTOS E ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA PROPRIEDADE	7
1.1.1. O DIREITO DE PROPRIEDADE EM ROMA E GRÉCIA	8
1.1.2 O DIREITO DE PROPRIEDADE NA IDADE MÉDIA.....	16
1.2 A CONCEPÇÃO MODERNA DE PROPRIEDADE.....	19
1.3 CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE PROPRIEDADE	27
1.4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE BRASILEIRA.....	30
1.5 COMPREENSÃO CONSTITUCIONALIZADA DA PROPRIEDADE NAS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS BRASILEIRAS	41
CAPÍTULO 2.....	45
DIREITOS FUNDAMENTAIS	45
2.1 ASPECTOS DESTACADOS DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	45
2.2 APROXIMAÇÕES TEÓRICAS: DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	56
2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DE LUIGI FERRAJOLI	64
2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONCEPÇÃO DE GREGÓRIO PECES- BARBA	77
CAPÍTULO 3.....	88
PRINCÍPIO DA PROPRIEDADE NA CRFB/88 E DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO FERRAJOLI E PERCES BARBA.....	88
3.1 NORMAS JURÍDICAS: REGRAS E PRINCÍPIOS	89
3.2 O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE NA CRFB/88...	96
3.3 A PROBLEMÁTICA DA EFICÁCIA E ABRANGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ELENCADOS NA CRFB/88.....	103
3.4 A ANÁLISE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE CARACTERIZADO COMO (NÃO) DIREITO FUNDAMENTAL: TEORIA DE LUIGI FERRAJOLI E GREGÓRIO PECES-BARBA.....	116
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	121
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	127

RESUMO

A presente Dissertação tratará do Princípio da Propriedade na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fazendo-se uma análise dos direitos fundamentais em Luigi Ferrajoli e Gregório Peces- Barba. Tem por pressuposto a Linha de Pesquisa de Hermenêutica e Principiologia Constitucional, dentro da Área de Concentração Fundamentos do Direito Positivo. Tem por objetivos verificar a construção histórica da propriedade; compreender a propriedade nas Constituições Brasileiras; diferenciar as categorias de direitos fundamentais e direitos humanos; compreender a teoria de direitos fundamentais na concepção de Luigi Ferrajoli e Gregório Peces- Barba, por fim, deduzir se o princípio da propriedade na CRFB/88 é considerado um direito fundamental diante das teorias estudadas. Está dividida em três capítulos. O **primeiro** analisa a construção histórica da propriedade Mundial e Brasileira, e a compreensão constitucionalizada da propriedade nas Constituições Brasileiras. O **segundo** aborda os aspectos destacados da Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais; as aproximações teóricas dos direitos humanos e direitos fundamentais, por fim, é realizado o estudo das teorias de Direitos Fundamentais com base nas concepções teóricas de Luigi Ferrajoli e de Gregório Peces- Barba. O **terceiro** aborda o conceito de Princípios Jurídicos e Princípios Constitucionais, o Tratamento Constitucional da Propriedade na CRFB/88, a problemática da eficiência e abrangência dos direitos fundamentais elencados na CRFB/88, e por fim, analisa o Princípio da Propriedade elencado no rol de direitos fundamentais na CRFB/88, sustentado nas concepções teóricas de Luigi Ferrajoli e Gregório Peces-Barba, para compreender se a propriedade pode ser ou não considerada um direito fundamental. Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Dissertação é composto na base lógica Indutiva.

RESÚMEN

La presente Disertación trata del Principio de la Propiedad en la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988, se haciendo una análisis de los derechos fundamentales en Luigi Ferrajoli y Gregorio Peces-Barba. Tiene por presupuesto la Línea de Pesquisa de Hermenéutica y Principiologia Constitucional, dentro del Área de Concentración Fundamentos del Derecho Positivo. Tiene por objetivos verificar la construcción histórica de la propiedad; comprender la propiedad en las Constituciones Brasileñas; diferenciar las categorías: derechos fundamentales y derechos humanos; comprender la teoría de derechos fundamentales en la concepción de Luigi Ferrajoli y Gregorio Peces-Barba, por fin, deducir si el principio de la propiedad en la CRFB/88 es considerado un derecho fundamental delante de las teorías estudiadas. Está dividida en tres capítulos. El **primer** analiza la construcción histórica de la propiedad Mundial y Brasileña, y la comprensión constitucionalizada de la propiedad en las Constituciones Brasileñas. El **según** aborda los aspectos destacados de la Teoría de la Constitución y de los Derechos Fundamentales; las aproximaciones teóricas de los derechos humanos y derechos fundamentales, por fin, es realizado un estudio de las teorías de Derechos Fundamentales con base en las concepciones teóricas de Luigi Ferrajoli y de Gregorio Peces-Barba. El tercer aborda el concepto de Principios Jurídicos y Principios Constitucionales, el Tratamiento Constitucional de la Propiedad puesto en el rol de derechos fundamentales en la CRFB/88, sustentado en las concepciones teóricas de Luigi Ferrajoli y Gregorio Peces-Barba, para comprender si la propiedad puede o no ser considerada un derecho fundamental. Quanto a la Metodología empleada, se registra que, en la Fase de Investigación fue utilizado el Método Inductivo, en la Fase de Tratamiento de Datos el Método Cartesiano, y, el Informe de los Resultados expreso en la presente Disertación es compuesto en la base lógica Inductiva.

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação intitulada “O princípio da Propriedade na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: uma análise dos direitos fundamentais em Luigi Ferrajoli e Gregório Peces- Barba”, tem como **objeto** análise do princípio da propriedade como direito (não) fundamental na CRFB/88.

O tema será desenvolvido na linha de pesquisa de **Hermenêutica e Principiologia Constitucional**, dentro da Área de Concentração **Fundamentos do Direito Positivo**.

O **objetivo institucional** é a obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI, enquanto que o **objetivo geral** visa analisar o Princípio da Propriedade CRFB/88, considerado como direito fundamental ou não, diante das concepções teóricas de Luigi Ferrajoli e Gregório Peces-Barba.

Os **objetivos específicos** da pesquisa constituem-se em: a) verificar a construção histórica da propriedade; b) compreender a propriedade nas Constituições Brasileiras; c) demonstrar a diferenciação das categorias direitos fundamentais e direitos humanos; d) analisar a compreensão teórica de direitos fundamentais na concepção de Luigi Ferrajoli e Gregório- Peces- Barba; e) deduzir se o princípio da propriedade na CRFB/88 é considerado um direito fundamental diante das teorias estudadas.

Os problemas que de início se apresentaram no desenvolver dos trabalhos consubstanciaram-se nas seguintes indagações:

a) O que se entende por Princípios e Direitos Fundamentais, estes devem ser aplicáveis genericamente para toda sociedade?

b) O princípio da propriedade elencado na CRFB/88 no capítulo que fala das garantias e direitos fundamentais, pode ser realmente considerado como um direito fundamental?

Para tanto, levantou-se as seguintes hipóteses:

a) Os princípios são as diretrizes magnas do Ordenamento Jurídico, consideradas as linhas mestras que vão nortear todos os caminhos a serem seguidos por toda sociedade, impondo uma aplicação obrigatória, servindo de orientação aos Operadores do Direito. O Direitos Fundamentais ao lado dos Princípios além de serem considerado linhas mestras, são direitos de 'garantias' que servem para resguardar e proteger os direitos essenciais para uma vida digna, possuindo aplicabilidade imediata, devendo ser aplicáveis a toda sociedade.

b) Entende-se que a propriedade mesmo sendo considerada um direito que possa ser limitado, deve ser entendido como direito fundamental. O Constituinte ao elencar o direito à propriedade ao lado dos demais direitos fundamentais, como o direito à vida, o direito à liberdade, entre outros, o fez no sentido que o Estado deve garantir o direito para quem já o possua, e não no sentido de que o Estado deva ser o garantidor de tal direito para quem não possua, ou seja, dar propriedade para quem não tem. Exemplificando, o Estado não possui o dever de dar a propriedade a quem não tenha, nem mesmo pode considerar o Estado garantidor da vida (vida no sentido de ser um direito fundamental), mas ao contrário, o Estado deve garantir tal direito a partir do momento que se possui, ou seja, a partir do momento em que se é proprietário, ou conforme exemplificado, a partir do momento que se tem vida.

O **relatório da pesquisa** será apresentado em três capítulos. Inicia-se o trabalho no **Primeiro Capítulo** abordando-se a construção histórica da propriedade, apresentando-se as bases introdutórias à compreensão do direito de propriedade e analisando sua evolução em busca de legitimidade desde os primórdios da civilização, até sua concepção atual cuja tendência é humanizar o direito de propriedade.

Por seguinte, analisa-se a evolução história do direito de propriedade no Brasil, bem como, a compreensão constitucionalizada da propriedade nas Constituições Brasileiras.

No **Segundo Capítulo** será abordado aspectos destacados da Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais, e também tratará das aproximações teóricas dos direitos humanos e direitos fundamentais, eis que são frutos de diversas discussões de questão terminológica da palavra.

Por sua vez, será abordado no segundo capítulo um estudo das teorias de Direitos Fundamentais com base nas concepções teóricas do professor Italiano Luigi Ferrajoli e do professor Espanhol Gregório Peces-Barba, onde será apresentado as principais características e requisitos para que tal direito possa ser caracterizado como fundamental.

No **Terceiro Capítulo** será abordado o conceito de Princípios Jurídicos e Princípios Constitucionais na tendência chamada pós-positivismo, na qual são entendidos como normas vinculantes, dotadas de efetiva juridicidade, destacando ensinamentos de juristas estrangeiros e nacionais, em especial José Joaquim Gomes Canotilho.

Por seguinte, será destacado o Tratamento Constitucional da Propriedade na CRFB/88, e também analisada a problemática da eficiência e abrangência dos direitos fundamentais elencados na CRFB/88 com base no professor Brasileiro Ingo Wolfgang Sarlet.

Por fim, será analisado o Princípio da Propriedade elencado no rol de direitos fundamentais na CRFB/88, sustentado nas concepções teóricas de Luigi Ferrajoli e Gregório Peces-Barba, para compreender se a propriedade pode ser ou não considerada um direito fundamental.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as **Considerações Finais**, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre os verdadeiros e latentes objetivos do Direito de propriedade ser ou não um direito fundamental.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação¹⁰ foi utilizado o Método Indutivo¹¹, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano¹², e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Dissertação é composto na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente¹³, da Categoria¹⁴, do Conceito Operacional¹⁵ e da Pesquisa Bibliográfica¹⁶.

As traduções realizadas no corpo da presente pesquisa foram feitas pela autora a qual se responsabiliza pelo conteúdo ali descrito

Deixa-se consignado que o trabalho renuncia a pretensão de completude em razão dos extremados aspectos e questionamentos que o tema suscita.

Desta feita há que considerar que o propósito é contribuir, de alguma forma, para a discussão sobre o princípio da propriedade ser ou não um direito fundamental em nossa Constituição, e conforme demonstrado, fora

¹⁰ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

¹¹ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

¹² Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

¹³ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

¹⁴ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

¹⁵ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

¹⁶ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

utilizado para a presente análise o estudo de direitos fundamentais dos doutrinadores Luigi Ferrajoli e Gregório Peces-Barba.

CAPÍTULO 1

CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE

O primeiro capítulo faz abordagem da construção histórica da propriedade, apresenta as bases introdutórias à compreensão do direito de propriedade, analisando sua evolução em busca de legitimidade, seus fundamentos e antecedentes históricos Mundial.

Após, analisa a evolução histórica do direito de propriedade no Brasil, por fim, trata sobre a compressão contemporânea e constitucionalizada da propriedade na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo que, a presente pesquisa está voltada ao Princípio Constitucional da Propriedade.

1.1 FUNDAMENTOS E ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA PROPRIEDADE

Norberto Bobbio¹⁷ afirma que o termo propriedade “[...] deriva do adjetivo latino *proprius* e significa que é de um indivíduo específico ou de um objeto específico, sendo apenas seu”.

O termo propriedade “deriva do latim *proprietas* que informa a qualidade de próprio, ou seja, que pertence a alguém por direito e que, ao mesmo tempo, pode fazer uso do bem, objeto do citado direito, da forma que melhor lhe convier”¹⁸.

Quando analisado o termo etimológico, decorre o sentido jurídico de que a propriedade é o direito de dispor de alguma coisa de modo pleno, podendo fazer com o seu objeto tudo que não está vedado por lei. Dessa

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: UNB, 1994, p. 1021.

¹⁸ SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. **Propriedade em face da Ordem Constitucional Brasileira**. Cadernos de Direito Consitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 25, 1998.

forma, verifica-se que a idéia de poder implícita é totalmente existente na propriedade, entendida como a capacidade de impor a sua própria vontade.

Por essas e outras várias razões, o termo propriedade sempre foi foco de conflitos sociais, eis o que estava sendo o centro das atenções era a riqueza e o poder dos indivíduos, se constituindo a base do direito privado.

Zenildo Bodnar¹⁹ admite que a propriedade apresenta característica preponderantemente nacionalista, na medida em que seus contornos são formados de acordo com princípios e valores vigentes em um determinado Estado, conforme a sua caracterização política, econômica e social.

Paolo Grossi²⁰ adverte que a nossa tradição cultural, que sempre foi apegada ao estudo do direito Romano, percebeu nos últimos anos da necessidade de ampliar os horizontes teóricos temporais e se deu conta da imprescindível utilidade de uma abordagem do tipo histórico para a compreensão e a crítica da instância jurídica, e assim, passa-se a realizar uma análise histórica do instituto da propriedade.

1.1.1. O DIREITO DE PROPRIEDADE EM ROMA E GRÉCIA

Para que se possa obter um melhor entendimento e para que o tema não se observe vago, delimitou-se a trabalhar a Antiguidade somente dentro do contexto de Roma e de Grécia, pois foram os mais importantes momentos do contexto histórico da propriedade.

Dentro da Antiguidade Clássica, compreendida entre o século VIII a.C e o século V d.C., mais propriamente até o ano 476 d.C., a propriedade passa a possuir grande fator histórico, e a partir dela se inclinaram as religiões, sociedades, os Códigos e Impérios, sendo determinado primeiramente como fato que nasceu com a espontaneidade de todas as manifestações fáticas,

¹⁹ BODNAR, Zenildo. **Curso Objetivo de Direito de Propriedade**. Juruá: Curitiba: 2004,p. 19.

²⁰ GROSSI, Paolo. **História da Propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 02.

e posteriormente recebeu a devida normatização, em atenção às necessidades de coexistência e harmonia²¹.

Para Friedrich Engels²², a primeira forma de propriedade foi a coletiva, onde usavam a terra para seu sustento e sobrevivência, passando mais tarde a ser familiar. A propriedade privada aparece com o surgimento da agricultura e da pecuária, estando nessa fase os gregos da época heróica, as tribos itálicas anteriores à fundação de Roma e os nórdicos.

A história das sociedades primitivas demonstra que estas geralmente passam por três fases distintas, sendo a primeira a agrária, quando a propriedade é comum a todos os membros de uma gens, depois a familiar em que cada família é proprietária de uma porção de terras, transmitidas por sucessão hereditária, e por fim a propriedade individual, exclusiva de cada cidadão²³.

Determinar a origem histórica da propriedade sempre foi um desafio para os filósofos e teóricos, que se dividiam principalmente, em dois grupos: os que afirmavam ser a propriedade um direito natural e independentemente do Estado²⁴ e os que sustentavam que o direito de propriedade nasce somente como consequência do Estado²⁵.

²¹ LOUREIRO, Francisco Loureiro. **A propriedade como Relação Jurídica complexa**. Renovar: Rio de Janeiro, 2003, p. 07.

²² ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Obras escolhidas de Karl Marx e Friedrich Engels, Tradução Leandro Konder, v. 3 Rio de Janeiro, p. 26-46.

²³ PETIT, Eugene. **Tratado Elemental de derecho romano**. Tradução de José Fernande Gonzáles. Buenos Aires: Editorial Alabastros, p. 245.

²⁴ Dentre eles: **John Locke** que está entre os filósofos chamados empiristas, por compartilharem a ciência junto à filosofia, valorizando a experiência como fonte do conhecimento. Locke rejeitava a doutrina das idéias inatas e afirmava que todas as nossas idéias tinham origem no que era percebido pelos sentidos, em sua obra *Primeiro tratado sobre o governo civil*, critica a tradição que afirmava o direito divino dos reis, declarando que a vida política é uma invenção humana, completamente independente das questões divinas. Em sua obra *Segundo tratado sobre o governo civil*, expõe sua teoria do Estado liberal e a propriedade privada.

²⁵ Dentre eles: **Thomas Hobbes** que está entre os filósofos que defendiam uma filosofia política, explanando seus pontos de vista sobre natureza humana e sobre a necessidade de governos e sociedades e **Jean Jaques Rousseau** considerado figura marcante do iluminismo francês, defendia que todos os homens nascem livres, e a liberdade faz parte da natureza do homem, tendo inspirado todos os movimentos que visavam uma busca pela liberdade.

Cumprido, então, salientar que neste trabalho a corrente adotada é a segunda, onde o Estado que proporcionará o nascimento da propriedade.

Em Roma a propriedade privada, ligava-se estritamente à religião, à adoração ao deus-lar, integrando a esfera mais íntima da família.

Para Fustel de Coulanges²⁶, a família estava ligada ao altar e esta à terra. Fixada a família no solo, instalava-se ali o lar e os seus respectivos deuses, conferindo um caráter sagrado à posse e à propriedade. Somente os familiares podiam assistir ao culto dos seus próprios deuses, o que originou a necessidade de criação de limites, mediante muros, fossos ou cercados entre as casas.

Na Antiguidade (séc. VIII a.C a séc. V d.C.) a propriedade tinha caráter divino, ela integrava a religião doméstica, era vinculada aos bens de família e usada para adorar os deuses domésticos, pessoas da família que já tinham falecido²⁷.

Nesse contexto, a propriedade apresentava-se como um direito absoluto, não existindo limites ou restrições, irrenunciáveis e inalienáveis.

A história da propriedade surge desde o aparecimento dos povos primitivos, sendo que na Grécia antiga (776 a 323 a.C.) vigorava a propriedade familiar, consoante a prática da divisão e atribuição de terras entre os clãs, limitando-se a propriedade individual aos bens móveis, observando-se que a diferença entre a propriedade ligada à religião, comentada alhures, e a familiar²⁸.

²⁶ COULANGES, de Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 94.

²⁷ Para melhor elucidar sobre o tema, importante apresentar a existência de outra corrente doutrinária que entende que a propriedade não se originou na família, e sim na comunidade de clã, passando esta para a comunidade de aldeia, evoluindo para a propriedade familiar e por fim para a propriedade individual. *In*: LOUREIRO, Francisco Loureiro. **A propriedade como Relação Jurídica complexa**. 2003, p. 08.

²⁸ LOUREIRO, Francisco Loureiro. **A propriedade como Relação Jurídica complexa**. 2003, p. 14

Desde o período Pré Clássico Romano concebia-se o instituto do direito de propriedade, que define a divisão da sociedade em classes, determinando o poder econômico e político para quem detém o poder jurídico de dispor sobre a propriedade²⁹.

Francisco Quintanilha Vêras Neto³⁰, afirma que:

O povo romano foi o primeiro a conceber a autonomia da ciência jurídica, tendo nisso 13 séculos de experiência que nos legou o que hoje se denomina Direito Romano. Portanto, não se pode desprezar tal fonte para estudo e crítica de qualquer instituto atual, por ele influenciado.

Na sociedade Romana, houve a distinção entre os conceitos de direitos reais (poder de senhorio direto sobre a coisa) e pessoais (atuação sobre a conduta de uma pessoa) não sendo conhecida por seus jurisconsultos.³¹

Durante a fase Romana³², não foi possível traçar uma definição do direito de propriedade, sendo que durante esse período foram

²⁹ NETO, Fransico Quintanilha Vêras. **Fundamentos de Histórica do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 137.

³⁰ NETO, Fransico Quintanilha Vêras. **Fundamentos de Histórica do Direito**, 2008, p. 137.

³¹ LOUREIRO, Francisco Loureiro. **A propriedade como Relação Jurídica complexa**, p. 14

³² Os bens no Direito Romano eram divididos em *res Mancipi* - isto é, imóveis situados em solo itálico, escravos, animais de carga e servidões rústicas mais antigas, como aquedutos – e *res necc Mancipi* - todas as demais *res*, inclusive as obrigações. Dentre as formas de aquisição originária no Direito Romano, destacavam-se a ocupação e a intervenção (aquisição do tesouro) e a união de coisas (acessão), a especificação e a aquisição de frutos. A ocupação consistia na posse de um bem comércio que não estivesse sob domínio de ninguém, bastando o estabelecimento do poder de fato com animus *domini* para que fosse reconhecido o direito de propriedade, a caça e a pesca constituíam os casos mais freqüentes de aquisição por ocupação. A Intervenção era o nome dado à descoberta de um tesouro desaparecido há muito tempo e cujo dono tornou-se desaparecido, onde sua propriedade era dividida em partes iguais entre o descobridor (inventor) e o proprietário do terreno onde fora encontrado o bem, salvo se o descobridor tivesse incumbido de procurar a coisa pelo proprietário, hipótese em que o bem pertenceria integralmente a este. A acessão de um imóvel a outro dava-se por aluvião – acréscimo causado por depósitos e aterros naturais ou, ainda em razão de desvio de águas fluviais -, por avulsão, ajuntamento de uma porção de terra que se desprende de outro prédio por uma força natural violenta – e por álveo abandonado, ou seja, trecho do antigo leito de um rio que desviou de curso, cuja propriedade era dividida entre os proprietários das duas margens. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. A propriedade no Direito Ambiental. p. 61.

apresentadas quatro modalidades ou situações de propriedades, quais sejam: quiritária, pretoriana, provincial e peregrina³³.

A propriedade quiritária foi a primeira propriedade ser reconhecida na sociedade romana, neste sentido Cássia Celina Paulo Moreira da Costa³⁴ traça algumas considerações:

A aquisição da propriedade quiritária imóvel, ocorreu, inicialmente, em torno do ano 500 a.C., por meio da concessão, em caráter precário, pelo Estado Romano, do *ager publicus* (terras do Estado Romano) aos súditos romanos pertencentes a gens (conjunto de pessoas que pela linha masculina descendem de um antepassado comum); era uma espécie de direito de propriedade sobre as terras a eles arrendadas, sendo tal direito denominado *ex iure Quiritium*.

A propriedade quiritária era definida como: “[...] de ordem estritamente nacional, exercida sobre solos romanos ou itálicos e por proprietários romanos. Adquiria-se pela *mancipatio* (imóveis) e *traditio* (móveis), assim como gozava de proteção pelo rei *vindicatio*”³⁵.

Thomas Marky³⁶ sobre a propriedade quiritária apresenta alguns requisitos essenciais e obrigatórios para sua configuração:

Pressupõe, naturalmente, que seu titular seja cidadão romano. Outro pressuposto é que a coisa, sobre que recaía a propriedade quiritária, possa ser objeto dela. Então nesta condição todas as coisas corpóreas, *in commercio*, exceto os terrenos provinciais. Terceiro pressuposto é que a coisa tenha sido adquirida, pelo seu titular, por meio reconhecido, pelo *ius civile*.

Na propriedade quiritária havia proteção do Estado, sendo que gozava de imunidade fiscal, eis que a cobrança tributária representaria

³³ LOUREIRO, Francisco Loureiro. **A propriedade como Relação Jurídica complexa**, p. 15

³⁴ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da Costa. **A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 06.

³⁵ LOUREIRO, Francisco Loureiro. **A propriedade como Relação Jurídica complexa**, p. 16

³⁶ MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 69.

diminuição à onipotência do poder familiar, exercendo um poder político e jurisdicional sobre o núcleo familiar. A soberania do poder familiar identificava-se com os bens da propriedade da família, pois no direito romano não havia distinção entre os direitos civis e os direitos políticos³⁷.

Os Romanos conheceram o poder mais absoluto que uma pessoa podia ter sobre uma coisa, a propriedade quiritária, o direito de utilizar como quiser, de desfrutar e de receber os seus frutos, de dispor livremente³⁸.

Em Roma, diferentemente do que sucedeu entre outros povos como o grego, a propriedade individual, constitui-se sob um aspecto muito forte, e o gênio jurídico da raça mais energicamente o reforçou. Os juristas deram ao conceito de propriedade o sentido mais rigoroso do mundo, porquanto foi tida como um direito absoluto, armada dos meios de defesas mais eficientes³⁹.

Diante da intensificação do direito de propriedade, no Período Clássico (126 a.C à 305 d.C), as terras conquistadas foram reconhecidas como propriedade pretoriana, propriedade provincial e propriedade peregrina.

A propriedade pretoriana, ou denominada bonitária, foi desenvolvida pela jurisprudência do pretor, magistrado romano, protegendo o adquirente de uma coisa, contra quem não tinha transferido mediante ato formal. Isso fez nascer a necessidade de proteger o adquirente de uma situação iníqua, apta que se acostumassem à correta aquisição da propriedade pelo usucapião⁴⁰.

Como consequência das relações entre peregrinos e romanos, os modos de aquisição da propriedade de *ius gentium* (tradição e ocupação) passaram a permitir que os bens desses estrangeiros fossem objeto de uma verdadeira propriedade, embora distinta da quiritária, podendo ser

³⁷ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da Costa. **A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada**, p. 07.

³⁸ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da Costa. **A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada**, p. 08.

³⁹ SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p. 234.

⁴⁰ LOUREIRO, Francisco Loureiro. **A propriedade como Relação Jurídica complexa**, p. 16.

provincial ou peregrina, dependendo de quem fossem os sujeitos a negociá-las e da localização do solo⁴¹.

Francisco Quintanilha Vêras Neto⁴² sustenta que: “também denominada propriedade pretoriana ou bonitária, a relação *in bonis habere* era exercida sobre a propriedade quiritária. Havia assim, dois, tipos de proprietário: o quiritário e o bonitário”.

A propriedade provincial era estabelecida de acordo com os imóveis situados nas províncias – pertencentes ao povo romano, sobre os quais apenas se deferia a posse aos particulares, mediante o pagamento de certa quantia. Tal posse, porém, era transmissível aos herdeiros, alienável e gozava de proteção de ação real⁴³.

Outra espécie de propriedade, a provincial, destinava-se apenas aos bens imóveis situados nas províncias romanas, às quais o *ius Italicum* não tivesse abrangido. O Estado Romano era o proprietário do solo dessas províncias, mas os ocupantes dessas terras particulares possuidores, que poderiam alienar, transmitir aos herdeiros e defender seu direito por ação real concedida pelos magistrados provinciais. Esse direito *possessio* era adquirido através do pagamento de tributos⁴⁴.

Por fim, a propriedade peregrina definia-se pela “[...] necessidade de se garantir aos peregrinos que não possuíam o *ius commercii*-situação de fato que lhes garantisse proteção do Estado contra terceiros, para defesa de seus bens. Criou-se a verdadeira propriedade fato, análoga à quiritária”⁴⁵.

As modalidades apresentadas de propriedade na fase romana tiveram origem na posse, destacando que: “o acesso à propriedade

⁴¹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**, p. 09.

⁴² NETO, Fransico Quintanilha Vêras. **Fundamentos de Histórica do Direito**, 2008, p. 138.

⁴³ LOUREIRO, Francisco Loureiro. **A propriedade como Relação Jurídica complexa**, p. 16.

⁴⁴ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da Costa. **A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada**, p. 09.

⁴⁵ LOUREIRO, Francisco Loureiro. **A propriedade como Relação Jurídica complexa**, p. 16

durante vários séculos ficou restrito a cidadãos de determinada classe social. O direito de propriedade constituía verdadeiro privilégio”⁴⁶. A crise do Império Romano no Século III proporcionou a ocorrência de invasões bárbaras, resultando no surgimento de desconhecidas espécies de propriedade. Com o surgimento do período Pós-Clássico (305 a 565 d.C.), houve unificação de todas as propriedades apresentadas no Direito Romano, devido à grande extensão da cidadania romana à quase todos os habitantes do Império Romano.

Na última fase do Império Romano com o crescimento desmesurado de latifúndios e o gradual enfraquecimento da autoridade estatal, nasceram alguns tipos precários de propriedade, de características pré-feudais, e por seguinte, as invasões bárbaras provocaram profundas modificações no sistema proprietário romano⁴⁷.

Francisco Eduardo Loureiro⁴⁸ sustenta que:

A queda do Império Romano e a ausência de uma autoridade central dotada de poder efetivo causou a confusão de soberania com a propriedade. O proprietário de terras, assumiu poderes políticos sobre os camponeses que lá trabalhavam, impondo-lhe uma série de restrições à liberdade pessoal.

Em função da supressão da imunidade fiscal das terras itálicas e a ampliação de seus limites, as quatro categorias existentes são oficialmente extintas por Justiniano, ao ordenar a unificação do domínio⁴⁹.

Diante das concepções apresentadas, a evolução histórica da propriedade no período Romano passava de coletiva para individual gradativamente. Num primeiro momento a relação jurídica de propriedade incide sobre os objetos destinados à sobrevivência; após engloba os bens pessoais que poderiam ser trocados; depois é estendida aos meios de produção e trabalho, e

⁴⁶ OLIVEIRA, Francisco Cardoso. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**, São Paulo: Forense, p. 99.

⁴⁷ LOUREIRO, Francisco Loureiro. **A propriedade como Relação Jurídica complexa**, p. 18

⁴⁸ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**, p. 18.

⁴⁹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**, p. 11.

por fim, passa a ser um direito individual e exclusivo como no sistema capitalista⁵⁰.

1.1.2 O DIREITO DE PROPRIEDADE NA IDADE MÉDIA

A definição do direito de propriedade surge a partir da Idade Média, através dos fragmentos de diversos escritos, e com isso surgem definições muito difundidas, como por exemplo, a da faculdade natural de se fazer o que se quiser sobre a coisa, exceto aquilo que é vedado pela força ou pelo direito⁵¹.

Com o advento do feudalismo⁵², entre os séculos IX e XVI, houve uma nova forma de relação intersubjetiva denominada servidão ou vassalagem, sistema pelo qual o servo, apesar de possuidor da terra submete-se ao poder do senhor feudal, a quem deve tributos e prestações pessoais para que possa permanecer em suas terras.

Os pequenos proprietários colocavam-se sob a guarda de um grande senhor, tornando-se assim vassalos. Cediam a terra à este, que, por seu lado, lhes transmitia o seu gozo, a sua fruição. [...] No começo, o sistema era passageiro, cessava com a morte de senhor ou vassalo, embora pudesse ser instituído novamente. Depois se tornou hereditário. Eram chamados de *feodum*, de onde veio a palavra feudal⁵³.

Na Idade Média uma de suas principais características foi à existência do feudalismo, e na concepção de Cássia Celina Paulo Moreira da Costa⁵⁴:

⁵⁰ BODNAR, Zenildo. **Curso Objetivo de Direito de Propriedade**, p. 19.

⁵¹ LOUREIRO, Francisco Loureiro. **A propriedade como Relação Jurídica complexa**, p. 15

⁵² O Feudalismo foi um modo de organização social e político baseado nas relações servo-contratuais, teve suas origens na decadência do Império Romano, e predominou durante a Idade Média.

⁵³ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**, p. 18.

⁵⁴ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da Costa. **A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada**, p. 13.

O regime de propriedade feudal fundamentava-se na unidade de produção (domínio, senhoria ou manor), na qual existiam três formas de posse da terra: posse coletiva nos bosques e pastos, onde os servos colhiam frutos, cortavam madeira e os senhores caçavam; reserva manso senhorial, que era a metade da terra cultivada, uma propriedade privada; e manso servil ou tenência, uma propriedade onde o servo e não mais o escravo, usava terra, mas o dono era o senhor.

O feudo a princípio, por ser vitalício e decorrer da personalidade do contrato entre o senhor e o vassalo, era inalienável, porém, com a prevalência do princípio a patrimonialidade se tornou hereditário e alienável, com o pagamento ao senhor de indenização pecuniária quando da transmissão.

John Gilissen⁵⁵ afirma que os poderes típicos da propriedade já se encontravam nas mãos dos tenentes há alguns séculos, remanescendo com o senhor feudal apenas o domínio útil, ou seja, direito à percepção de rendas. De algum modo, segundo o autor, restabeleceu-se o antigo *dominium* romano, pondo fim ao período em que predominou a propriedade dividida.

Nesse contexto, o conceito de propriedade abandona o caráter unitário existente em tempos Antigos, e passa a consagrar uma superposição de direitos sobre o mesmo bem, dando a cada um deles a mesma natureza, mas uma densidade diferente⁵⁶

A propriedade Medieval através dos bens imóveis era caracterizada como o principal bem de produção da estrutura econômica do feudalismo.

Com o passar dos tempos, foram concedidos aos trabalhadores das terras dos senhores feudais, o direito de possuí-las com algum

⁵⁵ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 645-647.

⁵⁶ WALD, Arnoldo. **Novas Dimensões do Direito de Propriedade**, p. 11.

ônus obrigacional. Contudo, não eram considerados proprietários, eis que tal direito pertencia às famílias nobres, sendo somente concedido à tais trabalhadores um direito real sobre coisa alheia⁵⁷.

Dessa forma, a exploração das terras tornou-se um vínculo entre os que possuíam, mas não a cultivavam, e aqueles que trabalhavam, mas não eram donos. Há a existência de duas classes sobre a mesma terra, os que utilizavam economicamente as terras e os frutos ali percebidos, mas não eram considerados proprietários, e os que eram proprietários, mas não utilizavam economicamente das terras⁵⁸.

À época do feudalismo, a propriedade civil trazia aos senhores feudais um poder político, com a capacidade de julgar, tributar e legislar, inerentes a sua condição de detentor do domínio eminente, harmonizados com o domínio civil do respectivo soberano⁵⁹.

A Idade Média, por sua vez, elaborou um conceito todo próprio de propriedade, indo de encontro ao exclusivismo dos romanistas e introduzindo uma superposição de titulares de domínio, de densidades diferentes, que se mantinham paralelas umas às outras. A valorização do solo e a estreita dependência entre o poder político e a propriedade de terras criaram uma identificação entre o tema da soberania e o da propriedade, que é do senhor feudal, e o domínio útil do vassalo. Em outras palavras, havia uma delegação de poderes do suserano ao vassalo e a criação de certas obrigações de caráter financeiro e militar do vassalo em relação ao suserano⁶⁰.

A crise do Período Feudal foi ocasionada por epidemias, explorações agrícolas, lutas da burguesia contra a nobreza, etc, sendo que a

⁵⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**, p. 14.

⁵⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**, p. 19-20.

⁵⁹ ARONE, Ricardo. **Propriedade e Domínio: Reexame Sistemático das Nações Nucleares de Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 153

⁶⁰ LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos**. Ed. Livraria do Advogado, 1998, p. 42-43.

Idade Média foi marcada por conflitos que envolveram a nobreza e os camponeses, ocasionando grande preocupação com um novo sistema de justiça atrelada ao valor moral do indivíduo e não suas posses.

Assim sendo, no período da Idade Média a propriedade perde o caráter exclusivista, em decorrência ao sistema feudal, passando a ser exercida com a superposição de domínios com graus variados, dependendo da natureza dos feudos. Esse sistema perdurou até a Revolução Francesa⁶¹.

Para Paolo Grossi⁶², a Era Medieval não é considerada um período negro da história, ou um mero intervalo entre a Roma Clássica e o Renascimento europeu. Para o autor tratou-se de um período fertilíssimo, inclusive, sobretudo para o Direito (principalmente na assim chamada baixa Idade Média), em que se foi possível ver o florescimento de uma ciência jurídica elaboradíssima, com fineza e requintes teóricos, e, acima de tudo, foi possível verificar uma experiência histórica em que o direito não se fazia impor por um direito público.

A Idade Média é uma época em que o direito não é aprendido e instrumentalizado pela política, é uma época em que o direito é exercido, se aplica e se impõe independentemente do Estado, caracterizando uma época de “um direito sem Estado”⁶³.

1.2 A CONCEPÇÃO MODERNA DE PROPRIEDADE

No Século XVIII, a propriedade inspirada no constitucionalismo liberal, perdeu seu caráter divino e ganhou novo fundamento, transformando-se em garantia fundamental de liberdade do cidadão, contra a intervenção do Estado. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em

⁶¹ BODNAR, Zenildo. **Curso Objetivo de Direito de Propriedade**, p. 20.

⁶² GROSSI, Paolo. **História da Propriedade e outros ensaios**, p. 03

⁶³ GROSSI, Paolo. **História da Propriedade e outros ensaios**, p. 03.

1789⁶⁴ eleva a propriedade como direito natural, inerente e imprescritível à pessoa humana⁶⁵.

A concepção de elevar a propriedade como direito natural, foi determinada pela Igreja Católica, afirmando que o direito de possuir bens individualmente não provém da lei dos homens, mas da natureza; a autoridade pública não pode aboli-lo, porém somente regular o seu uso e acomodá-lo ao bem do homem⁶⁶.

A doutrina dos direitos do homem nasceu da filosofia jusnaturalista, a qual – para justificar a existência de direitos pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente do Estado – partiria da hipótese de um estado de natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade; e o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas⁶⁷.

Para os jusnaturalistas, no estado de natureza, os homens são livres, pois não há limites na busca de seus desejos, somente a instituição de um poder civil é capaz de obrigar os homens a respeitarem os pactos, garantindo a paz e a segurança.

Thomas Hobbes⁶⁸ considerava que para ser assegurado o direito à propriedade, necessário se faz a tutela estatal, pois o homem encontrando-se em seu estado de natureza, tem a posse sobre todos os bens existentes.

⁶⁴ Conforme disposto no Artigo XVII da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: 1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outro. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade

⁶⁵ LOUREIRO, Francisco Loureiro. **A propriedade como Relação Jurídica complexa**, p.09.

⁶⁶ LOUREIRO, Francisco Loureiro. **A propriedade como Relação Jurídica complexa**, p. 10.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**, p. 73.

⁶⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Coleção os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 103.

O direito de natureza, isto é, a liberdade natural do homem, pode ser limitado e restringido pela lei civil; mas, a finalidade das leis não é outra senão essa restrição, sem a qual não será possível haver paz. E a lei não foi trazida ao mundo para nada mais senão para limitar a liberdade natural dos indivíduos, de maneira tal que eles sejam impedidos de causar danos uns aos outros, e em vez disso se ajudem e unam contra o inimigo comum⁶⁹.

A nova sociedade decorrente dessas condições econômicas dividiu-se em homens livres e escravos, e assim, surge a figura do Estado, com função primordial de suprimir as lutas de classe e que embora nascido com o propósito de conter os antagonismos sociais, converte-se em instrumento de exploração e de opressão da classe dominante⁷⁰.

O objetivo central dos fundamentos da propriedade é constituir a propriedade como garantia da individualidade humana, considerada uma condição de existência e de liberdade do homem que, sem ela, não poderia obter desenvolvimento intelectual e moral⁷¹.

Em síntese a propriedade tem como fundamento o direito à liberdade, entendido no sentido de livre e, sobretudo justo acesso à utilização dos bens, mecanismo capaz de prover o desenvolvimento máximo da pessoa e de sua dignidade⁷².

Com o advento da Idade Moderna, diante de vários incrementos, é trazida a tendência ideológica e jurídica de justificar e facilitar ao máximo a plena expansão da propriedade privada.

⁶⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**, p. 163.

⁷⁰ LOUREIRO, Francisco Loureiro. **A propriedade como Relação Jurídica complexa**, p. 11

⁷¹ LOUREIRO, Francisco Loureiro. **A propriedade como Relação Jurídica complexa**, p. 11

⁷² LOUREIRO, Francisco Loureiro. **A propriedade como Relação Jurídica complexa**, p. 14

O Mercantilismo e a Revolução Industrial foram os principais fatores para que a propriedade passasse a ter um fim em si mesmo, ou seja, servindo de capital para gerar mais capital⁷³.

O Código Napoleônico, inspirador da sistematização do direito moderno disponha, em seu artigo 436, que a propriedade é “o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos”. O presente Código além de fixar em termos legais o nascimento da propriedade moderna, vai colocá-la como um modelo extensível a toda a sociedade organizada nas fronteiras da atividade mercantil/capitalista⁷⁴.

Com o Código Napoleônico temos, concretamente, as bases do processo continuado da privatização de todo o processo continuado da privatização de todo o conjunto da natureza, perpassando pela propriedade imobiliária até alcançar a propriedade intelectual. Terras, plantas, animais, água e até mesmo modos de fazer tornam-se propriedade privada e, por consequência seu uso comum se vai⁷⁵.

O modelo de propriedade definido pelo Código Napoleônico decorre do pensamento político de John Locke⁷⁶, o qual apresenta como fundamento da propriedade o trabalho individual.

John Locke⁷⁷ considera a propriedade a base da liberdade humana, e assevera que este direito só existe com a formação do Estado, pois este tem como finalidade sua proteção. Para o autor, o estado natural baseia-se

⁷³ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da Costa. **A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada**, p. 46.

⁷⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 99.

⁷⁵ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **A propriedade no Direito Ambiental**. 3 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008, p. 66.

⁷⁶ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**, p. 46.

⁷⁷ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**, p. 45-49.

na total liberdade dos homens sobre todas as coisas, onde o homem se guia pela razão e pela liberdade, tendo como objetivo primordial a preservação da paz.

Na concepção do referido autor⁷⁸, a propriedade se distinguia em dois sentidos, um bastante amplo no qual inseria o direito de vida, de liberdade e de propriedade. O outro sentido, restrito, acreditava que a propriedade era um direito natural do indivíduo, fundamentado em seu trabalho.

[...] apesar da natureza se oferecer a nós em comum, por ser o homem senhor de si próprio dono e dono de si mesmo, das duas ações e do trabalho que executa, tem ainda em si mesmo os fundamentos da propriedade; e tudo aquilo que se aplica ao próprio sustento ou conforto, quando as intervenções e as artes aperfeiçoam as conveniências da vida, é totalmente propriedade sua não pertencendo a mais ninguém⁷⁹.

Na ótica liberal tudo gira em torno da disciplina positiva dos instrumentos de circulação de riqueza, da qual a propriedade é o símbolo jurídico. A liberdade para contratar pressupõe a igualdade formal das pessoas e está indissociavelmente ligada à liberdade de o proprietário utilizar livremente a coisa, de acordo com sua natureza. Mais ainda, sem propriedade não há liberdade, mas de modo inverso, não pode haver propriedade sem liberdade de gozá-la e de fazê-la circular sem nenhum limite⁸⁰.

O Liberalismo e a concepção individualista da propriedade têm como principal embasamento a teoria de John Locke⁸¹, pois para o autor a propriedade é reconhecida como condição essencial e verdadeira da liberdade.

Neste contexto, surgem mais duas outras concepções: a econômica e a materialista.

⁷⁸ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**, p. 47.

⁷⁹ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**, p. 47.

⁸⁰ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**, p. 29.

⁸¹ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**, p. 47.

A propriedade, na concepção econômica, é uma resposta à escassez, considerando que quando muitos são os recursos, não há necessidade de se apropriar deles, eis que estão disponíveis em comum gratuitamente. Quando se tornam escassos, nascem conflitos e há necessidade de apropriação individual para a garantia da subsistência própria, no intuito de evitar o aniquilamento dos recursos⁸².

Segundo a concepção dos materialistas, a desigualdade de riquezas decorrente da divisão social do trabalho e do surgimento da moeda, proporcionou a concentração da propriedade do solo nas mãos de uma minoria que passou a exercer o controle cada vez maior sobre os meios de produção. Com isso surgiram novos institutos, como os grandes latifúndios, a hipoteca e a disponibilidade dos bens imóveis⁸³.

Para Jean Jaques Rosseau⁸⁴, houve a necessidade da formação do Estado através da perda das liberdades naturais e ilimitadas existentes no Estado de natureza, para então, haver aquisição das liberdades civis reguladas e limitadas pela vontade geral. Afirma que o direito de propriedade é o mais sagrado dos direitos dos cidadãos e mais importante que própria liberdade, pois todos os direitos civis fundam-se na propriedade, e se abolir este, nenhum outro pode subsistir.

O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural de um direito ilimitado a tudo quanto aventura e pode alcançar. O que com ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui. A fim de não fazer um julgamento errado dessas compreensões, impõe-se distinguir entre liberdade natural, que só conhece limites nas forças do indivíduo, e a liberdade civil, que se limita pela vontade geral, e, mais, distinguir a posse, que não é

⁸² LOUREIRO, Francisco Loureiro. **A propriedade como Relação Jurídica complexa**, p. 11.

⁸³ LOUREIRO, Francisco Loureiro. **A propriedade como Relação Jurídica complexa**, p. 11.

⁸⁴ ROSSEAU, Jean-Jaques. **Do Contrato Social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 37-40.

senão o efeito da força ou o direito do primeiro ocupante da propriedade, que só pode fundar-se num título positivo⁸⁵.

A negação do absolutismo terá como desdobramento a apresentação de um novo estado liberal, e o liberalismo apregoará que o Estado deve limitar-se a ser garantidor das relações estabelecidas pelos particulares, promovendo a proteção da vida, da segurança individual das pessoas e da propriedade⁸⁶.

Considera-se que o marco para o início da Idade Moderna⁸⁷ é a Revolução Francesa⁸⁸, e ao contrário do sistema feudal consolidado em proposições e valores absolutos e teológicos, a propriedade recebe nova concepção, principalmente nos aspectos jurídico e político-ideológico⁸⁹.

A Revolução Francesa reagiu às formas imprecisas do direito de propriedade medieval, inadequadas às exigências do capitalismo industrial do final do século XVIII, desfragmentando a propriedade e restaurando o *dominium* do Direito Romano, com o restabelecimento de uma clara distinção entre direito reais e direitos pessoais. O conceito da plena *in re potestas* advindo da concepção do instituto romanístico do direito de propriedade trará ao proprietário um poder geral e quase absoluto sobre os bens. A complexa estrutura feudal de múltiplos direitos reais sobre a terra é substituída por uma organização territorial simplificada. O novo

⁸⁵ ROSSEAU, Jean –Jaques. **Do Contrato Social**, p. 42-43.

⁸⁶ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **A propriedade no Direito Ambiental**, p. 68.

⁸⁷ “O advento da modernidade é marcado pela tentativa de fazer derivar o direito de propriedade privada do direito natural, de usar em comum os bens exteriores e, depois, pela identificação do problema da propriedade com o problema da sua aquisição e a conseqüente marginalização da categoria do uso dos bens. Talvez melhor, o direito natural de usar os bens para prover ao sustento próprio é, a partir de então, desligado do problema da propriedade. É a partir deste momento com a teoria de Locke que a propriedade surge encarada como uma instituição a justificar em si mesma e já não em termos instrumentais, isto é, em função do papel que é chamada a desempenhar com vista a garantir a independência do cidadão.” In BRITO, Miguel Nogueira de. **A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 642.

⁸⁸ A Revolução é considerada como o acontecimento que deu início à Idade Contemporânea. Aboliu a servidão e os direitos feudais e proclamou os princípios universais de "Liberdade, Igualdade e Fraternidade" (Liberté, Egalité, Fraternité), frase de autoria de Jean-Jacques Rousseau.

⁸⁹ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da Costa. **A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada**. 2003, p. 29.

conceito de propriedade estará claramente impregnado dos valores da ideologia liberal, que busca legitimá-lo a partir de fundamentos jusnaturalistas⁹⁰.

A Revolução Francesa procurou dar um caráter democrático à propriedade, cancelando direitos antigamente perpétuos, abolindo privilégios, e com isso, a propriedade mudava suas concepções tradicionais para servir a uma nova classe social em busca de poder: a burguesia⁹¹.

Por fim, John Gilissen⁹², em uma perspectiva histórica apresenta uma classificação da propriedade em quatro categorias, quais sejam: comunitária, dividida, individualista e coletiva, devendo ser observado que as quatro modalidades não apareceram isoladamente e sucessivamente, mas sim conviveram e convivem simultaneamente, muitas vezes em um mesmo sistema jurídico.

A propriedade Comunitária sobreviveu na cultura do Ocidente durante a Idade Média e considerava que a terra pertencia ao clã e num segundo momento à família. Seu objetivo era “construir a garantia de sobrevivência para os membros de uma comunidade plurifamiliar, com função nitidamente alimentar”⁹³.

A propriedade dividida permaneceu na Idade Média da época Feudal até o término do antigo regime. Dentre várias tendências, destacam-se o feudo e o censo⁹⁴.

⁹⁰ GONÇALVES, Aderbal da Cunha. **Da propriedade resolúvel** – sua projeção na alienação fiduciária em garantia. RT: São Paulo, 1979, p. 29-30.

⁹¹ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea** (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 16.

⁹² GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**, p. 636.

⁹³ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**, p. 21.

⁹⁴ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**, p. 23.

No que tange a propriedade individual, esta perdurou a Revolução Francesa e através da Assembléia Constituinte de 04 de agosto de 1789, decretou oficialmente a destruição do feudalismo, abolindo o solo dos diversos encargos e ônus então existentes⁹⁵.

Francisco Eduardo Loureira⁹⁶ transcorre que: “a propriedade individual foi rebatizada de propriedade pessoal, com o propósito de marcar a utilização unicamente para satisfação das necessidades de seu titular, vedada o gozo com os propósitos de obtenção de renda e de especulação”.

Por fim, a propriedade coletivista é reconhecida nos sistemas socialistas, considerada como um tipo de propriedade cooperativa, na forma de grandes empresas agrícolas organizadas pelo Estado⁹⁷.

Francisco Eduardo Loureiro⁹⁸ considera acerca da propriedade coletiva: “A noção de propriedade, por exemplo, não está ligada ao conceito de direito real, porque todo o direito é feito para regular as relações entre homens, sendo inconcebível na concepção marxista um direito que ligue a pessoa à coisa”.

1.3 CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE PROPRIEDADE

Tem-se como marco ideológico principal da Idade Contemporânea a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimer de 1919.

A Constituição Mexicana de 1917 foi uma das principais constituições existentes, pois foi a partir dela que foi aberto o horizonte dos Direitos civis e políticos para toda a população, sendo incorporados pela primeira

⁹⁵ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**, p. 29-30.

⁹⁶ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**, p. 32.

⁹⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**, p. 30-31.

⁹⁸ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**, p. 30.

vez, além de direitos econômicos e sociais com o conseqüente estabelecimento de restrições à Propriedade privada. Trazia em si a característica de ser ainda democrática. Já apontava, portanto, para a perspectiva de superação da noção liberal de democracia. Sendo que, ao tratar propriamente de propriedade, trouxe o artigo 27 que explanava que “A Nação terá, a todo tempo, o Direito de impor à Propriedade privada as determinações ditadas pelo interesse público [...]”.

A outra Constituição que caracterizou também um marco histórico da Idade Contemporânea foi a de Weimar que iniciou sua elaboração em fevereiro do ano de 1919 na cidade de Weimar na Alemanha, e foi promulgada em 11 de agosto de 1919, com o intuito de promover uma tentativa de conciliação das contradições sociais, esta Constituição inaugura uma nova fase, caracterizada pelo sistema constitucional que influenciará a organização política e jurídica da Época contemporânea e que afetará profundamente o Direito de Propriedade, pois trazia em seu art. 153, que: “A Propriedade obriga e seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social”. Assim, observa-se que a característica marcante desta Constituição é a imposição de limites aos Direitos privados, vinculados às obrigações de cunho social.⁹⁹

Admite-se que desde o final do Século XIX, o individualismo exacerbado defendido pelo liberalismo econômico passou a ser combatido porque a prática liberal e a proporção que provocava a acumulação individual de riquezas, aumentavam os índices de pobreza e agravavam os problemas sociais decorrentes do ônus do desenvolvimento industrial¹⁰⁰.

No Século XX se generalizou a idéia de Estado Social, na tentativa de responder aos desafios decorrentes dos problemas sociais provocados pela prática liberal, que impunha ao Estado o dever de resguardar tão

⁹⁹ CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função Social e ambiental da Propriedade**. Florianópolis: momento Atual, 2003, p. 25.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Francisco Cardoso. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. São Paulo: Forense, p. 122.

somente a liberdade individual e de zelar pelo funcionamento do mercado, sendo substituída pela noção de Estado regulador da atividade econômica, que tem papel ativo na defesa do interesse público. A atuação do Estado não se restringe à garantia da existência do mercado, mas amplia-se para abranger a promoção de políticas sociais destinadas a minimizar os desequilíbrios resultantes do acúmulo de riquezas privadas¹⁰¹.

A compreensão contemporânea da propriedade pode ser admitida como uma relação jurídica¹⁰² complexa, que reúne não só um feixe de poderes, como os de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa, mas também trata de deveres em relação a terceiros proprietários e a terceiros não proprietários¹⁰³.

Para entender a propriedade contemporânea, há necessidade de superar a imposição clássica e constatar que interesse do proprietário não é objeto central da tutela, mas sim, um interesse protegido, em um quadro complexo de outros interesses contrastantes, que o ordenamento reconhece e também tutela com mecanismos similares aqueles postos anteriormente a serviço do *dominus*¹⁰⁴.

A nova propriedade assume, portanto, feição diversa daquela no início do século XX, porque, como relação jurídica complexa, não mais se concebe uma relação completa de subordinação de terceiros frente ao proprietário, nem de vizinhos, nem de outras pessoas naturais, mas sim de situações jurídicas subjetivas do proprietário e situações jurídicas que entrem em conflito com esta e representem centros de interesses opostos¹⁰⁵.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Francisco Cardoso. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**, p. 123.

¹⁰² Entende-se por relação jurídica “[...] o vínculo que o direito estabelece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres. Representa a situação jurídica em que uma ou mais pessoas se encontram a respeito de bens ou interesses jurídicos”. In: AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução, p. 151.

¹⁰³ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. p. 43.

¹⁰⁴ COCO, Giovanni Silvio. **Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà**. Milão: Giuffrè, 1965, p. 241.

¹⁰⁵ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**, p. 47

A trajetória da natureza jurídica da propriedade, considerando-a como direito subjetivo à relação jurídica complexa, ocorreu gradativamente, sendo que o primeiro passo foi incluir em seu conceito os limites e obrigações impostos ao proprietário, denotando afastamento da noção de simples direito subjetivo. Observa-se dessa forma, que o conceito de propriedade vai incorporando, passo a passo, noções de relação jurídica e de deveres do proprietário, em relação a terceiros¹⁰⁶.

1.4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE BRASILEIRA

A perspectiva histórica se faz necessária, com objetivo de demonstrar a origem da propriedade mais próxima de nossos tempos em comparação com a época romana das instituições que deram origem ao nosso direito de propriedade, e também porque grande parte dos problemas de hoje não só quanto à distribuição de terras urbanas ou rurais, mas também quanto à exclusão social de determinadas classes de pessoas, impedindo o acesso ao espaço, necessário e vital à sobrevivência humana¹⁰⁷.

A importância do estudo sobre a origem da propriedade no Brasil inicia-se pela influência da Igreja na expansão ultramarina e na justificação do direito à propriedade sobre as terras conquistadas.

Quando os portugueses aportaram no Brasil, encontraram os naturais da terra, “índios”. Estes exerciam sobre a terra a posse mansa e pacífica, fundamental para sua subsistência, sendo que seu domínio sobre as terras era exercido num sistema de propriedade coletiva, estando sempre aliado à liberdade diante das necessidades de defesa. Os portugueses, então,

¹⁰⁶ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**, p. 48-50.

¹⁰⁷ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 04.

transformaram-nos em inimigos terríveis para tentar combater a vazão do egoísmo conquistador de tais terras¹⁰⁸.

No século XV Portugal era uma potência marítima e seus mercadores ávidos por lucros, voltaram seus olhos para África e Ásia, e dispuseram-se a auxiliar as “ousadas empresas marítimas”, as denominadas Cruzadas^{109, 110}.

Nessa fase estava assentado que o domínio do Universo estava nas mãos de Deus, não admitindo a Igreja outra propriedade que não fosse aquela que Deus houvesse dado a algum povo, e assim, os Reinos da Terra eram sujeitos ao Papa, o qual tinha sobre eles o direito de soberania. Por intermédio da igreja e com “justificativas santas”¹¹¹, terras foram invadidas, apropriadas¹¹².

Os interesses econômicos de conquista de Portugal, fez com que todos aqueles que se negavam ou resistiam a colaborar com a invasão em suas próprias terras, bem como com a dominação e poder exercido, eram injustamente mortos. Eram estes, na visão da época, chamados de gentios,

¹⁰⁸ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**, p. 05.

¹⁰⁹ Entende-se por cruzadas de acordo com Marcos Alcino de Azevedo Torres como : [...] o movimento iniciado na Idade Média a que se denominou cruzadas, fora impulsionado não só por causas religiosas, mas também por causas econômicas. [...] o movimento das Cruzadas levou quase todas as nações a desenvolverem tendências expansionistas”. In: TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**, p. 07.

¹¹⁰ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 06 e 07.

¹¹¹ As justificativas faziam com que reis e conquistadores procurassem assegurar nas concessões e proteção da Santa Sé a legitimidade dos seus descobrimentos e domínios, de modo sempre e indispensavelmente eram levadas ao Papa todas as questões de domínio, ainda que só com o objetivo de autenticação pela expressa complacência do Vaticano, sempre que houvesse o interesse a posse e uso exclusivo das terras. In: LACERDA, Linhares de. **Tratado das Terras do Brasil**. Rio de Janeiro: Alba Ltda, 1960, p. 07.

¹¹² TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**, p. 09.

incrédulos, indignos da posse da terra dada por Deus aos homens de bem, segundo decisão da Igreja Católica¹¹³.

Diante disso, Portugal era considerada a nação mais favorecida pela generosidade dos Papas e pelo Tratado de Alcoçovas¹¹⁴, firmado entre Portugal e Espanha, em 04 de setembro de 1479, assumindo o governo espanhol um compromisso de não interferir nas conquistas ou descobrimentos dos portugueses¹¹⁵.

Nesse período Cristóvão Colombo herdou escrituras, cartas, roteiros, buscando recursos para a expedição que pretendia realizar, procurou, sem êxito, colaboração do rei de Portugal, Dom João II, e diante disso, procurou então a Corte espanhola, onde obteve apoio, zarpando com três caravelas, Santa Maria, Pinta e Nina, e uma vez que não foram utilizados os roteiros da costa da África as caravelas acabaram por aportar em São Salvador¹¹⁶.

Com o descobrimento das terras e o estabelecido no Tratado de Alcoçovas, monarcas espanhóis procuraram o Papa e obtiveram uma nova Bula, a "*Inter Caetera*"¹¹⁷, a qual, alterou o texto fixado anteriormente e estabeleceu em favor dos reis de Castela e Aragão domínios de terras. Dizia o trecho final da Bula:

Portanto a nenhum homem absolutamente seja lícito infringir esta página da nossa exortação, requisição, doação, assinação, investidura, feito, constituição, deputação, mandato, inibição,

¹¹³ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**, p. 09.

¹¹⁴ O Tratado de Alcoçovas foi aprovado pela Bula "*Aeterni Regis*" de 21 de junho de 1481, do Papa Xisto IV, confirmando todas as concessões feitas a Portugal pelos Papas anteriores.

¹¹⁵ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. p. 11, apud, PORTO, Costa. **Estudo sobre o sistema sesmarial**. Recife: Imprensa Universitária, 1965, p. 19.

¹¹⁶ LACERDA, Linhares de. **Tratado das Terras do Brasil**. Rio de Janeiro: Alba Ltda, 1960, p. 27.

¹¹⁷ A Bula "*Inter Caetera*" estabelecia o domínio de todas as ilhas, terras firmes achadas e por achar, descobertas ou por descobrir, para o ocidente e Meio-Dia, em direção à Índia ou em direção a qualquer parte, a qual linha diste de qualquer das ilhas dos Açores e Cabo Verde, cem léguas para o oriente e Meio-Dia, estatuinto como pena para a desobediência a excomunhão.

indulto, extensão, ampliação, concessão, vontade e decreto, ou opor-lhe-se-lhes com ousadia temerária. Se, contudo alguém presumir isso atentar, saiba que há de incorrer na indignação de Deus Onipotente e dos seus Santos Apóstolos Pedro e Paulo¹¹⁸.

Com isso, inicia-se a disputa entre Portugal e Espanha pela descoberta das terras, e após muitas discussões sobre o assunto, em 07 de junho de 1494 foi estabelecido o Tratado de Tordesilhas¹¹⁹ fixando léguas para o domínio de cada país.

Com a divisão estabelecida no Tratado de Tordesilhas, Portugal se portou como dono das terras brasileiras, o que na prática veio a se confirmar com a descoberta no ano de 1500, seguida da ocupação, ainda que provisória e parcial, quando praticou atos de posse, fixando no dia 01 de maio do mesmo ano uma cruz, armou-se o dossel, levantou-se altar e a partir de então, foram celebradas missas simbolizando a presença da Igreja¹²⁰.

Américo Vespúcio, piloto e astrônomo foi o comandante da primeira expedição que ocorreu em 1501, o qual não fez boa imagem da terra, diante disso, durante vinte a trinta anos a terra de Santa Cruz permaneceu em esquecimento, tornando-se o Brasil um local de pirataria universal, através de franceses, alemães, judeus e espanhóis.¹²¹

Não achou que a região valesse muito, sem metais, sem povos produtores, parecia-lhe uma propriedade mesquinha e

¹¹⁸ LACERDA, Linhares de. **Tratado das Terras do Brasil**, p. 62-63.

¹¹⁹ O Tratado de Tordesilhas, assinado na povoação castelhana de Tordesilhas em 7 de Junho de 1494, foi um tratado celebrado entre o Reino de Portugal e o recém-formado Reino da Espanha para dividir as terras "descobertas e por descobrir" por ambas as Coroas fora da Europa. Este tratado surgiu na seqüência da contestação portuguesa às pretensões da Coroa espanhola resultantes da viagem de Cristóvão Colombo, que ano e meio antes chegara ao chamado Novo Mundo, reclamando-o oficialmente para Isabel a Católica. O tratado definia como linha de demarcação o meridiano 370 léguas a oeste da ilha de Santo Antão no arquipélago de Cabo Verde. Esta linha estava situada a meio-caminho entre estas ilhas (então portuguesas) e as ilhas das Caraíbas descobertas por Colombo, no tratado referidas como "Cipango" e Antília. Os territórios a leste deste meridiano pertenceriam a Portugal e os territórios a oeste, à Espanha.

¹²⁰ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social, p. 14

¹²¹ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social, p. 14.

dispendiosa, preocupando-se então com os trabalhos de medição, que o levou a concluir que não se tratava de uma ilha como até então se pensava. Suas informações serviram de descrédito de nossa terra, uma vez que se mostrava inútil aos interesses do comércio português, relegando ao esquecimento a terra de Santa Cruz [...] ¹²².

A iniciativa de colonização deu-se, primeiramente, por um contrato de arrendamento que firmou o Rei de Portugal com Fernando de Noronha possibilitando a extração de riquezas por cerca de três anos, sem custos para a Coroa, sendo prorrogado tal arrendamento por mais dez anos ¹²³.

Como Portugal já era experiente em colonização, eis que já havia realizado várias outras colonizações, até mesmo em suas próprias terras nos primeiros séculos da nação, havia a necessidade de povoar extensas áreas e a maneira de fazê-lo era pela distribuição de terras com a obrigação de cultivo e moradia, contrapondo-se a abundância de terras e escassez de braços, dizimado pelas guerras e pela Peste Negra que rarefez a população da Europa ¹²⁴.

Com a falta de mão de obra, a maneira que Portugal encontrou foi tirar os povos aqui encontrados de “suas” terras e torná-los escravos, necessários para a agricultura ¹²⁵.

A atuação freqüente dos distribuidores de terras, os sesmeiros ¹²⁶, surgiu à instituição de Sesmarias ¹²⁷, tendo a princípio o objetivo de

¹²² TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social. p. 15, apud, CALMON, Pedro. História do Brasil, p. 87.

¹²³ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social. p. 15, apud, CALMON, Pedro. História do Brasil, p. 94-95.

¹²⁴ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social, p. 16-17.

¹²⁵ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social, p. 14.

¹²⁶ Entende-se por sesmeiro uma espécie de magistrado municipal, uma autoridade administrativa, cujo nome parece ter origem em “sexma”, que correspondia, numa determinada área a sexta parte, mais tarde chamada de “sesmos” – locais destinados a prover cada povoador com uma quota ou parte de propriedade territorial. In: TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. p. 20.

distribuição e povoamento das terras, e diante disso destaca-se que a Instituição de Sesmarias “[...] não tinha como prioridade o componente punitivo próprio da instituição, e sim a necessidade de utilização social e economicamente adequada para os fins do reino e da povoação da terra” ¹²⁸.

Concessões dominiais eram as sesmarias propriedade pública patrimônio da Coroa portuguesa, que cedia aos particulares uma forma de domínio matizada por deveres jurídicos os mais diversos, desde a obrigação de cultivar determinados produtos na terra até limitações quanto à criação de gado e quanto à extensão de área. Tal feixe de deveres e exigências transformou-se ao longo da história do instituto, chamado que foi a enfrentar realidades econômicas distintas em sua longa trajetória¹²⁹.

As cartas de Sesmarias eram documentos passados pelas autoridades constituídas, em nome do Rei, para doar terras; nelas, os donatários ou governadores de províncias autorizavam ou não as doações. Como alguns, ou muitos dos sesmeiros não conseguiam tomar posse e cultivar suas terras, muitas terras foram abandonadas e outras cedidas, permutadas ou entregues à terceiros de alguma forma.

Ainda como a propriedade privada individual e já tendo se disseminado a consciência de proteção resultante da Declaração de Virgínia de 1776 e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, embora de forma abasileirada [...] o princípio inspirador do sesmarialismo é este: terra abandonada é terra passível de retorno ao reino, que a distribuirá a quem queira torná-

¹²⁷ Com a instituição das Sesmarias, a Coroa Portuguesa realizou o primeiro processo de reforma agrária conhecido em nossa história. Entretanto, as famílias aquinhoadas com as doações da Coroa, desmotivadas pelos altos custos de investimento e com as dificuldades para iniciarem as explorações, devolveram os lotes recebidos, dando origem a um processo cuja denominação perdura até nossos dias: as chamadas terras devolutas.

¹²⁸ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social, p. 23.

¹²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 750.

la produtiva, por força, não só da imposição nas cartas de concessão, mas também por forças das Ordenações do Reino ¹³⁰.

Assim, com a concessão de sesmaria, teria surgido a propriedade privada e dentre as condições das sesmarias estavam o cultivo da terra e seu povoamento, com a conseqüente perda do direito sobre a área concedida. Com esse sistema a propriedade carregava consigo deveres que não eram somente em benefício do proprietário, mas em benefício de toda a comunidade, a ponto de perder o direito ao bem, objeto da concessão, sem qualquer indenização ¹³¹.

Trata-se em suma de uma propriedade não absoluta, condicionada ao princípio da obrigatoriedade do cultivo – expressão, na cultura jurídico lusitana, do “reino da efetividade, que caracteriza o ordenamento medieval em sua generalidade” ¹³².

Em 1532, D. João III altera a sistemática da colonização, resolvendo dividir o litoral do Brasil, de Pernambuco ao Rio do Prata, formando diversas capitanias. O sistema de capitanias foi um sistema de autêntico desastre que felizmente não durou vinte anos, sendo substituído pelo Sistema de Governo Geral ¹³³, tendo sido a única ameaça de uma propriedade imobiliária brasileira a ingressar no regime dos feudos ¹³⁴.

No mesmo ano (1532) ocorreu a vinda do escravo negro, nas capitanias de São Vicente e Pernambuco, aos quais foi dado o mesmo tratamento dos índios. A chegada dos escravos negros ao Brasil tinha o

¹³⁰ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**, p. 122.

¹³¹ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**, p. 122

¹³² MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**, p. 751.

¹³³ O Governo Geral foi à função designada a Tomé de Souza por Dom João III, por meio de Regimento expedido em 17 de dezembro de 1548. Este sistema deu início a uma nova fase no regime de sesmarias, alterando algumas regras estabelecidas na Carta Régia expedida a Martim A. de Souza.

¹³⁴ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**, p. 24.

significado de mercadoria, sujeita a seleção de mão-de-obra mais qualificada, de maior valor, como portadores de técnicas mais desenvolvidas do que os indígenas. Outro fator importante é que os escravos resistiam ao elevado índice de mortalidade durante as viagens, o que proporcionava maiores lucros para a classe escravista¹³⁵.

Após instalou-se no Brasil um sistema que na América Central era conhecido como “Sistema do Brasil”, no qual o senhor reservava um dia da semana para o escravo cuidar da sua própria economia, plantando, caçando, pescando, com o propósito de correr por conta e risco próprios a sua alimentação. Concedia a cada semana, um dia de liberdade e neste dia é que havia sua higiene e educação¹³⁶.

[...] os negros distraíam a tristeza da existência miserável, aprendiam a zelar uma propriedade individual, a roça, os frutos do seu esforço pessoal e livre, a ter personalidade, a consciência do seu rendimento, uma idéia de poupança, e o espírito de família, a quem atendiam também uma idéia de poupança¹³⁷.

Neste sentido importante traçar a idéia de François Voltaire¹³⁸, que analisando a propriedade, indica o reflexo que a liberdade/escavidão possibilita à propriedade e à influência desta e da liberdade no espírito do homem:

É certo que o possuidor de um terreno cultivará muito melhor sua herança do que a de outro. O espírito de propriedade duplica a força do homem. Trabalha-se para si e para sua família com mais vigor e prazer do que para um senhor. O escravo que está sob o jugo de outro se inclina pouco ao casamento, temendo gerar escravos como ele próprio. Sua habilidade está sufocada, sua

¹³⁵ ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de. **Pequena História da Formação Social Brasileira**. 4 ed.: Editora Graal, 1986, p. 37.

¹³⁶ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. p. 43, apud, CALMON, Pedro. História do Brasil, p. 352.

¹³⁷ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. p. 15, apud, CALMON, Pedro. História do Brasil, p. 352.

¹³⁸ VOLTAIRE, François M. Arouet de. **Dicionário Filosófico**. Tradução de Marilena de Souza Chauí. Abril Cultural: São Paulo, 1978, p. 271.

alma embrutecida. Suas forças não exibem toda a elasticidade de que são capazes.

Muitas foram as críticas e repugnância quanto à escravidão dos negros, mas mesmo assim não seria possível abolir totalmente esse sistema, pois os senhores das terras perderiam patrimônio, pois o escravo era considerado bem de sua propriedade.

Com isso, fazer a concessão da liberdade era um passo, mas não o único que deveria ter sido tomado, pois havia muitas terras livres no Brasil, conforme reconhecia a Lei de Terras aprovada décadas antes da abolição da escravatura.

Na verdade, a abolição teria representado – parece – um grande “despejo”, colocando os negros na rua. Mais ou menos como se alguém dissesse: “A partir de hoje você não mora mais naquela casa, nem come da comida que retira da minha. Agora você é livre, vai cuidar da sua vida e da sua família”. Por certo que, em relação a alguns, que sequer tinham a mesma força para o trabalho, foi ótimo para os colonos libertá-los. Mas para eles só restaria a sorte da sobrevivência ¹³⁹.

O Sistema Colonial foi caracterizado pelos grandes latifúndios, fruto das sesmarias, sendo que por muitas vezes a Coroa Real tentou expedir ordens a fim de limitar a extensão territorial, reiterando a obrigação do cultivo das terras.

Com a passagem da propriedade feudal à propriedade privada, a propriedade privada formou-se a partir da propriedade pública, patrimônio da Coroa portuguesa, que detinha o domínio eminente das terras conquistadas ¹⁴⁰.

¹³⁹ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social, p. 47.

¹⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado, p. 749.

Ao longo dos anos a Coroa possibilitou a apropriação das terras públicas pelos particulares, desfazendo-se de seu patrimônio. A usucapião, as cartas de sesmarias e as posses sobre terras devolutas são as três formas jurídicas fundamentais da passagem público / privado.¹⁴¹

Esse cenário de distribuição territorial existente no fim do século XVIII, estava totalmente caótico, devido ao grande número de sesmarias não demarcadas, nem registradas, nem confirmadas, significando a grande quantidade de “simples posses” de aquisições de terras¹⁴².

Diante desse caos, em 17 de julho de 1822 foi extinta a doação de sesmaria, sendo que a extinção ocorre no contexto da expansão da economia cafeeira, da extinção do tráfico negreiro e do movimento que resultou na Independência, estando em pauta discussões da necessidade de regulamentação da propriedade privada, exigência esta do próprio desenvolvimento do Estado¹⁴³.

Em 1850, foi promulgada a Lei 601 “Lei de Terras”, sendo reconhecida como um verdadeiro marco histórico da propriedade privada brasileira. Tal Lei de Terras “daria condições jurídicas para que a terra viesse a se tornar mercadoria aceitável nas transações entre credores e fazendeiros”, estabelecendo critérios para legitimar o direito à terra, tanto dos sesmeiros quanto dos posseiros¹⁴⁴.

A referida Lei e seu regulamento de 1884 oferecem, portanto, as bases legislativas para a disciplina jurídica do direito de propriedade nos moldes liberais, ou seja, um direito absoluto, exclusivo, perpétuo, exercido sobre limites precisos, não condicionado pela gama de deveres que caracterizava o domínio

¹⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado, p. 749.

¹⁴² MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado, p. 756.

¹⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado, p. 756.

¹⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado, p. 756.

semarial. Também a Lei Hipotética (Lei 1.237, de 24 de setembro de 1864) teria importante papel nesse processo de organização jurídica da propriedade privada consagrando a importância do registro de imóveis e a transcrição como modo de adquirir a propriedade imóvel, possibilitando que o patrimônio fundiário servisse como garantia de crédito nas relações entre fazendeiros¹⁴⁵.

Dessa forma, a propriedade privada imobiliária brasileira, foi fruto de um longo processo histórico, onde registram a saída dos bens do patrimônio público régio, através de um esforço gradativo de delimitação da esfera privada, em oposição ao que era público, e examinado sob o prisma de reconstrução foi um resultado de um longo processo de construção, forjado em meio a tensões sociais e as condicionantes da infraestrutura econômica¹⁴⁶.

Com isso, a “construção” de uma disciplina jurídica proprietária, serviu fundamentalmente, à consolidação do poder da elite local que se perpetuou sob a forma dos grandes latifúndios, contribuindo posteriormente para conformação das relações capitalistas de produção que se inserem no contexto nacional a partir da segunda metade do século XIX¹⁴⁷.

Por fim, juntamente com o direito privado vieram as primeiras legislações, que acompanharam as características políticas, sociais e econômicas de cada época, surgindo por seguinte as primeiras Constituições, o Código Civil, a fim de garantir o direito a propriedade, sua função e caráter social.

Dessa maneira, passa-se ao estudo a compreensão constitucionalizada da propriedade nas Constituições Brasileiras.

¹⁴⁵ OSÓRIO, Lígia. **Terras devolutas e latifúndio** – Efeitos da lei de 1850. Campinas, São Paulo: Editora Unicamp, 1996, p. 152.

¹⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado, p. 761.

¹⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado, p. 756.

1.5 COMPREENSÃO CONSTITUCIONALIZADA DA PROPRIEDADE NAS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS BRASILEIRAS

No histórico constitucional é importante ressaltar que logo após a Proclamação da Independência do Brasil, em 1824 foi elaborada a primeira Constituição do Brasil¹⁴⁸. A Carta Imperial de 1824, que no inciso XXII do artigo 179, ditava que: “é garantido o Direito de Propriedade em toda sua plenitude”, dispondo dessa forma, a noção de um direito abstrato de caráter perpétuo, usufruído independentemente do exercício desse direito, sem possibilidade de perda pelo não uso.

A Constituição Republicana de 1821, no Artigo 72 também garantia a direito de propriedade marcado pelo individualismo: “A Constituição assegura os brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade”¹⁴⁹.

Na Constituição de 1934 surge pela primeira vez o caráter social da propriedade, é nos termos do Art. 113, n. 17, “a propriedade não poderia ser exercida contra o interesse social e coletivo”.

Em 1937, a nova Constituição marcou um retrocesso em relação ao texto anterior, sendo que no Artigo 122, n.º14, apenas assegurou o direito à propriedade e fez vaga que referência que seu conteúdo e limites seriam definidos nas leis que regulassem o seu exercício¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Era um *"belo documento de liberalismo do tipo francês"*, com um sistema representativo baseado na teoria da soberania nacional. A forma de governo era a monárquica, hereditária, constitucional e representativa, sendo o país dividido formalmente em províncias e o poder político estava dividido em quatro, conforme a filosofia liberal das teorias da separação dos poderes e de Benjamin Constant. A Constituição era uma das mais liberais que existiam em sua época, até mesmo superando as européias. Fora mais liberal, em diversos pontos, e menos centralizadora que o projeto da Constituinte, revelando que os *"constituintes do primeiro reinado que estavam perfeitamente atualizados com as idéias da época"*.

¹⁴⁹ FERREIRA, Simone Nunes. Direito de Propriedade: nas Constituições brasileiras e do Mercosul. **Revista Jur.**, Brasília. v. 8, n. 83, p. 180-192, fev/mar., 2007 – Disponível em : <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32614/31823>> Acesso 30/04/10.

¹⁵⁰ FERREIRA, Simone Nunes. Direito de Propriedade: nas Constituições brasileiras e do Mercosul. **Revista Jur.**, Brasília. v. 8, n. 83, p. 180-192, fev/mar., 2007 – Disponível em :

A Constituição de 1946, condicionava o uso da propriedade ao bem-estar social, estabelecendo no Artigo 147 que “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social”, e também com observância no disposto do Artigo 141 parágrafo 16, “promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade a todos”¹⁵¹.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01/69¹⁵² garantiram como princípio da ordem econômica a função social da propriedade, regulando inclusive a desapropriação da propriedade da territorial rural. Nessa época a propriedade teve mais uma vez posição de destaque, e, conforme elencado no Artigo 153 foi tratada como direito inviolável da pessoa humana, ao lado dos direitos à vida, à liberdade, e à segurança, sendo pela primeira vez apresentada tanto nos capítulos dos direitos e garantias individuais, quanto no título da ordem econômica e social¹⁵³.

Por sua vez, a Constituição de 1988, assegura o direito de propriedade como um dos direitos fundamentais. Porém, no inciso XXIII, determina que a propriedade deverá cumprir a função social¹⁵⁴. Também determina que a ordem econômica observará a função da propriedade, impondo freios à atividade empresarial, conforme dispõe em seu art. 170, inciso terceiro¹⁵⁵.

<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32614/31823>>
Acesso 30/04/10.

¹⁵¹ FERREIRA, Simone Nunes. Direito de Propriedade: nas Constituições brasileiras e do Mercosul. **Revista Jur.**, Brasília. v. 8, n. 83, p. 180-192, fev/mar., 2007 – Disponível em : <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32614/31823>> Acesso 30/04/10.

¹⁵² Cumpre salientar que há divergência doutrinária neste sentido, pois alguns doutrinadores, como por exemplo, Pedro Lenza, consideram a Emenda Constitucional nº 01/69 uma nova Constituição, por ter alterado o texto constitucional de 1967 tão substancialmente.

¹⁵³ FERREIRA, Simone Nunes. Direito de Propriedade: nas Constituições brasileiras e do Mercosul. **Revista Jur.**, Brasília. v. 8, n. 83, p. 180-192, fev/mar., 2007 – Disponível em : <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32614/31823>> Acesso 30/04/10.

¹⁵⁴ BODNAR, Zenildo. **Curso objetivo de direito de propriedade**, p. 21.

¹⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Sinopses Jurídicas – Direito das Coisas**. 8.ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 115.

Nossa Constituição atual, numa simbiose de Cartas puramente liberais e de índole social, inseriu a propriedade não só como uma liberdade fundamental, como também ligada ao interesse social e valores da ordem econômica. Afastou-se de outros modelos, como as Constituições italiana e portuguesa, que se limitam a tratar do tema nos capítulos das relações econômicas¹⁵⁶.

Nesse contexto, entende-se que o preceito significa a máxima tutela, contrapondo a liberdade do indivíduo intervenção autoritário do Estado, exaltando-se o aspecto da garantia, mediante destaque de um núcleo essencial proprietário, que não pode ser comprimido e nem abolido pela legislação anterior¹⁵⁷.

Assim sendo, a garantia constitucional diz respeito a um elemento *minimum* da propriedade, que permite apenas reconhecer que se está diante da propriedade não de um instituto diverso, sem definição, contudo, do conteúdo exato dos poderes dos proprietários¹⁵⁸.

A inclusão no capítulo dos direitos fundamentais é o que distinguiu a Constituição atual e a anterior. Fica claro que o pacto político – ideológico constitucional mudou. A propriedade socialmente funcionalizada foi reconhecida como um direito fundamental dos brasileiros e estrangeiros aqui residentes. A propriedade passou a ser, de um lado, o direito fundamental do seu titular em ver preservado seus interesses individuais, e do outro lado, o direito fundamental da sociedade em ver seus direitos e interesses incidentes sobre a primeira. É farta a regulamentação sobre o direito de propriedade na atual Carta Constitucional, a matéria está regulada no capítulo dos direitos fundamentais e no da ordem econômica¹⁵⁹.

¹⁵⁶ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**, p. 66.

¹⁵⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**, p. 68.

¹⁵⁸ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**, p. 68

¹⁵⁹ FERREIRA, Dâmares. O aspecto fundamental da propriedade urbana na Constituição Federal de 1988. **Revista Âmbito Jurídico** – Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4053> - Acesso 30/04/10.

A CRFB/88 em sua sistemática estabelece a prevalência do interesse social, e quando o legislador tratou dos Direitos e Garantias Fundamentais, este o fez como principal finalidade o bem da coletividade, concedendo fundamentos à propriedade para que seu direito seja protegido.

Durante toda a evolução da sociedade procuraram os doutrinadores explicar a natureza do direito à propriedade, sendo que, na medida em que a sociedade evoluiu várias foram às mudanças e restrições em relação a sua função aos interesses político-sociais.

Desse modo, no momento em que a CRFB/88 incorporou em sua essência valores sociais próprios do Estado social, impôs obediência de todos aos ditames, a fim de que realmente se possa edificar uma sociedade justa.

Com isso, os indivíduos devem procurar a satisfação de seus interesses particulares com liberdade, mas de modo que os harmonizem com o sentimento que a sociedade tem acerca de bem comum.

Diante do exposto nesse capítulo, após abordar as principais fases da evolução histórica mundial e brasileira da propriedade, bem como, sua contextualização nas Constituições Brasileiras, passa-se a análise dos principais destaques dos Direitos Fundamentais, para melhor compreensão do tema proposto para o presente estudo.

CAPÍTULO 2

DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo faz uma abordagem dos Direitos Fundamentais, sendo inicialmente tratado os aspectos destacados sobre a evolução da Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais, após reflete sobre a aproximação das Categorias de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, por seguinte, analisa os Direitos Fundamentais na perspectiva do doutrinador italiano Luigi Ferrajoli e do autor espanhol Gregório Peces-Barba.

2.1 ASPECTOS DESTACADOS DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para abordar acerca dos Direitos Fundamentais, necessário traçar breves considerações da evolução da Teoria da Constituição que possui como referencial teórico a era Contemporânea, tendo raízes no Período Moderno, e nesse pensar, o constitucionalismo teria sua gênese relacionada não somente com a idéia moderna contratualista, e com a concepção neo-aristotélica de “bem comum”, mas também associada com as vicissitudes jurídicas filosóficas e religiosas próprias do período de trânsito da era medieval à modernidade¹⁶⁰.

A Constituição que foi, precisamente, o instrumento político e jurídico proclamado pelo movimento iluminista como meio apto a conferir a necessária legitimação do poder do Estado e que continua, portanto, o catálogo

¹⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 53-55.

de Direitos Fundamentais, se apresentava, com exceção da Constituição da Inglaterra, como um documento escrito.

No entanto, acabou sendo considerada superior as demais normas do ordenamento jurídico somente quanto ao aspecto formal, o que gerou como consequência a hegemonia no princípio da legalidade (sob aspecto da generalidade e abstração da lei, independentes do seu conteúdo material) ou submissão ao império da lei *stricto sensu*, como característica fundamental do Estado de Direito Liberal.

Segundo Eduardo Garcia de Enterría¹⁶¹, a Constituição quando surgiu como tipo de norma no fim do século XVIII, tinha uma concepção precisa, qual seja, definir a estrutura política superior de um Estado através de pressupostos determinados e de certo conteúdo, e não através de um instrumento único, formal e codificado. O sentido da Constituição, de acordo com o autor, era representado pelo artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, segundo o qual “toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos Direitos nem determinada a separação de poderes não tem Constituição”.

A expressão “constitucionalismo moderno”¹⁶² considera-se corretamente utilizada para designar o movimento político social e cultural que eclodiu na Europa em meados do século XVIII, e desde tal época é que surge o que se conhece por “Constituição Moderna” entendida segundo José Joaquim Gomes Canotilho¹⁶³ “[...] como ordenação sistemática e racional da comunidade

¹⁶¹ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. 3 ed. Madrid: Civitas, 1983, p. 41.

¹⁶² Nesse sentido, cumpre apresentar a importância teórica, e dessa forma, transitar pelo contratualismo clássico que foi em grande parte responsável pela concepção ocidental da Constituição e constituiu movimento fundamental para o estabelecimento do Estado Moderno, notadamente através das contribuições de Hobbes, Locke e Rousseau, e com um ponto comum anti-aristotélico, defendiam todos estes contratualistas a existência prévia de um estado de natureza que precederia o estado civil ou civilizado. In: JUNIOR, Julio Cesar Marcellino. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus, 2009, p. 39.

¹⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, p. 53.

política através de um documento escrito na qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”.

José Joaquim Gomes Canotilho¹⁶⁴ sustenta que a forte influência do pensamento contratualista na formação do Estado de Direito, gera considerar que o constitucionalismo moderno se consubstanciou de modo “a ordenar, fundar e limitar o poder político”, e por seguinte, afirma que os temas centrais do constitucionalismo são a “fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades”, os quais figuram como verdadeiros pilares do constitucionalismo moderno.

Cumprе ressaltar, no entanto, que esse conceito originário e preciso de Constituição sofreu na Europa Ocidental, vários ataques, tanto por parte da direita quanto por parte da esquerda¹⁶⁵, dentro do espectro ideológico. Pela direita destaca-se, dentre outros, principalmente o fato de as monarquias restauradas terem aproveitado da “idéia constitucional” somente aquilo que ela continha de codificação formal do sistema político superior¹⁶⁶.

Por parte da esquerda, entre outras concepções, o discurso de Ferdinand Lasalle proferido em 1862, segundo o qual a Constituição escrita seria uma mera folha de papel, pois o que contava era a Constituição real e efetiva, que expressava as relações fáticas de poder, normalmente silenciadas no texto legal¹⁶⁷.

Os referidos embates fizeram com que a Constituição perdesse seu conteúdo originário e dessem lugar a uma concepção puramente formal desta que perdurou quase todo o século XIX. Na Alemanha e na Europa

¹⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, p. 54-55.

¹⁶⁵ Sobre a distinção entre Direita e Esquerda, conferir BOBBIO, Norberto. **Direita e Esquerda: razões e significados de uma distinção política**. 2 ed. São Paulo: UNESP, 2001.

¹⁶⁶ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. p. 41.

¹⁶⁷ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. p. 42

Central, tal concepção perdurou até 1919 e manteve reflexos até o segundo pós-guerra¹⁶⁸.

De acordo com Eduardo Garcia de Enterría¹⁶⁹ a teoria jurídica também refletiu essa concepção e, como consequência disso, a Constituição deixou também de ser uma norma invocável perante os tribunais e passou a ser teorizada simplesmente como uma mera exigência lógica da unidade do ordenamento.

Assim, a Constituição concretizou-se em uma simples peça lógico-sistemática, presente em qualquer Estado, de qualquer época, com qualquer conteúdo e, com isto, passou a ser apenas um conceito formal, posto que se tornou pura realidade estrutural de fato, não importando os valores que expressasse¹⁷⁰.

No entanto, com forte influência e contribuição do pensamento moderno, é no período contemporâneo que efetivamente floresce uma “Teoria da Constituição”, e a partir das décadas de 1920 e 1930, com influências de Hermann Heller¹⁷¹, Carl Schmitt¹⁷² e Rudolph Smend¹⁷³, desenvolve-se na Alemanha uma teoria da Constituição no sentido de uma “teoria normativa política”, a qual defendia a necessidade de uma Constituição adequada à realidade constitucional e à realidade política e econômica¹⁷⁴.

Na década de 1950 após a Segunda Guerra Mundial e a derrocada do nacional-socialismo alemão, a Teoria da Constituição ganha novos

¹⁶⁸ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. p. 43

¹⁶⁹ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. p. 43.

¹⁷⁰ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. p. 43.

¹⁷¹ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968, *passim*.

¹⁷² SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. São Paulo: Del Rey, 2007. 9. v, *passim*.

¹⁷³ SMEND, Rudolph. **Constitución y derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, *passim*.

¹⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, p. 55-56.

rumos e passa a se preocupar com o conteúdo político do Direito Constitucional e suas repercussões sócio-econômicas, enaltecendo o Estado de Direito Democrático e Constitucional, de modo a melhor compreender a realidade constitucional diante dos preceitos da ciência política¹⁷⁵.

Konrad Hesse¹⁷⁶ contribuiu para esse contexto dando força normativa à Constituição, no sentido de não ser analisada somente como carta política de um país, mas também analisada como documento jurídico cogente, ou seja, deixa de meramente apresentar uma realidade sócio política, e passa a apresentar eficácia normativa no sentido de conformar e modificar a realidade segundo seus pressupostos basilares, figurando como verdadeira Constituição jurídica.

Para o autor “a Constituição jurídica logra conferir forma e modificação a realidade. Ela logra despertar a força que reside na natureza das coisas, tornando-se ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social”¹⁷⁷.

No contexto contemporâneo, as teorias chamadas pós positivistas, ou que formam ou denominam por *neo-constitucionalismo* ou *novo constitucionalismo* tem assumido cada vez mais importância junto ao meio jurídico, principalmente por proporem o rompimento da visão clássico-positivista, proporcionando um verdadeiro câmbio paradigmático quanto aos fundamentos do Direito, e procuram reaproximar e articular o Direito, moral e política¹⁷⁸.

Em uma síntese histórica da Teoria da Constituição, observa-se um forte processo evolutivo, sendo que inicialmente a concepção de Constituição teve forte influência de que se entendia por ação social, e nessa fase era entendida como um retrato da ordem político-social e a discussão

¹⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, p. 1320.

¹⁷⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 09.

¹⁷⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, p. 24.

¹⁷⁸ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus, 2009, p. 44.

acerca de sua programaticidade. Num segundo estágio, a concepção de Constituição foi diretamente relacionada ao fenômeno de poder, em atenção à articulação entre o que se entende por Direito, Estado e política, e por fim, no último estágio, a Constituição tem sido concebida como garantia¹⁷⁹.

No que tange abordagem histórica dos Direitos Fundamentais, necessário destacar “onde” e “porque” nasceram os direitos fundamentais, temática esta bastante controversa, e conforme Ingo Wolfgang Sarlet¹⁸⁰ “[...] a evolução dos direitos fundamentais ao longo dos tempos é, de *per si*, um tema fascinante e justificaria plenamente a redação de diversas monografias e teses [...]”, sendo que o objetivo aqui proposto é tratar somente aspectos destacados relevantes desta temática ao leitor.

Quando se trata dos Direitos dos Homens na Antiguidade, ao recordar a Platão¹⁸¹ e Aristóteles^{182, 183}, verifica-se a inexistência destes direitos, sendo que tais filósofos consideravam o estatuto da escravidão como algo natural, no sentido de haver uma condição natural de escravo naquela época.

¹⁷⁹ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa (des)encontros entre economia e direito**, p. 44-45.

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2006, p. 43

¹⁸¹ PLATÃO. **A república**. São Paulo: Martin Claret, 2005, *passim*.

¹⁸² ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martin Claret, 2005, *passim*.

¹⁸³ Nesse sentido importante destacar que a análise e justificação aristotélica sobre escravidão é mais profunda e comparada com a de seu mestre Platão. O pensamento de Platão sobre escravidão é categórico, e, por isso não apresenta uma análise crítica propriamente dita. Para Platão o escravo é conforme a lei e sua posição no mundo era a de escravo, distante do mundo da política “(...) aqueles que são comprados ou obtidos de forma semelhante devemos incontestavelmente chamá-los de escravos.” De maneira mais discriminatória e categórica Platão afirma que o homem educado perfeitamente despreza seus escravos. Para Aristóteles, embora o escravo não faça parte da vida política e a justificação da escravidão fundamente a naturalidade da escravidão, a relação senhor e escravo garante a felicidade de ambos, porque “governar e ser governado são coisas não só necessárias mas convenientes”. In: **Dissertação de Mestrado: NICUIA, Eurico Jorge. O papel do escravo em Aristóteles e Hegel**. Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Faculdade de Filosofia e Ciência Humanas, Porto Alegre, 2009. pg. 19.

Joaquim José Gomes Canotilho¹⁸⁴ contrapondo a idéia da inexistência dos Direitos Fundamentais na antiguidade não clássica sustenta que:

[...] a antiguidade não clássica não se quebrou numa completa cegueira em relação “a idéia de direitos fundamentais. O pensamento sofístico, a partir da natureza biológica comum dos homens, aproxima-se a tese da igualdade natural e da idéia de humanidade. «Por natureza, são todos iguais, quer sejam bárbaros ou helenos» defenderá o sofista Antifon; «Deus criou todos os homens livres, a nenhum fez escravo», proclamava Alcidas.

Na antiguidade também surgiu a idéia de *universalização* ou *planetização* dos direitos do homem. No pensamento estóico o princípio da igualdade assume posição destacada, onde “[...] a igualdade radica no facto de todos os homens se encontrarem sobre um *nomos* unitário que os convertem em cidadãos do grande Estado Universal. Quer dizer: direitos de todo o mundo e não apenas limitados ao espaço da polis”¹⁸⁵.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁸⁶ acrescenta que no mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, foram legados à posteridade idéias-chave que, posteriormente vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista “[...] e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma ser também denominada [...] 'pré história' dos direitos fundamentais”.

No entanto, Joaquim José Gomes Canotilho¹⁸⁷ aduz que a idéia de igualdade dos homens, assente numa dimensão individual e cosmológica, não conseguiu ultrapassar o plano filosófico e converter-se em categoria jurídica e, muito menos, em medida natural da comunidade social.

¹⁸⁴ CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 381.

¹⁸⁵ CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 381.

¹⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 45.

¹⁸⁷ CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 381.

Ademais, na Idade Média, destaca-se a filosofia tomista de São Tomás de Aquino que “[...] ao distinguir *Lex divina*, *Lex natura* e *Lex positiva*, abriu o caminho para a necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais fundadas na própria natureza do homem”¹⁸⁸. Dessa maneira todos os homens eram iguais perante Deus, considerada como lei divina. Havia, ademais, duas ordens distintas: um direito natural, advindo da condição de ser humano, criado por Deus (e, portanto, o direito natural possuía estrita ligação com o direito divino); e um direito positivo, que segundo o pensamento tomista, a desobediência deste ao direito natural justificava o direito do exercício de resistência da população¹⁸⁹.

Joaquim José Gomes Canotilho¹⁹⁰ aponta que o problema dessa concepção tomista, estava no sentido que:

Como era a consciência humana que possibilitava ao homem aquilar da congruência do direito positivo com o direito divino, colocava-se sempre o problema do conhecimento das leis justas e das entidades que, para além da consciência individual, sujeita a erros, captavam a conformidade da *Lex positiva* com a *Lex divina*.

Dessa maneira, o homem seria considerado imperfeito por natureza; imperfeitas seriam também as apreciações que este fizeste sobre a conformidade entre as leis divinas e as leis positivas.

Baseado no pensamento tomista, foi que o valor fundamental da dignidade humana assumiu grande relevância:

[...] incorporando-se, a partir de então, à tradição jusnaturalista tendo sido o humanista italiano Pico Della Mirandola quem, no período renascentista e baseado principalmente no pensamento de São Tomás de Aquino, advogou o ponto de vista de que a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso justamente na idéia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável,

¹⁸⁸ CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 382.

¹⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 46.

¹⁹⁰ CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 382.

incondicionado, como cerne da personalidade do homem. Por sua vez, é no nominalismo do pensador cristão Guilherme de Occam que se busca a origem do individualismo que elevou ao desenvolvimento da idéia de direito subjetivo, principalmente por obra de Hugo Grócio, que, no limiar da Idade Moderna, o definiu como faculdade da pessoa que a torna apta para possuir ou fazer algo justamente¹⁹¹.

Com a queda da unidade religiosa cristã surgem minorias religiosas que defendiam “o direito de cada um a «verdadeira fé»¹⁹². Esta defesa de liberdade religiosa postulava, minimamente, a idéia de tolerância religiosa “e a proibição do Estado era impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial”¹⁹³.

De acordo com Joaquim José Gomes Canotilho¹⁹⁴, alguns pensadores como Georg Jellinek¹⁹⁵, vêm na luta pela liberdade de crer a verdadeira origem dos direitos fundamentais, e acrescenta, que essa luta pela liberdade religiosa mais se tratava da idéia de tolerância religiosa do que propriamente da concepção de liberdade de religião e crença, como direito inalienável do homem, tal como veio a ser proclamado nos modernos documentos constitucionais.

A partir do século XVI, por meio das teorias contratualistas, o *jusnaturalismo* alcança seu ponto de desenvolvimento. Paralelamente, ocorre um processo de cisão do direito natural da religião (laicização do direito natural), onde o direito natural atinge, assim, seu apogeu no iluminismo, passando a ter um caráter racional e não mais religioso¹⁹⁶.

¹⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 46.

¹⁹² CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 383.

¹⁹³ CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 383.

¹⁹⁴ CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 383.

¹⁹⁵ JELLINEK, Georg. **Teoria Geral do Estado**. México: Fundo de Cultura Econômica, 2002, *passim*.

¹⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 46.

Joaquim José Gomes Canotilho¹⁹⁷ destaca que todos os teóricos do direito natural racionalista se preocupavam com a justificação do Estado e com a legislação do domínio.

E se Hobbes chega ao Leviathan (1651), partindo da idéia de que os indivíduos, ao celebrarem o pacto social, abandonam os seus direitos e liberdades ao soberano absoluto que deve proteger os cidadãos, já Locke, [...] a partir da mesma idéia de contrato, reage contra o processo de absolutização, acompanhando de uma máquina burocrática centralizadora, na qual a nobreza continuava a deter posições privilegiadas, mas da qual a burguesia se sentia marginalizada. A falta de liberdade política da burguesia constituirá um dos principais incentivos a favor da luta pelos direitos do homem¹⁹⁸

Destaca-se que a idéia do individualismo possessivo, funda na teoria de Locke a denominada “teoria contratual de Locke”, e conduzirá a defesa da autonomia privada, essencialmente cristalizada no direito à vida, à liberdade e à propriedade, onde influenciará decisivamente na teoria liberal dos direitos fundamentais, que os considera como direitos de defesa do cidadão perante o Estado, e a partir daí que o modelo dos direitos fundamentais dos indivíduos se reconduzem a autodeterminação do indivíduo sobre a sua pessoa e seus bens¹⁹⁹.

Ingo Wolfgang Sarlet²⁰⁰ destaca que

[...] foi justamente na Inglaterra do século XVII que a concepção contratualistas da sociedade e a idéia de direitos naturais do homem adquiriram particular relevância, e isto não apenas no plano teórico, bastando, neste particular, a simples referência às diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas deste período. [...] o processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos, tais como reconhecidos nas primeiras declarações do

¹⁹⁷ CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 384.

¹⁹⁸ CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 384.

¹⁹⁹ CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 384.

²⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 48-49.

século XVIII, foi acompanhado, na esfera do direito positivo, de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e direitos individuais, que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, destaca-se que os direitos fundamentais surgiram ligados a necessidade de limitação e controle dos abusos do poder próprio do Estado e de suas autoridades constituídas. No primeiro momento, os direitos fundamentais representaram um conjunto de restrições impostas à ingerência do Estado na esfera individual do cidadão e, por essa razão, as primeiras normas consagradoras dos direitos fundamentais são de natureza negativa, pois se limitam a exigir uma obrigação de “não fazer” por parte do Estado.

Com a evolução dos textos Constitucionais, nas Constituições modernas, os direitos fundamentais não são mais vistos apenas como direito de defesa do indivíduo frente ao Estado, mas também como possibilidade de exigência de uma atuação estatal positiva, voltada para a satisfação dos interesses individuais e coletivos protegidos pelo ordenamento constitucional.

Em síntese as premissas básicas da evolução dos direitos fundamentais conforme destaca Juan María Bilbao Ubillos²⁰¹ são:

1) o marco do Estado Social de Direito, no qual os Direitos Fundamentais passaram a ter uma dimensão objetiva, isto é, deixaram de ser apenas liberdades negativas, como era a concepção do Estado Liberal, e passaram a ser consideradas pautas axiológicas válidas para toda a ordem jurídica;

2) a consideração da existência de um poder privado, capaz de lesar os Direitos Fundamentais tanto quanto o Poder Público;

²⁰¹ UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1997, p. 95.

3) o reconhecimento da Constituição como norma unificadora de toda a ordem jurídica, culminando com o afastamento do Código Civil do centro das relações entre particulares, bem como, com a imbricação ou diminuição das fronteiras entre o Direito Público e o Direito Privado.

Nesse contexto, após os breves destaques sobre a evolução da Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais passa-se ao estudo das aproximações teóricas da categoria dos direitos fundamentais e direitos humanos.

2.2 APROXIMAÇÕES TEÓRICAS: DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando se trata de direitos fundamentais, várias são as teorias que se pode mencionar quanto suas fundamentações históricas, filosóficas e as sociológicas sendo que, segundo Robert Alexy²⁰², não há nenhuma disciplina dentro das Ciências Sociais que não possua condições de analisar algum aspecto ou problema dos direitos fundamentais relacionados com seu ponto de vista e seus métodos.

Alexandre de Moraes²⁰³ considera que os direitos fundamentais, surgiram como produto de fusão de várias fontes, desde as tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, através das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural.

Ainda, para Alexandre de Moraes essas idéias encontram um ponto fundamental em comum, com a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado, de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes

²⁰² ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 21.

²⁰³ MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 01.

do Estado Moderno e Contemporâneo²⁰⁴. Sustenta que a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da idéia do constitucionalismo, onde tão somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito derivado diretamente da soberana vontade popular²⁰⁵.

Robert Alexy²⁰⁶ considera que “uma teoria²⁰⁷ de direitos fundamentais da Constituição é uma teoria de determinados direitos fundamentais positivamente válidos”, e a presente pesquisa vislumbra a abordagem dos Direitos Fundamentais na perspectiva de se encontrarem positivados na CRFB/88, dando ênfase aos problemas de interpretação de tais direitos em nossa Constituição, mais especificamente na questão do Princípio Constitucional da Propriedade elencado no artigo 5º da CRFB/88 ser ou não caracterizado Direito Fundamental em nosso Ordenamento Jurídico.

Dessa forma, diversas são as discussões terminológicas e conceituais quando o assunto é Direitos Fundamentais, há ainda quanto a terminologia em razão de sua heterogeneidade, ambigüidade, bem como ausência de consenso²⁰⁸.

Essa questão terminológica é plausível, no entanto não torna indispensável uma justificação, no mínimo pela circunstância de que tanto na doutrina, quanto no direito positivo (constitucional e internacional), são

²⁰⁴ MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**, p. 02.

²⁰⁵ MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**, p. 02.

²⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 28.

²⁰⁷ Andrietta Kretz demonstra preocupação com a questão epistemológica no que concerne a cientificação do Direito, sendo necessário destacar que a presente pesquisa vislumbra-se abordagem de acordo com o Ordenamento Jurídico Brasileiro, e preleciona que em razão de a categoria “teoria” possuir o estigma de fazer crer ao estudioso que está diante de um estudo científico, e, como ainda pairam, em sua opinião “obstáculos epistemológicos” que originam discussões acerca de sua cientificidade do Direito, prefere a utilização “doutrina”, o que evita qualquer discussão e confronto indesejável com a questão da Ciência Jurídica. In KRETZ, Andrietta. **Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais**. Atual: Florianópolis, 2005, p. 48.

²⁰⁸ Entre os autores aqui citados e outros, destaca-se os que fazem referência ‘a problemática conceitual e terminológica; a título de ilustração destaca-se: Robert Alexy, Jorge Miranda. J. J. Gomes Canotilho, Willis Guerra Filho, Ingo W. Sarlet, Paulo Bonavides, Alexandre de Moraes, Jairo Gilberto Shafer, Carla Pinheiro, entre outros.

intensamente utilizadas outras expressões, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais”, “direitos humanos fundamentais”, entre outros²⁰⁹.

Os Direitos Humanos e Direitos Fundamentais possuem de certa forma algumas características sinônimas, sendo que o presente trabalho se voltará exclusivamente para os direitos expressamente positivados na Constituição, e a opção adotada “Direitos Fundamentais” buscou-se adequar à terminologia utilizada pelo Constituinte de 1988, na medida em que aqueles direitos previstos no Título II da Constituição receberam a designação de “Direitos e Garantias Fundamentais”.

Inicialmente para traçar considerações preliminares, os direitos humanos surgiram como reação à resposta aos excessos do regime absolutista, na tentativa de impor controle e limites à abusiva atuação do Estado. Ocorre a implementação do valor liberdade que está sendo exigida nesta fase de inauguração da luta pelos Direitos Humanos, tornando-se visível a intenção de separar o soberano do súdito ou o Estado da sociedade, no sentido de que foram os primeiros a se consagrarem nos ordenamentos constitucionais²¹⁰.

Paulo Bonavides²¹¹ considera que são direitos fundamentais de primeira geração, englobando “os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do Constitucionalismo do Ocidente”²¹².

São considerados direitos históricos, que se formam a partir de uma concepção individualista da sociedade, sendo que para compreender a sociedade é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que compõem em

²⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 33.

²¹⁰ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **A propriedade no Direito Ambiental**. 3 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008, p. 68.

²¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 517.

²¹² FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **A propriedade no Direito Ambiental**, p. 68.

oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos²¹³.

Historicamente, a afirmação dos direitos humanos de primeira geração, particularmente do direito à vida, do direito à liberdade e do direito à propriedade, trazia ínsita uma contradição que se acirraría ao longo do século XIX, resultando na construção da chamada segunda geração de direitos humanos – os direitos sociais, que por sua vez conduzirão à formação do conceito de função social da propriedade²¹⁴.

Para explicar o aspecto terminológico dos direitos fundamentais e direitos humanos²¹⁵, destaca-se a existência da distinção entre essas duas categorias, e para o desenvolvimento da presente pesquisa, necessário se abordar considerações a respeito do tema.

Para Ingo Wolfgang Sarlet²¹⁶ é relevante a clarificação da distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, advertindo de que não restam dúvidas que os direitos fundamentais são de certa forma sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos.

Complementa o autor que, se fosse por apenas esse motivo, impor-se-ia a utilização uniforme do termo “direitos humanos” ou expressão similar, aduzindo que não seria nesta circunstância que seria encontrado argumentos idôneos para justificar tal distinção existente entre as categorias²¹⁷.

²¹³ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **A propriedade no Direito Ambiental**, p. 68.

²¹⁴ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **A propriedade no Direito Ambiental**, p. 68

²¹⁵ Ingo Wolfgang Sarlet demonstra que “A título ilustrativo, encontramos em nossa Carta Magna expressões como: a) direitos humanos (art 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, § 1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI) e d) direitos e garantias individuais(art. 60, §4º, inc. IV)”. *In* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 34.

²¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 35.

²¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 35.

Ingo Wolfgang Sarlet²¹⁸ considera que embora haja uma interligação entre os direitos fundamentais e direitos humanos, e como já mencionado, corriqueiramente são utilizados como sinônimos, há se de destacar as distinções:

[...] procedente para distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram validade universal, para todos os povos, tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Ainda é possível traçar distinção entre as expressões “direitos dos homens”²¹⁹, “direitos humanos”²²⁰ e “direitos fundamentais”²²¹, sendo que, para discorrer sobre as distinções necessárias se faz traçar breves considerações históricas a respeito do tema.

[...] aos direitos positivados, centrar-nos-emos em traçar, de forma mais clara, a distinção entre os termos e conceitos “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. A utilização da expressão “direitos do homem”, de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato de que se torna necessária a demarcação precisa entre a fase que, inobstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e

²¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 36.

²¹⁹ Nesse sentido, entendem-se como direitos naturais não, ou ainda não positivados. *In* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 36.

²²⁰ Nesse sentido, entendem-se como direitos positivados na esfera do direito internacional. *In* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 36.

²²¹ Nesse sentido, entende-se como direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado. *In* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 36.

internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma pré-história dos direitos fundamentais²²².

A consideração do termo “direitos humanos” poder ser equiparado ao de “direitos naturais” não parece correta, uma vez que a própria positivação em normas de direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para os defensores de um jusnaturalismo) – da idéia de um direito natural²²³.

Todavia, não se deve esquecer que, na sua vertente histórica, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam o reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem, que, neste sentido, assumem uma dimensão pré- estatal e, para alguns, até mesmo supra-estatal. Cuida-se, sem dúvida, igualmente de direitos humanos – considerados como tais aqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana, mas, neste caso, de direitos não positivados²²⁴.

Quando o assunto é abordagem das distinções entre direitos do homem e direitos humanos, grandes são as divergências conceituais e terminológicas, e Bruno Galindo²²⁵ critica a idéia de Ingo Wolfgang Sarlet, no sentido de que para este autor, os direitos do homem e direitos humanos (ou direitos do homem), são sempre todos os direitos inerentes à natureza humana, positivados, ou não, distinguindo-se dos fundamentais, que são os direitos constitucionalmente positivados ou positivados em tratados internacionais, ainda que com uma eficácia e proteção diferenciada.

²²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 37.

²²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 36.

²²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 36.

²²⁵ GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais: análise de sua Concretização Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 48.

José Afonso da Silva²²⁶ utiliza a terminologia “direitos fundamentais do homem”, e nesse sentido refere-se aos direitos relacionados às situações jurídicas essenciais para a sobrevivência e a realização da pessoa e, sociedade, positivados no texto constitucional (“fundamentais”), e vinculados à pessoa (“do homem”).

Para Perez Luño²²⁷ quando o assunto é a distinção existente entre as categorias dos direitos fundamentais e direitos humanos, o autor discorre no sentido de que a expressão “direitos fundamentais” é utilizada para designar os direitos positivados em nível interno, ou seja, em nível nacional, enquanto, a expressão “Direitos Humanos”, seria mais usual para denominar os direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais.

Considera o autor que para evitar inconvenientes quanto as distinção entre as duas categorias, necessário utilizar como critério o grau de concreção positiva, isto é, “nos usos lingüísticos jurídicos, políticos e inclusive comuns, o termo direitos humanos aparece como um conceito de contornos mais amplos e imprecisos”, já quanto aos direitos fundamentais estes seriam “aqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos em sua normativa constitucional, e que gozam de tutela reforçada²²⁸”.

Em suma, para Perez Luño os “direitos humanos” são freqüentemente relacionados com uma categoria mais ampla que os “direitos naturais”, de modo que os direitos humanos seriam aqueles direitos atribuídos ao homem pelo fato de sua existência. Todavia a referida aproximação entre as duas categorias encontra críticas em várias doutrinas, na medida em que os direitos humanos foram positivados em Tratados Internacionais, o que revela a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos²²⁹.

²²⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 178.

²²⁷ PEREZ LUÑO, Antônio E. **Los Derechos Fundamentales**. 7 ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 43

²²⁸ PEREZ LUÑO, Antônio E. **Los Derechos Fundamentales**, p. 46.

²²⁹ PEREZ LUÑO, Antônio E. **Derechos Humanos, Estado y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1999, p. 30.

Segundo Marcos Leite Garcia²³⁰, com relação à terminologia, cabe esclarecer que o consenso geral na doutrina especializada é no sentido de que os termos *direitos humanos* e *direitos do homem* se utilizam quando fazemos referência àqueles direitos positivos nas declarações e convenções internacionais, e o termo *direito fundamental* para aqueles direitos que aparecem positivados ou garantidos no ordenamento jurídico de um Estado.

Para traçar um posicionamento filosófico, importante trazer à baila as considerações de Otfried Höffe²³¹, o qual destaca que a diferenciação conceitual entre os direitos humanos e direitos fundamentais, encontra-se no sentido que os direitos humanos antes de serem reconhecidos e positivados nas Constituições (quando se converteram em elementos do direito positivo e direitos fundamentais de uma determinada comunidade jurídica), integravam apenas uma espécie de moral jurídica universal. Para o autor os direitos humanos referem-se ao ser humano pelo fato de ser pessoa humana, ao passo que os direitos fundamentais, positivados nas Constituições concernem às pessoas como membros de um ente público concreto.

Diante das distinções apresentadas entre as categorias “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, Ingo Wolfgang Sarlet²³² esclarece que:

[...] no que tange ao elenco dos direitos humanos e fundamentais reconhecidos – nem entre o direito constitucional dos diversos Estados e o direito internacional, nem entre as Constituições, e isso pelo fato de que, por vezes, o catálogo dos direitos fundamentais constitucionais fica aquém do rol dos direitos humanos contemplados nos documentos internacionais, ao passo que outras vezes chega a ficar – ressalvadas algumas exceções –

²³⁰ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade**: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 190.

²³¹ HÖFFE, Otfried. **Derecho Intercultural**. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 168-169.

²³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 40.

bem além, como é o caso da nossa atual Constituição. Da mesma forma não há uma identidade necessária entre os assim denominados direitos naturais do homem, como os direitos humanos (em nível internacional) e dos direitos fundamentais, ainda que em parte dos tradicionais direitos de liberdade contemplados a esfera constitucional e internacional tenha surgido da positivação dos direitos naturais reconhecidos pela doutrina jusnaturalista, tais como os clássicos à vida, à liberdade, à igualdade, e à propriedade. Além disso, importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional) [...].

Cumpra registrar que as expressões ora apresentadas, não se tratam de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas sim, tratam-se de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas à esferas distintas de positivação, cujas conseqüências práticas não podem ser desconsideradas²³³.

Por fim, as diversas definições, todavia não afetam a categoria essencial para a compreensão aqui pretendida, devendo ficar registrado que a presente pesquisa será realizada com o referente “Direitos Fundamentais”.

Nesse contexto, passa-se ao estudo dos Direitos Fundamentais na concepção de Luigi Ferrajoli, o qual propõe uma Teoria fundada na idéia do *garantismo*.

2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DE LUIGI FERRAJOLI

Diante do descompasso existente entre a normatização estatal e as práticas que deveriam estar fundamentadas nelas, surge a idéia do *garantismo* com objetivo de buscar uma melhor adequação dos acontecimentos do mundo empírico às prescrições normativas oficiais.

²³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 42.

Destaca-se que será realizado um estudo sobre a teoria *garantista*, adentrando na concepção dos Direitos Fundamentais que, conquanto seja importante, se sujeita aos malabarismos retóricos capazes de retirar sua aplicabilidade, justamente por seu caráter formal, esquecendo-se da importância da fixação de um critério material²³⁴.

Luigi Ferrajoli, jurista italiano com forte influência liberal²³⁵ desenvolveu uma teoria na concepção de *direito como garantia*, a qual se funda a Teoria do Garantismo²³⁶, inicialmente entendida no âmbito penalístico, e posteriormente segundo Sérgio Cademartori²³⁷ “[...] tal teoria evoluiu alcançando a condição de teoria geral do Direito com enorme potencial explicativo e propositivo”.

A partir desta concepção do direito como garantia e diante da manifesta erosão e esvaziamento das principais teorias clássicas da Constituição e da norma, é que surge uma nova teoria jurídica que, calcada numa perspectiva racional-positivista de matriz

²³⁴ ROSA, Alexandre Morais. A Vida como critério dos Direitos Fundamentais: Ferrajoli e Dussel. *In: Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais: contribuições ao Debate*. Paulo Márcio Cruz e Rogério Zuel Gomes (Org). Curitiba: Juruá, 2006, p. 225.

²³⁵ Sérgio Cademartori adverte que “[...] a liberdade, no entanto, não é concebida por Ferrajoli como um poder sobre alguma coisa, como, por exemplo, os direitos patrimoniais, mas é concebida num sentido rigorosamente negativo, isto é, como a ausência da interferência de um poder externo, seja ele o poder público-estatal ou o poder econômico privado”. Ainda complementa o autor que a influência liberal de Ferrajoli está baseada num liberalismo não tradicional, e sustenta que: “[...] a) de um lado, as preferências de Ferrajoli dirigem-se àquilo que ele chama de ‘Estado social de Direito’, ou seja, um ordenamento que confere e garante não somente direitos de liberdade, mas também direitos sociais (coisa estranha à tradição política liberal; em suma, ao liberalismo clássico); b) de outro lado, o garantismo de Ferrajoli é, por assim dizer, mutilado, dado que não se estende ao direito de propriedade e nem, portanto, às liberdades econômicas (de mercado, de iniciativa econômica) que as pressupõem [...]”. *In: CADEMARTORI, Sérgio. Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 74-75.

²³⁶ Para Sérgio Cademartori “(...) a teoria garantista consegue dar conta desse aparato de dominação com extrema competência, eis que o apresenta como uma estrutura hierarquizada de normas que se imbricam por conteúdos limitativos do exercício do poder político. Propõe-se assim um modelo ideal de Estado de Direito, no qual, os diversos Estados Reais de Direito devem aproximar-se, sob pena de delegitimação. Tem-se aqui então o aspecto propositivo da teoria, ao postular valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem perseguidas pelo Estado de Direito, quais sejam a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial”. *In: CADEMARTORI, Sérgio. Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*, p. 72.

²³⁷ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*, p. 72.

iluminista, procede à releitura da doutrina clássico-positivista, resituando e revalorizando a Constituição – especialmente em função dos Direitos Fundamentais – retirando-a da subutilização a que era submetida pela visão tradicional. Tal teoria é denominada *garantismo jurídico*²³⁸.

Tal teoria influencia não apenas o campo jurídico, mas também o campo político, no qual seria minimizada a violência e ampliada a liberdade.

O sistema seria considerado com elevado grau *garantista* quando conseguisse minimizar a distância existente entre o texto da norma e a sua aplicação ao mundo empírico, ou seja, seria uma forma de colocar o indivíduo mais próximo da efetividade de suas garantias e direitos estabelecidos na Constituição.

Luigi Ferrajoli²³⁹ apresenta possibilidade de desdobramento da expressão *garantismo jurídico*, podendo ser encontrados três diversos significados conexos entre si, os quais traduzem em seu conceito sua amplitude e abrangência.

De primeira análise para o autor, *garantismo jurídico* consiste num modelo normativo de direito, atrelado a estrita legalidade própria do Estado de Direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo²⁴⁰, sob o prisma político é caracterizado como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a

²³⁸ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa (des)encontros entre economia e direito**, p.45.

²³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razão: Teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995, p. 688.

²⁴⁰ “se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo” (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razão: Teoría del garantismo penal**, p. 851-582.)

liberdade²⁴¹, e sob o prisma jurídico se caracteriza como um sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos²⁴².

Luigi Ferrajoli²⁴³ sustenta que o significado de *garantismo* no plano jurídico seria uma forma de criar um sistema de proteção aos direitos dos cidadãos que seria imposto ao Estado, ou seja, o próprio Estado que possui o poder pleno de criar o direito e todo o direito, sofre uma limitação garantista ao seu poder, tendo o Estado que respeitar um padrão sistêmico de garantias que devem por ele ser efetivados, sendo o primeiro passo para a configuração de um verdadeiro Estado Constitucional de direito.

Por segundo, o autor apresenta que o *garantismo jurídico* consiste em uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade”, contrapondo a “existência” e “vigor” das normas jurídicas, e nesse sentido, garantismo expressa uma aproximação teórica que mantém separado o “ser” e o “dever ser” em direito²⁴⁴.

Por fim, o significado de *garantismo jurídico*, consiste em uma *filosofia política* que impõe ao direito e ao Estado a carga da justificação externa conforme aos bens e os interesses cuja tutela e garantia constitui precisamente a finalidade de ambos²⁴⁵ e complementa que tal teoria possui como premissa a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validez e

²⁴¹ “como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad” (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razão**: Teoría del garantismo penal, p. 851-582).

²⁴² “como um sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos” (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razão**: Teoría del garantismo penal, p. 851-582.)

²⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razão**: Teoría del garantismo penal, p. 851

²⁴⁴ “expresa una aproximación teórica que mantiene separados el “ ser” y el “ deber ser” en derecho” (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razão**: Teoría del garantismo penal, p. 582.)

²⁴⁵ “impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos” (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razão**: Teoría del garantismo penal, p. 583.)

justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valorização do ordenamento, quer dizer, entre “ser” e “dever ser” do direito²⁴⁶.

Diante dos significados apresentados, para o jurista italiano importante destacar o segundo significado apresentado que trata da “validade” e “efetividade”, e nesse contexto, não se pode entender como direito válido aquele direito unicamente positivado, mas sim, é necessário redefinir as categorias da norma a modo de estabelecer diferença entre vigência, validade e eficácia das normas jurídicas.

Uma norma tem vigência quando se submete a todo trâmite do processo legislativo previsto na Constituição²⁴⁷, porém “[...] tal norma somente será válida se, em cotejo com a Constituição, guardar compatibilidade material, não afrontando nenhuma das garantias e direitos previstos”²⁴⁸.

Júlio Cesar Marcellino Junior²⁴⁹ explica que:

A vigência, na proposta garantista, submete-se a uma análise de avaliação escalonável, gradual, que leva em consideração inúmeros fatores fáticos, não se tratando, no entanto, de um juízo de justiça. “Justiça” definitivamente não é sinônimo de “validade”. Trata-se aqui de juízo jurídico, realizado a partir do ponto de vista interno. Assim, torna-se compreensível a existência de uma norma vigente, porém inválida, bastando que, ainda que respeitado o trâmite legislativo, tal norma afronte alguma garantia ou direito fundamental constitucional.

Alexandre Moraes da Rosa²⁵⁰ também traça considerações a respeito da matéria na concepção de Luigi Ferrajoli:

²⁴⁶ “doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justitia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valorización del ordenamento, es decir, entre “ser” y “deber ser” del derecho” (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razão: Teoria del garantismo penal**, p. 583.)

²⁴⁷ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa (des)encontros entre economia e direito**, p.48.

²⁴⁸ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa (des)encontros entre economia e direito**, p.48.

²⁴⁹ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa (des)encontros entre economia e direito**, p.48-49

Para este autor normas são *vigentes* (ou de validade meramente formal) quando editadas de conformidade com o processo legislativo, isto é, com o devido fundamento de vigência, aferido em face da norma superior, reservando ao termo de *validade* o atributo da pertinência subjetiva material com as normas situadas no nível superior, transbordando a pertinência meramente formal, típica do paradigma *Kelsiano*. A eficácia por sua vez, ficaria vinculada a observância. Portanto, estabelece a diferenciação entre três categorias imputáveis às normas: *vigência, validade e eficácia*.

A teoria do *garantismo* é uma teoria preocupada em definir a validade da norma com base nos aspectos formais e substanciais do direito, e essa junção de aspectos formais e substanciais teria a função de resgatar a possibilidade de se garantir, efetivamente, aos sujeitos de direito, todos os direitos fundamentais existentes.

O aspecto formal do direito está caracterizado no procedimento prévio existente, que funciona como pressuposto de legitimidade do surgimento de uma nova norma estatal; o aspecto substancial está relacionado nos elementos de conteúdo, material, como fundamento da norma.

Luigi Ferrajoli²⁵¹ ao tratar sobre o assunto de validade da norma jurídica aborda que o aspecto formal do direito tem muita semelhança com a teoria pura do direito, e sustentando que para Hans Kelsen²⁵² a validade de uma norma está em outra norma que lhe é anterior no tempo e superior hierarquicamente traçando as diretrizes formais para que tal norma seja válida, logo, para o autor, existe um mecanismo de derivação entre as normas jurídicas, dentro de uma idéia de supra e infra-ordenação entre as espécies normativas.

Dessa maneira, para haver uma diferenciação entre a *teoria pura do direito* e *teoria do garantismo*, Luigi Ferrajoli acrescenta um novo

²⁵⁰ ROSA, Alexandre Morais. **O que é Garantismo Jurídico? (Teoria Geral do Direito)**. Florianópolis: Habitus, 2003, p. 47-48.

²⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razão: Teoria del garantismo penal**, p. 690.

²⁵² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 205-208.

elemento ao conceito de validade, onde uma norma será válida não apenas pelo seu enquadramento formal às normas do ordenamento jurídico que lhe são anteriores, mas sim quando configuram um pressuposto para a sua verificação fazendo um resgate da "ética material dos valores" de Max Scheler²⁵³.

Com isso, Luigi Ferrajoli²⁵⁴ afirma que o conceito de validade em Hans Kelsen²⁵⁵, por conseguinte, é equivocado, pois uma norma seria inválida se não estivesse de acordo com os direitos fundamentais elencados na Constituição. Assim, caso uma norma ingresse no ordenamento jurídico a partir do esquema formal de Kelsen - utilizado a reboque por Ferrajoli, configurando o conceito de vigência - e não estivesse de acordo com as normas que consagram os direitos fundamentais, tal norma seria inválida, em função de não estar de acordo com a racionalidade material, pressuposto indispensável de validade das normas jurídicas. Em decorrência, afirma Ferrajoli que o conceito de validade em Kelsen se confunde, equivocadamente, com o de vigência.

Nesse contexto, após traçar considerações sobre a validade das normas jurídicas na concepção da *teoria garantista*, importante enfatizar conforme apresentado por Alexandre Morais da Rosa²⁵⁶ que “A Teoria Geral do *Garantismo* entendida como modelo de Direito, está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais”.

Compreende-se que a legitimação do Estado Democrático de Direito, deve suplantar a tradicional democracia formal, para conseguir alcançar a democracia material, a qual dita que os Direitos Fundamentais devem

²⁵³ Max Scheler nasceu em Munique em 22 de agosto de 1874 e faleceu em Frankfurt em 19 de maio de 1928. Adaptou as idéias fenomenológicas de Edmund Husserl ao campo da Ética e da Teoria dos Valores aproximando a sua teoria ao pensamento católico (personalismo). Opôs-se veementemente ao formalismo ético kantiano, na qual ela pode ser superada pela vivência dos valores. Suas principais obras são *O formalismo na ética* (dois volumes) (1913-1916), *Sobre o eterno no homem* (1928). JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 242.

²⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. *O Direito como Sistema de Garantias* in OLIVEIRA JR., José Alcebíades de (org): **O Novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 95-97.

²⁵⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985, *passim*

²⁵⁶ ROSA, Alexandre Morais. **O que é Garantismo Jurídico? (Teoria Geral do Direito)**, p. 20.

ser respeitados, efetivados e garantidos²⁵⁷. O garantismo jurídico está baseado nos direitos individuais, vinculados à tradição iluminista, no sentido de “[...] articular mecanismos capazes de limitar o poder do Estado, sofrendo, como curial, as influências dos acontecimentos históricos, especificamente a transformação da sociedade relativamente a tutela dos direitos sociais e negativos de liberdade, bem assim, do levante Neoliberal”²⁵⁸.

[...] os vínculos no *Estado Democrático de Direito*, de viés *garantista*, são de tal forma substanciais/materiais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em franca opressão à minoria, articulando a esfera do indecível. Em outras palavras, nem mesmo por maioria pode-se violar/negar os *Direitos Fundamentais* dos indivíduos que não foram alienados no momento da criação do Estado Civil²⁵⁹.

Sérgio Cadernatori²⁶⁰, explica que não se pode legitimamente afrontar-se com os direitos individuais, mas sim, garanti-los na sua máxima extensão, sob pena de deslegitimação das instituições estatais. Dessa maneira, estabelece-se “quem” pode e “como” se deve decidir; “o que” se deve e “o que não” se deve decidir²⁶¹.

A *teoria garantista* propõe novo conceito de Democracia, denominada *democracia substancial ou social*, onde o Estado de Direito é munido de garantias específicas, não somente liberais, mas também munido de garantias sociais, e sustenta que nesta teoria seria impossível tratar-se unicamente de uma *democracia formal ou política*, pois consistiria em um Estado de Direito

²⁵⁷ ROSA, Alexandre Moraes. **O que é Garantismo Jurídico? (Teoria Geral do Direito)**, p. 20.

²⁵⁸ ROSA, Alexandre Moraes. **O que é Garantismo Jurídico? (Teoria Geral do Direito)**, p. 20-21.

²⁵⁹ ROSA, Alexandre Moraes. **O que é Garantismo Jurídico? (Teoria Geral do Direito)**, p. 21.

²⁶⁰ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista**, p. 161.

²⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razão: Teoria del garantismo penal**, p. 688.

representativo, sustentado no princípio da maioria como referencial de legalidade²⁶².

Alexandre Moraes da Rosa²⁶³ leciona que:

[...] com a operacionalidade possível de democracia substancial, resta inserido no Estado Democrático do Direito a esfera do decidível e do não-decidível, por maioria ou unanimidade. [...]. Na esfera do indecidível se encontram justamente os Direitos Fundamentais, funcionando como verdadeiro marco divisório, impeditivo do avanço do Legislativo. O Poder Legislativo, assim, encontra limitações substanciais no tocante a matéria a ser objeto de legislação. Conseqüência dessa supremacia constitucional é que se devem efetuar juízos de validade do ordenamento infraconstitucional (controle difuso e material de constitucionalidade), espraiando, desta maneira, o reconhecimento da invalidade derogativa por violação da esfera do indecidível.

Luigi Ferrajoli²⁶⁴ com ênfase em sua Teoria Garantista propõe uma definição formal do conceito dos Direitos Fundamentais:

Proponho uma definição teórica, puramente formal e estrutural, de <<direitos fundamentais>>: são, <<direitos fundamentais>> todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a <<todos>> os seres humanos em quanto dotados do status de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de trabalhar; entendendo por <<direito subjetivo>> qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões), próprias a um sujeito por uma norma jurídica; e por <<status>> a condição de um sujeito prevista por uma norma jurídica positiva,

²⁶² MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa (des)encontros entre economia e direito**, p.49.

²⁶³ ROSA, Alexandre Moraes. A Vida como critério dos Direitos Fundamentais: Ferrajoli e Dussel. **Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais: contribuições ao Debate**. Paulo Márcio Cruz e Rogério Zuel Gomes (Org). Curitiba: Juruá, 2006, p. 228.

²⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 19.

como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício destas.²⁶⁵

É nesse pensar, que o jurista italiano se preocupa com o compromisso social, político e jurídico para a garantia e efetivação dos Direitos Fundamentais, e destaca seu principal pressuposto para traçar a definição de Direitos Fundamentais, qual seja o “*status do sujeito*”, e enfatiza que a idéia de direito subjetivo se traduz por “[...] qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativas (de não sofrer lesões) nem relação ao Estado”²⁶⁶.

Júlio Cesar Marcellino Junior²⁶⁷ traça considerações a respeito:

São segundo o autor, evidentes as vantagens e ganhos de uma definição como essa. Isso porque, enquanto prescinde de circunstâncias de fato, isto é, de estarem reconhecidas por normas internas, tal teoria é válida em qualquer ordenamento jurídico, independentemente de os Direitos Fundamentais estarem ou não previstos positivamente, inclusive em regimes totalitários. Tem assim, status de uma verdadeira teoria geral do direito, com o diferencial de ser ideologicamente neutra, sendo válida qualquer que seja a filosofia jurídica ou política que se adote (positivista ou jusnaturalista, liberal ou socialista, antiliberal ou antidemocrática). Figuram por decorrência, os Direitos Fundamentais como garantias indisponíveis e inalienáveis, podendo-se neles, não obstante a estrutura formal de sua definição, identificar a base da igualdade jurídica.

²⁶⁵ “Propongo una definición *teórica*, puramente *formal y estructural*, de «derechos fundamentales»: son, «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «*status*» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.” (FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 19.)

²⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 19.

²⁶⁷ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa (des)encontros entre economia e direito**, p.50.

Nesse contexto, observa-se que se trata de uma definição de Direitos Fundamentais formulada em uma Teoria Geral a título universal, ou seja, é abrangente a todos os cidadãos, e nesse sentido, por serem reconhecidos em “caráter universal”, encontram-se relacionados no sentido puramente lógico e a-valorativo da quantificação universal da classe dos sujeitos que são titulares dos mesmos²⁶⁸.

Cita o autor que podem tratar como universais e fundamentais, a liberdade pessoal, liberdade de pensamento, os direitos políticos, os direitos sociais, os direitos equiparados e as garantias processuais penais²⁶⁹.

Para sustentar e fundamentar mais sua proposta de conceituação de Direitos Fundamentais, Luigi Ferrajoli²⁷⁰ apresenta quatro teses que julga essenciais para uma teoria da democracia constitucional.

A primeira tese proposta diz respeito à diferenciação dos Direitos Fundamentais e Direitos Patrimoniais, admitindo que os direitos fundamentais possuem vinculação direta com todos os cidadãos, enquanto os direitos patrimoniais são pertencentes a uma determinada classe de sujeitos²⁷¹. Destaca-se que tal tese será detalhadamente estudada no terceiro capítulo do presente trabalho, eis que essas diferenciações são os fundamentos da teoria que não considera a propriedade como direito fundamental.

A segunda tese proposta por Luigi Ferrajoli²⁷² corresponde a interesses e expectativas de todos, formando o fundamento e o parâmetro da igualdade jurídica, estabelecendo dessa maneira uma *dimensão substancial da democracia*. Essa *dimensão substancial da democracia* apresentada pelo autor seria anterior à dimensão política ou formal onde se utiliza a regra republicana da maioria, mas sim, seria considerada uma dimensão substancial/material, onde o

²⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 20.

²⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 20.

²⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 25.

²⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 25.

²⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 25.

rol de garantias estariam asseguradas pelo Estado Democrático de Direito que traz consigo o projeto do Estado Social.

A terceira tese traz referência à natureza supranacional dos Direitos Fundamentais, principalmente pelo fato de que as declarações e convenções internacionais impõem limites internos e externos aos poderes públicos. Exemplifica o autor para melhor traçar considerações a respeito que tal definição fornece critérios de uma tipologia de tais direitos no âmbito dos quais os direitos de cidadania são considerados apenas uma subclasse²⁷³.

A quarta e última tese, vincula a relação entre direitos e garantias. Os Direitos Fundamentais se constituem em expectativas negativas ou positivas, as quais correspondem obrigações de prestação ou proibição de lesão denominada garantias primárias, sendo denominadas como garantias secundárias, as obrigações de reparação ou sanção judicial das lesões aos direitos. Sustenta por seguinte o autor, que a ausência de garantias provoca uma indevida lacuna que põe em risco a efetivação dos direitos previstos²⁷⁴.

Diante das teses apresentadas, vislumbra-se como já destacado anteriormente que os Direitos Fundamentais dão sentido à dimensão substancial da democracia, opondo-se à dimensão meramente política da democracia formal, dessa maneira, constituem condição de legitimidade do Estado de Direito e de suas instituições²⁷⁵.

O Direito, como um todo deve estar sujeito ao paradigma da democracia constitucional material, de modo a reafirmar as liberdades e garantias que tal modelo proporciona. O garantismo jurídico, assim, em tempos de constantes levantes neoliberais, e de freqüentes atos anti-garantistas que vilipendiam a Constituição e naturalizam a exclusão e a marginalização social, serve de importante instrumental de contenção a ser manejado dentro do próprio complexo normativo vigente. Como observado, tal modelo,

²⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 25

²⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 26.

²⁷⁵ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa (des)encontros entre economia e direito**, p.53.

quem parte de uma releitura necessária do juspositivismo clássico, oferece imensas vantagens especialmente para o conturbado momento da complexa sociedade contemporânea – tomada de assalto pelo “Mercado”, e por sua liberdade “fundamentalista” ²⁷⁶.

Os Direitos Fundamentais por sua vez, constituem vínculos substanciais normativamente impostos tidos como necessidades de todos, razão de ser do Estado Democrático de Direito, sendo que se encontram garantidos por uma rigidez absoluta impedindo que eventuais maiorias os modifiquem naquilo que a Teoria Constitucional preconiza como cláusulas pétreas, consideradas invioláveis²⁷⁷.

Neste pensar, os Direitos Fundamentais apresentam papel preponderante por seu caráter universal, ligados indissociavelmente aos sujeitos, indicando por um lado obrigações positivas ao Estado no âmbito social, e de outro privilegiando a liberdade dos indivíduos²⁷⁸.

Esses Direitos Fundamentais, longe de românticas declarações de atuação do Estado, representam o substrato da democracia material-constitucional. Significam a extensão de liberdades e de direitos opostos, mas direcionados, ambos à realização das promessas constitucionais. Seriam válidos em qualquer filosofia política ou jurídica, vinculando os poderes pelo princípio hierárquico e da legalidade, espraiando efeitos para o futuro²⁷⁹.

Diante das várias possibilidades discursivas que a linguagem proporciona, da reconhecida heterogeneidade dos jogos lingüísticos que se afirmam subjetivamente de modo a legitimar o saber, e do referencial

²⁷⁶ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa (des)encontros entre economia e direito**, p.53.

²⁷⁷ ROSA, Alexandre Moraes. A Vida como critério dos Direitos Fundamentais: Ferrajoli e Dussel. *In* **Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais: contribuições ao Debate**. Paulo Márcio Cruz e Rogério Zuel Gomes (Org).Curitiba: Juruá, 2006, p. 232-233.

²⁷⁸ ROSA, Alexandre Moraes. A Vida como critério dos Direitos Fundamentais: Ferrajoli e Dussel. *In* **Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais: contribuições ao Debate**. Paulo Márcio Cruz e Rogério Zuel Gomes (Org).Curitiba: Juruá, 2006, p. 233.

²⁷⁹ ROSA, Alexandre Moraes. A Vida como critério dos Direitos Fundamentais: Ferrajoli e Dussel. *In* **Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais: contribuições ao Debate**. Paulo Márcio Cruz e Rogério Zuel Gomes (Org).Curitiba: Juruá, 2006, p. 233.

hermenêutico que ainda informa o imaginário dos juristas, o *garantismo jurídico* como teoria geral, pode ainda ser distorcido, manipulado, mitigado por quem faça, ao seu modo, uma releitura conveniente do ordenamento jurídico vigente²⁸⁰.

Para que isso não ocorra, necessário traçar um referencial ético de conteúdo material que sirva de balizador ao sentido que se pretenderá construir a partir de sua proposta teórica. Alexandre Morais da Rosa²⁸¹ “[...] propõe que os Direitos Fundamentais sejam vistos como núcleo irreduzível e inviolável, a serem preenchidos pelo critério ético-material de Dussel²⁸²”.

Por seguinte, após estudar Direitos Fundamentais na Teoria garantista de Luigi Ferrajoli, passa-se ao estudo dos Direitos Fundamentais na concepção de Gregório Peces-Barba.

2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONCEPÇÃO DE GREGÓRIO PECES-BARBA

Os estudos na doutrina sobre o tema dos Direitos Fundamentais, muitas vezes não são valorados no que tange a aplicação de tais direitos devidamente expressos nos textos constitucionais. Ocorre uma verdadeira distância entre a prática e a teoria com relação à realidade dos direitos fundamentais em nossa sociedade²⁸³.

²⁸⁰ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa (des)encontros entre economia e direito**, p.54.

²⁸¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Direito infracional**. Florianópolis: Habitus, 2005, p. 56.

²⁸² Enrique Dussel filósofo Argentino, considerado um dos maiores expoentes da Filosofia da Libertação e do pensamento latino-americano em geral. Autor de uma grande quantidade de obras, seu pensamento discorre sobre temas como: filosofia, política, ética e teologia. Tem se colocado como crítico da pós-modernidade chamando por um novo momento denominado transmodernidade. Segundo Dussel “aquele que atua eticamente deve (como obrigação) produzir, reproduzir, numa comunidade de vida, a partir de uma “vida boa” cultural e histórica [...] que se compartilha pulsional e solidariamente, tendo como referência última toda a humanidade, isto é, é um enunciado normativo com pretensão de verdade prática e, além disso, com pretensão de universalidade”. In: DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão**. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen M. E. Orth. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 77.

²⁸³ GARCIA, Marcos Leite. O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito. In: **Anais do XIV Congresso Nacional do**

Necessário se faz fundamentar e aplicar os direitos fundamentais, para que a sociedade possa transformar sua realidade através do respeito a esses direitos, nesse contexto, Nicolás López Calera²⁸⁴ adverte que “[...] o índice de respeito aos direitos humanos servem de parâmetros, de *medidor*, da evolução de um povo, do real desenvolvimento de uma nação”.

Dessa maneira, constata-se três eixos temáticos importantes para entender a distância entre o Direito positivo e a realidade social em que se encontram os direitos fundamentais.

Marcos Leite Garcia²⁸⁵ leciona que o primeiro eixo seria conhecer a formação dos direitos fundamentais; o segundo eixo delimitar o conceito dos mesmos; o terceiro, conhecer a formação de nossa sociedade, no sentido de fazer um estudo aprofundado dos temas, não para impor como verdade absoluta, mas sim, com o intuito de dar elementos para que o cidadão possa optar ou não pelos valores dos direitos fundamentais²⁸⁶.

CONPEDI. Florianópolis: Boiteux, 2006 <http://www.conpedi.org/manaus/anais_conpedi.html> Acesso: 30 de abril de 2010, p.01.

²⁸⁴ LOPEZ CALERA, Nicolás. **Filosofia del derecho (I)**. Granada: Colmares, 1997, p. 206.

²⁸⁵ GARCIA, Marcos Leite. O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito. In: **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Boiteux, 2006 <http://www.conpedi.org/manaus/anais_conpedi.html> Acesso: 30 de abril de 2010, p. 03.

²⁸⁶ Marcos Leite Garcia leciona que “Em nossa opinião as origens e a fundamentação dos direitos humanos se confundem. Devem-se estudar as origens dos direitos humanos exatamente para fundamentá-los. Estudando suas origens históricas estamos fundamentando e vice-versa. Isso porque os direitos humanos podem ser considerados através de seus processos de evolução, como veremos suas linhas de evolução que vão gerar três, quatro ou cinco gerações dimensões de Direitos”. Destaca por seguinte que “As gerações ou dimensões, dependendo do autor podem ser três, quatro ou cinco. Nossa preferência é pela divisão mais tradicional que em princípio está exposta em três gerações, mas que aceita mais uma ou duas gerações. Seriam elas as seguintes: primeira geração-dimensão: direitos civis e políticos – direitos de liberdade; segunda geração-dimensão: direitos econômicos, sociais e culturais – direitos de igualdade; terceira geração-dimensão: direitos difusos- direitos de solidariedade; e admitimos uma quarta geração-dimensão: referentes a biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética. Em nossa opinião como defendem alguns autores, uma possível quinta geração advinda das tecnologias de informação, do ciberespaço e da realidade virtual, ainda não tem os elementos para serem classificados como direitos fundamentais”. GARCIA, Marcos Leite. O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito. In: **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Boiteux, 2006 <http://www.conpedi.org/manaus/anais_conpedi.html> Acesso: 30 de abril de 2010, p. 03-04.

Desde a Antiguidade não havia qualquer reconhecimento dos direitos fundamentais, todavia, houve muitas lutas para conquistá-los. Durante a Idade Média com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, a rígida separação de classes, a organização feudal e diversos documentos jurídicos, reconheceram a existência dos direitos fundamentais posteriormente à limitação da prerrogativa real. O forte desenvolvimento das relações de direitos fundamentais deu-se tão-somente a partir do terceiro quarto do século XVIII até meados do século XX.

Há um longo processo de evolução na passagem da Idade Média à Moderna, entretanto, não se tratará de fazer a história dessa passagem, mas sim, encontrar na linha de evolução histórica as razões que justificam a aparição do conceito de direitos fundamentais, ademais enfrentamos realidades dinâmicas que se relacionam entre si, sendo difícil captá-las em toda sua complexidade²⁸⁷.

Os direitos fundamentais são conquistas históricas da humanidade e somente foram possíveis a partir de uma série de acontecimentos marcantes que levaram a uma mudança na estrutura da sociedade e na mentalidade do ser humano²⁸⁸, nesse contexto, necessário apresentar a concepção de Gregório Peces-Barba²⁸⁹, conhecido político e jurista espanhol, o qual sustenta que “[...] os direitos fundamentais são um conceito histórico do

²⁸⁷ Nesse sentido, os “direitos não nascem todos de uma só vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação de poder; remédio que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor”. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

²⁸⁸ GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 46, 31.10.2007. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343> Acesso: 30 de abril de 2010, p. 04.

²⁸⁹ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 146.

mundo moderno que surge progressivamente a partir do *trânsito à modernidade*"

²⁹⁰.

[...] o trânsito à modernidade é um momento revolucionário, de profunda ruptura, mas ao mesmo tempo importantes elementos de sua realidade já se anunciavam na Idade Média, e outros elementos tipicamente Medievais sobreviveram ao fim da Idade Média, neste trânsito à modernidade e até o século XVIII, aparecerá à filosofia dos direitos fundamentais, que como tal, é uma novidade histórica do mundo moderno, que tem sua gênese no trânsito à modernidade, e que, por conseguinte, participa de todos os componentes desse trânsito já sinalizados, ainda que sejam os novos, os especificamente modernos, os que lhe dão seu pleno sentido. ²⁹¹.

Gregório Peces-Barba²⁹² analisa que os direitos fundamentais reportam-se a uma pretensão moral justificada sobre traços importantes derivados da idéia de dignidade humana que tão-somente a partir da sua recepção no Direito positivo efetivasse-a a sua finalidade. Devida a essa característica alcança-se a *compreensão* dos direitos fundamentais de uma visão integral do *fundamento* e do *conceito*.

Sua inseparável conexão se produz porque o direito tem uma raiz moral que se indaga por intermédio da *fundamentação*, mas não são tais sem pertencer ao ordenamento e poder, assim ser eficazes na vida social, realizando a função que os justifica. Neste sentido, a moralidade e juridicidade formam o âmbito de estudo necessário para a *compreensão* dos direitos fundamentais.

²⁹⁰ Gregório Peces-Barba, com relação à expressão *trânsito à modernidade*, encontra dificuldade na delimitação cronológica do período em razão das divergências de interpretação quanto à origem da Idade Média e onde se localiza o início do Renascimento. Considerou, portanto, mais adequado utilizar o termo para o período histórico que se iniciará no século XIV e chegará até o século XVIII. GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade**: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 194.

²⁹¹ PECES-BARBA, Gregório. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982, p. 04.

²⁹² PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 103.

Não teria sentido falar da *fundamentação* de um direito que não seja logo suscetível em nenhum caso de integrar-se no Direito positivo, e tão pouco terá sentido falar do *conceito* de um direito ao que não se lhe possa encontrar uma raiz ética vinculada às dimensões centrais da dignidade humana. Nos direitos fundamentais a moral e o direito estão entrelaçados e a separação os faz incompreensíveis²⁹³.

A *compreensão* dos direitos fundamentais, da moral e do direito, aparecerem conectados pelo Poder. Os direitos fundamentais que se originam e se fundam na moralidade lançam-se no direito pela intervenção do Estado.

Sem o apoio do Estado esses valores morais não se convertem em Direito positivo, e, por conseguinte, carecem de força para orientar a vida social em um sentido que favoreça sua finalidade moral.²⁹⁴ No entanto, quando a moralidade incorporar-se ao Direito positivo está frente a uma *pretensão moral justificada* que constituem a Filosofia do direito fundamental. E, a partir da pressão dada pelos cidadãos o Estado assume seu papel para formar parte do Direito positivo.

Dessa maneira, antes do primeiro processo de positivação levado a cabo com as revoluções burguesas do século XVIII, necessário tratar de um anterior processo de evolução que seria o qual chamamos de processo de formação do ideal dos direitos fundamentais

Esse processo de evolução estaria diretamente relacionado com perguntas fundamentais entabuladas por Gregório Peces-Barba. Primeiramente questiona o autor *o por que dos direitos fundamentais? Por que devem ser respeitados os direitos fundamentais?* Como segundo questionamento, *para quê dos direitos fundamentais?* E como terceira pergunta fundamental *qual deve ser seu conteúdo (?)*, visto que os direitos fundamentais não são um

²⁹³ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 104.

²⁹⁴ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 104.

conceito estático, imutável, ou absoluto, por tratar-se de um fenômeno que acompanha a evolução da sociedade²⁹⁵.

As respostas dos questionamentos sustentados pelo autor são o conteúdo da própria fundamentação dos direitos fundamentais que se busca na história, nos processos de evolução e no conceito²⁹⁶.

Para responder adequadamente à primeira pergunta *por que dos direitos fundamentais(?)* essa resposta é o conteúdo da própria fundamentação dos Direitos Fundamentais, ela vai unida ao conhecimento de sua história, sua evolução, seus processos de evolução e do seu conceito²⁹⁷.

Gregório Peces-Barba²⁹⁸ acentua que se cruamente não se fundamenta, não se justifica moralmente os Direitos Fundamentais, os mesmos seriam *uma força sem moral*; e os Direitos Fundamentais somente como *moral*, como querem entre outros os atuais seguidores de um Direito Natural contemporâneo, seria uma *moral sem força*.

Quanto à segunda pergunta do *para que (?)* dos Direitos Fundamentais, encontramos resposta na leitura dos documentos de Direitos Humanos, seja a Declaração Universal de Direitos Humanos, ou de Direitos Fundamentais, seja a CRFB/88 ou qualquer outra constituição dos países democráticos do ocidente²⁹⁹.

A terceira pergunta do *qual deve ser seu conteúdo (?)* também pode ser respondida com a leitura dos documentos de Direitos Humanos

²⁹⁵ PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 102-103.

²⁹⁶ PECES-BARBA, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, p. 102-103.

²⁹⁷ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, p.104-105.

²⁹⁸ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. p.105.

²⁹⁹ GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 46, 31.10.2007. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343> Acesso: 30 de abril de 2010, p. 04.

e Direitos Fundamentais, fazendo-se a ressalva de que os Direitos Humanos podem modificar-se através dos tempos como podemos ver com o advento de novas necessidades e com o fenômeno dos novos direitos.

Interessante ver essa questão com o estudo do Processo de formação do ideal ou da idéia dos Direitos Fundamentais, que é um processo que existe desde o início e que jamais deixará de existir uma vez que os Direitos Fundamentais não são um conceito estático, imutável ou absoluto e muito pelo contrário trata-se de um fenômeno que acompanha a evolução da sociedade, das novas tecnologias, e as novas necessidades de positividade para proteger a dignidade humana, a liberdade, a igualdade e fazer da solidariedade uma realidade entre todos³⁰⁰.

Diante das perguntas e respostas já apresentadas, destaca-se que a *compreensão* dos direitos fundamentais supõe uma atividade intelectual integradora da Filosofia dos Direitos. É um ponto de encontro entre Direito e a Moral. A *fundamentação* encontra-se no primeiro dos dois níveis e o *conceito* especialmente no segundo, desde um ponto de vista que se translada desde a estrutura à *função*. Nenhuma das duas construções se podem considerar isoladamente, nem se esgota em si mesma.

Depois do primeiro processo de positividade, como já mencionado, marcado pelas revoluções burguesas e pela ideologia liberal, através da história dos dois séculos seguintes, os direitos fundamentais irão se modificando e incluindo novas demandas da sociedade em transformação³⁰¹.

Exatamente no aludido período histórico nascerá uma nova mentalidade que preparará o caminho para o surgimento de um novo homem e de uma nova sociedade que brotará

³⁰⁰ GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 46, 31.10.2007. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343> Acesso: 30 de abril de 2010, p. 04.

³⁰¹ GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 46, 31.10.2007. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343> Acesso: 30 de abril de 2010, p. 04.

progressivamente até a positivação das demandas *jusnaturalistas* dos direitos do homem nos documentos das chamadas revoluções burguesas³⁰².

Gregório Peces-Barba³⁰³ muito contribuiu para a Teoria dos Direitos Fundamentais e estudou as chamadas linhas de evolução dos direitos fundamentais que são relatadas nos processos de positivação, de generalização, de internacionalização e de especificação, sendo que tal estudo é de suma importância para o entendimento das gerações dos mesmos.

O processo de positivação é marcado pela passagem filosófica ao Direito Positivo, sendo que, o processo de formação do ideal dos direitos fundamentais considerado anterior ao de positivação, conforme já exposto no presente estudo, será marcado por transformações políticas, sociais, econômicas e culturais da sociedade no trânsito à modernidade e como consequência das reivindicações³⁰⁴ dos livres pensadores que irão fundar o Direito Natural Racionalista, revolucionário em sua essência, e o Iluminismo³⁰⁵.

Quanto ao processo de generalização, este significará a reivindicação típica do século XIX da extensão do reconhecimento e proteção dos

³⁰² GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 46, 31.10.2007. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343> Acesso: 30 de abril de 2010, p. 04.

³⁰³ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, p.150.

³⁰⁴ Marcos Leite Garcia assevera que “Estas primeiras reivindicações serão pela separação da ética pública da ética privada e conseqüentemente pela separação do Estado da religião, pela tolerância religiosa, pela humanização do direito penal e do processo penal e um pouco depois pela limitação do poder do Estado. Com dito processo os Direitos de primeira geração (direitos de liberdade), traduzidos como direitos civis e políticos ou liberdades públicas, de cunho individualista e que serão Direitos do cidadão ante o Estado, de não atuação do Estado, Direitos de abstenção do Estado”. *In: GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 46, 31.10.2007. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343> Acesso: 30 de abril de 2010, p. 04.

³⁰⁵ GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 46, 31.10.2007. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343> Acesso: 30 de abril de 2010, p. 04..

direitos de uma classe a todos os membros de uma comunidade como consequência da luta pela igualdade real³⁰⁶.

Tais direitos serão positivados somente no início e nominados no século XX de direitos sociais ou Direitos de segunda geração. Pode-se afirmar que entre os direitos de segunda geração são os de igualdade e na sua essência são os direitos econômicos, sociais e culturais, como direitos de exigir prestação do Estado³⁰⁷.

Um dos principais fatores nesse contexto, é que direitos de liberdade, direitos de igualdade e direitos políticos se comunicam em todas as gerações, uma vez que não são estanques, no sentido de que não são estagnados. Por seguinte há de mencionar, que uma geração de direitos fundamentais não supera a outra como querem alguns críticos, ao contrário, uma geração trás novos elementos aos direitos fundamentais e complementa a anterior geração³⁰⁸.

O processo de internacionalização implica na tentativa de internacionalizar os direitos humanos para que ele esteja por cima das fronteiras e abarque toda a Comunidade Internacional. Tal processo encontra-se em fase embrionária³⁰⁹, sendo de difícil realização prática, e considera-se que não gera

³⁰⁶ GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 46, 31.10.2007. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343> Acesso: 30 de abril de 2010.

³⁰⁷ GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 46, 31.10.2007. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343> Acesso: 30 de abril de 2010.

³⁰⁸ GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 46, 31.10.2007. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343> Acesso: 30 de abril de 2010.

³⁰⁹ Marcos Leite Garcia preceitua que “Ainda que em teoria exista um interessante sistema de proteção internacional dos direito humanos (ONU) e dois regionais (OEA e Conselho de Europa), a realidade não nos deixa, infelizmente crer na efetividade dos mesmos pela inexistência de democracia nas relações internacionais entre os Estados e pela ausência de um poder superior aos Estados que possa verdadeiramente aplicar efetivamente os Direitos. Por

nenhuma nova geração de direitos e sim uma nova esfera de defesa dos direitos: a internacional³¹⁰.

Por fim, o processo de especificação considera a pessoa em situação concreta para atribuir-lhe direitos, seja como titular de direitos na condição de criança, idoso, mulher, consumidor, etc, ou como alvo de direitos, como o de um meio ambiente saudável ou a paz.

Nestes termos são considerados direitos de terceira geração, denominados de direitos difusos ou “novos direitos”. Os “novos direitos” *transindividuais* provenientes do processo de especificação, são especificados em dois níveis conforme mencionado por Marcos Leite Garcia³¹¹.

Em primeiro lugar *quanto ao conteúdo*: direito a um meio ambiente saudável e direito à paz, entre os considerados “novos direitos”; além dos “novíssimos direitos” referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética; e dos outros “novíssimos direitos” advindos das tecnologias de informação (internet) e do ciberespaço. E em segundo lugar especificados *quanto ao titular*: direito do consumidor; direito da criança e do adolescente; direito da mulher; direito do idoso; direito dos índios. A *solidariedade* (fraternidade) tão necessária para questões essenciais do mundo atual e que dignifica a pessoa humana será seu signo e fundamento. Como bem recorda o professor Antonio Pérez Luño (2006, p. 35-42), este desenvolvimento histórico gerará um novo Estado de Direito com novas formas de exercer a cidadania e que caracterizará o século XXI de nossa era.

motivos certamente evidentes, somente o sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos tem funcionado com verdadeira eficácia”. In: GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 46, 31.10.2007. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343> Acesso: 30 de abril de 2010.

³¹⁰ GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 46, 31.10.2007. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343> Acesso: 30 de abril de 2010.

³¹¹ GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 46, 31.10.2007. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343> Acesso: 30 de abril de 2010, p. 04.

Após abordagem dos estudos ora apresentados, passa-se a análise principal do tema ora proposto para a presente pesquisa, em analisar se o princípio da propriedade elencado no rol de direitos fundamentais pelo Constituinte de 1988, pode ser considerado um direito fundamental de acordo com as teorias de Luigi Ferrajoli e Gregório Peces-Barba.

CAPÍTULO 3

PRINCÍPIO DA PROPRIEDADE NA CRFB/88 E DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO FERRAJOLI E PERCES BARBA

Inicialmente destaca-se que o objetivo principal desse capítulo, não é investigar as concepções acerca da distinção entre Princípios e regras, nem esgotar todas as considerações sobre Princípios, e sim, descrever as características, conceitos e fundamentos dos Princípios Constitucionais.

Faz-se necessário essa introdução, pois a seguir será abordado sobre o Tratamento Constitucional da Propriedade na CRFB/88.

Por seguinte, será realizado um estudo sobre os Direitos Fundamentais na CRFB/88, onde abordar-se-á, quanto a problemática da eficácia e abrangência dos direitos fundamentais elencados pelo Constituinte, dando ênfase a inserção do princípio da propriedade em tal categoria.

Por fim, como objetivo específico da presente pesquisa, será analisado o Princípio da Propriedade, com base nas teorias de Direitos Fundamentais dos autores Luigi Ferrajoli e Gregório Peces-Barba estudas no Capítulo 2, para compreensão de tal direito, ser ou não caracterizado um Direito Fundamental.

3.1 NORMAS JURÍDICAS: REGRAS E PRINCÍPIOS

O conceito de norma é fundamental para compreensão e operação da Ciência do Direito e isto não significa que a utilização deste termo seja restrita àquela ciência, como sustenta Robert Alexy³¹²:

Tal palavra tanto quanto outras a ela relacionadas, como “regra”, “mandamento”, ou “preceito”, são de uso corrente, não só na linguagem coloquial como também em outras ciências, como na Sociologia, na Etnologia, na Filosofia Moral e na Linguística. O emprego do termo “norma”, em todos esses âmbitos, é caracterizado pela variedade de sentidos com que isso ocorre, pela vagueza que o acompanha e todos esses sentidos e pelas disputas que sempre suscita, disputas que são intermináveis quando tal termo é empregado fora de uso mais óbvio.

Em que pese divergências doutrinárias, destaca-se que o Sistema normativo sustentáculo do Estado Democrático de Direito, é formado, consoante a teoria majoritária, por normas jurídicas³¹³, sendo as normas jurídicas consideradas gênero, subdivididas em duas espécies: Regras e Princípios³¹⁴.

Inicialmente, antes de se pacificar a distinção entre regras e princípios, a distinção era formulada entre normas e princípios considerando-as espécies diferentes.

A norma distingui-se do princípio porque contém uma regra, instrução, ou imposição imediatamente vinculante para certos tipos de questões. Todavia os princípios, que começam por ser a base das normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio, constituindo

³¹² ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 5 ed. Malheiros: São Paulo, 2006, p. 51

³¹³ De acordo com Dr. Osvaldo Ferreira de Melo, baseado em Kelsen, entende-se por norma jurídica “Espécie de gênero Norma (V) que tem como característica a coercibilidade (V) e a Exigibilidade (V.)”, e ainda, “Objeto da atividade descritiva da Ciência Jurídica e da ação criadora da Política Jurídica”. In MELO, Osvaldo Ferreira. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC, 2000, p. 68.

³¹⁴ Eros Grau afirma que os princípios são normas jurídicas ao lado das regras - o que converte norma jurídica em gênero, do qual são espécies os princípios e as regras jurídicas. In: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 76.

preceitos básicos da organização constitucional. Os princípios são núcleos de condensação nos quais confluem bens e valores constitucionais, são expressões do ordenamento constitucional e não fórmulas apriorísticas contraposta às normas³¹⁵.

Ávila Humberto³¹⁶, sustenta que os Princípios são normas de elevado grau de abstração (destinam-se a um número indeterminado de situações) e generalidade (dirigem-se a número indeterminado de pessoas) e por isso, exigem uma aplicação influenciada por elevado grau de subjetividade do aplicador, contrariamente as regras, que denotam pouco ou nenhum grau de abstração (destinam-se a um número “quase” determinado de pessoas), e por isso, demandam uma aplicação com pouca ou nenhuma influência de subjetividade do intérprete.

José Joaquim Gomes Canotilho³¹⁷ afirma que a distinção entre princípios e regras é extremamente importante em sede de direitos fundamentais, apresenta que as regras são normas que verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção. Quanto aos Princípios, o autor destaca que são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os Princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada, mas sim impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fática ou jurídica.

Ronald Dworkin³¹⁸, em contraposição ao positivismo jurídico³¹⁹, admite que o direito deve ser visto como integridade, composto pelas

³¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 49.

³¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 84.

³¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1255.

³¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.36.

³¹⁹ Positivismo jurídico deve ser entendido como a corrente que entende ser o Direito restrito às normas positivadas e, juspositivismo como a doutrina que prega a formalização do Direito em um sistema fechado e hierárquico das normas produzidas de acordo com o processo legislativo.

regras escritas e, ainda, pelos *princípios*³²⁰. Em geral, utiliza-se do termo princípio para “indicar todo o conjunto de padrões que não são regras”³²¹.

Acrescenta o autor a distinção entre os princípios, no sentido genérico, e as regras é de natureza lógica³²². As últimas são aplicáveis, via de regra, de forma disjuntiva, à maneira do tudo-ou-nada (*all-or-nothing*), presentes os pressupostos de fato previstos, então ou a regra é válida, e a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão; podem conter exceções, casos em que devem ser arroladas da forma mais completa, sob pena de ser inexata. Os princípios funcionam de outra forma, pois não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente

“Ele consiste fundamentalmente na identificação do ‘direito’ com o ‘direito positivo’. Direito natural, princípios de justiça e conceitos semelhantes estão fora do campo da ciência do direito” *In*: MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 24 ed. São Paulo: RT, 1997, p. 252.

“Para Kelsen, o Direito não é senão um sistema de preceitos que se concatenam, a partir da Constituição, que a norma fundamental manda cumprir, até aos contratos privados e às sentenças. Desse modo, a concepção kelseniana redundava em um monismo normativista, do ponto de vista da atividade jurisprudencial. Consiste essa doutrina em dizer que para o jurista a realidade não pode ser vista a não ser como um sistema de normas que se concatenam e se hierarquizam. Todo mundo jurídico não é senão uma seqüência de normas até atingir, sob forma de pirâmide, o ponto culminante da norma fundamental, que é ‘condição lógico-transcendental’ do conhecimento jurídico” *In*: REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 476.

³²⁰ Para situar a questão no direito pátrio, o ordenamento jurídico é um sistema aberto de regras e princípios. Conforme as seguintes lições: “A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin”. *In*: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**, p. 330.

Assenta Streck: “(...) a superação do modelo de regras implica uma profunda alteração do direito, porque, através dos princípios, passa a canalizar para o âmbito das Constituições o elemento do mundo prático” *In*: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 229

Pode-se, por final, aceitar a orientação de Dworkin quando analisa o conceito de obrigação jurídica, para quem: “Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que nos Estados Unidos ‘o direito’ inclui, pelo menos, tanto princípios como regras” *In*: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 46-47.

³²¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p.36.

³²² “Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem” *In*: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 39.

quando as condições são dadas, possuem uma dimensão de peso ou importância (*dimension of weight*)³²³.

Diante das distinções apresentadas entre regras e Princípios, passa-se a realizar um estudo com enfoque nos Princípios.

Para conceituar Princípios, importantes são os ensinamentos de Miguel Reale³²⁴, o qual admite que os Princípios são verdades ou juízos fundamentais que servem de alicerce ou garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade.

Na concepção de Ivo Dantas³²⁵, entende-se que princípios são categorias lógica e universal, e quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade.

Ricardo Guastini³²⁶ manifesta quanto aos Princípios:

Os princípios são aquelas normas consideradas pelo legislador, pela doutrina, e/ou pela jurisprudência como fundamento num dos possíveis sentidos do termo [...] de um conjunto de outras normas. Em síntese, são princípios as normas, que, aos olhos de quem fala se revestem de uma especial “importância”, ou aparecem como normas “caracterizantes” do ordenamento ou de uma parte. Por esta razão e neste sentido costuma-se acompanhar o substantivo “princípio” do adjetivo “fundamental”.

Dessa maneira, observa-se que a palavra Princípio está diretamente relacionada às diretrizes magnas do sistema jurídico, consideradas

³²³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, 2007, p. 39-40.

³²⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, p.60.

³²⁵ DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 1995, p. 59.

³²⁶ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 187.

as linhas mestras, que apontarão os rumos a serem seguidos por toda a sociedade.

José Joaquim Gomes Canotilho³²⁷ apresenta como característica principal dos Princípios a *generalidade*, entendendo que estes podem ser aplicados em situações diversas, sem que sejam direcionados em especial, a situações respectivas.

A segunda característica apresentada pelo autor é a *gradualidade*, que diz respeito à valoração diferenciada dada aos Princípios no sistema jurídico ou ainda, à posição hierárquica que ocupam no dito sistema.

A terceira característica é a *indeterminabilidade*, que decorre da abstração quanto a sua compreensão, carecendo esses de interferência concreta por parte tanto do legislador quando do aplicar do Direito a que todos os Princípios possam ter concretude, salvo os prescritivos, que são dotados de eficácia imediata e direta.

Por fim, a quarta característica apresentada pelo autor, é a *normatividade*, em razão de sua natureza normogenética, esclarecendo que os princípios desempenham uma função normogenética fundamentante e, sendo assim, aparecem como fundamento às regras jurídicas.

Atualmente reconhece-se que os Princípios possuem o *status* conceitual e positivo de norma jurídica, pois têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados, bem como sobre a interpretação e aplicação de outras normas, como as regras e outros Princípios derivados de Princípios de generalização mais abstrata³²⁸.

Dessa forma, os Princípios impõem uma aplicação obrigatória, servindo de orientação aos Operadores do Direito, pois “o ponto de

³²⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, p. 166-168.

³²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 257.

partida do intérprete há que ser sempre os Princípios Constitucionais³²⁹, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básico e seus fins³³⁰.

Destaca-se os ensinamentos de Luís Roberto Barroso³³¹:

Os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição [...] é um sistema de normas jurídicas. [...] não é um simples agrupamento de regras que se superpõe. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que “costuram” suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.

É possível sistematizar os princípios constitucionais de acordo com o seu grau de destaque no âmbito do sistema e sua conseqüente abrangência. Luís Roberto Barroso³³² apresenta uma classificação dos princípios constitucionais, podendo dividir-se em: princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais ou especiais.

Para o autor, os Princípios Constitucionais Fundamentais “São os fundamentos da organização política do Estado [...] princípios constitucionais de organização. Neles se substancia a ação política entre Estado Unitário e federação, república ou monarquia [...]”³³³.

³²⁹ Paulo Márcio Cruz apresenta as características básicas dos Princípios Constitucionais, destacando que estes podem ser caracterizados por: I .Condicionarem toda criação, interpretação e aplicação do Direito, ou seja, por serem gerais; II. Condicionarem os outros princípios constitucionais, ou seja, por serem primários; III Condicionares os valores expressos em todo ordenamento jurídico, ou seja, por sua dimensão axiológica. In: CRUZ. Paulo Márcio. Os princípios Constitucionais. In: CRUZ. Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel. **Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, p. 19.

³³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 141.

³³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 1996. p. 142-143.

³³² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 1996. p. 144.

³³³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 1996. p. 145.

Os Princípios Fundamentais Gerais³³⁴ são considerados importantes especificações dos princípios fundamentais. São Princípios que se irradiam por toda a ordem jurídica, como desdobramentos dos princípios fundamentais, se aproximando daqueles que são identificados como definidores de direitos. Exemplos típicos são os Princípios da Legalidade, da Isonomia, dentre outros³³⁵.

Por fim, há a classificação dos Princípios denominados setoriais ou especiais, sendo “aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos”³³⁶.

Paulo Márcio Cruz³³⁷ considera que os princípios constitucionais, em sentido *lato sensu*, são as normas básicas de todo o sistema constitucional, são as expressões dos valores fundamentais da Sociedade criadora do Direito. Destaca que, como a Constituição não é somente um agrupamento de normas jurídicas, mas a concretização e positivação destes valores deve haver uma harmonia fundante entre os princípios e regras, como partes que coabitam em um mesmo ordenamento.

São considerados alicerces do sistema jurídico, dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, são colunas mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional³³⁸.

³³⁴ Para melhor esclarecimento, José Joaquim Gomes Canotilho define outro nome a essa classificação de Princípios, denominando de *Princípios-garantia*, e conforme o autor “(...) estes princípios traduzem-se no estabelecimento direito de garantias para os cidadãos”. In: CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, 2003. p. 1167.

³³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 1996. p. 145.

³³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 1996. p. 145.

³³⁷ CRUZ, Paulo Márcio. Os princípios Constitucionais. In **Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais** (Org) Paulo Márcio Cruz e Rogério Zuel Gomes. Curitiba: Juruá, p. 12-13.

³³⁸ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 25.

Os princípios constitucionais não somente servem de estrutura organizadora da Constituição, mas se constituem em normas constitucionais de eficácia vinculante para a garantia dos direitos fundamentais.

[...] os princípios são multifuncionais. Podem desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição (cânon e interpretação) ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo os juizes, o desenvolvimento, integração, e complementação do direito³³⁹.

Assim, considera-se que os Princípios Constitucionais permitem estar a Constituição sempre apta a atuar em temas novos e complexos, e com isso, na maioria das vezes ligados à já citadas transformações por que passa o Planeta, com a hegemonia capitalista, e derrocada de muitos dos primados do Estado Constitucional e da Democracia Representativa.³⁴⁰

Por fim, após o estudo realizado sobre normas jurídicas com o enfoque central nos Princípios, passa-se ao estudo do tratamento constitucional da propriedade na CRFB/88.

3.2 O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE NA CRFB/88

Conforme já demonstrado na presente pesquisa, os Princípios Constitucionais são de suma importância para o nosso Ordenamento Jurídico, pois servem de orientação aos Operadores do Direito para que haja a devida aplicação e interpretação ante um caso concreto.

Diante do contexto apresentado se passa a traçar considerações a respeito do Princípio Constitucional da Propriedade.

³³⁹ ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999. p. 66

³⁴⁰ CRUZ. Paulo Márcio. Os princípios Constitucionais. **Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais** (Org) Paulo Márcio Cruz e Rogério Zuel Gomes, p. 34

Historicamente e com fundamentos na idéia do político John Locke³⁴¹, considerado um dos inspiradores do constitucionalismo liberal, José Maria Lasalle Ruiz³⁴², considera que a propriedade é manifestado na medida em que a propriedade é dada através da quantidade de trabalho do homem e pelas necessidades como condição inerente da existência individual.

A primeira questão fundamental dentro desta perspectiva é a própria sobrevivência dos seres humanos, estabelece-se, portanto, uma relação entre subsistência humana e propriedade dos bens disponíveis na natureza. O que será necessário definir é a forma com que os homens devem adquirir os bens disponíveis para os seres humanos no mundo natural. Os bens considerados suficientes para a sobrevivência humana, assim como, as capacidades dos homens de construir riquezas são perfeitamente aceitáveis por John Locke³⁴³, no entanto, existe uma condição imposta para o acesso por parte dos homens às conquistas de posses que a natureza lhes propicia. O ponto fundamental é que a propriedade dos bens se dê através do trabalho³⁴⁴.

Diante do fundamento apresentado, e para entender Propriedade como Princípio Constitucional, importante analisar o vocábulo de Constituição, e como já mencionado no segundo capítulo, na concepção de José Joaquim Gomes Canotilho³⁴⁵ “[...] Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão dos poderes, o poder político”.

Várias foram as evoluções constitucionais apresentadas em nosso Ordenamento Jurídico no que tange à propriedade, sendo que desde as primeiras Constituições houve o aparecimento e garantia do direito de

³⁴¹ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**, *passim*.

³⁴² RUIZ, José Maria Lassale. **John Locke y los Fundamentos Modernos de la Propiedad**. Dykison: Madrid, 2001, p. 73.

³⁴³ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**, p. 45.

³⁴⁴ CANDIDO, Celso; CARBONARA, Vanderlei. (Orgs.) **Filosofia e Ensino: um diálogo transdisciplinar**. Ijuí: Editora Unijuí, 2004, p. 153-167. (Coleção Filosofia e Ensino; 5)

³⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, p. 43.

propriedade, e a cada momento histórico ficou cada vez mais assegurado tal direito aos cidadãos.

A garantia da propriedade assume, em relação aos direitos, liberdades e garantias, três particularidades, sendo em primeiro lugar, a de que a propriedade é uma criação da ordem jurídica, não uma dimensão ou parte da pessoa; em segundo lugar, a garantia de direitos de propriedade implica também, sempre a redução de direitos de outros e por último, esta redução junto a complexidade crescente das relações de propriedade nas modernas sociedades, exige a legitimação da definição e limites da propriedade privada através do legislador democraticamente eleito³⁴⁶.

A Carta Magna do Brasil é considerada como a Lei hierarquicamente superior a qualquer outra, regendo para a Sociedade, os Princípios Fundamentais, os Direitos e Garantias, Organização e Defesa do Estado e Poderes, Ordem Econômica, Financeira e Social.

Com isso, há proteção explícita à propriedade, inclusa no rol dos direitos e garantias individuais, bem como, a previsão de preferência ao aproveitamento desta em benefício da sociedade em geral, conforme se demonstra:

Artigo 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXI – é garantido o direito de propriedade.

XXII – a propriedade atenderá a sua função social.

Observa-se que no Caput do artigo 5º da CRFB/88, a propriedade é caracterizada ao lado de outros direitos fundamentais como o

³⁴⁶ BRITTO, Miguel Nogueira de. **A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 903-904

direito á vida, o direito á igualdade, direito á liberdade, direito á segurança, direitos estes também previstos no presente artigo.

No inciso XXI acima mencionado, trata-se da Propriedade na CRFB/88, sendo este equivalente a patrimônio, isto é, se vale dos direitos pessoais, e o inciso XXII consagra que a propriedade atenderá a sua função social.

Nesse contexto, observa-se que a propriedade socialmente funcionalizada foi reconhecida como um direito fundamental aos brasileiros e estrangeiros aqui residentes, e a moeda chamada propriedade passou a ter, de um lado, o Direito fundamental do seu titular em ver preservado seus interesses individuais, e do outro lado, o Direito fundamental da sociedade em ver seus direitos e interesses incidentes sobre a primeira³⁴⁷.

A Propriedade está, portanto, plenamente assegurada na CRFB/88, continuando nosso país situado na linha filosófica do mundo ocidental, coerente com as tradições romanísticas. Recebe, no entanto, quanto ao seu exercício, novos contornos, que a evolução fática e doutrinária exigiu, expressos ajustes às suas finalidades sociais³⁴⁸.

A importância do asseguramento em nível constitucional, da propriedade é profundo, na medida em que o legislador ordinário acha-se totalmente sustentado pelo princípio, não podendo destarte, expedir leis desbordantes desse vetor constitucional³⁴⁹.

A Constituição confere à propriedade uma concepção mais ampla, além de limitar a incursão de terceiros sobre a propriedade, determina o seu conteúdo de forma a orientá-la para o bem-estar social.

³⁴⁷ FERREIRA, Damaris. O aspecto funcional da propriedade urbana na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, RT, v. 6, abr. 2001, p. 27.

³⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Contornos Constitucionais da Propriedade privada**. Estudos em Homenagem ao Professor Caio Tácito. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 311.

³⁴⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina Urbanística da Propriedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 03.

Pinto Ferreira³⁵⁰ manifesta-se sobre a matéria:

O conceito de propriedade previsto na Constituição vigente é bem amplo. No direito civil o direito de propriedade é o direito de usar, gozar, dispor de uma coisa. No direito constitucional é mais amplo, pois representa um direito de conteúdo econômico-patrimonial. A garantia do direito de propriedade não se limita por consequência ao direito real, mas também incide nos direitos pessoais, de fundo patrimonial.

Dessa forma, criou-se para o proprietário, um dever em relação ao bem imóvel, com caráter de obrigação *propter rem*, o que desloca a concepção de propriedade de exclusivo feixe de poderes, sobre a coisa, para compreender também como ônus de atender ao interesse social da comunidade³⁵¹, pela via de outro princípio, o da função social³⁵², ou segundo Álvaro Borges de Oliveira³⁵³, por meio da trilogia obrigacional de propriedade.

A propriedade também pode ser tratada constitucionalmente como elemento da ordem econômica, conforme dispõe o artigo 170, inciso II e II da CRFB/88, e no inciso III trata sobre a função da propriedade privada.

Artigo 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – Soberania Nacional;

³⁵⁰ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, p. 34.

³⁵¹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**, p. 78-79.

³⁵² Para melhor compreensão sobre o Princípio da Função Social da Propriedade, destaca-se que: “Quando se fala em Função Social da Propriedade, não se indica as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos Direitos do proprietário. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nessa matéria, significa poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da Propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que este objetivo corresponde ao interesse e não ao interesse próprio do *dominus*, o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas de qualquer modo, se está diante de um interesse coletivo, essa função da Propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário sancionável pela ordem jurídica. In: COMPARATO, Fábio Konder. A Função Social da Propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, ano XXV, n. 63, jul/set. 1986, p. 81.

³⁵³ OLIVEIRA, Á. B. . A função (f(x)) do Direito das Coisas. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 11, p. 117-134, 2006.

- II – propriedade privada;
- III- função social da propriedade; [...]

Dessa forma, o alcance econômico da propriedade, refletida em sua função social, ocorre na medida em que seu aproveitamento produtivo pode e deve ir ao encontro do interesse da sociedade³⁵⁴.

Nessa área, revela-se coerente com estágio atual da civilização, pois se de um lado reconhece e assegura os direitos reais, com ênfase para o de propriedade, de outro, realça a respectiva função social, harmonizando, pois, os interesses envolvidos no complexo mundo das relações jurídicas³⁵⁵.

O instituto do Direito Privado por excelência, adquire conotação social e incorpora a idéia de função, típica do Direito público. Passa a ser limitada não apenas por outros interesses individuais em oposição ao interesse do proprietário, mas também no intuito de atender a interesses sociais³⁵⁶.

Após apresentar as formas em que se encontra inserida a propriedade em nossa CRFB/88, destaca-se que a presente pesquisa está voltada para o Caput do Artigo 5º da CRFB/88, ou seja, à propriedade.

Nesse contexto, muitas são as controvérsias existentes quanto a análise da propriedade ser ou não considerada um direito fundamental, questão esta que será abordada na seqüência com base nas Teorias desenvolvidas por Luigi Ferrajoli e Gregório Peces-Barba, eis que é o objetivo do presente estudo.

³⁵⁴ MOREIRA, Arnaldo. **A propriedade sob diferentes conceitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 65

³⁵⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **A Propriedade e os Direitos Reais na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 02.

³⁵⁶ CAVEDON, Fernanda Salles. **Função Social e ambiental da propriedade**, p. 84.

Ainda, importante destacar a título exemplificativo, que também cabe ao direito civil disciplinar as relações decorrentes da propriedade, e o Código Civil Brasileiro de 2002³⁵⁷ assegura a propriedade como direito real, regula as formas de aquisição, perda, uso e limites da propriedade, abarcando os princípios constitucionais.

No Direito Civil a Propriedade encontra-se no Livro de Direitos das Coisas o qual de forma lógica pode ser dividido em Posse e Direito Real, este por sua vez subdividido em Propriedade, Superfície, Servidão, Usufruto, Uso, Habitação, Promitente Comprador, Penhor, Hipoteca e Anticrese, Concessão de moradia e concessão de direito real de moradia a exemplo do Direito Brasileiro, enquanto aquela é fato³⁵⁸.

Os poderes inerentes à propriedade são: usar, gozar, dispor, reaver e a exclusividade os quais o proprietário tem a faculdade. Assim, estas faculdades culminam no Poder do Proprietário. Contudo, a propriedade não é só Poder, mas também Dever, este dado pela trilogia da propriedade³⁵⁹.

O Artigo 1.231³⁶⁰ do Código Civil Brasileiro prescreve o atributo da exclusividade, ou seja, o direito do titular sobre o bem impede o exercício do direito de propriedade de terceiros sobre o mesmo bem. Contudo, a prova de interesse público e social pode limitá-lo. A exclusividade é característica do direito real, e fundamental à propriedade, a qual determina que dois direitos sobre o mesmo bem não podem ocorrer simultaneamente.

Diante das considerações apresentadas sobre o tratamento constitucional da propriedade, passa-se ao estudo quanto a problemática da

³⁵⁷ Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

³⁵⁸ OLIVEIRA, Álvaro Borges de Oliveira. **Uma definição de propriedade**. Pensar, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 48-56, jan./jun. 2008, p. 18

³⁵⁹ OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **Uma definição de propriedade**, p. 19.

³⁶⁰ Artigo 1.231 do Código Civil de 2002. "A propriedade presume-se plena e exclusiva, até a prova em contrário".

eficácia e abrangência dos direitos fundamentais elencados pelo Constituinte da CRFB/88, dando ênfase a inserção do princípio da propriedade em tal categoria.

3.3 A PROBLEMÁTICA DA EFICÁCIA E ABRANGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ELENCADOS NA CRFB/88

Para melhor compreensão e delimitação do estudo ora apresentado, destaca-se que a pesquisa, foi sustentada no doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet³⁶¹.

Diante do contexto social e normativo de constante transformação Planetária, são inevitáveis os conflitos entre espécies normativas, principalmente em relação a sua interpretação, abrangência e eficácia, e assim, necessário se faz adotar critérios capazes de resolverem conflitos, sempre salvaguardando a unidade e a coerência do Ordenamento Jurídico.

Como ponto de partida, necessário salientar a íntima e indissociável vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito³⁶², sendo que, os direitos fundamentais integram

³⁶¹ Ingo Wolfgang Sarlet é Doutor em Direito pela Ludwig Maximilians Universität München (1997). É Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado. Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Coordenador do GEDF (Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais - CNPq). Realizou estudos de Pós-Doutorado na Universidade de Munique (bolsista DAAD), como Bolsista e Pesquisador do Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional (Alemanha), bem como no Georgetown Law Center (Washington DC). É, também, Professor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul (AJURIS). Atua especialmente nas áreas de Direito Constitucional e Teoria dos Direitos Fundamentais, tendo como principal linha de pesquisa a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais no direito público e privado. Tem proferido conferências, apresentado trabalhos em eventos e publicado em periódicos e obras coletivas no Brasil e no exterior (Alemanha, África do Sul, Argentina, Bélgica, Chile, Espanha, EUA, México, Suíça e Portugal). É Professor do Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide, Sevilha. Professor visitante (como bolsista do Programa Erasmus Mundus, da União Europeia) da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa - Lisboa. Foi pesquisador visitante na Harvard Law School (2008). *In* Currículo Lattes, disponível em <http://lattes.cnpq.br/7185324846597616>.

³⁶² Menciona-se “Estado de Direito” “(...) não no sentido meramente formal, isto é, como “governo das leis”, mas, sim, como ordenação integral e livre da comunidade política, expressão da concepção de um Estado material de Direito, no qual, além da garantia de determinadas formas e procedimentos inerentes à organização do poder e das competências dos órgãos estatais, se

ao lado da definição de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional, constituindo, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material³⁶³.

Dessa maneira, o Estado Constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente. A proteção da liberdade por meio dos direitos fundamentais tornou-se proteção juridicamente mediata, e a Constituição na medida que pressupõe uma atuação juridicamente programática e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, sendo que, os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional³⁶⁴.

É neste contexto que assume relevo a concepção, consensualmente reconhecida na doutrina, de que os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa de poder (que, ademais, não é comum a todos os direitos), critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, na medida, em que “o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a idéia de justiça é hoje indissociável de tais direitos”³⁶⁵. É precisamente neste contexto que assume relevo a lição de Ferrajoli³⁶⁶, no sentido de que todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos substanciais que condicionam a validade substancial das normas produzidas no âmbito estatal, ao mesmo tempo em que expressam os fins últimos que norteiam o moderno Estado constitucional de Direito³⁶⁷.

encontram reconhecidos, simultaneamente, como metas, parâmetro e limites da atividade estatal, certos valores, direitos e liberdades fundamentais (...). In SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 70.

³⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 70.

³⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 70.

³⁶⁵ L. M. da Silva Cabral Pinto. **Os limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição**, *passim*

³⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías**. La ley más débil, *passim*.

³⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 71.

Mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformam-se em 'reserva de justiça', em parâmetro de legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica³⁶⁸.

No que concerne ao processo de elaboração da CRFB/88, por sua umbilical vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional, à circunstância de que esta foi resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar. Em que pesem todos os argumentos esgrimidos impugnando a legitimidade do processo Constituinte deflagrado no governo José Sarney, não restam dúvidas de que as eleições livres que resultaram na instalação da Assembléia Nacional Constituinte (ou Congresso-Constituinte), em 1º de fevereiro de 1987, propiciaram um debate sem precedentes na história nacional sobre o que viria a ser o conteúdo da Constituição vigente, na redação final que lhe deu o Constituinte³⁶⁹.

A CRFB/88 possui um extenso rol de direitos fundamentais, principalmente pelo fato do caráter compromissário do Constituinte em acolher e conciliar posições e reivindicações nem sempre afinadas entre si, resultado das fortes pressões políticas exercidas pelas diversas tendências envolvidas no processo Constituinte³⁷⁰.

Outro aspecto de fundamental importância no que concerne aos direitos fundamentais em nossa Carta Magna diz respeito ao fato de ter ela sido precedida de período marcado por forte dose de autoritarismo que caracterizou – em maior ou menor escala – a ditadura militar que vigorou no país por 21 anos. A relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas,

³⁶⁸ CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 113.

³⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 74-75.

³⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 77.

ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais³⁷¹.

A marca do pluralismo aplicada aos direitos fundamentais, dá conta a reunião de dispositivos reconhecendo uma grande gama de direitos sociais, ao lado dos clássicos, e de diversos novos direitos de liberdade, direitos políticos, dentre outros, fazendo o Constituinte não aderir nem restringir apenas uma teoria sobre direitos fundamentais³⁷², o que gerou profundos reflexos na formatação do catálogo constitucional destes³⁷³.

A falta do Constituinte não adotar e restringir uma teoria para a elaboração do rol dos direitos fundamentais na CRFB/88, além de reproduzir reflexos na formatação de tais direitos, fez também ocorrer profundos problemas de interpretação, principalmente na questão de validade dos direitos elencados como 'fundamentais'.

A interpretação é extremamente necessária ao Operador Jurídico, pois é a maneira em que vai ser considerado o direito ali elencado no rol dos direitos fundamentais, como um verdadeiro direito fundamental – de eficácia plena - , caracterizado de todos os critérios necessários para a sua abrangência e eficácia, e como objeto do presente estudo, esse foi um dos fatores que geraram controvérsias quanto a análise do princípio da propriedade ser ou não considerado um direito fundamental.

Também há de mencionar que a falta de rigor e de uma técnica legislativa adequada, principalmente no que diz respeito com a terminologia utilizada, poder ser apontada como uma das principais fraquezas da CRFB/88, revelando contradições, ausência de tratamento lógico na matéria ensejando grandes problemas de ordem hermenêutica³⁷⁴.

³⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 78.

³⁷² A título ilustrativo a CRFB/88 se inspirou preponderadamente nas teorias liberal e social dos direitos fundamentais, incluindo suas diversas variantes e manifestações.

³⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 77.

³⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 81.

A amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, como dito alhures, revela suas fraquezas, eis que foram incluídas diversas posições jurídicas de “fundamentabilidade ao menos discutível, conduzindo – como se tem verificado ao longo dos anos – a um desprestígio do especial *status* gozado pelos direitos fundamentais”³⁷⁵.

Nesse contexto, frisa-se a existência da problemática quanto a elaboração do rol dos direitos fundamentais, sendo que, o seu enfrentamento decorre conseqüências diretas, com reflexo na seara hermenêutica, bem como, no que diz respeito a compreensão e concepção dos direitos fundamentais consagrados pelo Constituinte de 1988.

Outro fator de suma importância quanto a problemática dos direitos fundamentais na CRFB/88, é que o conceito materialmente aberto de tais direitos consagrado conforme o art. 5º, § 2º, da CRFB/88 aponta para existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional, e até mesmo em tratados internacionais, impedindo, em princípio, que se estabeleçam critérios abstratos e genéricos que possam demonstrar uma identidade de conteúdos, inclusive no sentido de uma construção baseada numa relação de generalidade e especialidade³⁷⁶.

Ainda neste contexto, importa frisar que o caráter altamente compromissário de nossa Constituição, cujos reflexos também se fizeram sentir na esfera dos direitos fundamentais, resultou na impossibilidade de se identificar uma teoria (ideologia) dominante neste campo. Por derradeiro, também em nosso direito constitucional positivo não há como sustentar a idéia de um sistema distinto, no sentido de autônomo (independente) em relação ao restante do texto constitucional, seja no que concerne aos princípios fundamentais (dos quais podem ser reduzidos direitos fundamentais não escritos), seja no que concerne à parte organizacional, bem como em relação às ordens econômica e

³⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 81.

³⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 85.

social, nas quais, aliás, se encontra sediada a maior parte dos direitos fundamentais fora do catálogo³⁷⁷.

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos, integram, ao lado dos Princípios estruturais e organizacionais, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado Constitucional Democrático se tornam necessárias certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo³⁷⁸.

Ingo Wolfgang Sarlet³⁷⁹ adverte,

Também neste aspecto é possível traçar um paralelo entre nossa Constituição vigente e diversas Constituições do segundo pós-guerra. Dentre os exemplos mais remotos, merecem referência a Constituição Italiana de 1947 e a Lei Fundamental da Alemanha de 1949. Mais recentemente, há que destacar a Constituição da República Portuguesa de 1976 e a Constituição Espanhola de 1978, ambas igualmente resultantes da superação de regimes autoritários e que, a exemplo das primeiras, exerceram grande influência sobre o Constituinte de 1988.

Dentre as inovações contidas na CRFB/88, assume destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais³⁸⁰, positivados no início

³⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 85

³⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 72.

³⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 78.

³⁸⁰ A doutrina especifica desdobramentos dos direitos fundamentais, originados de vários fatores, preponderantemente históricos:

(a) de primeira dimensão – são os direitos de defesa da pessoa frente ao Estado, limitando o poder estatal e indicando uma certa autonomia (os grandes valores que informam os direitos de primeira dimensão são a liberdade e a segurança) daquela contra este. São considerados “direitos de cunho negativo”, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, assinalando que o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, são complementados por outros, tais como o de liberdade de expressão coletiva, direitos de participação política, etc. o autor que *In SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais*, p.50.

(b) de segunda dimensão – neles enquadram-se os direitos prestacionais (relativos à conduta de exigência de participação do Estado na realização da justiça social, através de medidas efetivas para garantir o mínimo necessário à vida digna do ser humano), bem como os direitos decorrentes das denominadas “liberdades sociais”. *In SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 50.

da Constituição³⁸¹, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, encontra-se também interligada da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais³⁸².

Considera-se talvez a inovação mais significativa da CRFB/88, tenha sido a do Artigo 5º, § 1º, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais³⁸³ possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, cunho programático destes preceitos, conquanto não exista consenso a respeito do alcance deste dispositivo, mas de

(c) de terceira dimensão – ganham o caráter coletivo (solidário) que não estava presente nas duas dimensões expostas anteriormente, porquanto visam à proteção do direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade da humanidade e à comunicação. *In*: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 523.

(d) de quarta dimensão – de existência duvidosa por parte da doutrina - mas cuja referência não pode deixar de ser feita -, que abrangeriam o direito à democracia, ao pluralismo e à informação. *In* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 50.

³⁸¹ “A implitude do catálogo dos direitos fundamentais, aumentando, de forma sem precedentes, o elenco dos direitos protegidos, é outra característica preponderante positiva digna de referência. Apenas para exemplificar, o artigo 5º possui 78 incisos, sendo que do que o art. 7º consagra, em seus 34 incisos, um amplo rol de direitos sociais dos trabalhadores.” *In* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 79.

Preconiza por seguinte o autor que “[...] os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna e pelo instrumentário que se colocou à disposição dos operadores do Direito, inclusive no que concerne às possibilidades de efetivação sem precedentes no ordenamento nacional. Para que este momento continue a integrar o nosso presente e não se torne mais outra mera lembrança, com sabor de ilusão, torna-se indispensável o concurso da vontade por parte de todos os agentes políticos e de toda a sociedade. Neste sentido, se – de acordo com a paradigmática afirmação de Hesse -, para a preservação e o fortalecimento da força normativa da Lei Fundamental se torna indispensável a existência de uma “vontade de Constituição”, também poderemos falar em uma vontade dos direitos fundamentais, ainda mais quando estes integram o núcleo essencial de qualquer Constituição que mereça esta designação”. *In* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 82-83.

³⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 79.

³⁸³ Importante destacar que a própria utilização da terminologia “direitos e garantias fundamentais” constitui novidade, já que nas Constituições anteriores costumava utilizar-se a denominação “direitos e garantias individuais”, desde muito superada e manifestamente anacrônica, além de desafinada em relação à evolução recente no âmbito do direito constitucional e internacional. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 79.

qualquer modo, ficou consagrado o *status jurídico* diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente³⁸⁴.

Assim, diante da aplicabilidade imediata, pelo fato dos direitos e garantias fundamentais estarem elevados à condição de normas jurídicas, considera-se portanto capazes de gerarem efeitos jurídicos, fazendo referência à especial proteção atribuída – ainda que não exclusivamente – guindados pela Constituição à condição de limites materiais à reforma constitucional, incluídos que nas assim chamadas *cláusulas pétreas*³⁸⁵.

A condição de “cláusula pétrea”, aliada a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º da CRFB/88), constitui justamente elemento caracterizador essencial de sua força jurídica reforçada na ordem constitucional pátria³⁸⁶.

Importante destacar que há indagações doutrinárias quanto abrangência imediata dos direitos fundamentais somente na condição de “cláusula pétrea”, sendo que, diante de outros direitos expressos na CRFB/88 como garantias, não poderíamos reconhecer, por exemplo, os direitos sociais (arts. 6º a 11), os direitos políticos (arts. 14 a 17), dentre outros, fatalmente estariam excluídos da proteção outorgada pela norma contida no art. 60, § 4º, inc. IV de nossa Lei Fundamental.

Ingo Wolfgang Sarlet sobre a matéria, traça suas considerações a respeito da abrangência quanto aos outros direitos garantidos na CRFB/88:

Por derradeiro, cumpre lembrar que a função precípua das assim denominadas “cláusulas pétreas” é de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, encontrando-se neste sentido, a serviço da preservação da identidade constitucional, formada justamente pelas decisões fundamentais tomadas pelo

³⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 79.

³⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 87.

³⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 422.

Constituinte. Isto se manifesta com particular agudeza no caso dos direitos fundamentais, já que sua supressão, ainda que tendencial, fatalmente implicaria agressão (em maior ou menor grau) ao princípio da dignidade humana (art. 1º, inc. III da CF). Assim, uma interpretação restritiva da abrangência do art. 60, § 4º, inc. IV, da CF não nos parece ser a melhor solução, ainda mais quando os direitos fundamentais inequivocadamente integram o cerne da nossa ordem constitucional. Por certo, não há como negar que uma interpretação restritiva das “cláusulas pétreas” tem por objetivo impedir uma petrificação de toda a Constituição, o que não pode prevalecer diante de uma exegese sistemática, que tenha sempre presente a necessidade de preservar os seus elementos essenciais, insuscetíveis de supressão ou esvaziamento (hipótese que se equivalem) pela atuação do poder de reforma constitucional. Constituindo os direitos sociais (assim como os políticos) valores basilares de um Estado social e democrático de Direito, sua abolição acabaria por redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem constitucional, o que, por evidente, se encontra em flagrante contradição com a finalidade precípua das “cláusulas pétreas”³⁸⁷.

Denota-se que além do mínimo de uma relativa unidade de conteúdo, ou seja, do reconhecimento de certos elementos comuns, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, bem como, sua proteção reforçada contra a ação erosiva do legislador, podem ser considerados elementos identificadores da existência de um sistema de direitos fundamentais também no direito constitucional pátrio, caracterizado por sua abertura e autonomia relativa no âmbito do próprio sistema constitucional que integra³⁸⁸.

Nesse sentido, mesmo com as indagações suscitadas quanto abrangência imediata de outros direitos, deve-se ter conta que a CRFB/88 tomou o maior cuidado em resguardar e garantir as “cláusulas pétreas” elencadas no artigo 5º, devendo estas sim, serem imediatamente abrangidas e aplicadas.

³⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 427.

³⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 87.

Por seguinte, necessário abordar a questão da fundamentabilidade dos direitos fundamentais na CRFB/88, que aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos em sentido formal e também em sentido material.

A fundamentabilidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos:

[...] a) como parte integrante da Constituição escrita, dos direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza *supralegal*; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF) [...]; c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF).

No que tange a fundamentabilidade material, esta “[...] decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”³⁸⁹.

Inobstante a fundamentabilidade, somente a análise do seu conteúdo permite a verificação de fundamentabilidade material, ou seja, da circunstância de conterem ou não decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de um modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada na pessoa humana³⁹⁰.

Diante do exposto, Ingo Wolfgang Sarlet³⁹¹ traça suas considerações:

É, portanto, evidente que conceituação meramente formal, no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que como tais

³⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 89.

³⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 89.

³⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 90.

foram reconhecidos na Constituição, revela sua insuficiência também para o caso brasileiro, uma vez que a nossa Carta Magna, como já referido admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais não expressos na Constituição, seja fora desta, além da circunstância de que tal conceituação estritamente formal nada revela sobre o conteúdo (isto é, a matéria propriamente dita) dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o referido autor critica a idéia de Luigi Ferrajoli³⁹², ao admitir o jurista italiano que uma definição formal de direitos fundamentais embasada unicamente e exclusivamente no critério de titularidade universal, prescindindo da natureza dos interesses e necessidades tutelados, de tal sorte, que fundamentais seriam aqueles direito subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres.

Ingo Wolfgang Sarlet³⁹³ admite que a teoria de direitos fundamentais sustentada por Luigi Ferrajoli examinados à luz da CRFB/88, estaria totalmente deslocada, sendo que muitos dos direitos fundamentais elencados em nossa Constituição seriam imediatamente excluídos do rol de tais direitos, por terem caráter eminentemente patrimonial³⁹⁴, mas que por decisão expressa do nosso Constituinte integram o elenco dos direitos e garantias fundamentais.

O autor demonstra mais uma crítica³⁹⁵ em relação a concepção de Luigi Ferrajoli para aplicação na CRFB/88:

Apenas em caráter título ilustrativo que, basta que se analise a garantia e direito fundamental da propriedade privada para que se verifique que, a despeito de uma possível dimensão exclusivamente patrimonial – que mesmo assim poderia ser tida

³⁹² Menciona-se que foi realizado o estudo no segundo capítulo da presente pesquisa, referente a Teoria *Garantista* de Luigi Ferrajoli, a qual abordou-se os requisitos essenciais para a caracterização de um direito ser considerado direito fundamental.

³⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 90.

³⁹⁴ Conforme também já estudado no segundo capítulo, Luigi Ferrajoli apresenta dentre de um de seus requisitos para sua Teoria, a diferenciação de direito fundamental e direito patrimonial.

³⁹⁵ Importante ressaltar que as críticas apresentadas por Ingo Wolfg Sarlet quanto a Teoria de Direitos Fundamentais de Luigi Ferrajoli, dizem respeito a aplicação em nossa Constituição, principalmente como já mencionado, o Constituinte não fundamentou o rol de direitos fundamentais em baseada em apenas uma única teoria.

como fundamental) a propriedade encerra muitas vezes, notadamente em cumprindo com sua função social, um conteúdo existencial e vinculado diretamente à própria dignidade da pessoa, como ocorre, por exemplo, com o imóvel que serve de moradia ao titular do domínio³⁹⁶.

Diante da problemática quanto a conceituação dos direitos fundamentais na CRFB/88, eis que inúmeras são as definições a serem aplicadas, Ingo Wolfgang Sarlet, considera fadada a possibilidade de uma conceituação que “almeje abranger de forma definitiva, completa e abstrata (isto é, com validade universal) o conteúdo material (a fundamentabilidade material) dos direitos fundamentais [...]”³⁹⁷, somente sendo possível ser obtido com relação a uma ordem constitucional concreta, e não como o caso da CRFB/88³⁹⁸.

Com efeito, o que pode ser fundamental para um Estado pode não ser para outro, ou sê-lo da mesma forma, porém não há como desconsiderar a existência de algumas categorias universais e consensuais no que diz com a sua fundamentalidade na CRFB/88, tais como os valores a vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana³⁹⁹.

Acentua como uma forma de justificar a ausência total da 'universalidade' no rol dos direitos fundamentais na CRFB/88, que “[...] uma conceituação de cunho genérico e universal somente parece viável, à medida que propositalmente aberta, de modo a permitir a sua permanente adaptação à luz dos direitos constitucional positivo”⁴⁰⁰.

³⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 90.

³⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 90.

³⁹⁸ Importante traçar considerações a respeito da matéria, no sentido de que “(...) além do conceito formal da Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos, que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado mesmo não constando no catálogo. Neste contexto, importa salientar que o rol do art. 5º, apesar de analítico, não tem cunho taxativo. A regra, por outro lado, encontra semelhante formulação na Constituição Portuguesa de 1976 (art. 16. n.º1), assim como nas Constituições da Argentina (art. 33), do Peru (art. 4º), da Guatemala (art. 44) e da Venezuela (art. 50), apenas para citar algumas das ordens constitucionais mais próximas de nós”. In SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 93.

³⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 91.

⁴⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 91.

Quanto a eficácia dos direitos fundamentais, em virtude de sua especial posição na arquitetura Constitucional, outorga força jurídica reforçada relativamente às demais normas constitucionais, quando da vinculação de todos, poderes públicos e particulares, aos direitos fundamentais, impondo dessa maneira, que estes sejam protegidos, sob pena de esvaziar-se sua particular dignidade na ordem constitucional⁴⁰¹.

Deve-se abordar que o Constituinte no *caput* do artigo 5º da CRFB/88, reconheceu deveres gerais e especiais de proteção que resultam diretamente da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, na condição de expressões de uma ordem de valores comunitária e que, pelo ângulo subjetivo, o reconhecimento da existência de correspondentes direitos à proteção⁴⁰².

Os direitos fundamentais são os elementos essenciais para que seja preservada a vida digna, qualificados na condição de fundamentais pelo direito, especialmente o Constitucional, de determinado Estado⁴⁰³. Eles compilam princípios que as pessoas, individualmente ou como um grupo, escolheram para representar as condições de uma vida e convivência humana justa e pacífica e irradiam-se em todo o sistema. Além disto, constituem-se diretrizes que orientam a organização da sociedade e do Direito.

Se os direitos fundamentais existem e devem ser preservados, é mister analisar a sua abrangência e eficácia, para que seja possível verificar se eles são absolutos e possuem força suficiente para suprimir as conseqüências mais graves que possam abalar a ordem social.

⁴⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 401

⁴⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 427.

⁴⁰³ De acordo com L.M. da Silva Cabral Pinto “Com efeito, o poder constituinte, ao estabelecer o estatuto de governantes e governados, isto é o domínio de homens sobre homens, não pode divorciar-se da idéia de que a legitimidade do poder assenta nos ‘direitos da pessoa humana, sendo os indivíduos simultaneamente a causa eficiente e a causa final de toda a organização política’; ou seja, uma estrutura de domínio justificar-se-á quando o poder se institua pela vontade dos cidadãos e tenha por *telos* a emancipação humana.” In: PINTO, L. M. da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 142

Nessa perspectiva, é que pode-se adentrar no objetivo do presente estudo que analisar se o direito à propriedade, este por sua vez elencado no *caput* do artigo 5º da CRFB/88, possui eficácia como direito fundamental.

3.4 A ANÁLISE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE CARACTERIZADO COMO (NÃO) DIREITO FUNDAMENTAL: TEORIA DE LUIGI FERRAJOLI E GREGÓRIO PECES-BARBA.

Conforme já mencionado, a questão de considerar o direito à propriedade um Direito Fundamental controversa, será analisado tal direito elencado como 'fundamental' na CRFB/88, com base nas teorias dos Direitos Fundamentais de Luigi Ferrajoli e Gregório Peces-Barba estudadas no segundo capítulo.

No estudo realizado na Teoria de Luigi Ferrajoli, o autor apresenta quatro teses que julga essenciais para uma teoria da democracia constitucional – teses apresentadas no segundo capítulo – sendo que nesse contexto em analisar o direito da propriedade um direito fundamental, necessário considerar a primeira tese que diz respeito à diferenciação dos Direitos Fundamentais e Direitos Patrimoniais.

Luigi Ferrajoli⁴⁰⁴ ao apresentar sua Teoria de Direitos Fundamentais, defende que a propriedade não poderá ser considerado um direito fundamental, criticando a idéia de John Locke⁴⁰⁵, que dispõe que a vida, a liberdade e a Propriedade são Direitos Fundamentais, e argumenta:

[...] em sua base há um equívoco, devido ao caráter polissêmico da noção de – direito de propriedade, como o que se entende tanto em Locke como Marshall – ao mesmo tempo o direito a ser proprietário e a dispor dos próprios direitos de propriedade, que é

⁴⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Traducción: Andrés Ibanex y Andréa Grippi. Madrid: Trotta, 1999, p. 45.

⁴⁰⁵ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, Livro II, cap. V, VII e XI.

um aspecto da capacidade de fazer reduzível sem mais, à classe dos direitos civis, e o concreto de propriedade sobre este ou aquele bem.⁴⁰⁶

Luigi Ferrajoli⁴⁰⁷ registra a importância em bem definir a relação e diferença entre ‘liberdade’ e ‘propriedade’, ou, entre ‘direitos fundamentais’ e ‘direitos patrimoniais’, que não raro ainda são por vezes confundidos por influência da doutrina contratualista-jusnaturalista⁴⁰⁸ de John Locke que equiparava a propriedade a direito natural (fundamental).

O autor apresenta algumas diferenças essenciais para sustentar sua teoria em não considerar a propriedade um direito fundamental.

Primeiro define que os direitos fundamentais são direitos universais, reconhecidos a todos de igual forma e medida, são inclusivos e formam a base da igualdade jurídica, destacando nessa categoria os Direitos de liberdade como o Direito a vida e os civis, do mesmo modo que os políticos e os Direitos sociais⁴⁰⁹.

Quanto aos direitos patrimoniais estes são singulares e pertencem a cada um de maneira diversa em função da quantidade e qualidade,

⁴⁰⁶ “[...] en su base hay un equívoco, debido al carácter polisémico de la noción de – derecho de propiedad, como el que se entiende tanto en Locke como Marshall - al mismo tiempo el derecho a ser propietario y a disponer de los propios derechos de propiedad, que es un aspecto de la capacidad de obrar reconducible sin más a la clase de los derechos civiles, y el concreto de propiedad sobre este o aquel bien.” (FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Traducción: Andrés Ibanex y Andréa Grippi. Madrid: Trotta, 1999. p. 45)

⁴⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. p. 30-35.

⁴⁰⁸ John Locke concebia a existência de estado de natureza inicial, em que predominava a paz (diferentemente da idéia hobbesiana, que sugeria um estado natural de guerra, agindo o homem como lobo do homem – *homo homini lupus*). No entanto, com o surgimento dos conflitos, havia a necessidade da presença de um magistrado para julgar os embates e promover a proteção dos direitos naturais, momento em que se instalava o estado civil. O estado civil surge, para Locke, eminentemente com o propósito de assegurar a defesa direitos naturais. In: LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, Livro II, cap. V, VII e XI.

⁴⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**, p. 46.

sendo considerados exclusivos e excludentes, dando base à desigualdade jurídica⁴¹⁰.

Sustenta ainda que os direitos patrimoniais são disponíveis, podendo ser modificados ou extintos por atos jurídicos, enquanto os direitos fundamentais não podem ser objetos de modificação ou extinção, eis que, normalmente amparados por preceito constitucional⁴¹¹.

A marcante diferenciação existente entre ambos, é que os Direitos Fundamentais são indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransigíveis, personalíssimo; enquanto os direitos patrimoniais são negociáveis e alienáveis, não podendo de maneira alguma enquadrar tal direito no rol dos Direitos Fundamentais⁴¹².

Sustenta também que os direitos fundamentais são normas, não podendo ser objeto de modificação ou extinção, eis que, normalmente amparados por preceito constitucional; enquanto os direitos patrimoniais são predispostos por normas, podendo ser modificados ou extintos por atos jurídicos⁴¹³.

Por fim, destaca que os direitos patrimoniais são horizontais e os fundamentais são verticais, em um duplo sentido. Isto é, as relações jurídicas mantidas entre titulares de direitos patrimoniais são relações intersubjetivas de tipo civilista (contratual, sucessória), e as relações entre titulares de direitos fundamentais são do tipo publicista, ou seja, o indivíduo frente ao Estado⁴¹⁴.

Além disso, os direitos patrimoniais correspondem a genérica proibição de não lesão de particulares, e os fundamentais, quando

⁴¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 30-35.

⁴¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. p. 30-35.

⁴¹² FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. p. 25.

⁴¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. p. 25.

⁴¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. p. 30-35.

violados, acarretam invalidação do ato ofensor (lei), eis que sua preservação é condição de legitimidade dos poderes públicos⁴¹⁵.

Em suma, admite o autor que com base na igualdade jurídica, ou seja, em o Estado não poder garantir a propriedade igualitária a todos da sociedade, este por sua vez, não pode caracterizar como direito fundamental.

Gregório Peces-Barba⁴¹⁶ também critica a idéia de a propriedade ser considerada direito fundamental, enfatiza que os direitos fundamentais devem ser genéricos, aplicáveis a toda sociedade, e como a propriedade é escassa não pode ser garantida a todos, e escreve:

Finalmente, será igualmente um resultado importante do processo de generalização a progressiva tomada de consciência de que a propriedade não pode ser uma pretensão justificada, base ética de um direito fundamental, porque não se pode estender a todo o mundo, e isso é um privilégio, mas no caráter da generalidade, não um direito igual de todos os seres humanos: não cabe por razões de escassez e porque não existem bens livres para alcançar a igualdade como equiparação, aplicar a técnica da igualdade como diferenciação para equiparar no ponto de chegada.⁴¹⁷

Nesse sentido, Gregório Peces-Barba⁴¹⁸, entende o Direito à Propriedade como um direito social, no sentido de que o Estado deve dar Propriedade às pessoas que não a tem, e diante da escassez, garantir a propriedade como um Direito Fundamental torna-se impossível.

⁴¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. p. 30-35

⁴¹⁶ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. **Curso de derechos fudamentales**: teoria general, p. 170.

⁴¹⁷ *“Finalmente, será igualmente un resultado importante del proceso de generalización la progresiva toma de conciencia de que la propiedad no puede ser una pretensión justificada, base ética de un derecho fundamental, porque no se puede extender a todo el mundo, y eso es un privilegio, pero al carácter de la generalidad, no un derecho igual de todos los seres humanos: no cabe por razones de escasez y porque no existen bienes libres para alcanzar la igualdad como equiparación, aplicar la técnica de la igualdad como diferenciación para equiparar en el punto de llegada.”* (PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. **Curso de derechos fudamentales: teoria general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 170)

⁴¹⁸ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. **Curso de derechos fudamentales: teoria general**, p. 170.

Importante destacar, tal análise refere-se na categoria de Propriedade material, ou seja, na Propriedade móvel e imóvel, que embora a móvel em regra não seja escassa, também não há bens suficientes para que todos a possuem em igualdade. Dessa maneira, na categoria de Propriedade imaterial, que consiste entre outros na Propriedade industrial e nos Direitos autorais, considera o autor Direito Fundamental⁴¹⁹.

Diante das críticas apresentadas, observa-se que o fato da propriedade não ser possível a toda sociedade, diante da escassez, seria a razão da impossibilidade de um tratamento igualitário, e com isso, de maneira alguma poderia admitir o direito à propriedade um direito fundamental.

Verifica-se que o Constituinte ao elaborar a CRFB/88, conforme já mencionado, não adotou uma teoria de direitos fundamentais para elencar precisamente o rol de tais direitos, fazendo com que diante do contexto histórico daquela época, ou seja, um momento pós ditadura, autoritarismo, simplesmente lançou como forma de defesa e garantia todas as precariedades vivenciadas pela sociedade, não preocupando-se com a fundamentabilidade para caracterizar um direito como 'fundamental'.

Dessa forma, diante das teorias apresentadas dos doutrinadores Luigi Ferrajoli e Gregório Peces-Barba, observa-se que mesmo estando elencado no rol de direitos fundamentais na CRFB/88, o direito de propriedade, este por sua vez não pode ser considerado um direito fundamental.

⁴¹⁹ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. **Curso de derechos fudamentales**: teoria general, p. 170.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo investigar o Princípio Constitucional da Propriedade inserido na CRFB/88 no rol dos direitos fundamentais, sustentado nas concepções teóricas do professor italiano Luigi Ferrajoli e do professor espanhol Gregório Peces-Barba, para compreender se a propriedade pode ser ou não considerada um direito fundamental.

O interesse pelo tema abordado deu-se em razão das controvérsias existentes no Mundo Jurídico, pela diversidade do modo que o tema vem sendo abordado no contexto nacional, e também pelas aulas que freqüentei durante o Curso de Mestrado em Ciência Jurídica⁴²⁰ onde grandes foram as discussões sobre o tema com os professores e também com os colegas de sala de aula.

Para o seu desenvolvimento lógico o trabalho foi dividido em três capítulos.

O **primeiro capítulo**, tratou abordagem da propriedade desde a Antiguidade (Grécia e Roma), sendo que em Roma a propriedade ligava-se estritamente à religião, e na Grécia vigorava a propriedade familiar, e nesse contexto a propriedade apresentava-se como um direito absoluto, não existindo limites ou restrições, irrenunciáveis e inalienáveis.

Durante a fase romana não foi possível traçar uma definição de direito de propriedade, sendo que durante esse período foram apresentadas quatro modalidades de propriedade, quais sejam: quiritária, pretoriana, provincial e peregrina.

Na Idade Média uma de suas principais características foi a existência do feudalismo, e nesse contexto o conceito de propriedade abandona o

⁴²⁰ Destaca-se que as principais discussões ocorreram nas disciplinas ministrada pelo professor Dr. Alexandre Moraes da Rosa, na disciplina do Professor Dr. Marcos Leite Garcia, e também com as aulas do professor Dr. Álvaro Borges de Oliveira.

caráter unitário existente nos tempos antigos e passa a consagrar uma superposição de direitos sobre o mesmo bem, dando a cada um deles a mesma natureza, mas com densidade diferente.

A concepção Moderna da propriedade foi marcada pela Revolução Francesa, e inspirada no constitucionalismo liberal, perdeu seu caráter divino e ganhou novo fundamento, transformando-se em garantia fundamental de liberdade do cidadão contra a intervenção do Estado.

A compreensão contemporânea da propriedade pode ser admitida como uma relação jurídica complexa, que reúne não só um feixe de poderes, como os de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa, mas também trata de deveres em relação a terceiros proprietários e a terceiros não proprietários.

Abordou-se a evolução história da propriedade no Brasil, onde constatou-se o grande desenvolvimento, principalmente com o Instituto das Sesmarias, que foi que um dos fatores para o surgimento da propriedade privada, e juntamente com o direito privado vieram as primeiras legislações que acompanharam as características políticas, sociais e econômicas de cada época, a fim de garantir o direito de propriedade, sua função e caráter social.

A evolução da garantia constitucional Brasileira da propriedade fez incorporar em cada Constituição essência de valores sociais próprios do Estado social, impondo obediência de todos os ditames, a fim de que realmente se possa edificar uma sociedade justa.

O **segundo capítulo** tratou sobre os direitos fundamentais, sendo inicialmente apresentados aspectos destacados da Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais.

Em uma síntese histórica da Teoria da Constituição, observa-se um forte processo evolutivo, sendo que inicialmente a concepção de Constituição teve forte influência de que se entendia por ação social, e nessa fase era entendida como um retrato da ordem político-social e a discussão acerca de sua programaticidade. Num segundo estágio, a concepção de Constituição foi diretamente relacionada ao fenômeno de poder, em atenção à articulação entre o

que se entende por Direito, Estado e política, e por fim, no último estágio, a Constituição tem sido concebida como garantia.

Quanto aos direitos fundamentais, estes surgiram ligados a necessidade de limitação e controle dos abusos do poder próprio do Estado e de suas autoridades constituídas, atuando como direito de defesa do indivíduo frente ao Estado, mas também como possibilidade de exigência de uma atuação estatal positiva, voltada para a satisfação dos interesses individuais e coletivos protegidos pelo ordenamento constitucional.

Após, refletiu sobre aproximação das categorias de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, e quanto à terminologia dos direitos fundamentais e direitos humanos, cabe esclarecer que o consenso geral na doutrina especializada é no sentido de que os termos *direitos humanos* e *direitos do homem* se utilizam quando fazemos referência àqueles direitos positivos nas declarações e convenções internacionais, e o termo *direito fundamental* para aqueles direitos que aparecem positivados ou garantidos no ordenamento jurídico de um Estado.

Por seguinte, abordou-se os direitos fundamentais na perspectiva do professor italiano Luigi Ferrajoli, com forte influência liberal, o qual desenvolveu uma Teoria na concepção de direito como garantia, fundando a Teoria do Garantismo, preocupada em definir a validade da norma com base nos aspectos formais e substanciais do direito, e essa junção de aspectos formais e substanciais teria a função de resgatar a possibilidade de se garantir, efetivamente, aos sujeitos de direito, todos os direitos fundamentais existentes.

Apresenta quatro teses para a caracterização de um direito ser um direito fundamental, quais sejam: a primeira tese proposta diz respeito à diferenciação dos Direitos Fundamentais e Direitos Patrimoniais; a segunda tese proposta corresponde a interesses e expectativas de todos, formando o fundamento e o parâmetro da igualdade jurídica, estabelecendo dessa maneira uma dimensão substancial da democracia; A terceira tese traz referência à natureza supranacional dos Direitos Fundamentais, principalmente pelo fato de que as declarações e convenções internacionais impõem limites internos e

externos aos poderes públicos, e por fim, a quarta tese, vincula a relação entre direitos e garantias.

Por fim, foi estudado a Teoria de Direitos Fundamentais do professor espanhol Gregório Peces- Barba, onde considera que os direitos fundamentais são um conceito histórico do mundo moderno que surge progressivamente a partir do trânsito à modernidade.

Analizou que os direitos fundamentais reportam-se a uma pretensão moral justificada sobre traços importantes derivados da idéia de dignidade humana que tão-somente a partir da sua recepção no Direito positivo efetivasse-a a sua finalidade. Devida a essa característica alcança-se a compreensão dos direitos fundamentais de uma visão integral do fundamento e do conceito.

Dessa forma, constatou-se que o autor muito contribuiu para a Teoria dos Direitos Fundamentais e estudou as chamadas linhas de evolução dos direitos fundamentais que são relatadas nos processos de positivação, de generalização, de internacionalização e de especificação.

O processo de positivação é o processo de formação do ideal dos direitos fundamentais marcado por transformações políticas, sociais, econômicas e culturais da sociedade no trânsito à modernidade; o processo de generalização, este significou a extensão do reconhecimento e proteção dos direitos de uma classe a todos os membros de uma comunidade como consequência da luta pela igualdade real; o processo de internacionalização implica na tentativa de internacionalizar os direitos humanos para que ele esteja por cima das fronteiras e abarque toda a Comunidade Internacional, por fim, o processo de especificação considera a pessoa em situação concreta para atribuir-lhe direitos, seja como titular de direitos na condição de criança, idoso, mulher, consumidor, entre outros, ou como alvo de direitos, como o de um meio ambiente saudável ou a paz.

O **terceiro capítulo** apresentou as principais distinções entre Princípios e Regras, sendo os Princípios normas de elevado grau de abstração e generalidade que exigem uma aplicação de elevado grau de subjetividade do aplicador, enquanto as regras, denotam pouco ou nenhum grau de abstração, e por isso demandam de uma aplicação de nenhuma influência de subjetividade do intérprete.

Tratou-se também dos Princípios Constitucionais, que podem ser considerados as normas dos valores mais relevantes que espelham a nossa Constituição.

Após analisou o Tratamento Constitucional da Propriedade na CRFB/88, e observou-se que há proteção explícita à propriedade inclusa no rol dos direitos e garantias individuais, conforme caput do artigo 5º, e incisos XXI, XXII, bem como, no artigo 170, incisos II, III, que trata a propriedade como elemento da ordem econômica.

Por seguinte, abordou-se quanto a problemática da eficácia e abrangência dos direitos fundamentais elencados na CRFB/88, e constatou-se que o Constituinte ao elencar um extenso rol de direitos fundamentais em nossa Carta Magna, gerou profundos problemas de interpretação, principalmente na questão de validade dos direitos elencados como 'fundamentais'.

Como o momento vivenciado na elaboração da CRFB/88 era um período pós ditadura, o Constituinte preocupou-se em acolher e conciliar posições e reivindicações da sociedade nem sempre afinadas entre si, o que gerou profundos reflexos na formação do catálogo constitucional destes direitos.

Por fim, como objetivo específico da presente pesquisa, analisou o Princípio da Propriedade, com base nas teorias de Direitos Fundamentais dos autores Luigi Ferrajoli e Gregório Peces-Barba e diante do

estudado, verificou-se que a propriedade não é considerada um Direito Fundamental.

Luigi Ferrajoli, sustentou sua tese pelo fato da propriedade ser um direito patrimonial, apresentando grandes diferenciações entre 'fundamental' e 'patrimonial', destacando que a principal diferenciação é que os Direitos Fundamentais são indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransigíveis, personalíssimo; enquanto os direitos patrimoniais são negociáveis e alienáveis, não podendo de maneira alguma enquadrar tal direito no rol dos Direitos Fundamentais.

Gregório Peces-Barba também não considera a propriedade como um Direito Fundamental, e enfatizou que os direitos fundamentais devem ser genéricos, aplicáveis a toda sociedade, e como a propriedade é escassa esta não pode ser garantida a todos da sociedade.

E diante, destas concepções, finalmente encerrou-se o capítulo apresentando que a propriedade não pode ser considerada um direito fundamental.

Por fim, retomando as três hipóteses básica da pesquisa: a) a primeira restou confirmada, onde foi constatado que os Princípios são as diretrizes magnas do Ordenamento Jurídico, e os Direitos Fundamentais ao lado dos Princípios, são direitos de 'garantias' que servem para resguardar e proteger os direitos essenciais para uma vida digna, possuindo aplicabilidade imediata, devendo ser aplicáveis a toda sociedade. b) a segunda hipótese não restou confirmada, pois de acordo com as Teorias de direitos fundamentais de Luigi Ferrajoli e Gregório Peces-Barba estudadas, a propriedade não pode ser considerada um direito fundamental, por tratar-se de um direito patrimonial, e por sua vez, por ser escassa, não pode ser estendida a toda a sociedade.

Com a consciência de não ter esgotado todos os âmbitos de análise do tema, pretende-se que o estudo sirva de estímulo a novas pesquisas e reflexões nessa área.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de. **Pequena História da Formação Social Brasileira**. 4 ed.: Editora Graal, 1986.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

ARONE, Ricardo. **Propriedade e Domínio: Reexame Sistemático das Nações Nucleares de Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto. **A Propriedade e os Direitos Reais na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Dicionário de Política**. Brasília: UNB, 1994.

BODNAR, Zenildo. **Curso Objetivo de Direito de Propriedade**. Juruá: Curitiba: 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL, **Código Civil**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 53 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRITTO, Miguel Nogueira de. **A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional**. Coimbra: Almedina, 2007.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

CANDIDO, Celso; CARBONARA, Vanderlei. (Orgs.) **Filosofia e Ensino: um diálogo transdisciplinar**. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

_____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função Social e ambiental da Propriedade**. Florianópolis: momento Atual, 2003.

COCO, Giovanni Silvio. **Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà**. Milão: Giuffré, 1965.

COMPARATO, Fábio Konder. A Função Social da Propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, ano XXV, n. 63, jul/set. 1986.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da Costa. **A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

COULANGES, de Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

CRUZ. Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel. **Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá.

_____. Paulo Márcio. Os princípios Constitucionais. *In* **Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais** (Org) Paulo Márcio Cruz e Rogério Zuel Gomes. Curitiba: Juruá.

DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Obras escolhidas de Karl Marx e Friedrich Engels, Tradução Leandro Konder, v. 3 Rio de Janeiro.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea** (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razão: Teoria del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.

_____. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Traducción: Andrés Ibanex y Andréa Grippi. Madrid: Trotta, 1999.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005.

_____. O Direito como Sistema de Garantias *in* OLIVEIRA JR., José Alcebiades de (org): **O Novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FERREIRA, Damaris. O aspecto funcional da propriedade urbana na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, RT, v. 6, abr. 2001.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva.

FERREIRA, Simone Nunes. Direito de Propriedade: nas Constituições brasileiras e do Mercosul. **Revista Jur.**, Brasília. v. 8, n. 83, p. 180-192, fev/mar., 2007 – Disponível em :
<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32614/31823>> Acesso 30/04/10.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **A propriedade no Direito Ambiental**. 3 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina Urbanística da Propriedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**: análise de sua Concretização Constitucional. Curitiba: Juruá, 2003.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. 3 ed. Madrid: Civitas, 1983.

GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. *In*: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade**: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

_____. O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito. *In*: **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Boiteux, 2006 <http://www.conpedi.org/manaus/anais_conpedi.html> Acesso: 30 de abril de 2010.

_____. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 46, 31.10.2007. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343> Acesso: 30 de abril de 2010.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GONÇALVES, Aderbal da Cunha. **Da propriedade resolúvel** – sua projeção na alienação fiduciária em garantia. RT: São Paulo, 1979.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Sinopses Jurídicas – Direito das Coisas**. 8.ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GROSSI, Paolo. **História da Propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: SAFE, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Coleção os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HÖFFE, Otfried. **Derecho Intercultural**. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa.

JELLINEK, Georg. **Teoria Geral do Estado**. México: Fundo de Cultura Económica, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LACERDA, Linhares de. **Tratado das Terras do Brasil**. Rio de Janeiro: Alba Ltda, 1960.

LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos.** Ed. Livraria do Advogado, 1998.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o governo.** Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPEZ CALERA, Nicolás. **Filosofia del derecho (I).** Granada: Colmares, 1997.

LOUREIRO, Francisco Loureiro. **A propriedade como Relação Jurídica complexa.** Renovar: Rio de Janeiro, 2003.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade.** São Paulo: Saraiva.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa (des)encontros entre economia e direito.** Florianópolis: Habitus, 2009.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano.** São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MELO, Osvaldo Ferreira. **Dicionário de Política Jurídica.** Florianópolis: OAB/SC, 2000.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito.** 24 ed. São Paulo: RT, 1997.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Arnaldo. **A propriedade sob diferentes conceitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NETO, Fransico Quintanilha Vêras. **Fundamentos de Histórica do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

OLIVEIRA, Á. B. . A função (f(x)) do Direito das Coisas. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 11.

_____. Uma definição de propriedade. **Pensar**: Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 48-56, jan./jun. 2008.

OLIVEIRA, Francisco Cardoso. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**, São Paulo: Forense.

OSÓRIO, Lígia. **Terras devolutas e latifúndio** – Efeitos da lei de 1850. Campinas, São Paulo: Editora Unicamp, 1996.

PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. *In*: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

_____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

_____. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982.

PEREZ LUÑO, Antônio E. **Derechos Humanos, Estado y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1999.

_____. **Los Derechos Fundamentales**. 7 ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PETIT, Eugene. **Tratado Elemental de derecho romano**. Tradução de José Fernande Gonzáles. Buenos Aires: Editorial Alabastros.

PINTO, L. M. da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1994.

PLATÃO. **A república**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROSA, Alexandre Moraes. A Vida como critério dos Direitos Fundamentais: Ferrajoli e Dussel. *In: Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais: contribuições ao Debate*. Paulo Márcio Cruz e Rogério Zuel Gomes (Org). Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **Direito infracional**. Florianópolis: Habitus, 2005.

_____. **O que é Garantismo Jurídico? (Teoria Geral do Direito)**. Florianópolis: Habitus, 2003.

ROSSEAU, Jean –Jaques. **Do Contrato Social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

RUIZ, José Maria Lassale. **John Locke y los Fundamentos Modernos de la Propriedad**. Dykison: Madrid, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2006.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. São Paulo: Del Rey, 2007. 9. v.

SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. **Propriedade em face da Ordem Constitucional Brasileira**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 25, 1998.

SMEND, Rudolph. **Constitución y derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos Constitucionais da Propriedade privada**. Estudos em Homenagem ao Professor Caio Tácito. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1997.

VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

VOLTAIRE, François M. Arouet de. **Dicionário Filosófico**. Tradução de Marilena de Souza Chauí. Abril Cultural: São Paulo, 1978.