

O DIREITO DE PROPRIEDADE NO MARCO DO CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

Sérgio Urquhart de Cademartori*

Isabela Souza de Borba**

RESUMO: Diante da atual conjuntura social, das mudanças conceituais constatadas ao longo do tempo pela Teoria do Direito, o tema *propriedade* tem sido revisitado e exige da comunidade acadêmica a elaboração de novos estudos acerca desse instituto marcado desde a Antiguidade. Para tanto, invoca-se, no presente trabalho, a Teoria Garantista, do italiano Luigi Ferrajoli, para esclarecer o que se pode entender hoje por direito à/de propriedade, concepção que tende a ser reescrita. Esse estudo somente torna-se possível a partir da análise histórica do conceito de *propriedade*, que enseja, necessariamente, a passagem, ainda que breve, pela Antiguidade, Idade Média, Modernidade e pelo Estado Contemporâneo, este último assinalado pelos efeitos da globalização e pelas mudanças estruturais ocorridas no campo do Direito. Assim, em meio às diversas outras abordagens que consagram a *propriedade* enquanto direito inerente aos indivíduos, elegeu-se o Garantismo como marco teórico para o estudo do tema proposto, o qual se limita à compreensão da *propriedade* no Constitucionalismo contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade. Constitucionalismo. Garantismo

ABSTRACT: Given the current social climate of conceptual changes observed over time by legal theory, the subject property has been revisited and the academic community requires the development of new studies about this marked institute since antiquity. To this end, is cited in the present work, the Guaranteeist Theory, the Italian Luigi Ferrajoli, to clarify what can be understood today by the law / property, a concept that tends to be rewritten. This study only becomes possible from the historical analysis of the concept of property, which, necessarily, imply the passage, however brief, for antiquity, the Middle Ages, Modernity and the Contemporary State, the latter marked by the effects of globalization and structural changes in the law field. Thus, amongst many other approaches which establish the property as a right inherent to individuals, was elected guaranteeism as a theoretical framework for the study of the theme, which is limited to the understanding of property in the contemporary constitutionalism.

KEYWORDS: Property. Constitutionalism. Guaranteeism

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por desígnio analisar o instituto *propriedade*, elencado no ordenamento jurídico pátrio na categoria atinente aos direitos

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor titular da graduação e Curso de Pós-Graduação da UFSC. Atualmente é professor visitante do doutorado da Universidade de Granada e da Universidade Técnica de Lisboa, professor permanente do Centro Universitário La Salle — Canoas, Consultor ad hoc da CAPES.

** Mestre em Filosofia, Teoria e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (CPGD/UFSC). Oficial de Gabinete no Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

fundamentais, assegurados, indistintamente, a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país.

A problemática do tema *propriedade* emerge a partir dos novos contornos cogitados em relação a esse instituto no seio da sociedade globalizada e, no campo do Direito, com a concepção de Constitucionalismo, adotada diante das constituições irrompidas após a Segunda Guerra Mundial, as quais são marcadas por características fortes, principalmente, no sentido de garantia dos direitos fundamentais, seja por atuação positiva ou negativa do Estado, em oposição às cartas próprias do Estado Legislativo ou Liberal, do século XIX.

Ainda é possível conceber a propriedade como um direito fundamental ou esse instituto deve ser inserido em outra categoria? Para responder a esse questionamento invoca-se a Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli, assim como o diálogo travado entre Danilo Zolo e Mario Jori a respeito da posição dos direitos patrimoniais.

No entanto, como condição de possibilidade para este estudo, forçosa a reconstrução histórica da *propriedade*. Ou seja, parte-se da premissa de que somente é possível compreender os contornos desse instituto se regressarmos à sua origem. Logo, na primeira parte do trabalho, a análise ficará voltada à *propriedade*, em Grécia e Roma antigas, no feudalismo da Idade Média, na Modernidade dos liberais do século XVII e XVIII, e, por fim, no Estado Contemporâneo, considerada, ainda, a realidade brasileira.

Assim, talvez seja possível oferecer singela contribuição à Teoria do Direito, pois não raras são as dúvidas e embates travados atualmente em torno da *propriedade*, já que os contextos político, social, econômico e jurídico ganharam novos contornos e ensejam respostas para questionamentos como o proposto nesse trabalho.

2 ANTIGUIDADE: A MATRIZ DA PROPRIEDADE PRIVADA

Antes de qualquer demarcação da origem do instituto propriedade, necessário conceituar o que, por ora, é objeto deste trabalho.

Em *Dicionário de política*, Norberto Bobbio define a origem etimológica do termo: “O substantivo Propriedade deriva do adjetivo latino *proprius* e significa: ‘que é de um indivíduo específico ou de um objeto específico (nesse caso, equivale a: típico daquele objeto, a ele pertencente), sendo apenas seu’”. E segue o autor: “o conceito que daí emerge é o de ‘objeto

que pertence a alguém de modo exclusivo', logo seguido da implicação jurídica: 'direito de possuir alguma coisa', ou seja, 'de dispor de alguma coisa de modo pleno, sem limites'”¹.

O conceito de propriedade foi formulado ao longo dos tempos, acompanhando o desenvolvimento das sociedades. No entanto, a concepção que se tem hoje a respeito do instituto pouco se assemelha às primeiras notas surgidas a respeito do termo.

Não se pode extrair da Antiguidade uma definição de propriedade que corresponda ao conceito formulado no mundo contemporâneo. No entanto, com base em investigações históricas é possível identificar alguns pontos de convergência entre o que se entende por propriedade hoje e os fatos sociais que deram as linhas mestras para o desenvolvimento e aprimoramento do instituto.

A Antiguidade, sem dúvida, foi o período que marcou as primeiras noções em torno do instituto. Embora o fundamento não fosse legal, como se apresenta hoje, a propriedade já vinha delineada nos Códigos de Hamurabi, Manu e mesmo no Decálogo. Nos dois primeiros documentos, condenava-se o roubo em proteção à propriedade; no Decálogo, o oitavo mandamento previa como violação à lei moral a ofensa à propriedade, ao lado da ofensa à vida, à castidade e ao caráter.

De Fustel de Coulanges extrai-se a origem da propriedade na crença politeísta de Roma e Grécia antigas. Segue-se, conforme o autor, que a propriedade era uma instituição vinculada diretamente à família e, sobretudo, à religião.

Essa vinculação decorria do fato de que cada família tinha domínio sobre o lar e sobre os antepassados, que eram considerados deuses daquele grupo de pessoas unidas por laços de parentesco. Cultuava-se, nos lares, a veneração aos deuses da família e acreditava-se num puro vínculo material entre eles e o solo, já que ali estabeleciam a morada e dali não poderiam ser transferidos. Essa estreita relação definiu o vínculo entre a propriedade e a família, impondo a esta a obrigação de não se afastar do lar, zelar e cultivar os deuses domésticos, que fincavam naquele lugar a sua morada permanente².

¹ BOBBIO, Norberto *et. al.* **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 1031.

² Nesse sentido: COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Rideel, 2005. p. 46.

Nesse contexto, a propriedade não era vista como um direito atribuído a uma única pessoa; o direito de ter propriedade sobre a terra, sobre o lar, era inerente à família e fundava-se tão somente em questões de cunho religioso.

A separação de cada propriedade por marcos geográficos surgiu, então, da ideia de que os deuses (antepassados) de cada família deveriam estar situados em localidades separadas por uma determinada distância. Com a delimitação de cada porção de terra pertencente a uma família, as propriedades tornaram-se, literalmente, privadas e, sobretudo, invioláveis. Sob essa concepção, apareceram as primeiras edificações: “as paredes eram levantadas em redor do lar para o isolar e defender, e pode-se dizer que a religião ensinou o homem a construir a primeira casa com os gregos. Nesta casa a família é senhora e proprietária; a divindade doméstica será quem assegurará o seu direito. A casa está consagrada pela presença perpétua dos deuses; a casa é o templo que os guarda”³.

O fato de a religião ser considerada o fundamento do direito de propriedade nessa época conferiu às terras a condição de invioláveis. Todavia, ao mesmo, tempo determinava a inalienabilidade. Sob o fundamento religioso, a propriedade não poderia ser alienada, pois não pertencia a um indivíduo, mas à sua família, de modo que não se aceitava dispor daquela parcela de terra. No entanto, com a Lei das Doze Tábuas, passou-se a admitir a alienação das terras, mas o fundamento religioso não desapareceu, já que àquele que se desfazia do seu lar eram cominadas severas penas, como a perda da cidadania.

Também em decorrência da religião não se permitia a expropriação por dívida, uma vez que a propriedade era concebida como um local sagrado, de culto e veneração aos deuses domésticos. Assim, o devedor deveria pagar suas dívidas com o próprio corpo, “a terra, em hipótese alguma, o acompanha na escravidão”⁴.

Em certo período da Antiguidade, como visto, a propriedade, ao menos no que tange à terra, fundava-se em valores religiosos, o que, no entanto, não excluiu a dogmática civilística delineada pelos romanos em relação a esse instituto.

³ COULANGES, 2005, p. 47.

⁴ COULANGES, 2005, p. 53.

Em Roma, os objetos passíveis de propriedade, inicialmente, foram divididos em *res Mancipi* e *res nec Mancipi*. Dentre as *res Mancipi*, destacavam-se a terra e os instrumentos destinados à produção agrícola, sendo que tais bens somente poderiam ser transferidos a outrem mediante ato solene; por outro lado, quanto ao ramo das *res nec Mancipi*, tal formalidade era despicienda, a transferência da propriedade das coisas móveis, dinheiro, animais, ocorria por simples tradição⁵.

As mudanças decorrentes da expansão do Império Romano enfraqueceram a economia familiar e agrária que predominava até então, arrogando à sociedade uma concepção de cunho individualista. Considerada a necessidade de propiciar o acúmulo de riquezas, sucederam-se uma série de mudanças na estrutura social: abandonou-se a antiga divisão entre *res Mancipi* / *res nec Mancipi*, para instituir, especificamente com a Lei das Doze Tábuas, a classificação que perdura até hoje entre coisas móveis, imóveis e semoventes.

Após o reconhecimento da propriedade quiritária aos cidadãos de Roma⁶ e da propriedade pretoriana aos pretores⁷, no período imperial, os romanos, movidos pelo sentimento de conquistas e pelo desígnio comum de acumular riquezas, passaram a conceber o direito de propriedade como um direito absoluto, atribuído como privilégio apenas a algumas classes sociais.

Todavia, alguns autores acentuam que o direito de propriedade, em Roma, nunca foi ilimitado: “embora sempre reconhecida como o maior poder de uma pessoa sobre um objeto, nunca o direito de propriedade entre os juristas da Cidade Eterna se revestiu de um caráter absoluto, ilimitado. Caio já se encarregava de confirmar esta afirmação, ao conceituar a propriedade como *jus utendi et abutendi, quatenus juris ratio patitur*. Assim é que o direito haveria de ser usufruído consoante uma razão de direito”⁸. No

⁵ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 96.

⁶ Segundo Francisco Cardozo Oliveira (2006, p. 98), “o caráter formal do direito romano permitiu ao *ius civile* disciplinar propriedade quiritária, onde o proprietário devia ser cidadão romano e que somente era transferida pelo ato solene da *mancipatio*”.

⁷ Assinala-se, ainda, as propriedades peregrina e provincial, que, assim como a pretoriana, eram inferiores à quiritária, mas também regiam-se pelo *ius civile*.

⁸ FRANCISCO, Caramuru Afonso. A propriedade urbana na nova ordem constitucional. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 18.

mesmo sentido, Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, ao tratarem sobre os direitos reais, expõem que desde o início da civilização romana é possível identificar a submissão da propriedade ao interesse social, em que pese as marcantes diferenças entre a propriedade romana e a moderna⁹.

Ponderadas as ressalvas, no direito romano, além de absoluto o direito de propriedade era considerado exclusivo e perpétuo. Absoluto, porque o titular do direito tinha, e ainda hoje tem, o poder de usar e dispor do modo que melhor lhe aprouver (*utendi, fruendi et abutendi*¹⁰). Exclusivo, no sentido de que é oponível a todos, tem cunho *erga omnes*. E perpétuo, pois tem duração ilimitada, ou seja, a propriedade subsiste independentemente do exercício do direito pelo titular, até que sobrevenha causa legal extintiva¹¹.

A concepção de propriedade típica do direito romano, fundamentada no absolutismo, na exclusividade e na perpetuação, foi a que perdurou até a noção moderna idealizada em torno do instituto, de viés primordialmente individualista. Nesse sentido, esclarece John Gilissen: “todas estas distinções desaparecem, de resto, progressivamente no Baixo Império, tendo sido, portanto, a concepção individualista da propriedade quirritária aquela que se estendeu a todo o Império romano e a que os juristas da Baixa Idade Média e, sobretudo, dos sécs. XVII e XVIII encontrarão nos textos de Di-

⁹ “Embora muitos intérpretes do direito romano tenham interpretado que a propriedade em Roma era absoluta, Maria Cristina Pazella revela que desde o início do processo de civilização da sociedade romana pode se observar a clara submissão do exercício da propriedade ao interesse social. Explica a culta jurista que ‘a submissão do exercício da propriedade à sociedade toda evidencia o privilégio do princípio da humanidade sobre os demais princípios do direito, o que permite que se afaste também o individualismo como característica da propriedade romana, pois mesmo quando exercida individualmente, a propriedade romana sempre esteve sujeita ao interesse social’. De qualquer forma, pouco há de comum entre a propriedade romana e a propriedade moderna” (FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Direitos Reais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 172).

¹⁰ Acerca dessas três matrizes conceituais extraídas do direito romano, elucida José Cretella Júnior: “*Jus utendi* é o direito de *usar* a coisa, como, por exemplo, o direito do proprietário de construir sobre o seu terreno, o de montar animal de sua propriedade, o de utilizar-se dos trabalhos escravos. *Jus fruendi* é o direito de usar não propriamente a coisa, mas o direito de aproveitar os *frutos* e os *produtos* da coisa. [...] *Jus abutendi* é o direito que tem o proprietário de *abusar* da coisa, dispondo dela como melhor lhe aprouver, inclusive destruindo-a, isto é, alterando-lhe a ‘*substantia rerum*’ (incendiar casas, matas; abater árvores; matar animais ou escravos)”. (CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 173).

¹¹ MOREIRA, Aroldo. **A propriedade sob diferentes conceitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 40.

reito romano para sobre eles construírem a teoria moderna da propriedade individualista”¹².

Com a Idade Média, o instituto ganha novos contornos em virtude da alteração da estrutura econômica. Irrompe o feudalismo, que põe à queda a concepção romana individualista do direito de propriedade, a qual, no entanto, ressurgiria mais tarde.

3 IDADE MÉDIA: O FEUDALISMO E A RELEITURA NECESSÁRIA DO CONCEITO DE INDIVIDUALISTA DE PROPRIEDADE.

Na era feudal, o desaparecimento do comércio e a consequente mudança na estrutura econômica redimensionaram o direito de propriedade. A economia baseada na troca, a produção fundamentada na agricultura de subsistência e a política feudal¹³ redefiniram a concepção de propriedade individualista própria do direito romano para recuperar-lhe um certo caráter coletivo.

O movimento que ensejou a mudança política e econômica teve origem com o enfraquecimento do Império Romano e a retirada dos cidadãos da cidade para a área rural, onde se estabeleciam junto aos seus escravos que, mais tarde, viriam a ser chamados de servos. Passados os anos, a sociedade feudal foi estruturada em classes fixas: clero, nobreza, servos, e, ainda, os vassalos. Embora sejam despiciendas maiores informações a respeito da estrutura de classes no sistema feudal, é fundamental entender a relação entre os senhores feudais, que pertenciam à nobreza, e seus vassalos, a quem era concedida parte das terras a fim de assegurar um espaço no sistema de produção agrícola. O vínculo estabelecido entre os senhores e

¹² GILISSEN, John. *apud* MATTOS, Samuel da Silva. *Notas sobre a natureza e espécies de propriedade*. **SEQUÊNCIA: estudos jurídicos e políticos. Revista de Pós-Graduação em Direito da UFSC**. N. 43, 2001, segundo semestre. p. 105.

¹³ No Feudalismo, diante da inexistência de uma autoridade central, a política ficou a cargo dos senhores feudais, que exerciam poder sobre os seus camponeses, restringindo-lhes a liberdade e impondo-lhes deveres. Nesse sentido: “o proprietário de terras assume poderes políticos sobre os camponeses que trabalham nas suas terras, impondo uma série de limitações às suas liberdades pessoais. Assim, o modo de produção escravista é substituído pelo feudal: ao escravo sucede o servo, que goza de uma liberdade pessoal parcial, da Propriedade parcial dos meios de produção (instrumentos de trabalho, animais) e de uma certa autonomia na gestão da sua pequena empresa agrícola” (BOBBIO, 1998, p. 1.033).

seus vassalos assinala as primeiras noções a respeito do domínio direto e domínio útil¹⁴.

No mesmo vértice, Aroldo Moreira assinala que, na Idade Média, a propriedade se caracterizava por uma duplicidade de domínio — fato que implicou na quebra da unidade evidenciada no direito romano — e, ainda, pela existência de vínculos, ônus e encargos predominantemente sobre a terra. “Na Idade Média tem-se um processo de desintegração da propriedade, com o desdobramento das faculdades entre o titular e o domínio e o efetivo possuidor”¹⁵.

Uma das causas de esvaziamento do caráter individual e exclusivo atribuído à propriedade pelo direito romano, foi justamente a distinção entre domínio útil (do vassalo) e direto (do senhor). A propriedade deixava de ser individual e exclusiva, à medida que o senhor concedia aos vassalos escolhidos parte de suas terras para que pudessem produzir o necessário para subsistência. Como o senhor era o proprietário, ele poderia conceder as terras a quem lhe conviesse, auferindo lucro pelos excessos da produção agrícola. Esse lucro, por outro lado, supria a necessidade de dispor das terras como forma de comércio, ou seja, o sistema de vassalagem excluía a mercantilização da propriedade, o que também vem a se opor às práticas romanas.

Não foi apenas a divisão dos domínios que deu nova feição ao instituto da propriedade. A doutrina filosófica cristã de Santo Tomás de Aquino contribuiu sobremaneira para o abandono do caráter absoluto atribuído à propriedade pelos romanos. Para Aquino, a propriedade seria um direito natural cuja titularidade seria conferida tão somente a Deus; o único domínio verdadeiramente absoluto pertenceria a Deus e as riquezas advindas da

¹⁴ “A apropriação material da terra constituía a centralidade da vida social e econômica. O domínio se desdobrava em duas esferas distintas: a do domínio útil, que servia à apropriação material do colono, e a do domínio do titular ou proprietário, no caso, o senhor feudal. Na relação entre o colono e o senhor feudal, a instituição do domínio compreendia unidade política e de produção. O domínio exprimia a relação política de poder entre o colono e o senhor feudal e também propiciava ao colono integrar-se ao sistema econômico através da atividade agrícola. A cisão entre domínio útil e domínio do titular reduziu o direito de propriedade ao seu aspecto de titularidade formal, esvaziada pela atividade do colono de trabalhar na terra” (OLIVEIRA, 2006, p. 103).

¹⁵ MOREIRA, 1986, p. 63-75.

propriedade deveriam ser, necessariamente, postas à disposição dos pobres

16

O fato de a propriedade assumir novos traços, principalmente no tocante ao sistema de vassalagem — domínio útil e direto —, abriu espaço para considerações em torno da posse e das ações possessórias. A propriedade era reservada ao senhor, porém, a posse das terras ficava a cargo dos camponeses. Sobre a ascensão da posse nessa época, destaca José D'Amico Bauab: “Na organização feudal tiveram grande amplitude as ações possessórias. Nessa fase intermediária da propriedade, o princípio dominante era o de que ‘não há terra sem senhor’, transferindo-se a propriedade das mãos do Estado para as dos senhores, constituindo-se o grosso da população apenas de posseiros, donde a necessidade de se garantirem, aos barões e aos feudatários, as prestações devidas e a posse dos territórios”¹⁷.

Recorda-se, outrossim, que durante a Idade Média investiu-se pouco em aprimoramento das técnicas utilizadas na produção agrícola, uma vez que os camponeses eram limitados a produzir para sua subsistência, de modo que toda produção excedente, como já mencionado, deveria ser repassada ao senhor das terras. Nessas condições, não seria espantoso constatar o desestímulo dos que atuavam cotidianamente na produção e, por outro lado, mas ao mesmo tempo, o ressurgimento da ideia de acúmulo de riquezas por parte dos senhores feudais. A relação de poder entre as classes aliada ao excedente auferido pelos senhores feudais deu chão à economia capitalista que viria a preponderar tempos depois.

Nessa linha de raciocínio, a ciência jurídica muito se aprimorou com o sistema prevalente na Idade Média, a obra dos *consiliadores*, juristas da época, é reconhecida por Franz Wiacker como precursora da moderna dogmática do direito privado. Os *consiliadores* exploraram instituições e disciplinas que não haviam sido estudadas pelo direito romano, dentre as quais o direito patrimonial da família e o direito da utilização da terra. Com discurso diferente daqueles utilizados pelos glosadores, os *consiliadores* partiam para outros métodos dialéticos, em que as fontes eram interpretadas de maneira mais livre. “São exemplos conhecidos desta técnica a dedução da proteção da marca e da firma a partir dos interdictos possessórios; do

¹⁶ BOBBIO, 1998, p. 1033.

¹⁷ BAUAB, José D'Amico. A posse dos direitos pessoais. In BITTAR C.A. (coord.) **A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 120.

domínio directo e do domínio útil (*dominium directum* e *utile*) a partir de categorias romanas totalmente diferentes, o direito de retracto familiar ou a comunhão de adquiridos a partir do direito dotal justinianeu”¹⁸.

Segundo Francisco Cardozo Oliveira, “o feudalismo e o pensamento filosófico medieval contribuíram de forma decisiva para a concepção de propriedade, que se consolidou na modernidade. As mudanças nos fundamentos do direito de propriedade privada moderno, na verdade, podem ser encontradas na Idade Média, ainda que seus efeitos, em razão da passagem do modelo económico feudal para o modelo económico liberal, tenham se tornado perceptíveis quando rompida a ordem feudal e instaurada a ordem económica do capitalismo”¹⁹.

Embora tenha contribuído significativamente para a elaboração da actual dogmática de direito privado — principalmente em relação à tutela da posse —, no que tange à propriedade, a concepção jurídica medieval aos poucos foi sendo abandonada para ceder lugar ao novo modelo económico que acenava ao pensamento liberal do Estado Moderno: o capitalismo. Regressou-se, assim, à propriedade individualista²⁰.

4 O DIREITO DE PROPRIEDADE NO ESTADO MODERNO

Na Idade Moderna, com o incremento da atividade comercial e a consequente especulação da propriedade²¹, houve uma regressão ao individual

¹⁸ WIACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. de 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 83.

¹⁹ OLIVEIRA, 2006, p. 103.

²⁰ Acerca disso, oportunas as linhas escritas por José Maria Lasalle Ruiz: “partiendo del trabajo que iniciaron los glosadores, desde la Baja Edad Media se fue elaborando una nueva mentalidad propietaria que, contradiciendo la visión reicentrista y comunitarista medieval, fue paulatinamente erosionando su objetividad hasta convertir al sujeto en el centro de la relación propietaria. Lentamente se abrió camino una estructura más simple y absoluta que laminó la complejidad de la estructura de la propiedad medieval. Fundándose en un individuo que se descubre esencialmente propietario de sí mismo gracias al dominio de su voluntad, la cosa quedó sometida a la potencia activa del sujeto: a un *dominium sui* que descansaba sobre la concurrencia de un ánimo del sujeto, tal y como el pensamiento franciscano de la segunda mitad del siglo XIII legitimó intelectualmente” (RUIZ, José Maria Lasalle. **John Locke y los fundamentos modernos de la propiedad**. Madrid: Dykinson, 2001. p. 28).

²¹ A esse respeito: “Em um salto no tempo, alcançamos o iluminismo e o jusnaturalismo, como marcos de irrupção do formato clássico do direito de propriedade nos séculos XVIII e XIX. A ideologia liberal e individualista representa o triunfo da racionalidade humana e de sua vocação para a liberdade. Portanto, concede-se ao sujeito de direito a possibilidade de manifestar livremente a sua vontade, em um contexto económico propício à circulação do

lismo²². O direito de propriedade adquiriu um caráter subjetivo, onde o ponto de partida era a individualidade do proprietário.

Aliado ao comércio e à especulação, principalmente da propriedade imobiliária, tem-se a formação dos Estados nacionais e a ideia de soberania enfatizada por Jean Bodin, segundo o qual a propriedade era fundamento da própria soberania estatal²³.

No mesmo período, a propriedade foi inserida, também, na dimensão do direito público, com a ideia de exploração econômica, que passou a abranger não apenas as terras, mas o subsolo, o espaço aéreo e as águas, bens estratégicos para a sobrevivência da comunidade política²⁴.

Com as mudanças políticas e econômicas ocorridas no seio da sociedade, o direito de propriedade foi tomando diferentes proporções. Por ser um instituto antigo e que dá respaldo a uma gama de opiniões, não poderia ficar de fora das discussões filosóficas, políticas e jurídicas travadas pelos pensadores iluministas e jusnaturalistas. Nesse contexto, pode-se mencionar as contribuições oferecidas por John Locke, Thomas Hobbes, Rousseau, Léon Duguit, Pierre-Joseph Proudhon, entre outros²⁵, que cuidaram de estudar esse direito, conferindo-lhe nova feição.

No *Segundo Tratado sobre o Governo*, John Locke concebe a propriedade como um direito anterior ao próprio Estado²⁶, que se adquire pela constante labuta do homem. Para Locke, ninguém possui originalmente o

capital. Nesta vertente, o contrato e a propriedade triunfam como os dois grandes pilares do direito privado” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 173).

²² Segundo Norberto Bobbio, “concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e não este é feito pelo Estado”²² (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 56).

²³ FRANCISCO, 1991, p. 19.

²⁴ FRANCISCO, 1991, p. 21.

²⁵ Cumpre assinalar que, embora não se ignore a contribuição de Karl Marx e Friedrich Engels, o presente estudo não cuidará de analisar a abordagem do materialismo histórico a respeito da propriedade. Busca-se, aqui, fazer um retrospecto desse instituto, a partir da clássica divisão adotada pela Historiografia, a fim de que seja possível traçar as características que a propriedade assume hoje, com o Constitucionalismo e a Teoria Garantista.

²⁶ Nesse sentido: “O pensador liberal Locke se recusara a reconhecer no contrato social a origem da propriedade. Na sua teoria, a propriedade era anterior à sociedade; a propriedade tinha como base a necessidade natural e o trabalho. O direito à propriedade seria anterior à sociedade civil, mas não inato. Sua origem residiria na relação concreta entre o homem e as coisas, através do processo de trabalho” (MATTOS, 2001, p. 96).

domínio sobre alguma coisa de tal forma que possa considerá-la privada por natureza. A propriedade, embora concebida como um direito pré-existente ao Estado, deve ser adquirida por algum meio. Assim: “Podemos dizer que o trabalho de seu corpo e a obra produzida por suas mãos são propriedade sua. Sempre que ele tira um objeto do estado em que a natureza o colocou e deixou, mistura nisso o seu trabalho e a isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso o tornando sua propriedade”²⁷.

Por outro lado, “a mesma lei da natureza que nos concede dessa maneira a propriedade, também lhe impõe limites”²⁸. Segundo essa máxima, somente pode ser considerado propriedade aquilo que cada homem conquista para sua existência, por obra de seu trabalho. O desperdício é alheio à concepção de propriedade formulada por Locke, pois o excedente não pertenceria ao proprietário, mas, sim, aos demais membros da comunidade.

Ao passo que Locke concebeu a propriedade como direito natural, absoluto, pré-existente à sociedade, os contratualistas Thomas Hobbes²⁹ e Jean-Jacques Rousseau³⁰ ocuparam-se de entender o instituto como um direito que surge somente a partir da fundação da sociedade política, sendo, portanto, uma concessão da coletividade³¹.

Segundo Francisco Cardozo Oliveira, o fundamento da propriedade liberal-individualista da modernidade tem origem na fusão entre a concepção de propriedade baseada na *laboriosidade* individual do homem — Locke

²⁷ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos**. Trad. de Magda Lopes e Maria Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 97.

²⁸ LOCKE, 1994, p. 100.

²⁹ Conforme J. G. A. Pocock, “Hobbes operou no âmbito da jurisprudência natural. Ele mostrou indivíduos agindo e, a partir de, um estado de natureza, estendendo seu poder sobre as coisas uns contra os outros, e até mesmo adquirindo tal posse e direito sobre as coisas uns contra os outros, e até mesmo adquirindo tal posse sobre os direitos que podiam transferi-los a um soberano que eles instituía no ato da transferência. Seus indivíduos movem-se do pré-possessivo ao possessivo, do pré-político ao político, do pré-humano ao humano” (POCOCK, J. G. A. **Linguagens do ideário político**. Trad. de Fabio Fernandez. São Paulo: Edusp, 2003. p. 144).

³⁰ Rousseau, ao tratar sobre o “domínio real”, não se distancia da ideia de Locke, de que a propriedade é fruto do trabalho: “Em geral, para autorizar sobre um terreno qualquer direito de primeiro ocupante, são necessárias as seguintes condições: [...] que apenas seja ocupada a área de que se tem necessidade para subsistir; [...] que se tome posse dela, não em virtude de uma vã cerimônia, mas pelo trabalho e pela cultura, único sinal de propriedade que, à falta de títulos jurídicos, deve ser respeitado por outrem” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. de Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores. Disponível em: www.jahr.org. p. 32).

³¹ FRANCISCO, 1991, p. 20.

— e o atributo da vontade individual como elemento indispensável para o apossamento no mundo do que é exterior à pessoa, como sugere Immanuel Kant, em *Metafísica dos Costumes*³².

A cristalização da propriedade como direito individual do homem ocorreu por conta da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, onde tal instituto foi expressamente institucionalizado nos moldes delineados por Locke: “Art. 17. Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização”.

Mais tarde, o Código Napoleônico, de 1804, descreveu a propriedade como sendo o “*direito de gozar e dispor das coisas de maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos*” (art. 544).

Todavia, esse caráter eminentemente individualista do direito de propriedade, assinalado por Locke e inscrito nos mencionados diplomas, foi questionado pelo socialista francês Pierre-Joseph Proudhon, na obra “*O que é propriedade?*” (1840). Proudhon encarou a propriedade como “roubo” e, com base nisso, reformulou as características até então atribuídas ao instituto.

De acordo com Proudhon, “a propriedade, segundo a sua razão etimológica e as definições da jurisprudência, é um direito fora da sociedade; é evidente que se os bens de cada um fossem bens sociais as condições seriam iguais para todos e seria contradição dizer: a propriedade é um direito que o homem possui ao dispor de uma propriedade social da maneira mais absoluta. Assim, se estamos associados para a liberdade, igualdade, segurança, não o estamos em relação à propriedade; assim, se a propriedade é um direito natural, esse direito natural não é social mas anti-social. Propriedade e sociedade são coisas que repugnam uma à outra: é tão impossível unir dois proprietários como juntar dois ímanes pelos pólos semelhantes. É preciso que a sociedade pereça ou então elimine a propriedade”³³.

A repulsa do autor em relação à propriedade aproxima-o, por outro lado, da posse. Conclui, ele, que a posse é um direito capaz de se harmonizar

³² OLIVEIRA, 2006, p. 108.

³³ PROUDHON, Pierre-Joseph. **O que é propriedade?** 2. ed. Trad. de Marília Caeiro. Lisboa: Editorial Estampa, 1975. p. 44.

com a sociedade, ao passo que a propriedade seria o *suicídio da sociedade*; aquela estaria dentro do direito, enquanto esta seria o *mal da terra*³⁴.

Proudhon foi um dos autores que revolucionaram a ideia de propriedade no Estado moderno. Contestou o fato de a propriedade estar inserida no contexto dos direitos naturais consagrados na Constituição da França de 1793 — *liberdade, igualdade, propriedade e segurança* — e concluiu que o instituto se sobrepõe à sociedade, pois foge à razão e volta-se ao despotismo.

Esse viés radical deu vazão a novas reflexões sobre o tema. Léon Duguit, anos mais tarde, propôs algumas notas a respeito do que hoje se entende por *função social da propriedade*. Para este jurista francês, “a propriedade deve ser compreendida como uma contingência, resultante da evolução social; e o direito do proprietário, como justo e concomitantemente limitado pela missão social que se lhe incumbe em virtude da situação em que se encontra”³⁵.

Assim como Proudhon refletiu sobre a propriedade a partir do princípio da igualdade, Duguit encontrou também nesse princípio o vetor de sua tese. A igualdade era ponto de partida e, ao mesmo tempo, de chegada, uma vez que deveria informar toda a ordem econômica, política, social e jurídica, à vista de garantir igualdade de condições e de oportunidades aos cidadãos. Ainda que a igualdade fosse ponto de convergência entre os dois pensadores, ao invés de conceber a propriedade como um instituto contrário à sociedade, Duguit provocou uma nova inflexão, abrindo caminhos para a função social da propriedade.

Essa noção informou a sistematização do direito civil ocorrida no século XX. Segundo Orlando Gomes, “no mundo moderno, o direito individual sobre as coisas impõe deveres em proveito da sociedade e até mesmo no interesse dos não-proprietários”³⁶.

À medida que se impuseram limitações ao proprietário em prol do bem comum, o direito de propriedade assumiu nova feição. O caráter absoluto foi necessariamente relativizado pela função social da propriedade. A lei passou a regular os direitos do proprietário em virtude das novas exigências sociais e da própria política liberal que orientava a racionalidade econômi-

³⁴ PROUDHON, 1975, p. 246.

³⁵ DUGUIT, Léon *apud* MATTOS, 2001, p. 102.

³⁶ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 14. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. p. 111.

ca. Como consequência prática dessa mudança estrutural do conceito, anota-se a desapropriação da propriedade privada em favor do bem comum.

Há, notadamente, uma inversão de valores, o público passa a se sobrepor ao privado e essa concepção se mantém viva nas constituições do segundo pós-guerra, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A regulação do direito de propriedade, à toda evidência, foi um dos traços marcantes no que se refere ao Estado Moderno. As limitações impostas aos proprietários em razão do interesse público não sugeriram apenas a mencionada inversão de valores, mas permitiram que o direito de propriedade andasse de mãos dadas com a realidade social. Esse é um dos fatores de maior relevância para o período contemporâneo, em que as novas exigências sociais determinam a necessária reformulação do conceito.

5 O DIREITO DE PROPRIEDADE NO ESTADO CONTEMPORÂNEO: A MUDANÇA DE PARADIGMA E A PROBLEMÁTICA AMBIENTAL.

No Período Contemporâneo, o direito de propriedade vem sofrendo uma série de alterações substanciais, que ensejam, necessariamente, a revisão do conceito e, principalmente, do paradigma até então firmado sobre as bases de uma política e economia liberais.

O ordenamento jurídico brasileiro mantém incólumes os traços individuais da propriedade marcados na modernidade pela concepção liberal de John Locke. Nesse sentido, o art. 1.228 do Código Civil de 2002 retoma a ideia de que a propriedade é o direito de usar, gozar e dispor da coisa, assim como o direito de reavê-la do poder de quem a possua ou detenha injustamente.

Oportunas as palavras de Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal: “A propriedade é um direito *complexo*, que se instrumentaliza pelo domínio, possibilitando ao seu titular o exercício de um feixe de atributos consubstanciados nas faculdades de *usar, gozar, dispor e reivindicar* a coisa que lhe serve de objeto (art. 1.228 do CC). A referida norma conserva os poderes do proprietário nos moldes tradicionais”³⁷.

A propriedade, tal como exposta no Código Civil, vincula-se à ideia de domínio preservada desde a antiguidade. Sem dúvida, a noção de domínio

³⁷ FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 176.

revela-se de suma importância para solucionar certas espécies de conflitos emergidos na sociedade. Todavia, a codificação do individualismo liberal, ao mesmo tempo, mantém estática a substância da propriedade.

A complexa condição da sociedade pós-moderna exige mudança estrutural, ou seja, a propriedade deve ser concebida como instituto dinâmico e não estático. O que parece fundamental num dado momento da história e numa determinada civilização pode não ser fundamental em outras épocas e em outras culturas, sendo impossível atribuir fundamento absoluto a direitos historicamente relativos³⁸.

Neste contexto, exige-se uma reformulação do próprio fundamento do direito de propriedade. Talvez não seja o caso de simplesmente abandonar a ideia que se volta ao domínio, mas de construir um estudo que permita entender esse direito com base em fundamentos exigidos pela sociedade atual, fazendo com que o direito ande de mãos dadas com a realidade.

Questão prática que torna forçosa a revisão do paradigma são, hoje, os sistemas de autorregulação surgidos nos mais diversos segmentos da sociedade. Não fica de fora a propriedade, cujos estudos caminham no sentido de encontrar um fundamento pautado na coletividade e não apenas na histórica relação indivíduo-Estado, à medida que a sociedade clama pela redução das desigualdades. Esse viés que precisa ser construído e explicado pela comunidade acadêmica.

Nesse norte, José Isaac Pilati alerta que o traço individualista da propriedade invadiu espaços que antes pertenciam ao coletivo: terras indígenas, reservas naturais e outras desse jaez no Brasil. Contudo, esse absolutismo jurídico que cerca o instituto vem sendo questionado e relativizado pelos novos modelos de autorregulação, os quais refletem o caráter pluralístico das atuais sociedades nos texto constitucionais³⁹.

O mesmo autor, ao referir-se à propriedade na pós-modernidade, divide-a em dois pólos: a propriedade comum, prevista no Código Civil; e as propriedades especiais, que relativizam o indivíduo como interlocutor mediante titularidades coletivas e também relativizam o objeto, que, além dos

³⁸ BOBBIO, 2004, p. 18.

³⁹ PILATI, José Isaac. Conceito e classificação da propriedade na pós-modernidade: a era das propriedades especiais. **SEQUÊNCIA: estudos jurídicos e políticos. Revista de Pós-Graduação em Direito da UFSC**. N. 59, dez. 2009. p. 97.

bens corpóreos, passa a abranger situações jurídicas partilhadas coletivamente⁴⁰.

Evidenciada a nova face do direito de propriedade, de cunho eminentemente coletivo, convém ingressar na problemática da sua função social, à medida que se trata de um bem coletivo, cujo titular é a sociedade em sua mais ampla extensão.

Não é preciso maior esforço teórico para saber que uma das mais importantes contribuições para a preservação ambiental é justamente a função social da propriedade elaborada por Léon Duguit. Embora a Declaração dos Direitos do Homem (1783) já dispusesse acerca da restrição dos direitos do proprietário em proveito de necessidade pública, o pensamento liberal da época, em certa medida, esvaziava a intenção do legislador, pois, sobretudo, prevalecia o interesse individual e absoluto do proprietário. Hoje, a situação é outra.

A constante preocupação com o meio ambiente, por exemplo, diante das recorrentes ameaças de tragédias globais leva à necessidade de um controle mais rígido das propriedades privadas, que se opera sob o fundamento da função social da propriedade.

Como visto acima, remanesce, ainda, a questão relativa ao correto enquadramento do direito de propriedade. Deve ser lembrado que o mesmo aparece arrolado no elenco de direitos e garantias individuais de nossa Constituição. Em consequência, do ponto de vista topológico, não há dúvida de que a intenção do constituinte era enquadrá-lo como direito fundamental. Mas, será o direito de propriedade *materialmente* um direito fundamental? Uma possível resposta adequada a essa questão pode ser aquela fornecida pela Teoria Garantista, a partir da concepção de direitos fundamentais abraçada por Ferrajoli. Assim, impõe-se, antes de mais nada, explorar a definição garantista dos direitos fundamentais, para, após, cotejá-la com as reflexões do autor italiano sobre o tema da propriedade.

6 A DEFINIÇÃO FORMAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ferrajoli prefere adotar uma definição formal (não topológica) dos direitos fundamentais, dado o substancial valor heurístico da mesma, já que ela permite obviar discussões sobre a enumeração daqueles, o que traz questões alheias à área da teoria geral do direito: para ele, são direitos fun-

⁴⁰ PILATI, 2009, p. 98.

damentais todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de fato⁴¹.

Por sua vez, define o direito subjetivo como qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) atribuída a um sujeito por uma norma jurídica, e o status como sendo 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 das mesmas; por último, a universalidade é relativa à classe dos sujeitos a quem sua titularidade está normativamente reconhecida⁴².

Como ele demonstra, são evidentes as vantagens oportunizadas por uma definição formal: visto que a mesma prescinde de circunstâncias de fato, é válida para qualquer ordenamento com independência dos direitos fundamentais previstos ou não no mesmo, inclusive nos ordenamentos totalitários ou pré-modernos. Portanto, possui o valor de uma definição pertencente à teoria geral do direito⁴³.

Além disso, é ideologicamente neutra. Assim, é válida qualquer que seja a filosofia jurídica ou política adotada: positivista ou jusnaturalista, liberal ou socialista, e inclusive antiliberal e antidemocrática⁴⁴.

Apesar disso, esse caráter formal da definição não impede que seja suficiente para nela identificar-se a base da igualdade jurídica e o caráter inalienável e indisponível dos interesses subjacentes aos mesmos, interesses que coincidem com as liberdades e as demais necessidades de cujas garantias dependem a vida, a sobrevivência, a igualdade e a dignidade humanas (idem).

A partir dessa definição formal, Ferrajoli estabelece uma classificação dos direitos fundamentais empregando os critérios de *cidadania* e *capacidade de fato*, o que vai determinar o estabelecimento de quatro categorias básicas desses direitos:

- a) direitos da personalidade: pertencem a todos
- b) direitos de cidadania: atribuíveis somente aos cidadãos
- c) direitos primários ou substanciais : pertencem a todos

⁴¹ FERRAJOLI, L. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001. p. 19.

⁴² FERRAJOLI, 2001, p. 20.

⁴³ FERRAJOLI, 2001, p. 21.

⁴⁴ FERRAJOLI, 2001, p. 21

- d) direitos secundários ou instrumentais: somente às pessoas com capacidade de fato.

Cruzando os dois critérios teremos 4 classes de direitos:

- a) *direitos humanos*: direitos primários das pessoas concernentes a todos os seres humanos (ex: vida, integridade, liberdade, direito à saúde e educação, garantias penais e processuais);
- b) *direitos públicos*: direitos primários reconhecidos somente aos cidadãos (direito ao trabalho em certos casos, assistência em caso de inabilitação para o trabalho);
- c) *direitos civis*: direitos secundários atribuídos a todas as pessoas com capacidade de fato (poder negocial, liberdade contratual, liberdade de empresa direito de postular em juízo e todos os potestativos nos quais se manifesta a autonomia privada e se funda o mercado); e
- d) *direitos políticos*: direitos secundários reservados somente aos cidadãos com capacidade de fato (votar e ser votado)⁴⁵.

7 A POSIÇÃO DOS DIREITOS PATRIMONIAIS NA TEORIA GARANTISTA

251

Luigi Ferrajoli, coerente com a sua definição — e consequente classificação — dos direitos fundamentais, exclui do rol dos mesmos os direitos patrimoniais. De fato, expõe ele a existência de uma diferença radical de estrutura entre essas duas classes de direitos. A confusão, para ele, reside no fato de que, em nossa tradição jurídica, a expressão “direito subjetivo” tem sido empregada para abrigar tanto os direitos inclusivos quanto exclusivos, tanto universais quanto singulares, tanto disponíveis quanto indisponíveis, sendo os primeiros herança do jusnaturalismo contratualista e os segundos legado da tradição romanista⁴⁶.

Utiliza como ponto de partida de suas reflexões três afirmações: de início, a célebre passagem de Locke, no *Segundo tratado sobre o governo*, em que este postula como direitos fundamentais justificadores do contrato social a vida, a liberdade e a propriedade; de outra banda, o artigo 2º da *Declaração* de 1789 — que enuncia como direitos fundamentais a liberdade, a propriedade e a resistência à opressão; e por último a manifestação de T. H. Marshall, sociólogo norteamericano, quem, em sua obra *Cidadania e*

⁴⁵ FERRAJOLI, 2001, p. 22-23.

⁴⁶ FERRAJOLI, 2001, p. 25.

clases sociales, abrange como direitos civis tanto a liberdade quanto a propriedade⁴⁷.

Essa confusa mistura entre direitos de liberdade e direitos de propriedade é atribuída pelo professor italiano ao caráter polissêmico da expressão “direito de propriedade”, que abrange, tanto em Locke quanto em Marshall, de um lado o direito a ser proprietário e a dispor dos direitos de propriedade, subsumíveis à classe de direitos civis, e de outro o concreto direito de propriedade sobre um bem determinado.

Na história do pensamento ocidental, isto dará lugar a duas lamentáveis confusões: de um lado, a elevação da propriedade ao mesmo nível da liberdade, operada pelo liberalismo; e, inversamente, a desvalorização das liberdades no pensamento marxista, igualadas à propriedade como “direitos burgueses”⁴⁸.

Na tentativa de esclarecer essa confusão, Ferrajoli debruça-se sobre quatro grandes diferenças estruturais entre as duas classes de direitos: a primeira consistente no fato de que os direitos fundamentais — incluídos aí além da vida e liberdades, o direito de adquirir e dispor dos bens objeto da propriedade — são universais, no que diz com seus titulares, enquanto os direitos patrimoniais — direito de propriedade, outros direitos reais e de crédito — são singulares, dada a possibilidade de determinação de seu ou seus titulares. Assim, conclui-se que uns são inclusivos, estabelecendo a base da igualdade jurídica, enquanto que outros são exclusivos, já que se exercem com exclusão de todas as outras pessoas, fundando situações de desigualdade⁴⁹.

A segunda diferença tem a ver com as próprias características dos direitos fundamentais: são estes indisponíveis, inalienáveis, intransigíveis e personalíssimos, enquanto que o direito de propriedade são disponíveis, negociáveis e alienáveis. Estes são acumuláveis; os direitos fundamentais não o são. Nas palavras do autor: “*No cabe llegar a ser jurídicamente más libres, mientras que sí es posible hacerse jurídicamente más ricos.*”⁵⁰. A indisponibilidade dos direitos fundamentais é tanto *ativa*, isto é, são inalie-

⁴⁷ FERRAJOLI, 2001, p. 29.

⁴⁸ FERRAJOLI, 2001, p. 30.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ FERRAJOLI, 2001, p. 31.

náveis pelo seu titular, quanto *passiva*, o que quer dizer que não estão ao alcance nem do Estado nem do mercado⁵¹.

De seu lado, a terceira diferença, decorrente da segunda, é a de que, ao ser disponíveis os direitos patrimoniais, estão os mesmos sujeitos a vicissitudes, ou seja, a ser constituídos, modificados ou extintos por atos jurídicos (contratos, testamentos etc.) enquanto que os direitos fundamentais dão-se *ex lege*. Isto quer dizer que enquanto os direitos fundamentais são normas, os direitos patrimoniais são predispostos por normas⁵². O jurista italiano designa as normas que estatuem direitos fundamentais como *normas téticas*, as quais dispõem imediatamente as situações expressadas por elas; de outro lado, as normas que predispoem situações jurídicas — típicas da esfera dos direitos patrimoniais — são chamadas de *normas hipotéticas*⁵³.

Finalmente, a quarta diferença reside em que, enquanto os direitos patrimoniais são, por assim dizer-se, horizontais, os direitos fundamentais são verticais, e isto num duplo sentido: a) enquanto as relações jurídicas dos titulares de direitos patrimoniais são de tipo civilista, as relações dos titulares de direitos fundamentais são do tipo publicista, no sentido que se entretém com o Estado; b) enquanto os direitos patrimoniais — de propriedade ou de crédito — estabelecem proibições de lesão (no caso dos direitos reais) ou obrigação de satisfação (no caso do direito de crédito), os direitos fundamentais correspondem a proibições ou obrigações a cargo do Estado, ocasionando sua violação a declaração de invalidade do ato ou lei que a ocasionou (*idem*).

8 A CRÍTICA DE DANILO ZOLO À CONCEPÇÃO DE FERRAJOLI

As reflexões de Ferrajoli sobre a propriedade privada são alvo de crítica por parte de seu conterrâneo Danilo Zolo, quem arrola os seguintes argumentos para vulnerar a teoria daquele:

- a) A defesa do liberalismo da propriedade privada não é fruto de um equívoco semântico, como quer Ferrajoli, mas uma das categorias mais coerentes e reflexivas da sua ideologia política⁵⁴. De outro la-

⁵¹ FERRAJOLI, 2001, p. 32.

⁵² FERRAJOLI, 2001, p. 33.

⁵³ FERRAJOLI, 2001, p. 34.

⁵⁴ FERRAJOLI, 2001, p. 86.

do, Marx nunca criticou a propriedade em si mesma, mas a propriedade privada dos meios de produção.⁵⁵

- b) Os direitos de liberdade também atuam (ou podem atuar) como fatores de desigualdade: o que produz desigualdade são algumas liberdades fundamentais — como a autonomia negocial, a liberdade de associação e de imprensa, a liberdade de iniciativa econômica no setor de comunicação de massas (ele cita o caso Berlusconi) — cujo exercício pode produzi um poder político, econômico e comunicacional de forte acumulação⁵⁶.
- c) Deveriam excluir-se da categoria de direitos fundamentais os direitos patrimoniais? Isto seria plausível se fossem respeitadas duas condições: 1) que não se violem formas de propriedade preciosas para o indivíduo (domicílio, objetos pessoais, pequenas poupanças etc.); e 2) que se tenha presente que numa economia de mercado a restrição na área de direitos patrimoniais somente é concebível se não supuser redução da proteção jurídica às regras do intercambio econômico e financeiro.
- d) Assim, talvez uma via alternativa seria a redução da cota de renda individual e de bens particulares das pessoas em troca de uma maior disponibilidade de recursos sociais e ambientais, lazer e autoterminação pessoal⁵⁷.

9 A CRÍTICA DE MARIO JORI

De seu lado, Mario Jori entende que há três aspectos problemáticos nas noções de direitos fundamentais/patrimoniais: a) aqueles referidos à noção de universalidade; b) à noção de disponibilidade, e c) às garantias⁵⁸.

No que diz com a *universalidade*, Jori critica que a concepção formal da mesma às vezes aparece em contradição com passagens da obra de Ferrajoli nas quais este denota um valor eticamente positivo para a igualdade substancial, o que leva este último a considerar como mais importantes, enquanto valor ético, os direitos fundamentais do que os direitos patrimoniais⁵⁹.

No tocante à *disponibilidade*, Jori considera equívoca a posição de Ferrajoli quanto à mesma, de vez que essa categoria não é suficientemente

⁵⁵ FERRAJOLI, 2001, p. 89.

⁵⁶ FERRAJOLI, 2001, p. 91.

⁵⁷ FERRAJOLI, 2001, p. 92.

⁵⁸ FERRAJOLI, 2001, p. 119.

⁵⁹ FERRAJOLI, 2001, p. 119-120.

vigorosa para fundar a diferença entre direitos fundamentais e patrimoniais: com efeito, diz ele, os direitos fundamentais podem ser objeto de atos disposicionais, tais como o suicídio ou a auto-mutilação⁶⁰.

Por último, ao abordar a questão das *garantias*, Jori observa que não existe diferença substancial entre as garantias dos direitos fundamentais e aquelas dos direitos patrimoniais. Isto porque estes direitos encontram suas garantias na proteção e no valor ético do direito de propriedade sobre a coisa *x* ou no direito de crédito⁶¹.

Ademais, as constituições modernas reservam a posição de direitos invioláveis tanto aos direitos fundamentais quanto aos patrimoniais, por considerá-los igualmente merecedores de proteção constitucional⁶².

10 A RÉPLICA DE FERRAJOLI

Luigi Ferrajoli responde às críticas dirigidas à sua construção teórica de direitos patrimoniais — enquanto formal e substancialmente diferentes dos fundamentais — esclarecendo, dentre outras categorias, a sua concepção de “disponibilidade”⁶³. Quanto a esta, diz ele que não é a mesma coisa a disponibilidade de um direito fundamental (por exemplo, ser privado da liberdade) do que um ato de disposição (entendido como “qualquer decisão que seja causa de um direito patrimonial”). Assim, o que é disponível é um direito patrimonial⁶⁴. Além disso, a expressão “ato de disposição” alude à liberdade ativa, isto é, aos atos de autonomia privada associados pelas normas aos efeitos de constituição, modificação e extinção de um direito patrimonial⁶⁵.

Uma segunda crítica contestada por Ferrajoli diz respeito ao que ele denomina de “equívoco semântico” da confusão entre os direitos a converter-se em proprietário e exercer os direitos de propriedade, de um lado, e de outro o direito de propriedade de que cada um é titular sobre determinados bens. De fato, enquanto os primeiros são universais (porque atribuíveis a todos, independentemente de idade, ou exercíveis como direitos de autonomia por aqueles com capacidade de exercício), os últimos não são fun-

⁶⁰ FERRAJOLI, 2001, p. 120-126.

⁶¹ FERRAJOLI, 2001, p. 129.

⁶² FERRAJOLI, 2001, p. 130.

⁶³ FERRAJOLI, 2001, p. 160-161.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ FERRAJOLI, 2001, p. 161.

damentais, já que são direitos sobre os próprios bens, dos quais cada um é titular exclusivo⁶⁶. Com efeito, cada um é titular *de seus próprios bens* com exclusão de todas as outras pessoas, e neste sentido, tal situação jurídica funda a desigualdade. Recorde-se que aqui o critério é puramente formal (universalidade x titularidade exclusiva).

11 O DESENVOLVIMENTO TEÓRICO DAS REFLEXÕES DE FERRAJOLI EM *PRINCIPIA IURIS*

Em sua *opus magna* de 2007⁶⁷ o autor italiano salienta as quatro diferenças entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais já esboçadas na obra anteriormente referida. Assim, diz ele que a primeira diferença entre essas duas classes de direitos reside no fato de que os direitos fundamentais são direitos universais — no sentido lógico de que dizem respeito a todos igualmente sobre a base da simples identidade de cada um como pessoa, cidadão ou como sujeito com capacidade de exercício (ou de fato) — enquanto que os direitos patrimoniais — reais e de crédito — são direitos singulares no sentido igualmente lógico da quantificação existencial de seus titulares. Dessa forma, os primeiros são *inclusivos*, enquanto os segundos são *exclusivos*, ou seja, se exercem *excludendi alios*⁶⁸.

Adverte o autor para o fato, sempre enfatizado por ele, de que essas diferenças são estruturais, formais, independentes, portanto, de seu conteúdo, já que tanto os direitos patrimoniais quanto muitos dos direitos sociais tem conteúdo econômico. (idem).

A segunda diferença diz com a disponibilidade dos direitos patrimoniais, enquanto os direitos fundamentais caracterizam-se pela sua indisponibilidade, ou seja, subtraídos ao mercado e inderrogáveis por decisões públicas⁶⁹.

A terceira diferença, consequência da anterior, refere-se às causas que originam as duas classes de direitos: os direitos fundamentais consistem imediatamente em regras heterônomas (precisamente em regras *tético-deônticas*) não alteráveis pelo seu exercício nem pela sua violação. São, portanto, *ex lege* e não *ex contractu*. Já os direitos patrimoniais, dada a sua

⁶⁶ FERRAJOLI, 2001, p. 165.

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Vol. 1. Roma: Laterza, 2007. p. 759.

⁶⁸ FERRAJOLI, 2007, p. 761.

⁶⁹ FERRAJOLI, 2007, p. 762.

disponibilidade, não são diretamente conferidos por normas, mas pressupõem normas (*hipotético-deônticas*) as quais hipoteticamente os predis põem como efeitos dos atos por elas previstos como causas⁷⁰.

A quarta diferença, de seu lado, consiste no fato de que, enquanto os direitos patrimoniais são do tipo *horizontal* — já que as relações entre seus titulares são do tipo civilista — os direitos fundamentais são *verticais*, eis que, dado o fato de que vinculam antes de tudo o Estado, constituem relações de tipo *publicista*. (idem).

Todas estas diferenças vêm apontar para uma diversidade maior entre direitos fundamentais e patrimoniais: com efeito, como diz Ferrajoli, os direitos fundamentais são iguais não só no sentido de que dizem respeito a todos, mas também no sentido de que dizem respeito invariavelmente e normativamente de igual forma e em igual medida. Os direitos patrimoniais são pro sua vez desiguais, continua o autor, no duplo sentido de serem contingentes e mutáveis por causa dos acontecimentos aos quais se subordinam, seja pelos titulares, seja pelos conteúdos⁷¹.

12 A PROPRIEDADE COMO DIREITO REAL E COMO DIREITO CIVIL

Após definir os direitos reais como direitos patrimoniais absolutos, que tem os bens por objeto e consistentes na expectativa de sua não lesão⁷², o autor italiano dedica-se a examinar a importante distinção entre o direito de propriedade como direito real patrimonial e a propriedade enquanto direito civil fundamental. No uso corrente, essas duas noções — a propriedade enquanto “ilimitado e exclusivo domínio de uma pessoa sobre uma coisa”, segundo a clássica definição de Savigny, e a propriedade como direito de adquirir e de dispor dos bens de propriedade — são costumeiramente confundidas. É esta ambivalência do termo “propriedade” — unida aos seus usos metafóricos e persuasivos (quando se fala da propriedade da própria pessoa, ou do próprio corpo, ou da própria liberdade) — a que é responsável pelos seus diversos deslocamentos semânticos: a assimilação da propriedade sobre bens determinados aos direitos de liberdade enquanto propriedade de si mesmo e, de outro lado, aos direitos civis de autonomia,

⁷⁰ FERRAJOLI, 2007, p. 762-763.

⁷¹ FERRAJOLI, 2007, p. 764.

⁷² FERRAJOLI, 2007, p. 767.

quais sejam, os de dispor dos próprios bens. Da propriedade enquanto direito real e enquanto direito civil é, no entanto, agora possível identificar tanto as diferenças estruturais quanto os nexos que se dão entre elas⁷³.

As diferenças estruturais são as mesmas que separam os direitos fundamentais dos patrimoniais. Os direitos civis de autonomia, inclusive até aquele de adquirir e dispor dos próprios bens, são direitos fundamentais, e como tais universais e indisponíveis, isto é, atribuíveis a todos enquanto pessoas com capacidade de exercício e diretamente dispostos pelas normas tético-deônticas que os prevêm. Pelo contrário, os direitos reais, antes de tudo a propriedade sobre bens determinados, são direitos patrimoniais, e como tais singulares e disponíveis, isto é, atribuíveis aos seus titulares com exclusão dos outros e predispostos como efeitos das normas hipotético-deônticas que prevêm os atos que deles são causa. Trata-se por isso de duas classes de direitos não apenas diferentes, mas estruturalmente contrários⁷⁴.

258 | Graças a essas relações de contrariedade diminuem as ambigüidades que afetam o termo propriedade no uso cotidiano. Quando se fala — como, por exemplo, no art. 2º da *Déclaration* de 1789, ou no *Segundo tratado* de Locke, ou mesmo na tipologia de Marshall — do “direito de propriedade” como um “direito natural” ou “do homem” ou “civil” ou “de cidadania” ou mesmo “fundamental”, no nível do direito de liberdade, alude-se elipticamente ao primeiro destes direitos, que, com respeito ao segundo é por assim dizer um meta-direito: ou seja, um direito fundamental porque atribuível a todos enquanto pessoas, totalmente diferente dos direitos reais sobre bens determinados graças àquele adquiridos ou alienados; assim como é diferente do direito fundamental de imunidade contra lesões indevidas à integridade pessoal o direito de crédito ao ressarcimento de um dano à própria integridade concretamente ocorrido por um ato ilícito⁷⁵.

Entre as duas classes de direitos existe, no entanto, também um nexo. Os direitos reais e os direitos patrimoniais, em geral, são disponíveis graças à titularidade dos direitos civis de autonomia, por cujo exercício, consistente em atos negociais, podem aqueles ser produzidos, modificados, transferidos ou extintos; o que pelo contrário é excluído pelos direitos fundamen-

⁷³ FERRAJOLI, 2007, p. 769.

⁷⁴ FERRAJOLI, 2007, p. 769-770.

⁷⁵ FERRAJOLI, 2007, p. 770.

tais, ao quais não são negociáveis, no sentido de que jamais têm seu título ou causa num negócio jurídico, mas sempre numa fonte normativa⁷⁶.

13 CONCLUSÃO

Como se viu, o direito de propriedade, consagrado em nossa Carta como um direito fundamental, merece ser objeto de análise mais pormenorizada, como aquela oferecida pelas reflexões de Ferrajoli, para uma melhor compreensão do instituto. Com efeito, para o autor italiano, o direito *de* propriedade deve distinguir-se do direito *à* propriedade, sendo aquele um direito subjetivo comum e este um direito fundamental, dado que este último reúne as características exigidas do ponto de vista formal para a sua fundamentalidade, ao contrário daquele.

De outra banda, deve, ainda, ser diferenciado o direito à disposição dos próprios bens, que é também um direito fundamental, do direito de alguém sobre um determinado bem, que se constitui em direito civil comum.

Assim, a correta interpretação do disposto no inciso XXII do art. 5º da Constituição da República exige uma postura restritiva e analítica como pressuposto da compreensão do instituto.

REFERÊNCIAS

BAUAB, José D'Amico. A posse dos direitos pessoais. In BITTAR C.A. (coord.) **A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 117-134.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

_____, **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Rideel, 2005.

FARIAS, Christiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁷⁶ FERRAJOLI, 2007, p. 770-771.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. A propriedade urbana na nova ordem constitucional. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 15-47.

FERRAJOLI, L. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

_____. **Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia**. Vol. 1. Roma: Laterza, 2007.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 14. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos**. Trad. de Magda Lopes e Maria Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

MATTOS, Samuel da Silva. Notas sobre a natureza e espécies de propriedade. **SEQUÊNCIA: estudos jurídicos e políticos. Revista de Pós-Graduação em Direito da UFSC**. N. 43, 2001, segundo semestre.

MOREIRA, Aroldo. **A propriedade sob diferentes conceitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PILATI, José Isaac. Conceito e classificação da propriedade na pós-modernidade: a era das propriedades especiais. **SEQUÊNCIA: estudos jurídicos e políticos. Revista de Pós-Graduação em Direito da UFSC**. N. 59, dez. 2009.

POCOCK, J. G. A. **Linguagens do ideário político**. Trad. de Fabio Fernandez. São Paulo: Edusp, 2003.

PROUDHON, Pierre-Joseph. **O que é propriedade?** 2. ed. Trad. de Marília Caeiro. Lisboa: Editorial Estampa, 1975.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. de Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores. Disponível em: www.jahr.org.

RUIZ, José Maria Lasalle. **John Locke y los fundamentos modernos de la propiedad**. Madrid: Dykinson, 2001.

WIACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. de 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.