

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO *STRICTO SENSU*
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO – PPGDIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

Talissa Truccolo Reato

A IMPUGNAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE
COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Passo Fundo

2018

Talissa Truccolo Reato

A IMPUGNAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE
COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* - Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Marcos Leite Garcia e sob coorientação do Professor Doutor Álvaro Sánchez Bravo.

Passo Fundo

2018

Talissa Truccolo Reato

**A IMPUGNAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE COMO DIREITO
FUNDAMENTAL**

Aprovada em ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Marcos Leite Garcia – Universidade de Passo Fundo e
Universidade do Vale do Itajaí

Professor Doutor Álvaro Sánchez Bravo – Universidad de Sevilla (Espanha)

Professor Doutor Liton Lanes Pilau Sobrinho – Universidade de Passo Fundo

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca

A large, empty rectangular box with a thin black border, occupying the lower half of the page. It is intended for the cataloging information.

Dedico ao meu pai Sergio, à minha mãe Ivana,
à minha irmã Paloma e ao meu namorado
Morgan, pela estrutura e por todo o apoio que
me proporcionam, *com todo o meu amor.*

Agradeço ao meu pai por ser uma das pessoas mais generosas que eu conheço e por sempre me lembrar que o diferencial está nos detalhes.

Agradeço à minha mãe por compartilhar comigo tantos momentos, pelo apoio e por me ensinar a seguir em frente perante as adversidades.

Agradeço à minha irmã pela certeza de que eu nunca vou estar só e pelo companheirismo, sou muito grata por você existir na minha vida.

Agradeço ao meu namorado pela compreensão, cuidado e atenção, por incentivar minhas ideias, sempre me encorajando e animando.

Agradeço aos familiares que acompanham meu desenvolvimento profissional e pessoal, à minha dinda Nelisa e ao tio Claudionor, especialmente.

Agradeço aos meus bons amigos e pessoas que mantenho laços de afeição, que vibram com as vitórias auferidas.

Agradeço ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo, bem como ao Corpo Docente pelas aulas ministradas com dedicação, aos orientadores de Estágio de Docência, Prof. Dra. Patrícia Noshchang e Prof. Doutor Liton Lanes Pilau Sobrinho, por toda a experiência e pelas oportunidades concedidas.

Agradeço aos Membros das Bancas, sobretudo da Banca de Defesa Final pelo auxílio prestado. Agradeço à CAPES pelo incentivo financeiro.

Agradeço ao Professor Dr. Marcos Leite Garcia, que com zelo e dedicação me orientou, grata pela confiança depositada e pelos aprendizados que sequer sou capaz de expressar o valor.

Agradeço ao Prof. Doutor Álvaro Sánchez Bravo pela coorientação, pelas lições, experiências na estância de investigação na Faculdade de Direito da Universidad de Sevilla - Espanha. Grata à Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Agradeço aos colegas, sobretudo aos bolsistas pela cumplicidade e amizade.

*Uma conduta irrepreensível consiste em
manter cada um à sua dignidade sem
prejudicar a liberdade alheia.*

Voltaire

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Coordenação do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* - Mestrado em Direito, a Banca Examinadora, o Orientador e o Coorientador de toda a responsabilidade desse estudo.

Passo Fundo – RS, fevereiro de 2018.

Talissa Truccolo Reato
Mestranda em Direito

RESUMO

A investigação questiona se o direito de propriedade pode ser considerado um direito fundamental. O primeiro objetivo visa definir os direitos fundamentais, de modo que se apresentem conceituações e fundamentação de tais direitos, destacando a dignidade da pessoa humana. O capítulo seguinte propõe o exame de elementos elucidativos do direito de propriedade a partir do conceito, dos fundamentos, evolução histórica e função social da propriedade. Neste fragmento se interpela o direito de propriedade no elenco dos direitos fundamentais de acordo com as teorias de Luigi Ferrajoli (o qual condiciona a propriedade no rol dos direitos patrimoniais) e Gregorio Peces-Barba (que justifica o descabimento da propriedade como direito fundamental por razões de escassez). No tópico final está examinada a situação dos direitos fundamentais e a condição do direito de propriedade no Brasil. Ademais, atesta-se a partir de um caso concreto possíveis consequências sociais do direito de propriedade enquanto direito fundamental. A relação entre o conteúdo da investigação e a linha de pesquisa associada (Jurisdição Constitucional e Democracia) é a sustentação na teoria dos direitos fundamentais. Metodologicamente se pode dizer que se está diante de uma pesquisa cuja base lógica operacional é conduzida por meio do método científico hipotético-dedutivo, em relação a abordagem é uma investigação qualitativa, em relação à natureza é básica, no tocante aos objetivos a análise em comento é exploratória e o método de procedimento é o monográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Direito Patrimonial. Propriedade.

ABSTRACT

The investigation questions if property rights can be considered a fundamental right. The first aim is to define fundamental rights, so that concepts and fundamentals are presented, highlighting the dignity of the human person. The following chapter proposes the examination of the explanatory elements of the property right from the concept, the fundamentals, the historical evolution and the social function of the property. In this fragment, the right to property is questioned in the list of fundamental rights according to the theories of Luigi Ferrajoli (which conditions property in the list of patrimonial rights) and Gregorio Peces-Barba (which justifies the disregard of property as a fundamental right for reasons of scarcity). The final topic examines the situation of fundamental rights and the condition of property rights in Brazil. In addition, a case of possible social consequences of the right to property as a fundamental right is attested from a concrete case. The relationship between the content of the research and the associated research line (Constitutional Jurisdiction and Democracy) is the support in the theory of fundamental rights. Methodologically it can be said that the logical bases of this research is conducted by means of the hypothetical-deductive scientific method, in relation to the approach is a qualitative investigation, relative to nature is basic, regarding the objectives the analysis in comment is exploratory and the procedure method is monographic.

KEY-WORDS: Fundamental Rights. Patrimonial Law. Property.

RESUMEN

La investigación cuestiona el derecho de propiedad como un derecho fundamental. El primer objetivo desea definir los derechos fundamentales, de modo que se presentan conceptualizaciones y fundamentación de tales derechos, destacando la dignidad de la persona humana. El siguiente capítulo propone el examen de elementos del derecho de propiedad a partir del concepto, de los fundamentos, evolución histórica y función social de la propiedad. En este fragmento se interpela el derecho de propiedad en el elenco de los derechos fundamentales de acuerdo con las teorías de Luigi Ferrajoli (el cual condiciona la propiedad en el rol de los derechos patrimoniales) y Gregorio Peces-Barba (que justifica la propiedad no ser un derecho fundamental por razones de escasez). En el tema final se examina la situación de los derechos fundamentales y la condición del derecho de propiedad en Brasil. Además, se ejemplifica a partir de un caso concreto posibles consecuencias sociales del derecho de propiedad como derecho fundamental. La relación entre el contenido de la investigación y la línea de investigación asociada (Jurisdicción Constitucional y Democracia) es la sustentación en la teoría de los derechos fundamentales. Metodológicamente se puede decir que se está ante una investigación cuya base lógica operacional es conducida por medio del método científico hipotético-deductivo, en relación al abordaje es una investigación cualitativa, en relación a la naturaleza es básica, en lo tocante a los objetivos el análisis en comento es exploratoria y el método de procedimiento es el monográfico.

PALABRAS CLAVE: Derechos Fundamentales. Derecho Patrimonial. Propiedad.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 DELIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E FUNDAMENTAÇÃO	14
1.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	33
2 DIREITO DE PROPRIEDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS	38
2.1 CONCEITO, FUNDAMENTOS JURÍDICOS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE	38
2.2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	48
2.3 IMPUGNAÇÃO DA PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	54
3 MARCO JURÍDICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE NO BRASIL	69
3.1 CONDIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL	69
3.2 MARCO CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE NO BRASIL	75
3.3 CASO PINHEIRINHO	83
CONSIDERAÇÕES FINAIS	93
BIBLIOGRAFIA	98

INTRODUÇÃO

Tendo em vista que legalidade não é necessariamente sinônimo de justiça, nem todos os direitos fundamentais positivados nas Constituições são generalizáveis pelo Estado à sociedade, menos ainda de forma isonômica. Nesta perspectiva, questiona-se a categorização do direito de propriedade como um direito fundamental.

Em decorrência da hodierna crise da sensibilidade dos direitos fundamentais é desafiador investigá-los, sobretudo perquirindo a pertinência de relocar o direito de propriedade na seara infraconstitucional. O que incita a pesquisa é a possibilidade da desconsideração da propriedade como um direito fundamental, uma vez que urge ao direito se adequar a realidade da sociedade que tanto o produz quanto o acata.

A investigação está fracionada em três capítulos. O primeiro visa analisar uma definição dos direitos fundamentais, de modo que o teor inaugural aborda conceitos, fundamentação, evolução histórica e outros aspectos, além de conectar a realidade dos direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana.

O capítulo seguinte aborda o direito de propriedade a partir da elucidação do conceito de propriedade, seu itinerário, fundamentos jurídicos, entre outros. Ao final deste fragmento se exibem duas teorias que versam sobre a propriedade na órbita dos direitos fundamentais. A primeira delas foi elaborada por Gregorio Peces-Barba, que aduz que um direito fundamental deve ser uma pretensão moral justificada, positivada, seguida de uma garantia e harmonizada com a realidade social. Acontece que decorrente da negativa possibilidade de generalização que, por sua vez, resulta na questão da escassez, Peces-Barba constata que a propriedade poderia não ser um direito fundamental. A segunda teoria exibida foi engendrada por Luigi Ferrajoli, a qual apresenta argumentos que demonstram que não cabe a propriedade ser um direito fundamental no cenário atual, mas sim um direito patrimonial.

Após a apreciação das referidas teorias, no último capítulo se verifica a situação dos direitos fundamentais no Brasil, bem como do direito de propriedade. Por fim, a aposta prática tange a análise do "Caso Pinheirinho", situação que embateu o direito de moradia de milhares de pessoas que ocuparam determinada área em face do direito de propriedade de uma empresa. Trata-se de um episódio real que ocorreu no Brasil e que poderia ter um desfecho diferente caso a propriedade fosse considerada majoritariamente um direito patrimonial.

Uma das motivações que contribuiu para a escolha do referente concerne à preocupante situação da propriedade, pois mencionado direito pode não cumprir um dos âmbitos que compõem a integralidade do conceito de direitos fundamentais. A relação entre a contribuição da dissertação e a linha de pesquisa vinculada, a qual se denomina “Jurisdição Constitucional e Democracia”, é que os conteúdos incidentes em ambas estão sob a égide da teoria dos direitos fundamentais.

A exploração se destaca pela delicadeza da conjuntura englobada, visto que ao abordar temáticas relacionadas aos direitos fundamentais se está a diligenciar o próprio ser humano e sua dignidade. A escolha do tema se justifica por ofertar ao direito um prisma diferenciado da propriedade. Destarte, a dissertação visa contribuir tanto ao meio acadêmico quanto ao gregário como um instrumento que aperfeiçoa o entendimento sobre a aplicação de um direito que não é pacificamente considerado direito fundamental.

Em termos metodológicos, a pesquisa tem uma base lógica operacional que se dá por meio do método hipotético-dedutivo. A explicação técnica decorre do seguinte esquema: problema, hipótese, dedução de consequências observadas, tentativa de falseamento e corroboração. Quanto à abordagem a pesquisa é qualitativa, voltada para a compreensão e explicação da dinâmica das relações sociais. Em relação à natureza é uma pesquisa básica, uma vez que intenta produzir conhecimentos novos, úteis para o avanço científico. No tocante aos objetivos a investigação é exploratória porque explicita o problema. O método de procedimento utilizado é o monográfico. Como instrumentos para realizar a investigação, operou-se a técnica documental e a bibliográfica, com suporte em mecanismos normativos e fontes diversas, como livros de leitura corrente, publicações e periódicos.

1 DELIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antonio Pérez Luño declara que o constitucionalismo atual não seria o que é sem direitos fundamentais: as normas que sancionam o estatuto dos direitos fundamentais, “junto a aquéllas que consagran la forma de Estado y las que establecen el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de sociedad.”¹

Estimar a ideia de que “os direitos fundamentais são objeto de um sem fim de elucidações da teoria jurídica contemporânea”² traduz que é inconcebível esgotar uma investigação sobre eles. Por conseguinte, sem sorver o tema, neste ato se demarcam os direitos fundamentais.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E FUNDAMENTAÇÃO

Figura inconteste a relevância dos direitos fundamentais ao direito hodierno. As “normas constitucionais definidoras de direitos (direitos fundamentais) são o coração e a cabeça das atuais Constituições ocidentais.”³ Isso significa que referidos direitos compõem não só a razão da Lei Maior da sociedade ocídua atual, mas também a sua alma.

Na seara jurídica existe um gama de nomenclaturas que proferem referência aos direitos fundamentais, destarte “una aproximación lingüística puede ser pertinente, pero parte de serias dificultades, que exigen precisiones y aclaraciones ante la heterogeneidad terminológica que nos encontramos.”⁴

Para tornar a aplicação harmoniosa é razoável justificar a adoção do significante direitos fundamentais em detrimento das expressões similares como, por exemplo, direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos individuais, direitos humanos fundamentais, entre outras.

1 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004, p. 19.

2 GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais**. Revista eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* de Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 04, n. 02, 2009, Disponível em: <www.univali.direitoepolitica> Acesso em: 17 jan. 2017, p. 295.

3 GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br> Acesso em: 17 jan. 2017, p. 01.

4 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Madrid: Editorial Dykinson, 2004, p. 20.

É evidente que, em decorrência da referida variedade terminológica, urge uma base uniformizadora. A própria “doutrina tem alertado para a heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo utilizado.”⁵

Cumprir dizer que é crível que a indefinição maior é no que tange as expressões direitos fundamentais (que são direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional), direitos humanos (que, por sua vez, são positivados na esfera do direito internacional) e direitos do homem (direitos naturais não positivados ou ainda não positivados).⁶

Conforme Pérez Luño, direitos humanos e direitos fundamentais são categorias conceitualmente distintas. Mencionadas noções de direito não significam o mesmo, embora exista uma profunda relação entre ambas. Direitos humanos possuem uma inevitável dimensão deontológica, de maneira que são faculdades inerentes a pessoa que devem ser reconhecidas pelo direito positivo. Por seu turno, “cuando se produce ese reconocimiento aparecen los derechos fundamentales, cuyo nombre evoca su función fundamentadora del orden jurídico de los Estados de Derecho.”⁷

Para corroborar sua declaração, Pérez Luño aduz que o termo direitos humanos aparece

como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los derechos fundamentales. Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.⁸

5 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 27.

6 Ibidem, p. 30.

7 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La tercera generación de Derechos Humanos**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 236.

8 Omissos os grifos do trecho original. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004, p. 46.

Para Gregorio Peces-Barba a expressão direitos fundamentais se afigura como o termo mais conveniente, pois pode abarcar as duas dimensões em que aparecem “los derechos, sin incurrir en los reduccionismos iusnaturalista o positivista. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica”.⁹

Peces-Barba também assevera que o vocábulo direitos fundamentais é mais satisfatório que as expressões direitos naturais ou morais porque estas mutilam os direitos de sua faceta jurídico positiva ou, em outras palavras, tais terminologias formulam o seu “concepto sin tener en cuenta su dimensión jurídico positiva. Las tradiciones lingüísticas de los juristas atribuyen al término derechos fundamentales esa dimensión vinculándola a su reconocimiento constitucional o legal.”¹⁰

Ingo Wolfgang Sarlet justifica a opção pela nomenclatura direitos fundamentais expondo que, apesar da referida variedade semântica, há sintonia da reportada escolha com a terminologia mor utilizada pela Constituição Federal do Brasil de 1988, a qual faz referência aos Direitos e Garantias Fundamentais no Título II, conjecturando que mencionado termo genérico envolve outras categorias: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, etc.¹¹

Conhecidas razões pela predileção do termo direitos fundamentais, apesar de intrincado, urge obter uma definição de tais direitos no referido átomo. Sendo assim, para Carl Schmitt, direitos fundamentais devem ser distinguidos dos demais direitos garantidos e protegidos pela Lei Constitucional. Por conseguinte, para Schmitt nem todo direito fundamental se encontra “garantido en las Constituciones del Estado de Derecho por una regulación constitucional, y, a la inversa, no toda protección contra la reforma por ley ordinaria significa ya un derecho fundamental.”¹²

Carl Schmitt ainda aponta que os direitos fundamentais “en sentido propio son, esencialmente, derechos del hombre individual libre, y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado”.¹³ Isto quer dizer que para ele os direitos fundamentais decorrem “do carácter absoluto da pretensão, cujo exercício não depende de previsão

9 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Con la colaboración de: Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés. Madrid: Editorial Dykinson, 2004, p. 28.

10 Idem.

11 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 28.

12 SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 169.

13 Omissos os grifos presentes no texto original. Ibidem, p. 170.

em legislação infraconstitucional, cercando-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política.”¹⁴

Ocorre que a teoria de Carl Schmitt, mesmo sendo relevante para os direitos fundamentais (especialmente por adversar o positivismo constitucional ao exibir sua respectiva inaptidão perante a dinâmica social), nos dias de hoje se mostra insuficiente por conectar em demasia a Constituição a uma determinada concepção de Estado.¹⁵

Os direitos fundamentais, na visão de Robert Alexy, podem ser reputados como “posições jurídicas ocupadas pelo indivíduo de fazer valer sua pretensão frente ao Estado.”¹⁶ Assim, Alexy rompe com a concepção clássica liberal (na qual os direitos fundamentais se confundem com direito à defesa do cidadão frente ao Estado) e concebe como base da teoria dos direitos fundamentais uma tríplice divisão das posições: direito a algo, liberdades e competências.¹⁷

Assim, direito a algo pode ser concebido “como una relación trídica cuyo primer miembro es el portador o titular del derecho, su segundo miembro, el destinatario del derecho y su tercer miembro, el objeto del derecho.”¹⁸ Da definição de liberdades, tem-se que é um dos “conceptos prácticos más fundamentales y, a la vez, menos claros. Su ámbito de aplicación parece ser casi ilimitado. Casi todo aquello que desde algún punto de vista es considerado como bueno o deseable es vinculado con él.”¹⁹

Sobrevém que direito a algo e liberdades não constituem a plenitude dos segmentos das posições chamadas direitos. Um terceiro grupo está constituído por “las posiciones que pueden ser designadas con expresiones tales como “poder” o “poder jurídico” (“power”), “competencia” (“competence”), “autorización”, “facultad”, “derecho de configuración” y “capacidad jurídica”. ”²⁰

Em síntese, para Alexy direitos fundamentais podem ser definidos como aquelas “posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão relevantes que seu reconhecimento ou não-reconhecimento não pode ser deixado à livre disposição do legislador ordinário.”²¹

14 SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 26.

15 Ibidem, p. 27-28.

16 Ibidem, p. 30.

17 Idem.

18 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 186-187.

19 Ibidem, p. 210.

20 Ibidem, p. 227.

21 AWAD, Fahd Medeiros. **Crise dos Direitos Fundamentais sociais em decorrência do neoliberalismo**. Passo Fundo: UPF Editora, 2005, p. 60.

Imediato conceito foi elaborado por Francisco Rubio Llorente, o qual engendrou que os direitos fundamentais nascem

directamente de la Constitución y que aunque pueden ser «desarrollados» mediante ley orgánica y ver su ejercicio regulado mediante ley ordinaria, no requieren ni de lo uno ni de lo otro para que sus titulares soliciten la tutela judicial, eventualmente frente al propio legislador, obligado en todo caso a respetar su contenido esencial.²²

Impraticável deixar de acomodar a concepção de Pérez Luño sobre os direitos fundamentais. Para ele, na acepção objetiva, os direitos fundamentais representam o “resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes.”²³

Enquanto que na dimensão subjetiva, para Pérez Luño, os direitos fundamentais determinam

el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí. Tales derechos tienden, por tanto, a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no solo frente al poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social ²⁴

Em um compêndio, para Antonio Enrique Pérez Luño, os direitos fundamentais no plano subjetivo atuam como garantias de liberdade individual (sendo que esse clássico papel agora combina também a defesa dos aspectos sociais e coletivos da subjetividade), “mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados”.²⁵

22 LLORENTE, Francisco Rubio. **Derechos fundamentales, principios estructurales y respeto por la identidad nacional de los Estados miembros de la Unión Europea**. Disponível em: <<https://www.uam.es>> Acesso em: 19 jan. 2017, p. 519.

23 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 8ª Edición. Madrid: Tecnos, 2004, p. 21.

24 Ibidem, p. 22.

25 Ibidem, p. 25.

Pérez Luño ensina que parte significativa da doutrina entende que os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos positivados nas Constituições estatais. Outrossim, há defensores da ideia que “los derechos fundamentales serían aquellos principios que resumen la concepción del mundo (*Weltanschauung*) y que informan la ideología política de cada ordenamiento jurídico.”²⁶

Ademais, assevera Antonio Enrique Pérez Luño a possibilidade de considerar os direitos fundamentais como

resultante de las exigencias de la filosofía de los derechos humanos con su plasmación normativa en el derecho positivo. [...] En todo caso, se puede advertir una cierta tendencia, no absoluta como lo prueba el enunciado de la Convención Europea, a reservar la denominación “derechos fundamentales” para designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula “derechos humanos” es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales.²⁷

Não obstante as definições já expostas, é interessante mencionar um fragmento do que Ingo Wolfgang Sarlet entende por direitos fundamentais. Destarte,

um direito fundamental é sempre um direito de matriz constitucional (sendo ou não também um direito humano) mas não se trata de um mero direito constitucional. Numa outra formulação: entre um direito fundamental e outra simples norma constitucional (a despeito da terem em comum a hierarquia superior da constituição e o fato de serem todas parâmetro para o controle de constitucionalidade) situa-se um conjunto, maior ou menor, de princípios e regras que asseguram aos direitos fundamentais um *status*, representado por um regime jurídico, diferenciado.²⁸

Outra relevante contribuição na conceituação dos direitos fundamentais, que por decorrência torna esta seção ainda mais vívida, é a reflexão de Gregorio Peces-Barba que, ao abordar direitos fundamentais, refere-se a uma pretensão moral justificada e a sua respectiva recepção no direito positivo.

26 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Undécima Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2017, p. 33.

27 Idem.

28 Grifos no original. SARLET, Ingo Wolfgang. **O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Publicado em 17 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/>> Acesso em: 19 jan. 2017.

A justificativa da pretensão moral em que consistem os direitos é produzida sobre “rasgos importantes derivados de la idea de dignidad humana, necesarios para el desarrollo integral del ser humano. La recepción en el Derecho positivo es la condición para que pueda realizar eficazmente su finalidad.”²⁹

Peces-Barba ainda aduz que a fundamentação dos direitos fundamentais está no nível moral e o conceito especialmente no jurídico. Deste modo, nenhuma das duas construções pode ser considerada isoladamente, nem se esgota em si mesma. Logo, pode-se dizer que

su inseparable conexión se produce porque los derechos tienen una raíz moral que se indaga a través de la fundamentación pero no son tales sin pertenecer al Ordenamiento y poder así ser eficaces en la vida social, realizando la función que los justifica. Moralidad y juridicidad o moralidad legalizada forman el ámbito de estudio necesario para la comprensión de los derechos fundamentales.³⁰

Na seara da teoria garantista³¹, a qual foi empenhada por Luigi Ferrajoli, direitos fundamentais são direitos cuja garantia é imprescindível para satisfazer o valor das pessoas e para cumprir a igualdade, que não são negociáveis e conferem a todos em medida idêntica, como pessoas e como cidadãos, determinando que não apenas a igualdade constitui os direitos fundamentais, como os direitos fundamentais formam a igualdade.³²

29 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Con la colaboración de: Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés. Madrid: Editorial Dykinson, 2004, p. 29.

30 Ibidem, p. 31.

31 Cumpre esclarecer uma abordagem da teoria garantista que “apresenta-se na contemporaneidade como uma derivação da teoria garantista penal, a qual nasce e desenvolve-se a partir da matriz iluminista da época da Ilustração. Embora pensada originalmente dentro da matriz penalística, o seu desdobramento numa teoria geral evidencia para o estudioso do Direito um enorme potencial explicativo e propositivo. Ao nível epistemológico, esta teoria embasa-se no conceito de centralidade da pessoa, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir. Esta concepção instrumental do Estado é rica em consequências, tanto como teoria jurídica quanto visão política, dado que as mesmas veem o Estado de Direito como artificio criado pela sociedade, que é logicamente anterior e superior ao poder político [...]. 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, qual sejam a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a a igualdade substancial.” CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e legitimidade**: abordagem garantista. Florianópolis, 1997, p. 102-103.

32 SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais**: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 31-32.

Neste sentido, observa-se uma relevante indagação articulada por Ferrajoli: “de que coisa falamos quando falamos de direitos fundamentais?” Ferrajoli assevera que para esta pergunta podem ser oferecidas respostas dessemelhantes, dependendo dos fundamentos e dos enfoques formulados.³³

A resposta inaugural se constrói no prisma da justiça porque arroga a questão sobre quais direitos devem ser (ou é justo que sejam) estabelecidos como direitos fundamentais. Trata-se de uma resposta normativa, visto que depende de preceitos metaéticos ou metapolíticos, idôneos, como a convivência pacífica, a igualdade, a dignidade humana, as necessidades vitais, entre outros, para justificar o desígnio de determinados interesses ou necessidades como direitos fundamentais.³⁴

Portanto, isso significa que no primeiro aspecto como “fundamentos dos direitos fundamentais” entende-se a justificação ou o fundamento axiológico

daqueles valores ou princípios de justiça dos quais se reivindica a afirmação como direitos fundamentais. São fundamentais, de acordo com tais critérios ou bases, todos os direitos que garantem o necessário para cumprir aqueles valores ou princípios de justiça.³⁵

A resposta seguinte é apurada sob o panorama da validade (conforme o direito positivo) para imputar quais direitos são estipulados como fundamentais pelas normas de uma ordem. Conforme este prisma, “o ‘fundamento dos direitos fundamentais’ designa a fonte ou o fundamento jurídico positivo que nos diversos ordenamentos têm aquelas situações subjetivas que são, de fato, os direitos fundamentais.”³⁶

A terceira resolução é ofertada pelo enfoque da efetividade para responder quais direitos, por quais motivos, por meio de quais processos e com qual efetividade se afirmam e são garantidos como fundamentais em um espaço e tempo determinados. Portanto, o “fundamento dos direitos fundamentais” designa aqui a origem histórica ou o fundamento sociológico das conquistas da civilização que são os direitos fundamentais.³⁷

33 FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, et. al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 89.

34 Ibidem, p. 89-90.

35 Ibidem, p. 90.

36 Omitidos os grifos originais. Idem.

37 Ibidem, p. 90-91.

Nas referidas classes de respostas é possível observar a perspectiva axiológica externa da filosofia política, a ótica jurídica interna da ciência jurídica e o ponto de vista factual externo da historiografia e da sociologia do direito. Contudo, nenhuma das argumentações diz o que são os direitos fundamentais porque esta é uma questão de teoria do direito. Apenas precisando (ao responder referida questão) é possível decifrar as demais questões, isto é, justificar quais direitos devem ser tutelados como fundamentais, reconhecer quais são os direitos fundamentais de cada ordenamento, reconstruir os processos históricos e culturais através dos quais cada um desses foi concebido, interpelar as condições e o grau de efetiva tutela e projetar as políticas e as garantias mais íntegras para atendê-los.³⁸

Destarte, como mencionado, a última resposta não poderia ser outra senão a tecida a partir da teoria do direito a fim de responder o que se compreende com a expressão direitos fundamentais, quais são as características estruturais que diferenciam tais direitos dos demais, quais são as condições em presença das quais se pode falar de direitos fundamentais, ou seja, qual o significado do conceito teórico-jurídico de direitos fundamentais.³⁹

Sendo assim, nessa quarta vertente o “fundamento dos direitos fundamentais” designa a razão ou o fundamento teórico do conceito de direitos fundamentais. Portanto, a definição teórica mais racional para Ferrajoli, visto deter maior capacidade explicativa, é a que identifica direitos fundamentais como todos “direitos que são atribuídos universalmente a todos enquanto pessoas, enquanto cidadãos ou enquanto capazes de agir.”⁴⁰

Luigi Ferrajoli distingue ordens de questões que versam sobre significados dos fundamentos dos direitos fundamentais. É importante diferencia-las, mas também é prudente que nenhum dos discursos ignore os demais, havendo relações recíprocas. Ainda, Ferrajoli crê que boa parte dos falsos imbrólios que permeiam o debate sobre direitos fundamentais são frutos da confusão entre as aproximações observadas.⁴¹

Ao ter que se estuda a origem dos direitos fundamentais para os fundamentar,⁴² cumpre aduzir que, ainda no terceiro milênio a.C., o exórdio dos direitos fundamentais

38 FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, et. al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 91.

39 Idem.

40 Há grifos no original, aqui não pertinentes. Ibidem, p. 92.

41 Ibidem, p. 93.

42 Nesse sentido, é possível constatar que “[...] devem-se estudar as origens dos direitos humanos exatamente para fundamentá-los. Estudando suas origens históricas estamos fundamentando e vice-

pode ser apontado no antigo Egito e na Mesopotâmia, tempo em que eram conhecidos meios de proteção individual em relação ao Estado. Possivelmente foi o Código de Hamurabi o primeiro *códex* a possuir um rol de direitos comuns aos homens.⁴³

Existem indícios de direitos fundamentais desde o início das civilizações, isto é, há concepções formuladas por hebreus, por gregos, por romanos e pelo cristianismo, passando pela Idade Média até chegar aos dias hodiernos. A partir da disseminação do pensamento de Buda (500 a.C.) referente à igualdade de todos, fez-se possível perceber a influência filosófico-religiosa em relação aos direitos dos seres humanos. Após, de forma mais ordenada (mas ainda deveras diversa da atual), emergiu na Grécia Antiga novos conhecimentos imprescindíveis ao homem.⁴⁴

Cabe destacar que os romanos (com base nas premissas do direito natural) compreenderam a rudimentar ideia dos direitos fundamentais de forma mais satisfatória, tanto que foram responsáveis pela sedimentação da lei como instrumento de regulamentação social. Diz-se que a história dos direitos fundamentais desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, no qual a essência de ser reside no reconhecimento da dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais.⁴⁵

Os direitos fundamentais enquanto teoria tem progênie no iluminismo, bem como no jusnaturalismo, “desenvolvidos na Europa nos séculos XVII-XVIII, quando se firmou a noção de que o homem possui direitos inalienáveis e imprescritíveis decorrentes da sua própria natureza humana e existentes independentemente do Estado.”⁴⁶

Isto posto, aduz-se que os direitos fundamentais são conquistas históricas da humanidade que apenas “foram possíveis a partir de uma série de acontecimentos marcantes que levaram a uma mudança na estrutura da sociedade e na mentalidade do ser humano”.⁴⁷

Imprescindível, por corolário, apontar os ensinamentos legados por Gregorio Peces-Barba, para quem os direitos fundamentais não podem ser considerados outra coisa senão “um conceito histórico do mundo moderno que surge progressivamente a

versa. Isso porque os direitos humanos podem ser considerados através de seus processos de evolução, ou seja, suas linhas de evolução que vão gerar as conhecidas três gerações de Direitos fundamentais no lema de Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.” GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais**. Revista Direito e Política. Disponível em: <univali.direitoepolitica> Acesso em: 23 jan. 2017, p. 298.

43 AWAD, Fahd Medeiros. **Crise dos Direitos Fundamentais sociais em decorrência do neoliberalismo**. Passo Fundo: UPF Editora, 2005, p. 18.

44 Idem.

45 Ibidem, p. 17 e 20.

46 Ibidem, p. 22.

47 GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. Op. Cit., p. 298-299.

partir do trânsito à modernidade.”⁴⁸

De modo objetivo, os atributos que definem o transpasse da Idade Média para a Moderna não advém da “noite para a manhã”, mas são consequência de um amplo “proceso de evolución que a veces dura varios siglos. En este sentido, es posible encontrar en los rasgos de la Modernidad las razones que explican la aparición de los derechos fundamentales.”⁴⁹

Peces-Barba afirma a impossibilidade de falar propriamente de

derechos fundamentales hasta la modernidad. Cuando afirmamos que se trata de un concepto histórico propio del mundo moderno, queremos decir que las ideas que subyacen en su raíz, la dignidad humana, la libertad o la igualdad por ejemplo, sólo se empiezan a plantear a través de derechos en un momento determinado.⁵⁰

Por conseguinte, nota-se que conhecer o fenômeno histórico é o prelúdio para assimilar os direitos fundamentais. Neste sentido, “son los caracteres identificadores del mundo a partir del Renacimiento los que van a explicar esta idea, tanto en sus dimensiones políticas y jurídicas como económicas, sociales y culturales.”⁵¹

Gregorio Peces-Barba anuncia que o trânsito à modernidade é um momento revolucionário de profunda ruptura

pero al mismo tiempo importantes elementos de su realidad ya se anuncian en la Edad Media, y otros elementos típicamente medievales sobrevivirán al fin de la Edad Media, en este tránsito a la modernidad y hasta el siglo XVIII. En este contexto, y participando de estos tres elementos: ruptura, precedentes medievales y continuidad de elementos medievales hasta el siglo XVIII, aparecerá la filosofía de los derechos fundamentales, que, como tal, es una novedad histórica del mundo moderno, que tiene su génesis en ese tránsito a la modernidad, y que, por consiguiente, participa de todos los componentes de ese tránsito ya señalados, aunque sean los nuevos, los específicamente modernos, los que le dan su pleno sentido.⁵²

48 Há grifos no fragmento original. GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais**. Revista Direito e Política. Disponível em: <univali.direitoepolitica> Acesso em: 23 jan. 2017, p. 299.

49 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Con la colaboración de: Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés. Madrid: Editorial Dykinson, 2004, p. 74.

50 Ibidem, p. 73.

51 Idem.

52 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2003, p. 17. Disponível em: <e-archivo.uc3m.es/> Acesso em: 23 jan. 2016.

No período histórico em comento surgiu uma nova mentalidade que arquitetava a diretriz para a aparição “de um novo homem e de uma nova sociedade que brotará progressivamente até a positivação das demandas jusnaturalistas dos direitos do homem nos documentos das chamadas revoluções burguesas.”⁵³

Peces-Barba apurou linhas de evolução dos direitos fundamentais, nas quais estão presentes os processos de positivação, generalização, internacionalização e especificação. Porém, prévio ao primeiro processo de positivação urge mostrar um processo de evolução anterior, o qual é denominado “processo de formação do ideal dos direitos fundamentais”, no qual se pauta a questão relacionada à filosofia dos direitos fundamentais: “qual deve ser seu conteúdo?”. Esta seria a terceira pergunta, uma vez que as primeiras são “por quê?” e “para quê?” dos direitos fundamentais.⁵⁴ Assim, a história e a razão são, para Peces-Barba, dimensões necessárias para entender o “‘por qué’ y el ‘para qué’ de los derechos. La utilización de criterios racionales para entender a los derechos como pretensiones morales justificadas se hace sobre una base histórica, esto es, desde una razón situada en la historia”.⁵⁵

Isto posto, a respeito da indagação sobre o conteúdo dos direitos fundamentais é possível obter resposta a partir da leitura de documentos de direitos humanos e de direitos fundamentais. Além disso, observa-se tal questão por meio da investigação do processo de formação do ideal dos direitos fundamentais, processo que jamais deixará de existir por causa do conceito dinâmico e mutável dos direitos fundamentais. Trata-se de um fenômeno que cerca a evolução social, assim como tange as novas tecnologias e as atuais necessidades de positivação para tutelar a dignidade humana, a liberdade, a igualdade e também fazer da solidariedade uma realidade entre todas as pessoas.⁵⁶

A história dos direitos autoriza conhecer as racionalidades parciais que quando conectadas permitem justificar a ideia integral dos direitos. Do mencionado estudo se pode perceber “como el desarrollo de la dignidad humana está irremediavelmente

53 GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais**. Revista eletrônica Direito e Política, PPG *Stricto Sensu* de Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 04, n. 02, 2º quad. 2009, Disponível em: <www.univali.direitoepolitica> Acesso em: 23 jan. 2017, p. 299-300.

54 GARCIA, Marcos Leite. **O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais**: alguns aspectos destacados da gênese do conceito, p. 04. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/> Acesso em: 23 jan. 2017.

55 ASÍS ROIG, Rafael de. **La concepción dualista de los Derechos Fundamentales en la teoría de Gregorio Peces-Barba**. In: VV.AA. Entre la Ética, la Política y el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Vol. I. Madrid: Dykinson, 2008, p. 395.

56 GARCIA, Marcos Leite, Op. Cit, p. 05.

conectado a cuatro valores (libertad, igualdad, seguridad y solidaridad), que se presentan como el fundamento de los derechos”.⁵⁷

A história faz entender os direitos como fruto de lutas e tensões e como resposta para problemas contextualizados geográfica e historicamente. Serve para denotar a ideia de sujeito moral “que acompaña a la justificación de los derechos, y por tanto para demostrar como esta idea se ha ido configurando respondiendo a las cuestiones de la universalidad y la igualdad.”.⁵⁸

A formação do ideal dos direitos fundamentais, crucial para a fundamentação dos direitos, tem raiz, como já pontuado, no estágio chamado por Peces-Barba de trânsito à modernidade (o trânsito à modernidade caracteriza um período amplo em que gradativamente a sociedade se transformava para o despertar dos direitos fundamentais). Dessa maneira, as pessoas passaram a reclamar liberdade religiosa, intelectual, política e econômica, na passagem de uma sociedade teocêntrica e estamental para uma antropocêntrica e individualista.⁵⁹

No trânsito à modernidade é possível verificar que as estruturas do mundo medieval foram paulatinamente substituídas por novas, ainda que muitas tenham se conservado até as revoluções liberais do século XVIII. Ao longo desta etapa foi concebida a filosofia dos direitos fundamentais como integração da modernidade e da dignidade humana, dentre as conversões que se entrelaçaram. Mencionados vínculos ocorreram na seara econômica, política e da mudança de pensamento. A intensa variação no panorama econômico se deu a partir da evolução do sistema capitalista e da ascensão da burguesia, fomentando a mentalidade individualista.⁶⁰

Nesse sentido, os direitos fundamentais “supondrán uno de los aspectos del desarrollo del individualismo y del protagonismo que adquiere el hombre individual en el nuevo orden económico y social que surge en el tránsito a la modernidad.”⁶¹

Além disso, cabe ressaltar que no âmbito político o pluralismo do poder foi sobreposto pelo Estado. Nessa perspectiva, o Estado seria o detentor do monopólio

57 ASÍS ROIG, Rafael de. **La concepción dualista de los Derechos Fundamentales en la teoría de Gregorio Peces-Barba**. In: VV.AA. Entre la Ética, la Política y el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Vol. I. Madrid: Dykinson, 2008, p. 395.

58 Idem.

59 GARCIA, Marcos Leite. **O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais**: alguns aspectos destacados da gênese do conceito, p. 06. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br>> Acesso em: 14 jan. 2017.

60 Idem.

61 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2003, p. 21. Disponível em: <<http://e-archivo.uc3m.es/>> Acesso em: 23 jan. 2016.

do uso da força, desconhecendo a existência de outro ente superior. Cabe ressaltar que o Estado absoluto perfez etapa imprescindível para a criação de condições úteis para o surgimento dos direitos fundamentais positivados a partir das revoluções liberais, as quais hostilizaram o próprio Estado absoluto.⁶²

Isto posto, uma mentalidade modificada, instigada pelo ímpeto humanista, designou-se pelo individualismo, pelo racionalismo, pelo naturalismo e também pelo processo de secularização. Urge dizer que a reforma protestante concebeu o pluralismo religioso. Neste contexto, a tolerância, pautada na liberdade religiosa, erigiu-se como direito fundamental inaugural.⁶³ Além disso, o conceito de contrato social e do Direito que emergiu se orientou para explicar o surgimento dos direitos fundamentais.⁶⁴

Sendo assim, a transformação da situação econômica e social culminou na aparição de um sistema econômico que eclodiu no capitalismo e no auge de uma classe social em ascensão: a burguesia.

Em síntese, a mudança

en el Poder político supone la aparición del Estado, como poder racional, centralizador y burocrático. El cambio en la mentalidad, impulsado por los humanistas y por la Reforma, significa el progreso del individualismo, del racionalismo, del naturalismo y del proceso de secularización. El cambio de la ciencia y el nuevo sentido del Derecho, serán elementos decisivos en la génesis de los derechos fundamentales.⁶⁵

Por conseguinte, são informes da metamorfose de prisma econômico e social, o surgimento de um sistema que amadurecido será o capitalismo e com a afirmação da burguesia como o primeiro elemento a considerar. A nova ordem “[...] supone la toma del poder económico por la burguesía y, frente al enmarcamiento del hombre medieval en status, favorece e impulsa la mentalidad individualista.”⁶⁶

62 GARCIA, Marcos Leite. **O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais**: alguns aspectos destacados da gênese do conceito, p. 07. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br>> Acesso em: 14 jan. 2017.

63 Idem.

64 Idem.

65 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Con la colaboración de: Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés. Madrid: Editorial Dykinson, 2004, p. 74.

66 *Ibidem*, p. 75.

Dessa maneira, a burguesia influenciou

en la orientación de la literatura, del arte, de la filosofía, de la ciencia y, a su vez, estará influida por la nueva cultura, generando también una nueva mentalidad política, la ideología liberal, cuya idea motora es permitir al individuo burgués, no sólo el libre desarrollo de su actividad económica sino la dirección del Poder político.⁶⁷

Referido gênero de poder político que se esculpiu no trânsito à modernidade, em detrimento dos poderes políticos medievais, “es otro elemento imprescindible para entender la aparición de la idea de derechos fundamentales, y es consecuencia de influencias económicas, culturales y sociales y de su propia dinámica interna.”⁶⁸

Diante das inoperantes estruturas políticas medievais foi que se fez premente um poder unitário, capaz de garantir a ordem, com o intuito de que a burguesia prosperasse a sua atividade mercantil. Destarte, “la nueva seguridad será seguridad jurídica, a través del Derecho, y necesitará un referente unificador de las normas, que será el Estado con su pretensión de monopolio en el uso de fuerza legítima.”⁶⁹

As liberdades civis, primeiro momento histórico dos direitos fundamentais,

serán impulsadas por esta mentalidad cuando la burguesía se sienta ahogada por la presión del Estado absoluto y necesite ese ámbito de autonomía para el progreso del comercio, de la economía de mercado libre y para el desarrollo de la profesión. El siguiente paso, también apoyado en esta mentalidad -que será ya, mentalidad libera-, consistirá en la reivindicación de los derechos políticos para la burguesía [...].⁷⁰

O vigor do indivíduo moderno cristalizou em uma cultura que desembocou na “Ilustración, y de la que entresacamos los cuatro rasgos decisivos para la construcción de la filosofía de los derechos fundamentales: la secularización, el naturalismo, el racionalismo y el individualismo”.⁷¹

67 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Con la colaboración de: Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés. Madrid: Editorial Dykinson, 2004, p. 75.

68 Ibidem, p. 76.

69 Ibidem, p. 76-77.

70 Ibidem, p. 80.

71 Ibidem, p. 80-81.

Desse modo, cumpre expor que a secularização foi engendrada perante as características

de la sociedad medieval, y supondrá la mundialización de la cultura, que contrapone la progresiva soberanía de la razón y el protagonismo del hombre orientado hacia un tipo de vida puramente terrenal, al orden de la revelación y de la fe, basado en la autoridad de la Iglesia. Es consecuencia de la ruptura de la unidad religiosa, y abarcará a todos los órdenes de la vida, desde el arte, la pintura, la literatura, la nueva ciencia y la política a partir de la obra de Maquiavelo. Los temas religiosos son sustituidos por problemas humanos.⁷²

O naturalismo supõe a volta da natureza. Perante a explicação transcendente do mundo “procedente de la mentalidad religiosa es un intento de explicación inmanente que se extiende al arte, a la literatura, a la ciencia, y también a las normas sociales y al Derecho.”⁷³

O próximo expediente é o racionalismo, o qual predica a confiança plena no valor da razão “como instrumento de conocimiento, y servirá para dominar la naturaleza, para descubrir sus regularidades, y sus leyes, tanto en el campo de la naturaleza física como en el de la vida social humana.”⁷⁴

O individualismo, outro recurso para a construção da filosofia dos direitos fundamentais, sofreu influência e foi potencializado pelos demais, porém também os influenciou. É a característica mais definidora do tempo moderno, representa “la forma propia de actuación del hombre burgués que quiere protagonizar la historia, frente a la disolución del individuo en las realidades comunitarias o corporativas medievales”.⁷⁵

Portanto, no momento em que a mentalidade do mundo moderno e a reflexão sobre a ordem do poder produz o primeiro constitucionalismo perante o Estado Absoluto, está-se

en los albores del Estado liberal y en los primeros modelos cristalizados en la historia de los derechos fundamentales. En este momento, la moralidad que fundamenta los derechos es recibida por el Derecho positivo. Desde el siglo

72 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Con la colaboración de: Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés. Madrid: Editorial Dykinson, 2004, p. 81.

73 Ibidem, p. 82.

74 Ibidem, p. 83.

75 Ibidem, p. 84.

XVII se pode hablar de modelo inglés y desde el XVIII de modelos americano francés. El modelo inglés está vinculado a la historia, y arranca de una evolución del constitucionalismo medieval y del vie y buen derecho de los ingleses. El americano será un modelo mixto, que parte, sobre todo en los textos de las colonias en el siglo XVII, de una idea del Derecho y de los derechos, recibida de la metrópoli, pero que recibirá progresivamente la influencia de las fundamentaciones del iusnaturalismo racionalista y pasará de los derechos históricos a los derechos naturales en los textos de la independencia. El modelo francés rechazará su vinculación con el constitucionalismo histórico de las Leyes fundamentales de la monarquía francesa, y se construirá desde un racionalismo laico, que contrasta también, en ese sentido, con el modelo americano, más impregnado de valores religiosos.⁷⁶

Na modernidade os direitos fundamentais nascem como direitos fundamentais, isto é, engendrados como direito interno, embora mesmo como direito nacional-interno aferissem forte propensão universal, como direitos de todos os humanos.⁷⁷

Do exposto, nota-se a autenticidade da “recordarção de Luigi Ferrajoli no sentido de que os direitos fundamentais surgiram na história sempre como reivindicações dos mais débeis, dos mais fracos.”⁷⁸

Isto determinado, passa-se a verificar as linhas de evolução dos direitos fundamentais (declaradas nos processos de positivação, de generalização, internacionalização e especificação). Importa dizer que de cada processo de evolução é positivada uma geração⁷⁹ de direitos, bem como no caso dos dois últimos, emergem novas esferas de defesa dos direitos.⁸⁰ Contudo, atualmente a classificação em gerações é, para alguns juristas, considerada subjetiva em demasia.

Sendo assim, o processo de positivação é apontado pelo transcurso da discussão filosófica ao direito positivo. O processo de formação do ideal dos direitos fundamentais (anterior ao em comento) foi marcado por transformações políticas, sociais, econômicas e culturais no trânsito à modernidade. Estas primeiras demandas pleiteavam a desunião da ética pública com a ética privada, do Estado com a religião,

76 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Con la colaboración de: Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés. Madrid: Editorial Dykinson, 2004, p. 95.

77 GARCIA, Marcos leite. “**Novos**” **direitos fundamentais**: características básicas. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>> Acesso em: 24 jan. 2017.

78 GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais**. Revista eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* de Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 04, n. 02, 2º, 2009, Disponível em: <www.univali.direitoepolitica> Acesso em: 24 jan. 2017, p. 302.

79 Ver explicação contida na Nota 254.

80 GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. Op. Cit., p. 303.

a humanização do direito penal e a limitação do poder estatal. Destarte, é em virtude de tal processo que os direitos de primeira geração (de liberdade) exigem abstenção do Estado. Cabe dizer que os primeiros documentos das revoluções liberais (burguesas) foram o *Bill of Rights* (Inglaterra – 1689), a Declaração de Independência (Estados Unidos da América – 1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França – 1789). As liberdades (então positivadas como consequência das revoluções liberais) atualmente são direitos assentidos em todas as constituições dos países democráticos ocidentais.⁸¹

Além disso, no processo de positivação se pode apreciar que pelo jusnaturalismo racionalista “se justifica la positivación de los derechos naturales, directamente por la mayor eficacia que supone, e por la ideología contractualista, que vincula Poder y Derecho”.⁸²

Portanto, o processo de positivação marca o trânsito da discussão filosófica do direito natural racionalista para o direito positivo, a qual ocorreu a partir das revoluções liberais burguesas e tem, conseqüentemente, como atributo principal a positivação da primeira geração dos direitos fundamentais.⁸³ A positivação dos direitos fundamentais “viene entendida como su formulación normativa a través de unos preceptos emanados según los cauces formales establecidos por el principio de validez de un determinado ordenamiento jurídico”.⁸⁴

Isto posto, o processo de generalização simboliza a reivindicação emblemática do século XIX: a ampliação da afirmação e proteção dos direitos de uma classe para todos os membros da comunidade, decorrente da luta por igualdade real. Destarte, serão positivados apenas no século XX os chamados direitos sociais (de segunda geração). Também foram vindicados alguns direitos políticos. Isto permite inferir que, além dos direitos econômicos, sociais e culturais – atribuídos tipicamente à época –, pode-se incluir as liberdades de associação e de reunião e o sufrágio universal.⁸⁵

81 GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais.** Revista eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* de Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 04, n. 02, 2º, 2009, Disponível em: <www.univali.direitoepolitica> Acesso em: 24 jan. 2017, p. 303-304.

82 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales.** Con la colaboración de: Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés. Madrid: Editorial Dykinson, 2004, p. 105.

83 GARCIA, Marcos Leite. “**Novos**” **direitos fundamentais:** características básicas. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/> Acesso em: 24 jan. 2017.

84 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.** Undécima Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2017, p. 54.

85 GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo. Op Cit., p. 304-305.

Ademais, o processo de generalização possui

tres grandes dimensiones, que se refieren a la puesta en marcha de derechos que garantizan o hacen posible una participación política igualitaria; a la configuración de una nueva generación de derechos fundamentales para asegurar la solidaridad y la igualdad; y, por fin, a la desfundamentación del derecho de propiedad.⁸⁶

De forma sintética, pode-se dizer que o processo de “generalización consistirá en el progresivo, aunque nunca definitivo, ajuste entre las afirmaciones de que los derechos son naturales, es decir, que corresponden a todos los seres humanos.”⁸⁷

O processo de internacionalização, o qual se encontra em estágio embrionário, é de árduo cumprimento prático, uma vez que acarreta a tentativa de internacionalizar direitos a fim de subjugar fronteiras e envolver toda a comunidade internacional. Este processo não introduz uma geração de direitos humanos, mas fomenta uma nova esfera de proteção: a internacional. Embora exista um sistema internacional e sistemas regionais de proteção de tais direitos, fato é que 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.”⁸⁸

Para Antonio Enrique Pérez Luño, a internacionalização jurídico-positiva dos direitos fundamentais pode ser considerado um fenômeno muito recente, fruto de um processo lento e trabalhoso. Destarte, este fenômeno está intimamente conectado ao reconhecimento da subjetividade jurídica do indivíduo pelo direito internacional. Com efeito, apenas quando se concebe a oportunidade da Comunidade Internacional e seus órgãos “entender de cuestiones que afectan no tanto a los derechos de los Estado en cuanto tales, sino a los de sus miembros, cabe plantear un reconocimiento a escala internacional de los derechos fundamentales.”⁸⁹

86 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Con la colaboración de: Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés. Madrid: Editorial Dykinson, 2004, p. 113.

87 Ibidem, p. 110.

88 GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais**. Revista eletrônica Direito e Política. Disponível em: <www.univali.direitoepolitica> Acesso em: 24 jan. 2017, p. 305-306.

89 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Editorial Tecnos, 2017, p. 127.

O processo de especificação, última linha de evolução dos direitos fundamentais, é o que preza a situação concreta a fim de atribuir direitos. Trata-se dos direitos de terceira geração, ou seja, os chamados novos direitos, ou direitos difusos, ou ainda, direitos de fraternidade (no sentido contemporâneo de solidariedade). Tais direitos transindividuais são especificados em dois blocos: quanto ao conteúdo (direito ao meio ambiente saudável e direito à paz, além dos demais que tangem a bioética, biotecnologia, engenharia genética, tecnologia de informação, etc.) ou quanto ao titular (que pode ser o consumidor, a criança, o adolescente, a mulher, o idoso, o índio, etc.).⁹⁰

O processo de especificação visa “positivar e mudar a mentalidade da sociedade na direção dos chamados direitos de solidariedade, difusos ou de terceira geração.”⁹¹ Outrossim, para que os direitos fundamentais sigam se desenvolvendo para obter legitimidade é preciso fortalecer a dignidade da pessoa humana, ou seja, o direito a ter direitos.

1.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O conceito de dignidade da pessoa humana é, muito provavelmente, uma das noções mais complexas de todas as que permeiam o campo da Filosofia do Direito. Tanto é que são múltiplas

las confusiones a las que llega a dar lugar, y múltiples también los casos en los que se utiliza de una forma tal que parece una idea vaga, ausente de todo contenido. [...] O, si se prefiere, que el concepto de dignidad es sumamente útil para la construcción de una concepción filosófica, siempre que sea bien entendido. En lo que a ello respecta, debemos resaltar que buena parte de la complejidad que ha acompañado a esta noción radica en la mezcla que se ha producido entre las dos concepciones diferentes de dignidad que pueden resumirse en una única idea unificadora: la dignidad ontológica, o el valor propio del ser, y la dignidad fenomenológica, o el valor asociado a nuestros hechos.⁹²

90 GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo. **Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais.** Revista eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* de Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 04, n. 02, 2º quad. de 2009, p. 306. Disponível em: <www.univali.direitoepolitica> Acesso em: 24 jan. 2017.

91 GARCIA, Marcos leite. “**Novos**” **direitos fundamentais:** características básicas. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/> Acesso em: 24 jan. 2017.

92 BERIAIN, Íñigo de Miguel. **Consideraciones sobre el concepto de dignidade humana.** Disponível em: < https://www.boe.es> p. 212. Acesso em: 21 out. 2017.

A fim de conectar a dignidade da pessoa humana aos direitos fundamentais é necessário determinar um significado de dignidade da pessoa humana consistente e razoável para ser adotado, embora seja árduo colher um conceito preciso, entre tantas definições desenvolvidas pela doutrina.

Assim, a dignidade da pessoa humana pode ser considerada como

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁹³

Igualmente cabe dizer que o termo dignidade advém do latim *dignitas*, cuja raiz é *dignus*, “que significa ‘excelencia’, ‘grandeza’, donde cabe agregar que la dignidad que posee cada individuo es un valor intrínseco, puesto que no depende de factores externos.”⁹⁴

Também é prudente salientar que Immanuel Kant é um expoente da proposição dignidade, uma vez que “partindo do pressuposto da racionalidade do ser humano, e diante disto dotado de dignidade e sendo um fim em si mesmo, não como meio, ele nos apresenta o que podemos interpretar como um conceito inicial de dignidade.”⁹⁵

Para Kant, no reino dos fins

tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.⁹⁶

93 Há grifos no original. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60.

94 GONZÁLEZ, Aristeo García. **La Dignidad Humana, núcleo duro de los Derechos Humanos Fundamentales**. IUS Revista Jurídica. Universidad Latina de America. N° 102 (Año XI), Julio-Diciembre 2015. Disponível em: <www.unla.mx/> Acesso em: 21 out. 2017.

95 NICOLAO, Hamilton Pessota. **Direitos Fundamentais: princípio da dignidade da pessoa humana frente à autonomia privada nas relações entre particulares**. Disponível em: <www.pucrs.br> Acesso em: 31 jan. 2017.

96 KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Traduzido por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 Lda., 2007, p. 77.

Antecessor ao pensamento de Immanuel Kant, possui respeitável influência os dizeres de Tomás de Aquino, primeiro a apresentar expressamente o termo dignidade humana. Para encontrar esclarecimento racional para a existência de Deus e para a fé, foi Tomás de Aquino quem “concebeu o homem como ser composto de matéria e espírito que formam uma unidade substancial, sobressaindo a racionalidade como caráter único do ser humano, que o distingue dos demais seres.”⁹⁷ Para Aquino “todos os humanos são iguais em dignidade, uma vez que todos são dotados naturalmente da mesma racionalidade.”⁹⁸

Contemporaneamente, tem-se como elemento nuclear dos direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana, de maneira que é preciso retomar a discussão sobre a fundamentalidade dos direitos, considerando que há “quem visualize na dignidade da pessoa humana o referencial e critério material principal para atribuir a condição de direito fundamental a determinada posição jurídica fundada na constituição.”⁹⁹

A dignidade da pessoa humana apresenta uma dualidade compatível: de um lado opera como fundamento dos direitos fundamentais, como fonte, enquanto que, por outro lado, compreende o conteúdo dos direitos. Percebe-se que a relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais está constantemente em processo de reconstrução, determinando uma dialética de recíproca influência.¹⁰⁰

Destarte, a dignidade da pessoa humana tem sido compreendida como um meio de “direito a ter direitos, ou seja, como o direito fundamental de toda e qualquer pessoa humana ser titular de direitos fundamentais que assegurem e promovam justamente a sua condição de pessoa (com dignidade) no âmbito de uma comunidade.”¹⁰¹

Por conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos direitos fundamentais pode ter, em uma acepção, a feição de lei geral, visto que sendo eficiente a invocação de determinado direito fundamental (no qual está empregada a dignidade), não há motivo para invocar de forma autônoma a dignidade humana, que nunca é considerada de aplicação subsidiária, justamente pelo fato de que ao agredir um direito fundamental se está ofendendo a dignidade.¹⁰²

97 RIVABEM, Fernanda S. **A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro**, p. 04-05. Disponível em: <revistas.ufpr.br> Acesso em: 31 jan. 2017.

98 Idem.

99 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015, p. 97.

100 Ibidem, p. 102.

101 Ibidem, p. 122-123.

102 Ibidem, p. 117.

A relação entre dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais não pode ser caracterizada (num viés técnico-jurídico) como subsidiária, mas deve ser designada pela substancial fundamentalidade que a dignidade tem em relação aos direitos fundamentais.¹⁰³

Assim, a dignidade da pessoa humana não seria outra coisa senão o núcleo dos direitos fundamentais, isto é, a “premissa fundamental do Estado Democrático de Direito, dessumindo-se como a fonte ética que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais.”¹⁰⁴

De acordo com Pérez Luño, a dignidade da pessoa humana existe não apenas como uma garantia negativa de que a pessoa não vá ser objeto de ofensas ou de humilhações,

sino que supone también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. El pleno desarrollo de la personalidad implica, a su vez, de un lado, el reconocimiento de la total *auto-disponibilidad*, sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; de otro, la *autodeterminación* que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza de una vez por todas.¹⁰⁵

A doutrina atualmente tende a conceber a dignidade a partir da situação básica da relação do homem com os outros homens, no lugar de o fazer em função do homem singular

encerrado en su esfera individual, que había servido a las caracterizaciones de este valor en la fase del Estado liberal de derecho Esta dimensión intersubjetiva de la dignidad es de suma transcendencia para calibrar el sentido y alcance actuales de los derechos humanos que encuentran en ella su principio fundamentador.¹⁰⁶

103 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015, p. 117.

104 SCHMITZ, José Carlos; SCHÖNING, Raquel. **Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito brasileiro, sob a ótica da política jurídica**. Justiça do Direito. v. 27, n. 2, jul./dez. 2013, p. 396. Disponível em: < seer.upf.br> Acesso em: 31 jan. 2017.

105 Mantidos os grifos originais. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Teoría del derecho**: una concepción de la experiencia jurídica. Decimoquinta edición. Madrid: Tecnos, 2016, p. 223.

106 Ibidem, p. 225.

Outrossim, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o fundamento

da concepção dos direitos como trunfos, porque é dessa igual dignidade de todos que resulta o direito de cada um conformar autonomamente a existência segundo as suas próprias concepções e planos de vida que têm, à luz do Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, o mesmo valor de quaisquer outras concepções ou planos de vida, independentemente da maior ou menor adesão social que concitem.¹⁰⁷

Jorge Reis Novais escreve que a dignidade da pessoa humana significa a não suscetibilidade de tratamento da pessoa como um mero objeto do poder estatal, como uma instrumentalização ou coisificação da pessoa nas mãos do Estado.¹⁰⁸

Cumprе enfatizar que, conforme Gregorio Peces-Barba, a dignidade da pessoa humana e a dignidade da humanidade

son dos aspectos de una misma mentalidad, la del antropocentrismo y de la laicidad, dos coordenadas que encuentran todo el proceso. Cuando reflexionamos sobre la dignidad humana, referencia ética radical, y sobre el compromiso justo que corresponde a las sociedad bien ordenadas, no estamos describiendo una realidad sino un deber ser, en cuyo edificio la dignidad humana es un referente inicial, un punto de partida y también un horizonte final, un punto de llegada.¹⁰⁹

Ademais, Chaïm Perelman assevera que “o respeito pela dignidade humana é considerado hoje um princípio geral de direito comum a todos os povos civilizados,”¹¹⁰ de modo que se for tal deferência pela dignidade humana uma doutrina jurídica dos direitos fundamentais, ela pode ser considerada como uma doutrina das obrigações humanas, pois cada pessoa tem o dever de respeitar o indivíduo humano.¹¹¹

107 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Ed., 2006, p. 30-31.

108 Ibidem, p. 30.

109 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho**. 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2003, p. 66-67.

110 PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 401.

111 Idem.

2 DIREITO DE PROPRIEDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fustel de Coulanges, ao discorrer sobre a antiguidade, apresenta que a ideia de propriedade fazia parte da própria religião. Cada família tinha seu lar, bem como seus antepassados.¹¹² Nesse viés, “a propriedade era tão inerente à religião doméstica, que uma família não podia renunciar nem a uma, nem à outra.”¹¹³

Embora diferente da concepção atual, desde os tempos prístinos a propriedade é uma esfera fulcral para o andamento do gênero humano, seja a propriedade em sua forma pública, social, privada, agrícola, industrial, rural, urbana, de bens de consumo, de uso pessoal, de bens de produção, etc., isto porque “a propriedade não constitui uma instituição única, mas várias instituições diferenciadas, em correlação com os diversos tipos de bens e de titulares.”¹¹⁴

Decorrente da plena ciência da existência de diversos padrões de propriedade, os quais, inclusive, autorizariam até mesmo o emprego do termo propriedades no plural, não é cabível ignorar que “cada direito de propriedade é específico, tendo em vista as particularidades das partes passiva e ativa e do objeto da relação jurídica.”¹¹⁵

2.1 CONCEITO, FUNDAMENTOS JURÍDICOS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE

A fim de prosseguir com coesão, esclarece-se o porquê de adotar a expressão direito de propriedade, em detrimento de direito à propriedade. Uma das justificativas é que o direito de propriedade é considerado um direito subjetivo comum, enquanto que o direito à propriedade é estimado por muitos juristas como direito fundamental porque reúne “as características exigidas do ponto de vista formal para a sua fundamentalidade, ao contrário daquele.”¹¹⁶

112 COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A cidade antiga**. Título original: La Cité Antique - Étude sur Le Culte, Le Droit, Les Institutions de la Grèce et de Rome. Tradução de: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. Versão para eBook: eBooksBrasil. Editora das Américas S.A., São Paulo, 1961, p. 52.

113 Ibidem, p. 59.

114 SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 72-73.

115 COSTA, Alexandre Araújo. **Direito à propriedade x Direito de propriedade**. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília - RED/UnB. Número 01, ano de 1996, p. 37. Disponível em: <periodicos.unb.br> Acesso em: 14 ago. 2017.

116 Omitidos os grifos do fragmento original. CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; BORBA, Isabela Souza de. **O direito de propriedade no marco do constitucionalismo garantista**. R. Fac. Dir.,

Além disso, adita-se que o direito de propriedade e o direito à propriedade são “institutos diversos, porque diferentes os seus objetos. O direito de propriedade tem como objeto uma coisa, garantindo a uma pessoa, frente a toda a sociedade, uma série de faculdades e deveres.”¹¹⁷ Neste ângulo, portanto, investiga-se o direito de propriedade.

Em um viés versal, no século XVIII, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamou no décimo sétimo artigo que

al ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, a no ser que le exija evidentemente la necesidad pública, constatada legalmente, y con la condición de una indemnización justa y previa.¹¹⁸

Destarte, nota-se que, embora muito mais recente que a relação apontada entre religião, família e propriedade engendrada por Fustel de Coulanges, a propriedade é considerada pela Declaração como um direito inviolável e sagrado, o que externa a sua substancialidade para a sociedade.

É notável a relevância da relação jurídica disciplinada pelo direito de propriedade inclusive nos dias atuais, visto que a propriedade é indispensável para a própria existência pessoal. O direito de propriedade pode ser considerado como o mais sólido entre os direitos subjetivos, sendo o direito real por excelência, isto é, o sustentáculo em torno do qual gravitam os direitos das coisas. Cumpre ressaltar que é importante não apenas no direito, mas na sociologia e na economia.

Por ser intenso, não há uma “harmonia em relação ao conceito de propriedade, cuja tonalidade varia de acordo com o ângulo de visão de quem se propõe defini-la, sensível aos princípios metodológicos, orientações culturais e ideológicas.”¹¹⁹ Porém, mencionada variação de enfoques não inibe a verificação de conceitos tradicionais e contemporâneos de propriedade.

Fortaleza, v. 35, n. 2, jul./dez. 2014, p. 259. Disponível em: <www.revistadireito.ufc.br> Acesso em: 07 ago. 2017.

117 COSTA, Alexandre Araújo. **Direito à propriedade x Direito de propriedade**. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília - RED/UnB. Número 01, ano de 1996, p. 36. Disponível em: <periodicos.unb.br> Acesso em: 14 ago. 2017.

118 JELLINEK, Georg. **La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**. Granada: Editorial Comares, S. L., 2009, p. 125.

119 LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 36.

Os conceitos tradicionais partem da noção de direito subjetivo e estão colocados exclusivamente nos Códigos Cíveis, os quais seguem os modelos da segunda e da terceira codificação (isto é, francesa e alemã), inspirados no positivismo e balizados pela exegese. Enquanto que os conceitos contemporâneos, apesar de não existir ainda um consenso, vislumbram a propriedade como um *status* ou como uma relação jurídica complexa, dotada de direitos e deveres, inspirados em valores constitucionais e no princípio da função social.¹²⁰

Como observado, não há uma definição única para o direito de propriedade, de maneira que cada ordenamento jurídico condiciona o direito de propriedade de acordo com fatores econômicos e políticos. Vale observar um panorama acerca do direito de propriedade em diversos Estados para conhecer a diversidade e também ponderar sobre ela.

No continente americano, a título de exemplificação, o Código Civil do Peru¹²¹ e da Bolívia¹²² falam sobre poder jurídico, de maneira que no Código Civil do Peru há uma concepção subjetiva da propriedade considerada como uma prolongação da personalidade humana sobre os bens. Quanto à Venezuela, o direito de propriedade está garantido no Código Civil¹²³, dispositivo que sofre severas críticas por não expor um conceito deveras amplo.¹²⁴

No continente europeu, antes de tudo importa mencionar que o Código Civil da Espanha dispõe que a propriedade é o direito “[...] de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.”¹²⁵

120 LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 37.

121 O Título II da Seção III do Livro V do Código Civil do Peru aborda a propriedade (artigos 923 ao 998). Sendo que o artigo 923 anuncia que: “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.” PERU. **Código Civil**. Decreto Legislativo n. 295. Ministério de Justiça e Direitos Humanos. 16ª Edição Oficial. Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú, nº 2015-02742, Lima, 2015, p. 341.

122 O artigo 105, I, do Código Civil da Bolívia preconiza que: “La propiedad es un poder jurídico que permite usar, gozar y disponer de una cosa y debe ejercerse en forma compatible con el interés colectivo, dentro de los límites y con las obligaciones que establece el ordenamiento jurídico.” BOLÍVIA. **Código Civil**. DL n. 12760. Texto ordenado. Programa de Saneamento Legislativo. Área Civil y Familiar. Data: 06 ago. 1975. La Paz, 2010, p. 24.

123 O artigo 545 do Código Civil da Venezuela expõe que: “La propiedad es el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva, con las restricciones y obligaciones establecidas por la Ley.” VENEZUELA. **Código Civil**. Caracas: Editorial A. Almeda Cedillo, 1948, p. 70.

124 ALMEIDA, Washington Carlos de. **Direito de Propriedade: Limites ambientais no Código Civil**. Barueri: Manole, 2006, p. 08-09.

125 O artigo 348 e seguintes do Título II do Livro II do Código Civil espanhol retratam a propriedade. ESPANHA. **Código Civil**. Madrid: Instituto de Cultura Hispánica, 1959, p. 99.

O Código Civil de Portugal¹²⁶ assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor do bem, nos limites da lei. A propriedade no direito civil da Itália¹²⁷ possui direção “ideológica delineada por princípios cujo aspecto social se faz preponderante, conduz à orientação onde deve predominar a consciência voltada à transformação equânime da sociedade.”¹²⁸

No ordenamento jurídico da França a propriedade está codificada sob a legislação que foi editada em 1804, de maneira que “la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.”¹²⁹

Isto posto, José Castán Tobeñas aduz, em uma versão contemporânea do instituto, que a propriedade é

[...]un derecho subjetivo vinculado a los fines naturales y personales del hombre, pero al cual va ligado no circunstancial, sino necesariamente, una función social de contenido muy complejo, pero constituida en esencia por los deberes, negativos e positivos, que el vivir social y el bien imponen al propietario en beneficio de la comunidad.¹³⁰

Embora ousado reduzir o verbete considerando o relatado, é prudente esclarecer que a propriedade atualmente é vista como a relação jurídica complexa que tem por “conteúdo as faculdades de uso, gozo e disposição da coisa por parte do proprietário, subordinadas à função social e com correlatos deveres, ônus e obrigações em relação a terceiros.”¹³¹

A propriedade pode ser notada como o direito que tem todo o ser humano de “haver, usar e gozar de bens, de qualquer natureza, suscetíveis de apropriação.

126 Dispõe o art. 1.305 do Código Civil de Portugal: “O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas.” PORTUGAL. **Código Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 254.

127 Determina o artigo 832 do Código Civil da Itália que: “Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico.” ITÁLIA. **Codice Civile e leggi complementari**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2000, p. 112.

128 COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. **A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 97.

129 Texto do artigo 544. FRANÇA. **Código Civil**. Edición bilingüe. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2005, p. 319.

130 TOBEÑAS, José Castán. **La propiedad y sus problemas actuales**. 2 ed., Madrid: Reus, 1963.

131 LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 52.

Confere ao titular a vinculação à coisa, a preservação do patrimônio e a utilização coerente com os seus desígnios, respeitados os ditames da ordem jurídica.”¹³²

Isto posto, também se faz basilar diferenciar propriedade e posse, já que não é incomum mesclá-las. Deste modo, a definição de posse se decompõe em dois grupos: a posse civil e a posse natural, de modo que a primeira existe

quando alguém possui uma coisa como proprietário, quer porque na verdade o seja, quer porque tem justo título para se considerar como tal. A posse natural existe quando alguém possui como proprietário – em nome próprio – mas sem o título, ou com um título suficiente para transferir a propriedade, mas em que o possuidor está de má fé, porque aquele que lha transferiu não era o verdadeiro proprietário [...].¹³³

Ainda, cumpre apresentar a definição de posse sob duas égides, a do direito espanhol, o qual de um modo geral define a posse como exterioridade de um direito real, e a do direito brasileiro, que conceitua a posse como um direito sobre as coisas exercido no interesse do que detém. No caso da Espanha, é considerado possuidor quem tiver uma retenção interessada com base em um direito, enquanto que no Brasil, nem todo exercício de fato significa posse.¹³⁴

Isto determinado, verifica-se a existência de teorias que sobrevieram a fim de aclarar os fundamentos jurídicos da propriedade, isto é, as razões pelas quais o Estado (em tese) assegura o direito de propriedade às pessoas. Entre as conjecturas existe a Teoria da Ocupação, segundo a qual o fundamento da propriedade está na ocupação: quem se ocupa de um bem sem dono possui o direito de ser seu proprietário. Esta Teoria designa que a ocupação de coisas não apropriadas por outra pessoa alarga o domínio do homem sobre a natureza, transmuta o bem ocupado em valor econômico e cultural, aumentando o patrimônio de quem se apodera do bem.¹³⁵

Para outra Teoria, a da Lei, que por sua vez fundamenta a propriedade na lei, a pessoa tem direito de ser proprietária uma vez que a lei propicia tal reconhecimento. Foi Montesquieu o maior expoente desta ideia. Ocorre que diversas críticas foram

132 BITTAR, Carlos Alberto (coord.). **A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 07.

133 RODRIGUEZ, Manuel. **A posse**, estudo de direito civil português. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1980, p. 56.

134 Ibidem, p. 59-68.

135 ALMEIDA, Washington Carlos de. **Direito de Propriedade**: Limites ambientais no Código Civil. Barueri: Manole, 2006, p. 10.

lançadas em decorrência da fragilidade teórica, uma vez que o direito de propriedade “está acima das leis, de modo que a vontade humana, por meio do legislador, somente poderá regular-lhe o exercício.”¹³⁶

Para a Teoria da Especificação, a propriedade é fruto ou resultado do trabalho. Contudo, há uma reprovação neste raciocínio porque a propriedade pode ser vista como se fosse um salário. Nesta teoria quem não trabalha não é dono, ou seja, apenas o trabalho é título apto a constituir a propriedade. Em outros termos, pode-se dizer que esta “teoria é questionada [...] por ser a recompensa do trabalho o salário e não o que é produzido por ele.”¹³⁷

A Teoria da Natureza Humana é defendida como sendo a corrente doutrinária de maior consistência. Tem a Igreja Católica como maior seguidora, sobretudo porque na Bíblia Sagrada é possível encontrar passagens que fazem referência à propriedade da terra. Para justificar esta teoria como suporte à existência jurídica da propriedade, seus adeptos costumam aduzir que a “preservação da sociedade civilizada depende, basicamente, da garantia jurídica da propriedade individual pela satisfação que a mesma leva ao homem, conforme rege sua própria natureza.”¹³⁸

Para finalizar, a Teoria da Função Social, à paridade da anterior, é hodiernamente aclamada, pois defende que a legitimação e o fundamento do direito de propriedade estão na realização de seus fins sociais, nos benefícios para a pessoa e no progresso social. Muitos defensores dessa teoria tem um posicionamento “no sentido de que a propriedade não é um direito, mas sim uma função voltada a atender aos anseios públicos e coletivos.”¹³⁹

Assim, é possível conceber que a propriedade é característica natural do homem e é uma das principais formas de obter progresso social e econômico. Além disso, a propriedade sempre teve a sua função social, mesmo que essa percepção ou mesmo que “sua aceitação tenha se dado com o tempo, na medida em que a necessidade fez o pensamento social alterar-se e reconhecer a importância desse direito para a coletividade.”¹⁴⁰

136 ALMEIDA, Washington Carlos de. **Direito de Propriedade**: Limites ambientais no Código Civil. Barueri: Manole, 2006, p. 11.

137 Idem.

138 COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. **A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 54-55.

139 Ibidem, p. 62.

140 SOARES, Rafael M. **Direito de propriedade & princípio da justiça social**: controle social da propriedade pela desapropriação do latifúndio – uma análise sistêmica: Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2015, p. 151.

Destarte, verifica-se que a concepção de um direito de propriedade absoluto e ilimitado, que seria resultado das concepções político-econômicas do liberalismo, tem “vindo a descaracterizar-se pela acentuação do fim social daquele direito, em paralelo com a evolução dos sistemas político-econômicos para formas mais solidárias de participação dos cidadãos e das instituições.”¹⁴¹

Cientes da prevalência das duas últimas teorias, verifica-se a evolução histórica do direito de propriedade. Nesse itinerário de raciocínio, Lewis Henry Morgan aduz que a ideia de propriedade foi gradualmente formada na mente

humana, permanecendo em estado nascente e precário por imensos períodos de tempo. Surgindo durante a selvageria, requereu toda a experiência daquele período e da subsequente barbárie para desenvolver-se e preparar o cérebro humano para a aceitação de sua influência controladora. Sua dominância, como uma paixão acima de todas as outras, marca o começo da civilização. Ela não apenas levou a humanidade a superar os obstáculos que atrasavam a civilização, mas também a estabelecer a sociedade política baseada no território e na propriedade.¹⁴²

Sobre a propriedade na Antiguidade, Fustel de Coulanges assevera que

há raças que jamais chegaram a instituir entre si a propriedade privada; outras só a admitiram depois de muito tempo e a muito custo. Com efeito, não é um problema fácil, na origem das sociedades, saber se o indivíduo pode apropriar-se do solo, e estabelecer uma união tão forte entre si e uma parte da terra a ponto de poder dizer: Esta terra é minha, esta terra é como que parte de mim mesmo. Os tártaros admitem direitos de propriedade quando se trata de rebanhos, e não o compreendem quando se trata do solo. Entre os antigos germanos, de acordo com alguns autores, a terra não pertencia a ninguém; todos os anos a tribo designava a cada um de seus membros um lote para cultivar, lote que era trocado no ano seguinte. O germano era proprietário da colheita, e não da terra. O mesmo acontece ainda em uma parte da raça semítica, e entre alguns povos eslavos.¹⁴³

141 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Proteção do ambiente e direito de propriedade**: crítica de jurisprudência ambiental. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 10.

142 MORGAN, Lewis Henry. **A sociedade antiga**. Texto selecionado e revisão: Celso Castro. Tradução: Maria Lúcia de Oliveira. Texto original: Morgan, Lewis Henry. Ancient Society. Nova York: Gordon Press, 1877, p. 121.

143 COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A cidade antiga**. Título original: La Cité Antique - Étude sur Le Culte, Le Droit, Les Institutions de la Grèce et de Rome. Tradução de: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. Versão para eBook: eBooksBrasil. Editora das Américas S.A., São Paulo, 1961, p. 51.

Contanto, “as populações da Grécia e da Itália, desde a mais remota antiguidade, sempre reconheceram e praticaram a propriedade privada.”¹⁴⁴ Assim, na Grécia Antiga vigorava a propriedade familiar, consoante a prática da divisão e atribuição de terras entre os clãs, limitando-se a propriedade individual aos bens móveis. Apenas com o aparecimento da economia monetária é que foi possível a expansão da propriedade plena individual.¹⁴⁵

Acontece que “foi em Roma que a concepção de uma propriedade rigidamente individual se firmou de uma maneira mais dogmática e positivada.”¹⁴⁶ No itinerário romano houveram determinadas modalidades de propriedade: quirítária, pretoriana, provincial e peregrina.¹⁴⁷

A história das sociedades primitivas demonstra que a propriedade, em geral, atravessa três fases bem distintas, sendo a primeira a agrária, quando o terreno pertence coletivamente a todos os membros de uma tribo

o de una gens; después, la propiedad familiar, cuando cada familia llega a ser única propietaria de cierta extensión de tierra que se transmite de varón en varón a los descendientes del jefe de familia, y, por último, la propiedad individual, cuando el terreno pertenece no ya a una tribu o a una familia, sino a cada ciudadano, que puede disponer a su antojo de las tierras de las cuales es propietario exclusivo.¹⁴⁸

144 COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A cidade antiga**. Título original: La Cité Antique - Étude sur Le Culte, Le Droit, Les Institutions de la Grèce et de Rome. Tradução de: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. Versão para eBook: eBooksBrasil. Editora das Américas S.A., São Paulo, 1961, p. 51.

145 LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 14.

146 LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil**: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998, p. 40.

147 Sobre as modalidades de propriedade no curso da história romana, pode-se compilar que: “A propriedade quirítária era 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 pela *rei vindicatio*. A propriedade pretoriana, ou bonitária, desenvolveu-se pela jurisprudência do pretor, protegendo o adquirente de uma coisa, contra quem não a tinha transferido mediante ato formal. Nasceu da necessidade de proteger o adquirente de uma situação iníqua, até que se consumasse a correta aquisição da propriedade pelo usucapião. A chamada propriedade provincial dizia respeito aos imóveis situados nas provinciais – pertencentes ao povo romano – sobre os quais apenas se deferia a posse aos particulares, mediante o pagamento de certa quantia. Tal posse, porem, era transmissível aos herdeiros, alienável e gozava de proteção de ação real. A propriedade peregrina nasceu da necessidade de se garantir aos peregrinos – que não possuíam o *ius commercii* – situação defato que lhes garantisse proteção do Estado contra terceiros, para defesa de seus bens. Criou-se verdadeira propriedade de fato, análoga a quirítária.” LOUREIRO, Francisco Eduardo. Op. Cit., p. 16.

148 PETIT, Eugène. **Tratado Elemental de Derecho Romano**. Traducido de la novena edición francesa y aumentado con notas originales, mui amplias por José Ferrández González y Don José Ma. Rizzi. 23 ed. México: Editorial Porrúa, 2007, p. 233.

Na Idade Média, a propriedade desenhou um entendimento singular que se embatia ao exclusivismo romano e introduzia uma superposição de titulações de domínios, paralelas umas às outras. A valorização do solo e a ligação entre o poder político e a propriedade de terras conceberam uma identificação entre soberania e propriedade, de maneira que o domínio direto era do senhor feudal e o domínio útil do vassalo. Assim, o suserano delegava poderes ao vassalo enquanto que obrigações de jaez financeiro e militar eram formadas deste para com aquele.¹⁴⁹

Nota-se que na Idade Média o regime de propriedade feudal era fundamentado na unidade de produção, na qual haviam três formas de posse sobre a terra, uma delas era a coletiva nos bosques e pastos (servos colhiam frutos e cortavam madeira enquanto senhores caçavam), outra era o chamado manso senhorial (metade da terra era cultivada) e a outra manso servil ou tenência (tratava-se de uma propriedade onde o servo usava a terra, mas o dono era o senhor).¹⁵⁰

Portanto, a sociedade medieval “em que o sistema feudal vigorava para as relações de detenção de terra, era uma sociedade de ordens e estamentos.”¹⁵¹ Nesse período a propriedade, sobretudo a sobre terras, situava-se em plano especial, de modo que no topo da escala social se encontrava o senhor e nele se fundiam o direito de propriedade e a jurisdição política. Deste modo, a Idade Moderna é que rompe a situação descrita.

Cabe elucidar que, conforme Paolo Grossi, a Idade Medieval e a Idade Moderna são “due pianeti legati da una continuità cronologia, ma contrassegnati da una effettiva discontinuità, che à effettiva perché la diversità profonda nelle soluzioni adottate discende de radicalmente diverse fondazioni antropologiche.”¹⁵²

Sendo assim, o esboço da Idade Moderna inicia a partir da expansão comercial, pela grande produção manufatureira,

pela formação de impérios financeiros, pelas sociedades por ações e, no século XVI, com a descoberta do Novo Mundo. A ideia de propriedade imobiliária torna-se senso comum e instituição reconhecida em todo o Ocidente. As coroas conquistadoras, às custas das suas novas colônias,

149 LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil**: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998, p. 42-43.

150 COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da Costa. **A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 13.

151 Idem.

152 GROSSI, Paolo. **Mitologie Giuridiche della modernità**. III edizione accresciuta. Giuffrè Editore, 2007, p. 18.

inauguraram o período que pode se identificar como fase da acumulação primitiva do capital, o que possibilita o advento do modo de produção capitalista. A nova forma de propriedade que ganha relevo em pouco tempo é a propriedade industrial, que vem se juntar à propriedade imobiliária, todas de caráter absolutamente individual e destinadas a atender expectativas particulares e setoriais de uma parcela da sociedade, sendo idealizadoras de que esta propriedade tenha um fim em si mesma, ou seja, servir de capital para gerar mais capital.”¹⁵³

Quando se discursa sobre a Idade Moderna é impreterível dizer que coube à Revolução Francesa, marco histórico e político do período, instaurar um singular tratamento à propriedade no aspecto político-ideológico e jurídico.¹⁵⁴

Sobre a Revolução Francesa cabe expor que operou

uma ruptura dramática e contraditória, sendo preciso, aliás, distinguir seus efeitos a curto e a longo prazo. No nível imediato, há a desconfiança de que os “interesses privados”, ou particulares, oferecem uma sombra propícia aos complôs e às traições. A vida pública postula a transparência; ela pretende transformar os ânimos e os costumes, criar um homem novo em sua aparência, linguagem e sentimentos, dentro de um tempo e de um espaço remodelados, através de uma pedagogia do signo e do gesto que procede do exterior para o interior. Num prazo mais longo, a Revolução acentua a definição das esferas pública e privada, valoriza a família, diferencia os papéis sexuais estabelecendo uma oposição entre homens políticos e mulheres domésticas. Embora patriarcal, ela limita os poderes do pai em vários pontos e reconhece o direito do divórcio.¹⁵⁵

Outrossim, pode-se aduzir que as revoluções ocorrem em face de um tipo de propriedade e em favor de outro, isto significa que “um tipo de propriedade não pode ser protegido sem que se lese outro. Na grande Revolução Francesa, a propriedade feudal foi sacrificada para que se salvasse a propriedade burguesa.”¹⁵⁶

Portanto, afirma-se que na Idade Moderna foi máxime a Revolução Francesa o movimento que ampliou o significado de propriedade, visto que oportunizou a abolição de privilégios e o cancelamento de direitos perpétuos.¹⁵⁷

153 LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil**: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998, p. 46.

154 Ibidem, p. 48.

155 PERROT, Michele (direção). **História da Vida Privada**: da Revolução Francesa à Primeira Guerra, 4. Tradução: Denise Bottman e Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 17.

156 ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 9ª ed. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, S.A., 1984, p. 127.

157 LEAL, Rogério Gesta. Op. Cit., p. 48.

Na Idade Contemporânea, a propriedade igualmente enfrentou transmutações. Há uma tendência sociabilizadora deste direito instituída por deliberação das Cartas Sociais contemporâneas que determinam à propriedade uma função social, de modo expresso ou não, no “conteúdo dos preceitos constitucionais, salvaguardando, os interesses da coletividade, em prol do desenvolvimento social, alicerçado em preceitos-garantia que busquem efetivar o bem-estar e a justiça social.”¹⁵⁸

Para tecer uma visão sinóptica, com base no legado de Castán Tobeñas, cumpre registrar que Aroldo Moreira assinala os estágios elementares de transformação da propriedade. Nessa perspectiva, cabe dizer que no momento mais antigo houve a prevalência da propriedade coletiva, especialmente na esfera familiar. Já no mundo antigo clássico, sobretudo Grécia e Roma, foram fortalecidas formas de propriedade individual. Na Idade Média houve o processo de desintegração da noção unitária da propriedade a partir do desdobramento das faculdades entre o titular do domínio e o efetivo possuidor. Na Idade Moderna se presenciou um impulso favorável à propriedade unitária, individual e livre, acentuando-se a fundamentação jusnaturalista. No século XIX ocorreu a colisão da concepção subjetiva e individualista com os movimentos de caráter coletivo, ao mesmo tempo em que o desenvolvimento tecnológico e científico deu lugar a novas formas de propriedade. Nos dias atuais a tendência é humanizar o direito de propriedade, sobretudo em relação a sua função social, para que sejam promovidas formas harmônicas de propriedade pessoal e coletiva, para que se salvasse a dignidade e a liberdade de cada homem e a solidariedade de todos.¹⁵⁹

2.2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Ao declarar a Teoria da Função Social como fundamento jurídico da propriedade, somada à Teoria da Natureza Humana, bem como tendo em vista a perspectiva contemporânea do direito de propriedade, torna-se evidente a ampliação da aceitação da premissa de que é insuficiente a simples exploração do direito de propriedade, ou seja, deve-se considerar a atribuição social.

158 COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da Costa. **A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 43.

159 MOREIRA, Aroldo. **A propriedade sob diferentes conceitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 75-76.

A propriedade, como um aspecto relevante na qualidade de vida social, possui um papel muito

importante a ser desempenhado. O explorador desse direito não possui a faculdade de desviar-se desse papel, uma vez que se assim o fizer, estará desencadeando o mal social. [...] Portanto, o direito de propriedade, por ser um direito que alavanca a melhora coletiva deve estar em consonância com a sua função, não podendo ser explorado com pensamentos meramente individualistas que trazem apenas benefícios pessoais.¹⁶⁰

Isto posto, ao retratar aspectos da função social da propriedade é imperioso partir das colocações de Léon Duguit, pioneiro deste segmento doutrinário. Léon Duguit engendrou que a propriedade não é um direito, mas sim uma função social. Para ele o proprietário,

es decir, el poseedor de una riqueza, tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino.¹⁶¹

Evidente que a doutrina Duguit sobre a função social da propriedade contém um fundo de verdade, até mesmo porque a socialização da propriedade é um fato inelutável. Contudo, pode-se dizer que o erro de Duguit foi querer abolir a noção de direito de propriedade, isto pois a propriedade não é uma função social, mas tem uma função social. Nesse viés (que embate a teoria de Duguit), pode-se refletir que “a função social da propriedade não exclui o direito do proprietário, apenas limita o emprego da propriedade, tendo em vista o interesse geral.”¹⁶²

160 SOARES, Rafael Machado. **Direito de propriedade & princípio da justiça social**: controle social da propriedade pela desapropriação do latifúndio – uma análise sistêmica: Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2015, p. 152.

161 DUGUIT, Léon. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón**. Edeval. Colección Juristas Perennes. Dirigen esta colección los profesores Manuel de Rivacoba y Rivacoba y Agustín Squella Narducci, p. 33.

162 COSTA, Moacir Lobo da. **A propriedade na teoria de Duguit** (exposição e crítica), p. 338. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66216/68826>> Acesso em: 09 ago. 2017.

Curioso perceber que a evolução do direito de propriedade, depois do processo de individualização, nos dias de hoje procede em sentido oposto, ou seja, por meio de uma concepção de cunho social, de modo que quando não é cumprida a função social se pode atentar a existência de um abuso de direito.

Neste sentido, o ordenamento não protege o direito subjetivo

de usar a coisa segundo a vontade, mas garante, tão somente, a liberdade do possuidor da mesma de satisfazer a função social que lhe compete pelo fato de ser o detentor da riqueza. Há abuso de direito quando, no seu exercício, não forem considerados os interesses dos outros indivíduos. Nele coexistem o dever do exercício e os interesses coletivos. O proprietário obriga-se a exercer seu direito, quando assim lhe exige o bem comum. Se o titular do direito não utiliza as faculdades inerentes ao domínio para extrair do bem os frutos que este tem capacidade de produzir, ficará sujeito às cominações legais, para que a propriedade possa ser recolocada em seu caminho normal. A função social, aqui, visa justamente a fazer com que ela seja utilizada de maneira a cumprir o fim a que se destina, ao menos dogmaticamente, não gerando contraposição entre os interesses individuais e coletivos.¹⁶³

A datar do fim da Primeira Guerra Mundial, muitos países (em especial os países do continente europeu) passaram a subordinar o uso e o gozo da propriedade ao interesse social, de modo que decorreu a vinculação do direito de propriedade com a sua respectiva função social. Nesse viés, as legislações e, depois, as Constituições foram importantes para a transmutação do Estado em regulador do direito de propriedade. Ademais, necessidades sociais remodelaram a propriedade, de modo que houve relativização deste direito, que passou a ser subordinado à função social.¹⁶⁴

Além da propriedade, os inúmeros traços advindos da vivência do Estado atualmente estimulam que ele próprio deve exercer uma função social. Pasold propõe que o Estado Contemporâneo (também enquanto território) realize a sua função social, implicando nas ações que o Estado deve praticar, de maneira que o sujeito seja valorizado, o objeto atendido e os objetivos realizados, com prevalência do social, privilegiando os valores fundamentais do ser humano.¹⁶⁵

163 LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil**: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998, p. 51.

164 CRUZ, Paulo Marcio. **Intervenção e regulação do Estado**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>> Acesso em: 08 ago. 2017, p. 20.

165 PASOLD, César Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. revista e ampliada. Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 52.

Isto posto, manifesto que a função social da propriedade tem irradiação adjunta ao direito de propriedade, nota-se que a função social

aparece como algo añadido, super-puesto, al concepto del derecho de propiedad, que es, por definición, individual y que sirve a tales fines. Según este planteamiento, el derecho de propiedad, figura esencial dentro de los derechos, acaba cumpliendo dos fines: uno individual, directamente, y otro social, por añadidura. Dentro de este planteamiento genérico, existieron posturas que inclinaban más a la balanza hacia uno u otro fin.¹⁶⁶

A noção de função traduz um poder, mais especificamente o poder de dar ao objeto da propriedade um destino certo, de vincular a propriedade a um objetivo definido. A noção do adjetivo social mostra que mencionada meta corresponde ao interesse coletivo (sendo que pode ser harmônica à conveniência desejada pelo proprietário). Isto é, a função social da propriedade “corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica.”¹⁶⁷

Investigar a função social é, por conseguinte, um fator obrigatório, exatamente porque não há controle coletivo

sem ordenar a sociedade para uma autoconstrução. A não observância do requisito da referida função acarreta uma linha contrária de ações à elaboração da estrutura “função social” impedindo que a complexidade presente na sociedade seja reduzida.¹⁶⁸

A concepção de propriedade mudou, houve ampliação do seu sentido social, tornando-se, em geral, não um instrumento de ambição e desunião, mas um fator de progresso e de desenvolvimento.¹⁶⁹

Nesse viés, a funcionalização da propriedade não pode ser considerada outra

166 PAYERAS, Miguel Coca. **Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica**. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1988, p. 225.

167 Omitidos os grifos presente no trecho original. 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. 75.

168 SOARES, Rafael M. **Direito de propriedade & princípio da justiça social**: controle social da propriedade pela desapropriação do latifúndio – uma análise sistêmica: Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2015, p. 147-148.

169 MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 04.

coisa senão a nova moldura social a ser absorvida pela sociedade. Essa nova face da propriedade

foi construída enquanto estrutura necessária para o controle daquela. Em não havendo aceitação da função social da propriedade, estar-se-á indo de encontro à ideologia do respeito coletivo, da preocupação com os anseios do conjunto de pessoas que compõe a sociedade. A propriedade sem função social consiste numa estrutura imperfeita que gera a propagação da complexidade, contribuindo para a manutenção da indignidade tão presente.¹⁷⁰

Em decorrência da função social, a propriedade atualmente é considerada um direito-meio. Isto significa que não é mais justificável apenas na

passividade de suas faculdades tradicionais do *jus utendi*, *jus fruendi* e *jus abutendi*. É direito que só se vê plenamente realizado quando se faz instrumento de proteção de valores fundamentais, isto é, quando cumpre com sua função social.¹⁷¹

Compartilha-se o entendimento de que a função social foi engendrada para a propriedade privada e pública para ser seu ponto de equilíbrio, uma vez que, hodiernamente, a função social é intrínseca a propriedade e necessária para a sociedade. Ressalta-se que a função social da propriedade não é incompatível com a modalidade pública, mesmo que esta já tenha uma finalidade pública (que lhe é inerente), mas que pode ser ampliada para melhor atender o interesse público.¹⁷²

Considerando os aspectos da função social da propriedade, apresenta-se uma correlação entre a função social da propriedade na legislação do Brasil e da Espanha. Assim, no sistema jurídico atual do Brasil a função social da propriedade procura fazer

170 SOARES, Rafael M. **Direito de propriedade & princípio da justiça social**: controle social da propriedade pela desapropriação do latifúndio – uma análise sistêmica: Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2015, p. 122.

171 Mantidos os grifos do original. RIBEIRO, Fernando J. Armando. **O Princípio da Função Social da Propriedade e a compreensão constitucionalmente adequada do conceito de Propriedade**. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br> Acesso: 08 ago. 2017.

172 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Função social da propriedade pública**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Disponível em: <direitodoestado.com.br> Acesso em: 09 ago. 2017.

justiça social no uso das propriedades.¹⁷³ Considera-se que a partir da evolução do tratamento constitucional da propriedade no Brasil, somado ao regime do Código Civil,¹⁷⁴ a propriedade sofreu uma reestruturação em seu conteúdo interno porque passou a ser um direito agregado a uma função.

O artigo da Constituição do Brasil que determina a constitucionalização da propriedade (artigo 5º, inciso XXII) não é o mesmo que designa a constitucionalização da função social da propriedade. Assim, o artigo 5º, inciso XXIII¹⁷⁵ da referida Norma Fundamental afirma que a propriedade atenderá a sua função social. Ademais, o artigo 170¹⁷⁶ do mesmo Diploma anuncia como princípios da ordem da econômica a propriedade privada e a função social, além disso, para operacionalizar a função social, o artigo 186¹⁷⁷ oferta requisitos para a realização.¹⁷⁸

Outrossim, a trajetória brasileira em relação ao direito de propriedade é bastante recente em comparação com a evolução histórica do direito de propriedade, que é profundo e intrincado. Evidencia-se que o ordenamento jurídico do Brasil contempla em apartado o direito de propriedade e sua função social, e, além disso, os envolve não somente na seara constitucional, mas também no campo infraconstitucional.

No que tange a Espanha, a função social está igualmente constitucionalizada, de modo que no primeiro ponto do artigo 33 se dispõe que “se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia”¹⁷⁹ e no seguinte está assegurado que “la función

173 DI SARNO, Daniela Campos Libório. **Elementos de Direito Urbanístico**. Barueri: Manole, 2004, p. 49.

174 O Código Civil do Brasil de 2002 não é a única normativa abaixo da Constituição que retrata a função social da propriedade, visto que o Estatuto da Terra, por exemplo, também apresenta tal dever em seus artigos 2º, 12, 13, 18 e 47.

175 Determina Constituição da República Federativa do Brasil que: “Art. 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: XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

176 Designa a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 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: II - propriedade privada; III - função social da propriedade.” Idem.

177 Estipula a Constituição do Brasil que: “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.” Idem.

178 SOARES, Rafael M. **Direito de propriedade & princípio da justiça social**: controle social da propriedade pela desapropriação do latifúndio – uma análise sistêmica: Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2015, p. 145.

179 ESPANHA. **Constitución Española**. 5ª ed. Madrid: Colex, 2010, p. 311.

social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.”¹⁸⁰

Nesta perspectiva, pode-se perceber que atualmente no Estado espanhol o que denota

la constitucionalización de la función social es que el interés individual no se encuentra protegido de una manera absoluta e incondicionada como acontecía en el orden liberal. Este se garantiza hasta un determinado punto: hasta el punto en que se haga incompatible con la realización del interés social y, por lo tanto, se convierta en un obstáculo a su efectiva consecución.¹⁸¹

Portanto, a função social da propriedade age como princípio que operacionaliza a propriedade. Depreende-se que na Espanha “[...] la recepción a nivel constitucional del principio de la función social no conlleva una disminución de la tutela, no pone en peligro la protección jurídica del interés individual del propietario.”¹⁸²

Deste modo, nota-se que tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no ordenamento espanhol há a constitucionalização da função social da propriedade (deve-se atentar que a Norma Fundamental da Espanha detém uma década a mais de vigor em relação a brasileira).

Por conseguinte, pode-se perceber que tanto no Estado brasileiro quanto no Estado espanhol a função social age como barreira que evita o uso arbitrário do direito de propriedade.

2.3 IMPUGNAÇÃO DA PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A questão preambular é se o direito de propriedade pode ser considerado um direito fundamental. Para refletir sobre esta indagação é preciso compreender que a Constituição deve ser o marco preambular para o controle social, isto é, uma matriz de poder na qual os direitos fundamentais estão positivados.

180 ESPANHA. **Constitución Española**. 5ª ed. Madrid: Colex, 2010, p. 311.

181 GAREA, Rafael Colina. **La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997, p. 182-183.

182 Ibidem, p. 183.

Nesse viés, a Constituição de um Estado precisa ser utilizada com o intuito de combater

os problemas que a sociedade enfrenta de forma a implementar as metas contidas no seu contexto. Mas, sendo uma fonte de poder, há de se ter cuidado para que não seja usada para a manipulação social, direcionada para vantagens pessoais em favor dos que podem utilizá-la como escudo de ação. Conseqüentemente, faz-se necessário um controle da coletividade efetivo para que o objetivo de suas normativas seja viabilizado e não desviado.”¹⁸³

Por esta linha de entendimento, reporta-se que os direitos contemplados em uma Constituição precisam ser válidos judicialmente, eficazes e justos¹⁸⁴ para que as adversidades sociais possam ser enfrentadas, sobretudo com a confiança do povo e sem contrafações dos dominantes.

Tem-se, nesse ângulo, que a propriedade integra as normativas constitucionais reguladas na Constituição que, por sua vez, traz o plano para que o gerenciamento econômico possa ser efetivado, traçado por meio de suas normas. Referido contexto apresenta benefícios à coletividade se devidamente implementado; contudo, se mal utilizado pode gerar complexidade social.¹⁸⁵

Assim, a ingerência no direito de propriedade pode ser vista como uma tentativa de se buscar a manutenção e o controle das necessidades sociais e econômicas, isto pois “o Estado não pode esconder-se na legalidade para desenvolver posturas formais sem operacionalizar atos reais que representem o Estado de Direito.”¹⁸⁶

Ao perceber que a democracia¹⁸⁷ tem sido vigorada pelas Constituições, em

183 SOARES, Rafael M. **Direito de propriedade & princípio da justiça social**: controle social da propriedade pela desapropriação do latifúndio – uma análise sistêmica: Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2015, p. 172.

184 GARCIA, Marcos Leite. **A concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba**: reflexões na busca de critérios para o conceito de Direitos Humanos. In: O Direito Contemporâneo e Diálogos Científicos Univali e Perugia. Org.: CRUZ, Paulo Márcio; BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVIERO, Maurizio, 2016, p. 23.

185 SOARES, Rafael M. Op. Cit., p. 173-174.

186 Ibidem, p. 173.

187 Para ilustrar o que se entende por democracia, diferencia-se da república a partir de um trecho do artigo X do Federalista, de modo que “the two great points of difference between a democracy and a republic are, first, the delegation of the government, in the latter, to a small number of citizens elected by the rest, secondly, the greater number of citizens, and greater sphere of country, over which the latter may be extended.” HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist**: a collection of essays, written in favour of the new constitution, as agreed upon by the federal convention, September 17, 1787, New York, p. 58. Outrossim, pode-se dizer que “the classical normative definition underline the legitimizing role of citizens. Democracy is power *from* the people, *of* the people and *for* the

especial na seara dos direitos fundamentais, é fulcral perquirir se tais direitos cumprem com seus objetivos, sobretudo com o propósito de preservar universalmente todas as pessoas.¹⁸⁸ A desobediência da meta acima mencionada por parte do direito de propriedade é o objeto que visa uma diagnose.

A afirmação do direito de propriedade como um direito fundamental é situada, hodiernamente, em vários textos constitucionais, bem como em tratados. Entretanto, referida condição, “assim como o sentido e o alcance que lhe são conferidos, constitui questão que integra o cerne do debate político-constitucional de maior repercussão do século XX.”¹⁸⁹ Ademais, entende-se que ecoa no século XXI também, especialmente ao considerar que o impasse da impugnação do direito de propriedade como direito fundamental é questão não solvida nas mais diversas ordens jurídicas.

Para reaquistar as questões do direito de propriedade, tem-se que na reflexão de John Locke tal direito surgiu como manifestação de uma racionalidade jusnatural.¹⁹⁰ O direito de propriedade “tiene para Locke un carácter absoluto y es irrenunciable: existe en el estado de naturaleza y, una vez constituida la sociedad civil, el fin del gobierno será la preservación de la propiedad.”¹⁹¹

Além disso, para John Locke, ainda que a terra e todas as criaturas inferiores pertençam em

comum a todos os homens, cada um guarda a propriedade de sua própria pessoa; sobre esta ninguém tem qualquer direito, exceto ela. 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.¹⁹²

people, and must be used for the people.” PORTA, Donatella della. **Can Democracy be saved?** Participation, Deliberation and Social Movements. Cambridge: Polity Press, 2016, p. 04.

188 GARCIA, Marcos L. AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandez de. **A propriedade é um direito fundamental?** Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 24. Disponível em: <www.conpedi.org.br> Acesso em: 29 ago. 2017

189 LEAL, Roger Stiefelmann. **A propriedade como direito fundamental:** breves notas introdutórias. Brasília a. 49 n. 194 abr./jun. 2012, p. 53.

190 Há grifos no original. GARCIA, Marcos L. AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandez de. Op. Cit. p. 24

191 VÁRNAGY, Tomás. **El pensamiento político de John Locke y el surgimiento del liberalismo.** Disponível em: <<https://aiu.edu/online/assignments/spanish/shs001s.pdf>> Acesso em: 30 ago. 2017, p. 56.

192 LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o direito civil:** ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 42.

Desse modo, observa-se que a lógica sobre a natureza (divina e inviolável) do direito de propriedade atravessou a história, tanto que mencionado direito segue nos dias de hoje em diversos textos constitucionais. Contudo, John Locke não conseguiu “visualizar que o trabalho, na medida em que se aperfeiçoa - sob o ângulo tecnológico - demanda mais esforços: individuais e coletivos e, também, cria situações de acentuada desigualdade.”¹⁹³

Assim, a divisão e os frutos do trabalho não são repartidos uniformemente. As diferenças econômicas advindas do trabalho, a hostilidade surgida pela divisão territorial da propriedade, a criação de classes sociais, a persistência do egoísmo, demonstram como a ideia de John Locke foi desvirtuada da chamada visão romântica *jusnatural*.¹⁹⁴

Decorrente da desconstrução do parecer acima, Jean-Jacques Rousseau¹⁹⁵ conjecturou para quem possua significativo patrimônio, que faça seu uso de forma moderada; enquanto que para quem não possua, ele prognosticou moderação de avareza e ambição.¹⁹⁶ Deste modo, nota-se a improbabilidade de generalização do direito de propriedade, por não se estender aos seres humanos de forma universal e equânime.

Outrossim, Pierre-Joseph Proudhon aduziu que a propriedade não é outra coisa senão um “formigueiro de abusos”.¹⁹⁷ Nesse sentido, um direito constitucional e, sobretudo, quando este for fundamental, jamais poderia exteriorizar a disparidade social. Um direito fundamental deve impulsionar a igualdade entre os seres humanos, de modo que a propriedade, nos moldes atuais, estaria inábil para assumir a qualidade de direito fundamental.

Salienta-se as mudanças e a relevância da propriedade para a transformação e evolução do ser humano e da coletividade, sobretudo pela relação direta da propriedade com aspectos sociais, civis, econômicos, políticos, etc., bem como com o desenvolvimento gregário.

193 GARCIA, Marcos L. AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandez de. **A propriedade é um direito fundamental?** Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 25. Disponível em: <www.conpedi.org.br> Acesso em: 29 ago. 2017

194 Ibidem, p. 25-26.

195 Rousseau disse: “o que supõe, por parte dos grandes, moderação de bens e de crédito, e, do lado dos pequenos, moderação de avareza e ambição.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução: Rolando Roque da Silva. Versão para Ebook. Edição Eletrônica. Ed. Ridendo Castigat Mores, 2002.

196 GARCIA, Marcos L. AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandez de. Op. Cit., p. 26.

197 PLOUDHON, Pierre-Joseph. **Sistema das contradições econômicas, ou, Filosofia da miséria**, tomo I. São Paulo: Ícone, 2003, p. 111.

Considerando que a propriedade está positivada como um direito fundamental em várias Constituições, incluindo a brasileira, é possível (embora intrincado) impugnar o direito de propriedade como um direito fundamental.

Nessa perspectiva, é no entorno do desenvolvimento

do novo ideário do Estado Constitucional ou democrático e social de Direito que o positivismo-constitucionalismo garantista de Ferrajoli ou o chamado positivismo ético ou corrigido de Peces-Barba irão se desenvolver.¹⁹⁸

Sobre o Constitucionalismo Garantista de Ferrajoli, aduz-se que se trata de um

um sistema jurídico e/ou uma teoria do direito que preveem – para a garantia daquilo que vem estipulado constitucionalmente como vinculante e inderrogável – a submissão (inclusive) da legislação a normas relativas à produção não só formais, relativas aos procedimentos (ao quem e ao como), mas também materiais, relativas aos conteúdos das normas produzidas (ao que se deve decidir e ao que não se deve decidir), cuja violação gera antinomias, por comissão, ou lacunas, por omissão.¹⁹⁹

Quanto ao Positivismo Ético ou Corrigido para Peces-Barba, é possível elucidar que os critérios de validez do Direito devem ser estabelecidos por um preceito de

identificación de normas que sea norma básica puesta del sistema. Sin embargo, la que he llamado ética o moralidad pública es relevante para identificar al Derecho; o, dicho de otra forma, unos criterios de moralidad forman parte de la norma básica de identificación de normas. Se diferencia del iusnaturalismo, primera aproximación, porque no acepta como jurídica a una moralidad que no se incorpore al Derecho con arreglo a esas condiciones establecidas en la norma de identificación, es decir producidas como Derecho aunque como moralidad sean previas al mismo, por los órganos competentes y de acuerdo con el procedimiento de producción preestablecido.²⁰⁰

198 GARCIA, Marcos L. AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandez de. **A propriedade é um direito fundamental?** Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 33. Disponível em: <www.conpedi.org.br> Acesso em: 29 ago. 2017

199 FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André K. (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 19.

200 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Derechos Sociales y Positivismo Jurídico**: Escritos de Filosofía Jurídica y Política. Madrid: Dykinson, 1999, p. 123.

Isto posto, uma das questões mais marcantes no legado de Peces-Barba tange os direitos fundamentais, sobretudo a concepção tridimensional de tais direitos, a qual principia a partir de uma visão dualista. O dualismo é conhecido como uma proposta metodológica, o qual

es denominado así por tomar en consideración dos perspectivas de los derechos a la hora de concebirlos y justificarlos: la ética y la jurídica. En este sentido, reúne a aquellas posiciones que vienen a afirmar que toda reflexión sobre los derechos, que quiera ser capaz de dar cuenta de éstos en su integridad, deberá integrar razones éticas y jurídicas. Dicho de otra manera, el discurso de los derechos se desenvuelve tanto en el ámbito ético como en el jurídico.²⁰¹

Ocorre que um conceito integral dos direitos exige, segundo Gregorio Peces-Barba, um contemplação dos direitos

también como realidades sociales. Así sólo cabe hablar de derechos cuando se trata de pretensiones morales justificadas (esto es que poseen una justificación ética), incorporadas al Derecho (reconocidas en alguna norma perteneciente al Ordenamiento) y susceptibles de ser eficaces (esto es, pueden ser satisfechas por el Derecho dada la realidad social). Estos tres ámbitos de reflexión, estrechamente comunicados, pueden, en las posiciones de G. Peces-Barba, ser ampliados por un cuarto, identificable como ámbito político (mediación entre lo ético y lo jurídico).²⁰²

Isto posto, Asís Roig adverte que, na realidade, o uso das três perspectivas (que podem ser vislumbradas nos últimos trabalhos de Peces-Barba) caracterizam a teoria em comento como tridimensional. Isto significa que para falar de direito fundamental “no sólo es necesaria la justificación ética y la incorporación al Derecho sino también la efectiva posibilidad de satisfacer su contenido.”²⁰³

Portanto, os direitos fundamentais, para propender uma efetiva realização, moldam-se em três dimensões: a primeira se relaciona com a validade (fundamento-legitimidade), a segunda com a vigência (positividade-legalidade) e a última com as

201 ASÍS ROIG, Rafael de. **La concepción dualista de los Derechos Fundamentales en la teoría de Gregorio Peces-Barba**. In: VV.AA. Entre la Ética, la Política y el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Vol. I. Madrid: Dykinson, 2008, p. 391.

202 Ibidem, p. 392.

203 Ibidem, p. 392-393.

práticas sociais (efetividade). Isto significa que a concepção tridimensional é composta pelos enfoques ético, jurídico e social.²⁰⁴

Sendo assim, sobre a primeira dimensão, Gregorio Peces-Barba aduz que uma pretensão moral justificada, tendente a facilitar a autonomia e a independência pessoal,

enraizada en las ideas de libertad e igualdad con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construida por la reflexión racional en la historia del mundo moderno, con las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista.²⁰⁵

Ademais, para que se revele uma pretensão moral justificada, faz-se necessário que seu conteúdo seja generalizável, passível de ser elevada a Lei Geral, ou seja,

que tenga un contenido igualitario, atribuible a todos los destinatarios posibles, ya sean los genéricos hombre o ciudadano, o los situados trabajador, mujer, administrado, usuario o consumidor, minusválido, niño etc. Esta exigencia se comunica con la tercera de las condiciones para la existencia de un derecho fundamental, de carácter fáctico, propio de la realidad social, con lo que aparece aquí el viejo tema del condicionamiento de la superestructura por la infraestructura, o de la moralidad por la realidad, tal como lo entendía el marxismo ortodoxo, que en alguno de sus análisis parciales a precipitado enterrar definitivamente. Esta exigencia excluye, como veremos, al derecho de propiedad como derecho fundamental.²⁰⁶

Desse modo, os direitos fundamentais precisam ser (ou partir) de uma pretensão moral alicerçada na dignidade da pessoa humana (principal sustentáculo), na igualdade, na liberdade e na solidariedade humana (outros suportes). Em palavras diversas, “os direitos fundamentais devem estar fundamentados em alguns valores básicos que foram se formando a partir da modernidade.”²⁰⁷

204 GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 46, 10.2007. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>> Acesso em: 27 jan. 2017.

205 PECES-BARBA MARTÍNEZ, 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. 109.

206 Idem.

207 GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais.** Revista eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* de

A elucidação da pretensão moral justificada remete a fundamentação teórica do “por quê” dos direitos fundamentais. Deste modo, verifica-se que algo que contrarie a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade não pode ser justificado, portanto, como pretensão futuro direito fundamental.²⁰⁸

A segunda dimensão assume que uma pretensão moral justificada deve ser acoplável a uma norma

que pueda obligar a unos destinatarios correlativos de las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo, que sea susceptible de garantía o protección judicial, y, por supuesto que se pueda atribuir como derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad a unos titulares concretos.²⁰⁹

Em outros termos, os direitos fundamentais devem ter a possibilidade técnica-jurídica de serem positivados. Contudo, não devem ser apenas norma, é necessário o acompanhamento de sua respectiva garantia, ou seja, não é suficiente que um direito esteja reconhecido e declarado se não for garantido, visto que haverá ocasiões em que tal direito será discutido, desobedecido e violado. Na perspectiva jurídica, além de positivados, os direitos fundamentais devem ter a contingência de exigibilidade perante autoridades competentes.²¹⁰

O que se reconhece até então é que um direito fundamental somente como pretensão moral justificada, sem ser uma norma do direito positivo (seguido por sua respectiva garantia), seria tão somente um direito natural. Os direitos fundamentais devem possuir a oportunidade ou estarem inseridos em um texto legal.²¹¹

A terceira dimensão está associada ao fato dos direitos fundamentais serem realidade social, ou seja, atuantes na vida social e, por conseguinte, condicionados

Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 04, n. 02, 2009, Disponível em: <www.univali.direitoepolitica> Acesso em: 27 jan. 2017, p. 308.

208 GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais**. Revista eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* de Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 04, n. 02, 2009, Disponível em: <www.univali.direitoepolitica> Acesso em: 27 jan. 2017, p. 308.

209 PECES-BARBA MARTÍNEZ, 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. 109-110.

210 GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. Op. Cit., p. 309-310.

211 Ibidem, p. 308.

em sua existência por fatores extrajurídicos de caráter social, econômico ou cultural, os quais favorecem, dificultam ou impedem sua efetividade. Assim, o analfabetismo,

dimensión cultural, condiciona la libertad de prensa; y los progresos de la técnica en un determinado momento de la cultura científica por ejemplo con los progresos de las comunicaciones, condicionan la idea de la inviolabilidad de la correspondencia; o la escasez de bienes puede condicionar o impedir tanto la existencia de una pretensión moral a la propiedad por el imposible contenido igualitario cuanto la de una norma jurídica por la imposible garantía judicial.²¹²

A realidade social, meio em que se aplicam os direitos fundamentais, é relevante para determinar a sua efetivação. Há fatores influenciadores que reverenciam uma visão integral do conceito dos direitos fundamentais, como a conscientização social dos direitos fundamentais, vontade política das autoridades, políticas públicas, real educação para a cidadania, etc.²¹³

Para Peces-Barba, um dos mais desafiadores problemas que prejudicam a efetividade dos direitos fundamentais é a desconsideração da realidade social, chamada de principal negação parcial da atualidade, ou seja, a desconsideração dos direitos sociais como fundamentais. A dimensão social da ótica dos direitos se relaciona com a incidência real de fatores econômicos, sociais e culturais, aspectos relevantes para a efetividade²¹⁴ dos direitos fundamentais.²¹⁵

Isto posto, toda vez que um direito tem a pretensão de ser fundamental (seja um conteúdo normativo ou qualquer pretensão moral que possa se candidatar como direito fundamental) ele deve cumprir (ou ter a possibilidade de cumprir) as três dimensões acima descritas. Caso não as satisfaça, não pode ser considerado um direito fundamental.²¹⁶

212 PECES-BARBA MARTÍNEZ, 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. 112.

213 GARCIA, Marcos L.; MELO, Osvaldo. **Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais**. Revista eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* de Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 04, n. 02, 2º quad. de 2009, Disponível em: <www.univali.direitoepolitica> Acesso em: 27 jan. 2017, p. 311.

214 Importa considerar que a efetividade, neste ato, diz respeito a influência da realidade social sobre o Direito, de modo que se trata do “condicionamento da justiça ou moralidade das normas ou de sua validade ou legalidade, por fatores sociais.” Ibidem, p. 311-312.

215 Idem.

216 GARCIA, Marcos Leite. **A concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba**: reflexões na busca de critérios para o conceito de Direitos Humanos. In: O Direito

Destarte, é possível haver uma norma injusta, mesmo que válida judicialmente e eficaz, como é a situação das normas que propagam diferenças entre poderosos e oprimidos. Trata-se de direitos fundamentais violados em nome dos próprios direitos fundamentais. Nesse sentido, o direito é uma ferramenta de poder que pode ser usada tanto para promover o progresso social quando para obstruir a evolução gregária.

Neste sentido, pode-se refletir que “o caráter transformador e revolucionário dos Direitos Fundamentais é certamente a luz do final do túnel dos povos, a saída de seus problemas sociais mais graves, sobretudo dos mais oprimidos e dos mais débeis.”²¹⁷

Para Peces-Barba, um bom exemplo de direito que não pode ser considerado como direito fundamental é o direito de propriedade, motivado pela problemática da escassez. Nesse sentido, deve-se atentar que “as consequências de um direito não-fundamental tipificado como fundamental são gravíssimas e servem para perpetuar injustiças.”²¹⁸

É inadiável esclarecer que a questão da escassez é de suma importância para entender

a impossibilidade de enquadramento da propriedade como um direito humano fundamental. Uma vez que a propriedade não é generalizável, igualitária, não se pode garantir a todos, exatamente por ser um bem escasso. Assim sendo pelo aludido problema da escassez, segundo o professor espanhol, não podemos incluir o direito à propriedade no rol dos Direitos Fundamentais.²¹⁹

É resultado do processo de generalização a progressiva tomada de consciência

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 carecer de la generalidad, no un derecho igual de todos los seres humanos.²²⁰

Contemporâneo e Diálogos Científicos Univali e Perugia. Org.: CRUZ, Paulo Márcio; BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVIERO, Maurizio, 2016, p. 23.

217 GARCIA, Marcos Leite. **A concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba**: reflexões na busca de critérios para o conceito de Direitos Humanos. In: O Direito Contemporâneo e Diálogos Científicos Univali e Perugia. Org.: CRUZ, Paulo Márcio; BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVIERO, Maurizio, 2016, p. 23.

218 Idem.

219 Ibidem, p. 27.

220 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Con la colaboración de: Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés. Madrid: Editorial Dykinson, 2004, p. 114.

Com o intento de superar a problemática da escassez, pensa-se que a partir da solidariedade se pode alcançar a cooperação em uma sociedade organizada pelo Direito, ou, em outros termos,

que la cooperación exige una sociedad organizada por reglas jurídicas, donde los valores de justicia comprendan, junto a la libertad y la igualdad, la solidaridad, en estos modelos de abundancia o de escasez extrema no se dan las condiciones de la cooperación.²²¹

Tendo em vista que a história dos direitos fundamentais também é a história da luta pela dignidade humana²²² é coerente, mesmo que lastimoso, compreender que atualmente o direito de propriedade, embora consagrado como um dos pilares do processo de positivação dos direitos do homem a partir das revoluções liberais, tem gradativamente deixado de ser um direito fundamental.²²³

Do exposto se verifica que deve haver um equilíbrio entre as dimensões acima verificadas, isto é, não basta haver uma pretensão moral justificada, seguida de sua garantia, quando a realidade social for oposta aos direitos fundamentais, ou seja, contrária à igualdade e à implementação de uma sociedade mais justa e solidária.²²⁴

Por conseguinte, o tema da escassez repercute na possibilidade

de un contenido igualitario de los derechos y consiguientemente, más en su justicia que en su validez. La escasez afecta a la posibilidad de considerar a la pretensión moral de que se trate como generalizable, es decir, como convertible en ley general. Cuando hablamos aquí de escasez lo hacemos en sentido fuerte, es decir, como bienes que no pueden en ningún caso repartirse, porque ese reparto nunca alcanza a todos. La suma total de esos bienes no se puede dividir para que todos puedan participar de alguna manera en ella. Sin embargo, se utiliza escasez en otro sentido más amplio, donde cabe un reparto que alcanza a todos.²²⁵

221 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Escasez y solidaridad**: una reflexión desde los clásicos. Repositorio institucional e-Archivo. Universidad Carlos III – Madrid. Área de Filosofía del Derecho, p. 28. Disponível em: <e-archivo.uc3m.es> Acesso em: 28 ago. 2017

222 GARCIA, Marcos Leite. **A concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba**: reflexões na busca de critérios para o conceito de Direitos Humanos. In: O Direito Contemporâneo e Diálogos Científicos Univali e Perugia. Org.: CRUZ, Paulo Márcio; BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVIERO, Maurizio, 2016, p. 21.

223 Ibidem, p. 28.

224 Ibidem, p. 22.

225 PECES-BARBA MARTÍNEZ, 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. 108.

Isto devidamente retratado, passa-se a verificação da justificativa engendrada por Luigi Ferrajoli quanto ao descabimento da permanência do direito de propriedade na seara dos direitos fundamentais, o qual faz pela lógica dos direitos patrimoniais.

Para Luigi Ferrajoli os direitos fundamentais “se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia.”.²²⁶ No viés do desenrolar histórico, os burgueses pleitearam direitos ante as classes privilegiadas (que eram a nobreza, alto clero e monarquia), em seguida os *sans-culotte* requereram direitos ante a burguesia (dona do poder) e, sucessivamente, os grupos mais fracos se inclinam a empenhar reivindicações. Isto leva a observar que classes histórico-socialmente menos amparadas (como mulheres, crianças, consumidores, etc.), constantemente tem a propensão de pleitear direitos ante os poderosos.²²⁷

Um direito jamais pensado pode emergir como nova demanda, enquanto que um direito prestigiado em um momento histórico pode deixar de ser fundamental, como é o caso do direito de propriedade na concepção de Luigi Ferrajoli, raciocínio tecido a partir de teses coligadas à teoria da democracia constitucional.

Sobre a teoria da democracia constitucional, a essência do constitucionalismo e do garantismo, ou seja, daquilo que se tem chamado de

“democracia constitucional”, reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones.²²⁸

Ferrajoli propôs uma definição teórica ou estrutural de direitos fundamentais. Nesta definição ele assevera que direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão, ou de pessoa capaz de agir.²²⁹

226 Omissos os grifos do trecho original. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Séptima edición. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 54.

227 GARCIA, Marcos Leite. AQUINO, Sérgio Ricardo. **A propriedade é um direito fundamental?** Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 35. Disponível em: <www.conpedi.org.br> Acesso em: 29 ago. 2017

228 FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 27.

229 Direitos subjetivos são qualquer expectativa de prestar ou de não lesar um direito, vinculada a um sujeito por uma norma jurídica. *Status* é a condição de um sujeito prevista por uma norma jurídica, a

A definição proposta “permite fundar cuatro tesis, [...] esenciales para una teoría de la democracia constitucional.”²³⁰ Tais teses servem, entre outros fins, para esclarecer a posição de Luigi Ferrajoli em relação à disposição do direito de propriedade como direito patrimonial.

Sendo assim, a primeira tese imediatamente remete

a la radical diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, concernientes los unos a enteras clases de sujetos y los otros a cada uno de sus titulares con exclusión de todos los demás.²³¹

O teorema seguinte remete que os direitos fundamentais, no instante em que correspondem aos interesses e expectativas de todos, formam o fundamento e o

parámetro de la igualdad jurídica y por ello de la que llamaré dimensión sustancial de la democracia, previa a la dimensión política o formal de ésta, fundada en cambio sobre los poderes de la mayoría. Esta dimensión no es otra cosa que el conjunto de las garantías aseguradas por el paradigma del Estado de derecho, que, modelado en los orígenes del Estado moderno sobre la exclusiva tutela de los derechos de libertad y propiedad, puede muy bien ser ampliado – luego del reconocimiento constitucional como derechos de expectativas vitales como la salud, la educación y la subsistencia – también al Estado social, que se ha desarrollado de hecho en este siglo sin las formas y sin las garantías del Estado de derecho y sólo en las de la mediación política, y hoy, también por esto, en crisis.²³²

A terceira tese é a que “se refiere a la actual naturaleza supranacional de gran parte de los derechos fundamentales”.²³³ E a quarta asserção tem a ver com relações entre os direitos e garantias, de modo que, “los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión).”²³⁴

qual é pressuposto da idoneidade para ser titular de situações jurídicas. FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, et. al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 09.

230 FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Edición de Antonio de Cabo y Geraldo Pisarello. Cuarta edición. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 25.

231 Idem.

232 Idem.

233 Idem.

234 Ibidem, p. 26.

Verificadas as teses de Ferrajoli acerca dos direitos fundamentais, passa-se a observar as diferenças que o jurista desenvolveu destes em relação aos direitos patrimoniais.

Assim, a primeira diferença consiste no fato de que

los derechos fundamentales – tanto los derechos de libertad como el derecho a la vida, y los derechos civiles, incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los derechos políticos y los derechos sociales – son derechos “universales” (*omnium*), en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares; mientras los derechos patrimoniales – del derecho de propiedad a los demás reales y también los derechos de crédito – son derechos singulares (*singuli*), en el sentido asimismo lógico de que para cada uno de ellos existe un titular determinado (o varios cotitulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos los demás. Por consiguiente, los primeros están reconocidos a todos sus titulares en igual forma y medida; los segundos pertenecen a cada uno de manera diversa, tanto por la cantidad como por la calidad.²³⁵

Outrossim, os direitos fundamentais são indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransponíveis e personalíssimos, ao passo que, diversamente, os patrimoniais são disponíveis, negociáveis e alienáveis. Enquanto que estes se acumulam, aqueles são invariáveis.

Nessa perspectiva,

no cabe llegar a ser jurídicamente más libres, mientras que sí es posible hacerse jurídicamente más ricos. Los derechos patrimoniales, al tener un objeto consistente en un bien patrimonial, se adquieren, se cambian, se venden. Las libertades, por el contrario, no se cambian ni se acumulan. Aquéllos sufren alteraciones y hasta podrían extinguirse por su ejercicio; éstas no varían por la forma en que se las ejerza. Se consume, se vende, se permuta o se da en arrendamiento un bien de propiedad. En cambio, no se consumen y tampoco pueden venderse el derecho a la vida, los derechos a la integridad personal o los derechos civiles y políticos.²³⁶

Os direitos patrimoniais estão sujeitos a acontecimentos, destinados a serem constituídos, modificados ou extintos por atos jurídicos. Portanto, depreende-se que

235 FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Séptima edición. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 46.

236 Ibidem, p. 47.

os direitos patrimoniais

tienen por título actos de tipo negocial o, en todo caso, actuaciones singulares, como contratos, donaciones, testamentos, sentencias, decisiones administrativas, por cuya virtud se producen, modifican o extinguen. A la inversa, los derechos fundamentales tienen su título inmediatamente en la ley, en el sentido de que son todos *ex lege*, o sea, conferidos a través de reglas generales de rango habitualmente constitucional.²³⁷

Ademais, direitos patrimoniais são horizontais e os fundamentais são verticais em duas vertentes: primeiro no sentido de que as relações jurídicas mantidas pelos titulares de direito patrimoniais são relações intersubjetivas do tipo civilista (contratual, sucessório, etc), enquanto que as relações que se produzem entre os titulares de direitos fundamentais são do tipo publicista,

del individuo (sólo o también) frente al Estado. En según lugar, y sobre todo, en el sentido de que mientras a los derechos patrimoniales corresponden la genética prohibición de no lesión en el caso de los derechos reales o bien obligaciones de deber en caso de los derechos personales o de crédito, a los derechos fundamentales, cuando tengan expresión en normas constitucionales, corresponden prohibiciones y obligaciones a cargo del Estado, cuya violación es causa de invalidez de las leyes y de las demás decisiones públicas y cuya observancia es, por el contrario, condición de legitimidad de por poderes públicos.²³⁸

Pelo exposto, para Ferrajoli o direito de propriedade está incluso na classificação de direito patrimonial pelo fato de ser um direito de caráter singular, de modo que o direito de propriedade não é atribuído para todos os seres humanos de forma equânime, visto que varia em fração e atributo de uma pessoa para outra. De acordo com o que foi apreciado, outro argumento que autoriza que Ferrajoli enquadre o direito de propriedade na rotulagem de direito patrimonial é a viabilidade de colocar a propriedade à disposição, aliená-la ou negociá-la (o que é inadmissível no âmbito dos direitos fundamentais). A possibilidade de remodelação do direito de propriedade por atos jurídicos permite Ferrajoli enquadrar a propriedade como direito patrimonial.

237 FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Séptima edición. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 48-49.

238 Ibidem, p. 49-50.

3 MARCO JURÍDICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE NO BRASIL

3.1 CONDIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Evidencia-se que, de acordo com Karel Vasak,

pour que les droits de l'homme deviennent une réalité juridique, trois conditions doivent être remplies: faut qu'il existe une société organisée sous la forme d'un état de droit; faut qu'à l'intérieur de l'état, les droits de l'homme s'exercent dans un cadre juridique préétabli, variable, cependant, en fonction de la nature des droits et en fonction des circonstances; faut, enfin, que l'exercice des droits de l'homme par leurs titulaires soit assorti de garanties juridiques précises et que, en particulier, des recours soient prévus permettant d'en obtenir le respect.²³⁹

De modo sintético, para garantir que os direitos fundamentais se efetivem como uma realidade jurídica urge o cumprimento de três critérios, quais sejam: a sociedade deve estar organizada em um Estado de Direito, os direitos fundamentais devem se estabelecer no ordenamento jurídico estatal - havendo viabilidade para inserção de outros - e, por fim, os titulares devem gozar de seus direitos fundamentais com garantias para o cumprimento seguro.²⁴⁰

O modelo social delineado pela Constituição Federal do Brasil se alicerça em um Estado centralizado (com poderes redistribuídos entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário), bem como em uma organização econômica assente na propriedade privada (a qual conduz o exercício do poder econômico a uma minoria e gera classes sociais desiguais) e em uma massa trabalhadora ampla (com direitos e garantias fundamentais em uma perspectiva ainda de subsistência).²⁴¹

David Sánchez Rubio alega que há uma consciência da “gran separación que existe entre lo que se proclama y se discurrese acerca de derechos humanos, y lo que se realiza, se construye y se hace en la práctica.”²⁴² No Brasil não é diferente, há uma

239 VASAK, Karel. **La réalité juridique des droits de l'homme**. In: VASAK, Karel (Rédacteur general). Les dimensions internationales des droits de l'homme. Paris: UNESCO, 1978.

240 Idem.

241 MARTÍNEZ, Paulo. **Constituição: legalidade versus realidade**. São Paulo: Moderna, 1991, p. 26.

242 SÁNCHEZ RUBIO, David. **Repensar Derechos Humanos: De la anestesia a la sinestesia**. Sevilla: Editorial Mad. S.L., 2007, p. 11.

ampla carência de conciliação entre a teoria dos direitos fundamentais e sua prática social.

Muito da referida dissonância advém do abismo entre o direito constitucional difundido antes da Constituição vigente no Brasil e o conteúdo da atual Lei Maior brasileira. Contudo, é inegável que se pode verificar no corpo normativo da vigente Constituição Brasileira muitas inovações de expressiva relevância em prol dos direitos fundamentais.²⁴³

Outrossim, cabe aludir que na Constituição de 1988 da República Federativa do Brasil houve uma inédita “outorga aos direitos fundamentais [...] do *status* jurídico que lhes é devido e que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional.”²⁴⁴ Destarte, os direitos fundamentais no Brasil estão gradativamente auferindo condecoração.

Considerando que os direitos humanos (fundamentais), na concepção de Álvaro Sánchez Bravo, “devienen arietes de legítimas y justas peticiones [...] basado en el espíritu constituyente de concordia y reconciliación, no puede ni debe dejar de atender”,²⁴⁵ reflexiona-se que os direitos fundamentais no Brasil se desenvolveram sobretudo em um espectro de harmonização depois de um período de governo autoritário²⁴⁶ e que mencionados direitos tem progressivamente buscado firmação.

243 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 63

244 Idem.

245 SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. **Justicia y Memoria**: Contra el olvido de las victimas. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM v. 10, n. 1 / 2015, p. 342. Disponível em: <periodicos.ufsm.br> Acesso em: 22 fev. 2017.

246 Sobre a ditadura militar no Brasil, sinteticamente, verifica-se que: “[...] foi instaurada por meio de um golpe militar que destituiu o governo, constitucionalmente eleito pelos brasileiros, num período de grande tensão política e mobilização social. [...] os anos que antecederam o Golpe Militar de 1964 foram marcados por intensa mobilização popular – organização de estudantes, camponeses, sindicalistas, trabalhadores da cidade – que se mobilizavam em favor das reformas de base – bandeira de luta do então presidente João Goulart. [...] Havia, portanto, uma polarização da sociedade: de um lado a crescente mobilização dos setores populares, dos nacionalistas e das esquerdas pelas reformas de base e, do outro, as elites econômicas tradicionais, grupos empresariais, direita política patrocinada pelo capital estrangeiro, grande parte das classes médias e até mesmo parcelas dos setores populares, que queriam “salvar” o Brasil da subversão e do comunismo, da corrupção e do populismo. Essa tensão política levou as forças contrárias ao governo a conspirarem contra Goulart e intervirem violentamente com o golpe militar de 1964 que instaura no Brasil um governo ditatorial que compreende um período que vai de 1964 a 1985. Foram vinte e um anos caracterizados pelas arbitrariedades, autoritarismo, falta de democracia, pela supressão de direitos constitucionais, pela censura, forte perseguição política e repressão aos que se posicionavam contra o regime militar. Diferente de outras ditaduras latino-americanas, a ditadura brasileira não foi personificada na figura de um único ditador, mas teve uma alternância de militares no poder por meio de eleições indiretas, na qual o presidente era eleito pelo Colégio Eleitoral – o que dava uma máscara democrática ao regime militar.” ANSARA, Soraia. **Memória política da Ditadura Militar e repressão no Brasil**: uma abordagem psicopolítica. Publicado em: <sapientia.pucsp.br> Acesso em: 22 out. 2017.

Assim, em relação ao processo de elaboração da Constituição Federal do Brasil de 1988, cumpre lembrar que o documento advém de um “amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar.”²⁴⁷

Algumas características foram atribuídas à Constituição Federal de 1988 (que podem ser estendidas parcialmente ao título dos direitos fundamentais): o caráter analítico, o pluralismo e forte cunho programático e dirigente. O caráter analítico se caracteriza pelo grande número de dispositivos legais, tal como ocorre na Constituição de Portugal e da Índia. Este perfil analítico reflete no título dos direitos fundamentais, composto por sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos, além dos outros direitos fundamentais dispersos ao longo de todo o texto. Assim, o procedimento

analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos.²⁴⁸

Os direitos fundamentais adquirem magnitude em decorrência do reforço em seu regime jurídico e da configuração do seu conteúdo, advindos da nova conduta do constituinte e das forças políticas-sociais em oposição ao antigo regime que aniquilava os direitos fundamentais.²⁴⁹

Ingo Sarlet opera a menção de que o pluralismo da Constituição vigente no Brasil advém do seu caráter compromissário, visto que o constituinte elegeu o acolhimento e a conciliação de posições advindas de diversas pressões políticas envolvidas na elaboração do texto. Destarte, os indícios do pluralismo também são encontrados nos segmentos dos direitos fundamentais, no qual se reconheceram direitos clássicos, mas também novos direitos.²⁵⁰

Na seara das inovações, enfatiza-se a atual situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, após o preâmbulo e os princípios,

247 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 63-64.

248 Ibidem, p. 64-65.

249 Ibidem, p. 65-66.

250 Ibidem, p. 65.

o que espelha rigor lógico, considerando que os direitos fundamentais são padrões hermenêuticos da ordem jurídica, nos moldes da melhor tradição constitucionalista. Além disso, observa-se que o emprego do termo “direitos e garantias fundamentais” foi outra transformação inédita no Brasil porque antes era empenhada a expressão “direitos e garantias individuais”, superada na evolução dos direitos. Outra sensata mudança tange a hospedagem dos direitos fundamentais sociais em um capítulo próprio no rol dos direitos fundamentais, uma vez que nos documentos passados os direitos sociais eram positivados no capítulo da ordem econômica e social.²⁵¹

Relevante modificação também se revela no fato de que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais detêm aplicabilidade imediata. Logo, nota-se que restou consagrado um *status* jurídico diferenciado aos direitos fundamentais na Constituição do Brasil de 1988. Tal proteção também se manifesta na inclusão dos direitos fundamentais no rol de cláusulas pétreas. Ainda, salienta-se que houve amplitude do elenco dos direitos fundamentais protegidos.²⁵²

Ocorre que, infelizmente, a prática dos direitos fundamentais é menos afortunada que sua teoria. Existem diversas dificuldades de proteção e implementação que maquilham os direitos fundamentais. Destarte, é preciso encontrar alternativas de melhoria no ordenamento jurídico, mas não apenas nele, justamente porque a evolução dos direitos fundamentais propaga que sua implementação depende muito de esforços integrados do(s) Estado(s) e do(s) povo(s).²⁵³

Nota-se problemas de eficácia em todas dimensões²⁵⁴ de direitos fundamentais, o que é preocupante, considerando que se uma parte dos direitos fundamentais já consagrados ainda não estão vinculados a uma implementação adequada, as novas

251 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 66.

252 Ibidem, p. 66-67.

253 Ibidem, p. 54-55

254 Embora a classificação dos direitos fundamentais em gerações possa ser excessivamente subjetiva, ainda assim cumpre elucidar que: “dependendo do autor podem ser três, quatro ou até cinco. Nossa preferência é pela divisão mais tradicional que em princípio está exposta em três gerações nos moldes da divisão apresentada por Karel Vasak, que foi quem criou o termo ‘gerações de direitos’ em 1979. Ditas gerações foram muito bem complementadas por Norberto Bobbio e atualmente excelentemente desenvolvida e defendida pelo professor Antonio-Enrique Pérez Luño. 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 para alguns autores mais duas gerações, uma quarta e uma quinta, que são respectivamente as referentes à bioética e as novas tecnologias da informação [...]”. GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais**. Revista eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* de Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 04, n. 02, 2009, Disponível em: <www.univali.direitoepolitica> Acesso em: 01 fev. 2017, p. 301-302.

e complexas situações são um desafio colossal para o Estado de Direito.²⁵⁵

O óbice na efetivação dos direitos se relaciona ao fato de que “nem tudo o que é desejável e merecedor de ser perseguido é realizável.”²⁵⁶ Desta maneira, para a concretização dos direitos fundamentais há condições objetivas imprescindíveis, as quais não dependem somente da boa vontade de quem as proclama, nem das acertadas disposições dos meios para proteger referidos direitos.

Norberto Bobbio elucida que o problema diante do qual se encontram os países em desenvolvimento (o que inclui o Estado brasileiro) tangencia suas respectivas situações econômicas, uma vez que, em que pese bons programas, a mazela econômica torna inviável desenvolver a proteção de significativa parte dos direitos sociais.²⁵⁷

Neste sentido, Bobbio esclarece que se está diante de um imbróglio cuja solução depende de um determinado “desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica.”²⁵⁸

Apesar dos problemas para a plena proteção, ainda assim é possível dizer que os direitos fundamentais tem vivenciado seu melhor momento no constitucionalismo brasileiro, pelo menos em relação ao reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna e pelo instrumentário disponível. Para que esta fase prossiga urge “o concurso da vontade por parte de todos os agentes políticos e de toda a sociedade.”²⁵⁹

Assim, a perquirição jurídica atual envolve a articulação de meios hábeis para tornar os direitos fundamentais operativos e também para tolher suas assíduas violações, assumindo importância a trama da eficácia dos direitos fundamentais, embora “se deva ter cuidado na distinção entre eficácia social da norma (alteração no plano dos fatos) e a eficácia jurídica da norma²⁶⁰, [...] embora seja inegável a íntima conexão temática entre os dois conceitos.”²⁶¹

255 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 55.

256 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Apresentação: Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

257 Idem.

258 Idem.

259 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit, p. 69.

260 Conforme José A. da Silva, “eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita”. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 66.

261 SCHÄFER, Jairo. **Direitos Fundamentais**: proteção e restrições. Porto Alegre: L. do Advogado, 2001, p. 57.

Álvaro Sánchez Bravo assevera que os direitos humanos (estendendo este entendimento também aos direitos fundamentais) “son interdependientes, indivisibles e interconectados”²⁶², de modo que “es evidente la conexión entre desarrollo y derechos humanos.”²⁶³

Nota-se que para a concretização dos preceitos fundamentais urge uma maturidade social direcionada ao reconhecimento dos direitos fundamentais (que são produto da sociedade mutável).

O início do século XXI sinaliza o momento em que o Brasil e toda a humanidade precisa compreender o fenômeno dos direitos fundamentais e fazer dele segmento da educação. Urge promover uma civilização e uma cultura que facilite a propagação da solidariedade na tolerância para culminar em uma educação dos e voltada para os direitos fundamentais.²⁶⁴

Sendo assim, como assevera David Sánchez Rubio, são as nossas relações e práticas

o tramas sociales tanto jurídicas como no jurídicas las que, en cada momento y en todo lugar, nos dan la justa medida de si hacemos o no hacemos derechos humanos, de si estamos construyendo procesos de relaciones bajo dinámicas de reconocimiento, respeto e inclusión o bajo dinámicas de imperio, dominación y exclusión²⁶⁵

É insuficiente haver uma pretensão moral justificada ligada a uma garantia se a realidade social for avessa aos direitos fundamentais.²⁶⁶ Esta afirmação remete ao fato de que a positivação de um direito não necessariamente o torna legítimo.

Logo, o investimento em educação (como um instrumento de primor social) pode auxiliar na inclusão dos direitos fundamentais na mentalidade cultural dos seres

262 SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. **El derecho a la vivienda y la crisis en España**: de burbujas inmobiliarias y desahucios. In: *Derechos Sociales en tiempos de crisis*. SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro, et al. Sevilla: Punto Rojo Libros, S. L., 2013, p. 115.

263 SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. **Injusticia Ambiental y Derecho Humano al Agua**. Revista Thesis Juris. São Paulo, v.3, n.2, Julho/ Dezembro.2014, p. 552. Disponível em: <www.revistartj.org.br> Acesso em: 22 fev. 2017.

264 GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais**. Revista eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* de Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 04, n. 02, 2º quad. 2009, Disponível em: <www.univali.direitoepolitica> Acesso em: 01 fev. 2017, p. 313.

265 SÁNCHEZ RUBIO, David. **Repensar Derechos Humanos**: De la anestesia a la sinestesia. Sevilla: Editorial Mad. S.L., 2007, p. 15.

266 GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. Op. Cit., p. 313-314.

humanos. Mudar o pensamento social é a chance de estabelecer a consciência dos direitos fundamentais como valores soberanos.²⁶⁷

3.2 MARCO CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE NO BRASIL

A teoria constitucional, engendrada gradualmente, empregou o território como elemento constitutivo do Estado, que atua como um critério limitador da autoridade de um governo. Nesta ideia que conecta a existência de um Estado a um território, isto é, a uma propriedade, apoia-se em um “modelo político de concentração de poder e riqueza que, por sua vez, é colocado como condição para o exercício efetivo de governo ou atos de gestão de interesses que parecem ser públicos.”²⁶⁸

O Estado, mediador da ordem social e patrimonial da sociedade capitalista²⁶⁹, remete a uma realidade histórica em constante mutação.²⁷⁰ Esta limitação territorial que corporifica o Estado é fulcral para a normatização da propriedade. O território é considerado objeto de vivências espirituais e integrador da

comunidad política. Y ello significa considerarlo como momento de una comunidad de destino; sobre todo cuando se le considera como objeto de la defensa, como espacio abierto al desarrollo, a la explotación, a la población, etc.”²⁷¹

Assim, considerando que a concretização mais essencial do Estado “es su territorio, y que las modificaciones del territorio no son cuantitativas, sino que afectan

267 GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais**. Revista eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* de Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 04, n. 02, 2º quad. 2009, Disponível em: <www.univali.direitoepolitica> Acesso em: 01 fev. 2017, p. 314.

268 LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil**: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998, p. 34.

269 O Estado se encontra em constante evolução, sobretudo em decorrência da globalização e do capitalismo, o qual “tenta controlar os mundos virtualmente possíveis através da variação e da contínua modulação. Ele não produz, propriamente, nem sujeito, nem objeto, mas sujeitos e objetos em contínua variação, gerados pelas tecnologias da modulação, que estão, por sua vez, em permanente variação.” LAZZARATO, Maurizio. **As revoluções do capitalismo**. Tradução de Leonora Corsini. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 106.

270 LEAL, Rogério Gesta. Op. Cit., p. 35.

271 SMEND, Rudolf. **Constitucion y Derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 104.

cualitativamente a la esencia misma del Estado”,²⁷² entende-se que a propriedade apresenta caráter preponderantemente nacionalista, dado que seus contornos são engendrados por valores inseridos em cada Estado, conforme sua política, economia e progresso social. Assim, o itinerário do direito de propriedade no Estado brasileiro tornou referido direito integrante tanto do direito privado quanto do direito público.

A propriedade no Brasil experimentou severas mudanças, sobretudo com a alteração do paradigma jurídico-político decorrente do advento do Estado Social de Direito.²⁷³ A concepção absolutista da propriedade fundada nos ideais do liberalismo presente na Constituição do Império de 1824, na Constituição de 1891 e no Código Civil de 1916, enquanto direito sagrado e inviolável, foi gradualmente substituída por um direito subordinado às demandas sociais.

A lei máxima imperial assegurava o direito de propriedade integralmente. Logo, estabelecia o artigo 179, inciso XXII da Constituição Política do Império do Brasil, outorgada pelo Imperador Dom Pedro I em 1824, que no caso do bem público exigir o uso e emprego da propriedade de um cidadão, este deveria ser indenizado do valor da propriedade de acordo com a lei.²⁷⁴

Sem colossais mudanças na forma, observa-se que a primeira Constituição Republicana brasileira, de 1891, proclamava a garantia do direito de propriedade em toda a sua plenitude. Neste momento, adentrava-se em uma fase de vigorosa reconstrução social, orientada por valores econômicos e ideais jurídicos diferentes dos da situação pretérita, ou seja, guiada por grandezas e convicções que já eram tendência na Europa desde o fim da Primeira Guerra Mundial.²⁷⁵

Promulgada a Constituição de 1934, a qual determinava que o direito de propriedade estava garantido e que não poderia ser exercido contra o interesse da sociedade ou coletivo, estava completamente assegurada a prevalência do interesse

272 SMEND, Rudolf. **Constitucion y Derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 106.

273 Salienta-se que o Estado Social não substituiu o Estado de Direito e seu desenvolvimento, o Estado Democrático de Direito. Isso significa que o Estado Social não só incorpora o Estado de Direito, como depende dele para atingir os seus objetivos. Para definir o Estado brasileiro atual é preciso construir a noção de Estado Social e Democrático de Direito, que é a soma do constitucionalismo, da república, da participação popular direta, da separação dos poderes, do legalismo, dos direitos, desenvolvimento e justiça social. SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 55-57.

274 BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março do ano de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em 10 ago. 2017.

275 MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 70-71.

público sobre o privado, além da mudança explícita do conceito de propriedade. Com a nova orientação, golpeou-se o princípio da intangibilidade e inviolabilidade do direito de propriedade, passando a existir uma forma mais humana, flexível, de satisfazer com mais habilidade as exigências sociais da época.²⁷⁶

Cumprir esclarecer que até então a economia brasileira era, por excelência, exportadora de produtos agrícolas primários, como cana-de-açúcar, cacau, borracha e café. Na realidade, são diversas as disposições, quer de direito civil, quer de direito administrativo, estabelecidas

antes mesmo da Constituição de 1934, que atingem frontalmente noções e conceitos fundamentais atinentes ao direito de propriedade, mas que expressam claramente os novos propósitos da ordem político-jurídica que se estava a iniciar. Assim é que tivemos, dentro de curto espaço de tempo, dentre outras leis de importância, a que obrigava a rescisão de contrato de locação, de prazo determinado, das moradias militares e funcionários públicos, quando transferidos para outros locais de trabalho; a que determinava o renovamento dos contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais ou industriais; as referentes à promulgação dos Códigos de Caça e Pesca, Código Florestal, Código de Minas, Código das Águas, as quais, inegavelmente, em pontos essenciais, abriram verdadeiras exceções a princípios básicos de nossa lei civil maior, objetivando, umas, atenuar a rigidez do princípio do Código, outras, além desse propósito, o maior aproveitamento desses recursos em benefício do interesse nacional comum.²⁷⁷

Na vigência da Constituição de 1934, em uma conferência pronunciada em Fortaleza no ano de 1935, Clóvis Beviláqua anunciava a sua simpatia pelo novo arquétipo, declarando que a definição de propriedade do Código Civil foi engendrada sob um viés um tanto rígido, de maneira que, para ele, a Constituição determinou uma fórmula boa porque fixou uma verdadeira doutrina social da propriedade, uma vez que atendia na propriedade ao elemento individual (seu estímulo implica a prosperidade do agrupamento humano) e ao social (razão do direito), além das transformações que a evolução cultural impõe à ordem jurídica.²⁷⁸

A Constituição de 1937 também consagrou mencionado princípio, designando no artigo 122 §14º, com redação dada pela Lei número 05 de 1938, suspenso pelo

276 MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 71-72.

277 Ibidem, p. 71.

278 Ibidem, p. 72.

Decreto número 10.358 de 1942 (que declarou o estado de guerra em todo território nacional).

Cumpre transcrever que referido artigo dispunha que

o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia, ou a hipótese prevista no §2º do art. 166. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício.²⁷⁹

Tecido o retrospecto acima referente as primeiras Constituições do Brasil, cabe examinar a Constituição de 18 de setembro de 1946, Carta elaborada para a etapa pós-ditatorial do Estado Novo, advinda quando mais se intensificaram, com o fim da Segunda Guerra Mundial, as ideias de natureza econômica e social que estavam transmutando a estrutura jurídico-política global.²⁸⁰

O artigo 141 §16º da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 aduz que estava garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia indenização em dinheiro. O artigo também previa que nos casos de perigo iminente, como guerra ou comoção, as autoridades competentes poderiam usar da propriedade particular, se assim o exigisse o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.²⁸¹

O *caput* artigo 147 dispunha que “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16º, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.”²⁸²

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 declarou entre os princípios da ordem econômica e social (com intensão de realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social) a função social da propriedade no artigo 157, inciso III²⁸³,

279 BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em: 11 ago. 2017.

280 MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 74.

281 BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 11 ago. 2017.

282 Idem.

283 Aduz o artigo 157 da Constituição do Brasil da República Federativa do Brasil de 1967 “Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: III - função

que foi mantida pela Emenda Constitucional de 1969 no artigo 160, inciso III.²⁸⁴ Tal determinação foi vultosa por inaugurar o instituto da função social na ordem jurídica constitucional brasileira.

Dessa maneira, no trânsito do Estado autoritário para o Estado de Direito, destaca-se que o direito constitucional brasileiro assegurava o direito de propriedade, atribuindo

la función social. La Constitución de 1969 establecía ese derecho, admitiendo la expropiación de bienes urbanos y rurales por necesidad pública y por interés social; vedaba a los extranjeros el acceso a la propiedad de empresas periodísticas de cualquier especie, inclusive de radio y televisión, así como aseguraba a los respectivos autores el derecho de propiedad a las obras literarias artísticas y científicas producidas. La propiedad de los inventos industriales y de las marcas de industria y comercio estaba, también, garantizada en el texto constitucional citado.²⁸⁵

Em síntese, pode-se dizer que na Constituição do Brasil de 1924 foi a primeira vez que o caráter social da propriedade esteve presente, de modo que ela não poderia ser exercida contra o interesse social e coletivo. Contudo, a Constituição de 1937, determinada pela ditadura de Vargas, silenciou o caráter social da propriedade, que ressurgiu na Constituição de 1946, a qual condicionou o uso da propriedade ao bem-estar social. A Carta Maior de 1967 garantiu o direito de propriedade e estabeleceu como princípio da ordem econômica a função social do mencionado direito.

Isto posto, é possível adentrar na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 que assegura o direito de propriedade no *caput* do artigo 5º (ao lado do direito à vida, liberdade, igualdade e segurança) como um direito fundamental. O inciso XXIII ordena que a propriedade cumpra uma função social. Além disso, o capítulo referente à ordem econômica e financeira estabelece a função social da propriedade como princípio da ordem econômica.

A Constituição vigente no Brasil, ao positivizar o direito de propriedade, limitou o

social da propriedade;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em: 11 ago. 2017.

284 “Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: III - função social da propriedade;” BRASIL. **Emenda Constitucional n. 01 de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 11 ago. 2017.

285 CAZUQUEM, Helio Mendes. **Los derechos fundamentales en la transición a la democracia em Brasil 1974/1989**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1992, p. 251.

poder do Estado no campo econômico. Assegurou

a propriedade privada sem torná-la, entretanto, intangível sob a ótica do Poder Público, pois previu e regulamentou as hipóteses de ingerência estatal nos bens de domínio particular, quando necessária para o bem comum. [...] Portanto, ao mesmo tempo em que a propriedade é regulamentada como direito individual fundamental, releva-se o interesse público de sua utilização e de seu aproveitamento adequados aos anseios sociais.”²⁸⁶

Outrossim, foi a primeira vez que uma Constituição do Brasil tratou em capítulos próprios acerca da propriedade urbana e propriedade rural. Embora haja desde 1964 o Estatuto da Terra, o qual normatiza direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais para a promoção da política agrária, na seara constitucional a separação do mencionado tópico ainda não havia sido experimentada.²⁸⁷

A propriedade pode ser vista como um dos sustentáculos da organização social e jurídica no Brasil. Ademais, “conta com garantias várias, de ordem constitucional e legal para a sua preservação e defesa, tanto em relação ao Estado como aos particulares – pessoas físicas ou jurídicas – com que interaja o respectivo titular.”²⁸⁸

O direito de propriedade é assegurado na Constituição atual do Brasil, de modo que cabe admitir que esta positivação é coerente na linha filosófica ocidental, que, por sua vez, é harmônica com as tradições romanísticas. Contudo, atualmente recebe contornos renovados, considerando a demanda decorrente da evolução fática e doutrinária, que vindicou ajustes para com os fins sociais.²⁸⁹

Nessa perspectiva, o direito de propriedade foi concebido inicialmente com uma índole individualista, isto é, como absoluto na condução do relacionamento entre a pessoa e a coisa, “impregnado encontra-se ora de valores sociais, dada a longa evolução por que passou a humanidade, na qual veio a adquirir a feição, de que ora desfruta, de direito compatível com a função social.”²⁹⁰

É permitida a apropriação, o uso e o gozo de bens disponíveis, sob reservas determinadas pela ordem pública. Porém, ao lado das limitações públicas existem as

286 MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 77.

287 Ibidem, p. 78.

288 BITTAR, Carlos Alberto (coord.). **A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 07.

289 Ibidem, p. 08.

290 Ibidem, p. 07.

limitações privadas, ou seja, o balizamento determinado na codificação civil e em outras legislações que regulam as relações entre particulares como as normas do direito de vizinhança, de águas, de divisas, etc.²⁹¹

A doutrina jurídica brasileira, sobretudo os privatistas, mas também os publicistas, concebem o regime jurídico da propriedade privada como subordinado ao direito civil, de modo que olvidam regras de direito público, em especial de direito constitucional, que igualmente disciplinam a propriedade. Sendo assim, a doutrina é um tanto confusa a respeito do tema, inclusive porque admite que a propriedade privada se configure sob dois prismas: como direito civil subjetivo e como direito público subjetivo.

Mencionada dicotomia no Brasil pode ser superada com a concepção de que a função social é um elemento do regime jurídico da propriedade; é, pois, princípio

ordenador da propriedade privada, incide no conteúdo do direito de propriedade, impõe-lhe novo conceito. Por isso, a noção de “situação jurídica subjetiva (complexa)” tem sido usada para abranger a visão global do instituto, em lugar daqueles dois conceitos fragmentados. Nela resguarda-se o conjunto de faculdades do proprietário dentro da delimitada esfera que a disciplina constitucional lhe traça. Nessa conformidade é que se pode falar em direito subjetivo privado (ou civil) do proprietário particular, como polo ativo de uma relação jurídica abstrata, em cujo polo passivo se acham todas as demais pessoas a que corre o dever de respeitar o exercício das três faculdades básicas daquele: uso, gozo e disposição [...].²⁹²

Isto posto, pode-se constatar que em busca de uma sociedade mais justa, igualitária e democrática, para que seja efetivada a premissa da dignidade da pessoa humana, a propriedade deve estar vinculada a uma meta social, sobretudo pela responsabilidade que a propriedade representa. O Estado deve garantir que a propriedade sobreviva às incertezas econômicas, além de contribuir para que ela seja autossustentável, para que a economia seja fomentada a fim de contribuir para a melhoria social em um futuro coletivo, que deve ser promissor.²⁹³

Na seara de dignidade e sociabilidade, vincula-se o direito de e à propriedade com a dignidade da pessoa humana. Ingo Sarlet aduz que se deve, ou se pode,

291 BITTAR, Carlos Alberto (coord.). **A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 07.

292 SILVA, José A. da. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 72.

293 SOARES, Rafael Machado. **Direito de propriedade & princípio da justiça social: controle social da propriedade pela desapropriação do latifúndio – uma análise sistêmica: Brasil e Portugal**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 167-168.

compreender a frase de Hegel, ao sustentar – numa tradução livre – que a propriedade constitui (também) o espaço de liberdade da pessoa (Sphäre ihrer Freiheit),²⁹⁴ o que não exclui o conteúdo social da propriedade, mas outorga-lhe ainda maior sentido.²⁹⁵

Ao considerar que a dignidade da pessoa humana é o direito a ter direitos e tendo em vista o caráter social que a propriedade tomou nos últimos anos, ao averiguar aspectos referentes à função social da propriedade no Brasil, nota-se que a propriedade tem uma função que deve ser protegida negativamente (a exploração deve ser socialmente controlada), bem como positivamente (para que o Estado possa garantir sua utilização segura). Além disso, propriedade sem função social tem a capacidade de gerar desigualdade na coletividade.²⁹⁶

Nesse viés, o Estado, no instante em que uma Constituição o declara social e democrático, apresenta metas complexas a percorrer. Estes novos valores tem ressonância na seara do direito privado e no regime jurídico da propriedade. O alicerce de princípios da Constituição do Brasil de 1988 acolhe proteção à fraternidade, um dos ideais da Revolução Francesa, na medida em que a solidariedade igualmente recebe valoração jurídica, fatores que devem guiar os juristas no momento da aplicação do direito, inclusive do direito de propriedade.

Sendo assim, hodiernamente, todo direito precisa estar voltado para garantir a dignidade da pessoa humana como valor súpero. Desse modo, a incumbência maior do Estado é garantir a todos a existência digna, de acordo com os preceitos da justiça social. A fim de que este anseio seja ascendido, os institutos e os direitos precisam exercer funções relacionadas ao bem estar de toda a comunidade. Neste sentido, a propriedade expõe um novo conteúdo ético e jurídico direcionado aos anseios gerais coletivos, sem ter o dever de ser, no entanto, um direito fundamental.

Tendo em vista que o Brasil se perpetua inserido em um sistema capitalista, busca-se garantir liberdades individuais. Contanto, há controle de liberdade. Mesmo existindo fomentação da aquisição de bens e produção de bens de consumo, tais

294 Sobre a propriedade, complementa-se que Hegel, em sua obra *Princípios da Filosofia do Direito*, afirma que: “Deve a pessoa dar-se um domínio exterior para a sua liberdade a fim de existir como ideia. Porque nesta primeira determinação, ainda completamente abstrata, a pessoa é a vontade infinita em si e para si, tal coisa distinta dela, que pode constituir o domínio da sua liberdade, determina-se como o que é imediatamente diferente e separável.” HEGEL, G. W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 44.

295 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 134.

296 SOARES, Rafael Machado. **Direito de propriedade & princípio da justiça social: controle social da propriedade pela desapropriação do latifúndio – uma análise sistêmica: Brasil e Portugal**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 152.

atividades devem estar em consonância com os anseios da sociedade. Em outros termos, urge a necessidade da inclusão social para que, por meio da Constituição, se possa propagar os direitos de integração.²⁹⁷

É necessário gerenciar a estrutura social a fim de que se concretize a justiça gregária.²⁹⁸ A propriedade que cumpre a sua função social gera benefícios coletivos no território brasileiro, direta e indiretamente, não sendo somente fonte de melhoria social e econômica para o proprietário da mesma, como para a sociedade em geral.²⁹⁹

3.3 CASO PINHEIRINHO

Com base no exposto, a aposta prática, entre outros fatos, é o Caso Pinheirinho. Narra-se que no ano de 2004, no município de São José dos Campos, o qual pertence ao estado-membro de São Paulo (Brasil), um terreno urbano de um milhão e trezentos mil metros quadrados foi ocupado por algumas famílias com a intensão de moradia. Mencionado terreno pertence a uma empresa falida, Selecta Comércio e Indústria S/A, e estava abandonado. Antes de ser ocupado o espaço referido não cumpria a sua função social.³⁰⁰ Tal porção de terra era conhecida como Pinheirinho.

A ocupação não pode ser considerada uma mera invasão, mas um “ato político organizado para extrair o Estado de sua inércia e para buscar a eficácia dos preceitos constitucionais do direito à moradia e da função social da propriedade.”³⁰¹ Ademais, os ocupantes do Pinheirinho eram pessoas sofridas, vítimas da apatia de governantes que insistem em tratar as estruturas do Estado fora da perspectiva do Direito Social e do respeito aos direitos fundamentais.³⁰²

297, SOARES, Rafael Machado. **Direito de propriedade & princípio da justiça social**: controle social da propriedade pela desapropriação do latifúndio – uma análise sistêmica: Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2015, p. 141-142.

298 No que tange a injustiça social, menciona-se que, “desde que a civilização se baseia na exploração de uma classe por outra, todo o seu desenvolvimento se opera numa constante contradição. Cada progresso na produção é ao mesmo tempo iam retrocesso na condição da classe oprimida, isto é, da imensa maioria. Cada benefício para uns é necessariamente um prejuízo para outros; cada grau de emancipação conseguido por uma classe é um novo elemento de opressão para a outra.” ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 9ª ed. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, S.A., 1984.

299 SOARES, Rafael Machado. Op. Cit., p. 144.

300 MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Direito de propriedade deve atender à função social**. Publicado em 30 jan. 2012. Disponível em: <www.conjur.com.br> Acesso em: 12 set. 2017.

301 Idem.

302 Idem.

O imbróglio diz respeito, portanto, a estagnação do Estado perante um problema social, o qual envolve a desigualdade e a má distribuição de renda que, por sua vez, desencadeou na ocupação, a qual não concerne somente à propriedade, mas igualmente à sua função social e ao direito à moradia, além da dignidade da pessoa humana. Cumpre esclarecer que o direito à moradia, agasalhado pela imagem de direito social essencial, tem ligação com um ambiente salubre, além de ter “como destinatário a coletividade, com a imposição da obrigação estatal de garanti-lo por meio de políticas públicas.”³⁰³

Como dito, a ocupação iniciou no ano de 2004, mesmo ano em que a empresa proprietária da área em comento ingressou com uma ação de reintegração de posse em face das pessoas que estabeleciam moradia no local. A decisão liminar que pleiteava a desocupação da terra de forma imediata foi desfavorável à pretensão autoral. A empresa buscou revertê-la, mas o recurso foi cassado mediante mandado de segurança por causa de vícios processuais formais.³⁰⁴

O processo judicial seguiu os trâmites normalmente enquanto a ocupação se organizava e se consolidava, especialmente a partir da criação de uma Associação de Moradores que

urbanizou o local com a formação de ruas, praças e a divisão do terreno em lotes com 250 metros quadrados, obedecendo-se, ainda, a regra, fixada pela Associação, de uma família por terreno. Formou-se no lugar um autêntico bairro, com novos moradores, pessoas oriundas da comunidade local, São José dos Campos, trabalhadores com ocupações diversas e também, é claro, desempregados, que para lá se dirigiam e investiam na construção de suas casas, agindo de tal forma, com boa-fé, principalmente em razão do aceno dado pelas três esferas do poder, Federal, Estadual e Municipal, em torno da possibilidade concreta da regularização da situação. Representantes das esferas do Poder visitaram por diversas vezes a comunidade.³⁰⁵

A situação emergiu de um problema social que poderia propender a um desfecho digno aos moradores. Ocorreu que, no ano de 2011, foi concedida uma decisão liminar (mais de sete anos após o pleito inicial) para a reintegração de posse, sem motivação

303 SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins (orgs.). **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p. 310.

304 MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Direito de propriedade deve atender à função social**. Publicado em 30 jan. 2012. Disponível em: <www.conjur.com.br> Acesso em: 12 set. 2017.

305 Idem.

baseada em fato novo. Nesse sentido, é evidente o descabimento da medida diante do tempo decorrido e em razão da intensa alteração física do local desde o início do processo judicial, visto que a área passou a contar com mais de cinco mil moradores, mais de oitenta pontos comerciais, templos religiosos e galpão comunitário.³⁰⁶

A partir de então o direito à moradia das pessoas que estavam estabelecidas no local, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e fraternidade com o próximo, bem como a própria função social da propriedade, etc., foram deveras desmerecidos por causa da decisão liminar que prestigiou a propriedade de um em detrimento da moradia de tantos.

Desta forma, a questão envolvia um feixe enorme de direitos,

não estando em jogo única e exclusivamente o direito de propriedade da massa falida. Assim, ainda que fosse para privilegiar o direito de propriedade da massa falida, sem a necessidade de justificá-lo pelo pressuposto da finalidade social, haver-se-ia, no mínimo, que assegurar que outros direitos não fossem, simplesmente, desprezados.³⁰⁷

Não bastasse a contestabilidade da forma com que foi empregada a técnica da ponderação na decisão liminar (o que não ocorreria se o direito de propriedade fosse enquadrado como um direito patrimonial), relatos apontam que a desocupação foi praticada com violência, envolveu conflitos entre as esferas federal e estadual tanto ao nível do Poder Judiciário quanto ao nível do Executivo, tratamentos degradantes aos “despejados durante e após a operação, obstrução ao trabalho da imprensa e de organizações e instituições defensoras dos direitos humanos, destruição e abandono ao saque dos bens das famílias despejadas por parte do poder público.”³⁰⁸

Em um relatório sobre o Caso Pinheirinho está apontado que quantitativamente foram registradas 260 denúncias de ameaças e humilhações, 225 denúncias sobre o tempo muito reduzido para que os moradores pudessem recolher seus bens pessoais, 205 denúncias sobre demolição da residência com bens ainda no interior das casas, 166 denúncias de agressão física, 77 denúncias de impedimento da livre circulação,

306 MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Direito de propriedade deve atender à função social**. Publicado em 30 jan. 2012. Disponível em: <www.conjur.com.br> Acesso em: 12 set. 2017.

307 Idem.

308 POPULARES, Brigadas; et. al. **Pinheirinho**: Um Relato Preliminar da Violência Institucional. Disponível em: <<http://www.global.org.br>> Acesso em: 13 set. 2017.

entre tantas outras declarações.³⁰⁹

O Caso Pinheirinho foi denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) solicitando a imposição de medidas legislativas e políticas públicas para que o Estado brasileiro não aquiesça com episódios afins e não importe tratamento parecido em outros conflitos sociais. Além disso, a denúncia requereu que fosse apurada a responsabilidade das autoridades envolvidas, sobretudo executiva e judiciária do estado-membro de São Paulo.³¹⁰

Ademais, foi elaborada uma Reclamação Disciplinar ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) do Brasil em face de autoridades do Poder Judiciário que atuaram no caso, uma vez que não basta regularidade técnica, urge ética e responsabilidade na função jurisdicional, a fim de que o Poder em comento seja vislumbrado como distribuidor de justiça, e não como o inverso, conforme salientaram membros da Ordem dos Advogados do Brasil.³¹¹

Sobre a situação atual das pessoas desalojadas, sabe-se que alguns antigos moradores do Pinheirinho receberam uma quantia irrisória em um acordo com a empresa logo após a desocupação, mas a grande maioria aguarda o desfecho da tramitação judicial de processos pleiteando indenizações pelo ocorrido. Cabe enunciar que depois de muito empenho está sendo construído um novo conjunto habitacional denominado “Pinheirinho dos Palmares,” distante geograficamente do antigo, para “readaptar” as pessoas que foram retiradas de seus lares de maneira desrespeitosa para com suas dignidades, visto que muitos sequer puderam recolher seus pertences adequadamente, além dos várias denúncias (como as supramencionadas).³¹²

Outrossim, cabe referir que, de modo bastante incisivo e crítico, Boaventura de Sousa Santos comentou a situação das pessoas desalojadas no Caso e questionou como o Brasil pode tolerar uma situação como a analisada.³¹³ Cumpre dizer que é lastimável perceber ocorrências em que poder e política prejudicam ostensivamente

309 PESSOA HUMANA, Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana – São Paulo (Brasil) – CONDEPE. **Relatório parcial do Caso Pinheirinho (A voz das vítimas)**. Protocolado SJDC Nº. 00081/2012. Disponível em: <www.escoladegoverno.org.br> Acesso em: 12 set. 2017.

310 LEMES, Conceição. **Massacre do Pinheirinho denunciado ao CNJ e à OEA**. Publicado em 22 jun. 2012. Disponível em: <www.viomundo.com.br/denuncias/massacre-do-pinheirinho-denunciado-ao-cnj-e-a-oea.html> Acesso em: 12 set. 2017.

311 Idem.

312 BERNARDES, José Eduardo. **Cinco anos após o despejo, famílias do Pinheirinho ainda aguardam indenizações**. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br>> Acesso em: 15 set. 2017

313 TRINDADE, Ivan. **Boaventura Santos: “Direita oligárquica não descansa.”** Publicado em 22 jan. 2012. Disponível em: <www.viomundo.com.br> Acesso em: 12 set. 2017.

a harmonia social, de tal maneira que interesses de alguns devastam aspirações de muitos.

Nessa conjuntura não agrada pensar que a influência pode ser mais incisiva que a piedade pelo semelhante. O sistema social deve sopesar as possibilidades dos menos favorecidos ao invés de proporcionar hostilidade que, em geral, instiga mais violência. Não se venera a ocupação (embora tenha sido suscitada por um problema social que o Estado deveria resolver com políticas públicas), mas se propõe uma reflexão para que em casos similares haja prudência na resposta de conflitos.

O Caso Pinheirinho “foi muito grave e a sociedade brasileira como um todo está desafiada a encontrar soluções que recomponham, imediatamente, a credibilidade na eficácia do Estado Democrático de Direito Social, instituído constitucionalmente.”³¹⁴ Abalos severos diminuem a confiança nas autoridades estatais, capaz de, até mesmo, desestruturar a reputação do país, que precisa recuperar sua fiúza.

Ocupar terras de propriedade alheia não deve ser considerada uma atitude usual, mas em contrapartida, não apenas pela função social da propriedade e pelo interesse social, o proveito da maioria precisa ser sopesado para que as respostas para as adversidades sejam pacíficas e coerentes, uma vez que, embora soe utópico, deva existir uma busca constante pela redução da desigualdade social, a qual precisa contar com o auxílio de um Estado íntegro.

Ainda sobre o Caso Pinheirinho, retoma-se que se está diante da aplicação da ponderação e da proporcionalidade desajustada, a qual priorizou o direito de propriedade de uma pessoa na defesa de seus interesses econômico-especulativos em face do direito à moradia de inúmeras pessoas, famílias, crianças, idosos, etc.³¹⁵ Urge a reflexão sobre o método da ponderação e o princípio da proporcionalidade³¹⁶ aplicado, pois esta ideia não foi desenvolvida a partir e com base no sistema brasileiro, havendo, diversas vezes, verdadeira distorção ao utilizar os preceitos da adequação,

314 MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Direito de propriedade deve atender à função social**. Publicado em 30 jan. 2012. Disponível em: <www.conjur.com.br> Acesso em: 12 set. 2017.

315 GARCIA, Marcos Leite. AQUINO, Sérgio Ricardo. **A propriedade é um direito fundamental?** Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 42. Disponível em: <www.conpedi.org.br> Acesso em: 29 ago. 2017

316 A teoria de Robert Alexy é deveras complexa, de modo que “o conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser compreendido estrita ou amplamente. Se ele é compreendido estritamente, então são exclusivamente colisões nas quais direitos fundamentais tomam parte colisão de direitos fundamentais. Pode-se falar aqui de colisões de direitos fundamentais em sentido estrito. Em uma compreensão ampla são, pelo contrário, também colisões de direitos fundamentais com quaisquer normas ou princípios, que têm como objeto bens coletivos.” ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, p. 68, jul. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br>>. Acesso em: 13 set. 2017.

necessidade e proporcionalidade, como no caso em apreço.

Alerta-se sobre como teorias sofisticadas de aplicação de princípios constitucionais advindas de autores de latitudes diferentes, a partir de outras realidades sociais, econômicas, políticas, etc. são aplicadas e, inclusive, deturpadas quando utilizadas no Brasil.³¹⁷

Uma das teorias sobre princípios constitucionais importada do exterior (e várias vezes corrompida no Brasil) é a desenvolvida por Robert Alexy. Considerando que no Brasil o direito de propriedade e o direito de moradia são considerados como direitos fundamentais, logo, princípios constitucionais³¹⁸, não é incomum que colidam (como no caso em apreço), enquanto que regras podem entrar em conflito, isto porque “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem para além dessa dimensão, na dimensão do peso.”³¹⁹

Para solver os casos de colisão de princípios, Alexy desenvolveu o método da ponderação, o qual sopesa interesses conflitantes. Em termos elucidativos, havendo embate entre princípios, um deles “tem precedência em face do outro, sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.”³²⁰ Destarte, “nos casos concretos, os princípios tem pesos diferentes e os princípios com o maior peso tem precedência.”³²¹

No Caso examinado, não se pode reverter a aplicação do método da ponderação determinado pela decisão liminar de reintegração de posse porque a desocupação está consolidada há anos. Ao considerar que a função social da propriedade e que o direito à moradia de milhares de pessoas poderiam ter maior peso em relação à propriedade de um, cabe refletir não apenas sobre a forma com que foram sopesados os direitos, mas sobre a viabilidade de dispensa da ponderação se a propriedade fosse verificada como direito patrimonial.

317 GARCIA, Marcos Leite. AQUINO, Sérgio Ricardo. **A propriedade é um direito fundamental?** Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <www.conpedi.org.br> Acesso em: 29 ago. 2017

318 Cumpre elucidar que princípios, para Bobbio, são “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras.” BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior; Trad. Maria Celeste C. J. Santos; Rev. Téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6 ed., 1995, p. 158.

319 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 94.

320 Ibidem, p. 93.

321 Ibidem, p. 94.

Na situação analisada, considerando que a propriedade não seria um direito fundamental, mas sim patrimonial, haveria um embate entre um direito fundamental, isto é, um princípio (de moradia) *versus* um direito patrimonial (de propriedade). Para solver a disputa entre um princípio e uma regra, se esta regra não tiver o intuito de proteger um princípio, este prevalece.³²² No Caso Pinheirinho, a regra da propriedade não tinha o objetivo de zelar qualquer direito fundamental, e sequer tinha o respaldo no princípio da função social, uma vez que a área estava abandonada no momento da ocupação. Logo, é coerente que triunfe o direito à moradia.

Cumprе salientar, por sua vez, que direito à moradia significa, primeiramente, “não ser privado arbitrariamente de uma habitação e de conseguir uma; e, por outro lado, significa o direito de obter uma, o que exige medidas e prestações estatais adequadas à sua efetivação.”³²³

O Caso Pinheirinho é emblemático e atesta que o direito de propriedade “deveria ser limitado e submetido à legislação infraconstitucional como propõe Gregorio Peces-Barba e ter tratamento de direito patrimonial como propõe Luigi Ferrajoli.”³²⁴

Nesse viés, não há tratamento igualitário, sequer generalizável para as pessoas quanto ao direito de propriedade, de modo que no Caso analisado se a propriedade fosse enquadrada como direito patrimonial (pelos argumentos já apreciados), a moradia, a dignidade da pessoa humana e todos os demais direitos fundamentais violados prevaleceriam e, assim, uma solução diversa e mais branda poderia ser auferida com certa destreza.

Quando se sugere a retirada da propriedade do rol dos direitos fundamentais, por não se enquadrar em decorrência da escassez ou do caráter patrimonial (de acordo com Peces-Barba e Ferrajoli, respectivamente), não se está depreciando os direitos fundamentais, mas ao contrário, está-se demonstrando que fundamental é o direito que protege o homem do poder estatal e que igualmente consegue compelir o Estado a empregar medidas que acarretem melhorias para a sociedade.

322 KÖHN, Edgar Peter Josef. **A colisão de princípios e sua solução no exemplo do direito à imagem e à liberdade de imprensa.** Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.2, 2º quadrimestre de 2007. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em: 15 set. 2017, p. 122.

323 SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro.** São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 376.

324 GARCIA, Marcos Leite. **A concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba:** reflexões na busca de critérios para o conceito de Direitos Humanos. In: O Direito Contemporâneo e Diálogos Científicos Univali e Perugia. Org.: CRUZ, Paulo Márcio; BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVIERO, Maurizio, 2016, p. 28.

Ademais, é permissível refletir que a permanência da propriedade na seara constitucional é desajustada, uma vez que referido direito não tem aplicação fática propagada para todas as pessoas tuteladas pela Constituição do Brasil. Tendo em conta que Ferdinand Lassalle aduziu que a verdadeira Constituição de um Estado “sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social”,³²⁵ é necessário que a Constituição brasileira contenha disposições com alçada de implementação para todos indistintamente, o que não ocorre no caso da propriedade, a qual não é generalizável.

Isto posto, embora a propriedade não possua os caracteres para ser considerada um direito fundamental conforme as teorias vislumbradas, tem-se que considerar que a história dos direitos fundamentais, que também contextualiza a luta pela dignidade humana, faz parte do patrimônio da humanidade.

Por sua vez, referido patrimônio da humanidade

deve ser ensinado através de uma educação igualitária que dê oportunidade para todos. Não resta dúvida que os direitos fundamentais são conquistas históricas da humanidade, e estas conquistas históricas devem ser valorizadas e divulgadas a partir de uma educação para os direitos humanos e a cidadania.³²⁶

Karl Marx declara que “no es la conciencia del hombre la que determina su ser sino, por el contrario, el ser social es lo que determina su conciencia.”³²⁷ Logo, pode-se refletir que para que seja autorizada a acomodação do direito de propriedade no ordenamento jurídico como direito patrimonial, a transformação do pensamento gregário deve ocorrer comunitariamente, dado que para haver expansão da justiça e legitimidade, urge sintonia entre a realidade social e o direito.

Considerando a dinâmica da sociedade, bem como do direito (feito pelos seres humanos), verifica-se que autoridades e cidadãos precisam estar atentos ao melhor

325 LASSALLE, Ferdinand. **¿Qué es una constitución?** Barcelona: Editorial Planeta S.A., 2011, p. 100.

326 GARCIA, Marcos Leite. AQUINO, Sérgio Ricardo. **A propriedade é um direito fundamental?** Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 39. Disponível em: <www.conpedi.org.br> Acesso em: 29 ago. 2017

327 MARX, Karl. **Contribución a la crítica de la economía política.** 9ª ed. Madrid: Siglo XXI de España Editores S.A., 2008, p. 05.

interesse coletivo a fim de que as mudanças em prol do bem estar possam prosperar, sobretudo para que haja progresso, desenvolvimento e respeito à dignidade da pessoa humana. A mobilidade social e os direitos, inclusive direitos fundamentais, permitiram as conquistas e avanços sociais até os dias atuais e, ao que tudo espera, seguirão aquiescendo.

Conforme Liton Lanes Pilau Sobrinho, como condição para a possibilidade de mudança social “é assente o posicionamento da opinião pública no sentido de possibilitar observações capazes de viabilizar o processo de tomada de decisões com o intuito de redução da complexidade”³²⁸, reflete-se que as concepções populares impulsionam a mudança de mentalidade que, por sua vez, “é a única possibilidade de arraigar a consciência dos direitos fundamentais como reais valores a serem considerados.”³²⁹

Logo, reitera-se que os direitos (e neles se incluem os fundamentais) não são estáticos e, portanto, mutáveis, bem como sua organização em prol da aplicação social mais justa, o que torna a transmutação do direito de propriedade da seara dos direitos fundamentais para a dos direitos patrimoniais viável e congruente.

Outrossim, sobre a maleabilidade dos direitos fundamentais cabe enfatizar que, conforme David Sánchez Rubio, não basta somente

incrementar una consciencia y una cultura jurídica de protección, sino, además, potenciar una cultura de derechos humanos en general, integral y que acentúe la dimensión pre-violadora desde donde se construyen- destruyen y articulan-desarticulan porque, en realidad, somos todos los seres humanos ahí donde nos movemos, quienes, utilizando o no utilizando la vía jurídica, participamos en los procesos de construcción o destrucción de derechos humanos, seamos o no seamos juristas³³⁰.

De acordo com Manuel Atienza, direitos fundamentais devem ser identificados com a justiça, ou, pelo menos, reflexiona-se que “un ordenamiento jurídico que no reconozca o que no sea capaz de proteger eficazmente los derechos fundamentales

328 PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e Direito à Saúde**. Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Espanha: Punto Rojo Libros, S.L., 2016, p. 165.

329 GARCIA, Marcos Leite. AQUINO, Sérgio Ricardo. **A propriedade é um direito fundamental?** Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 42. Disponível em: <www.conpedi.org.br> Acesso em: 29 ago. 2017

330 SÁNCHEZ RUBIO, David. **Contra una realidad simplificada de los conceptos de democracia y de derechos humanos**. In: RUBIO, David Sánchez; FRUTOS, Juan Antonio Senent de. *Teoría crítica del derecho: nuevos horizontes*, México: 2013, p. 169-170.

de los individuos no puede ser calificado como un orden justo”.³³¹ Dessa maneira, a propriedade pode ser impugnada como direito fundamental pois não cumpre referido preceito de justiça, como atesta o Caso exemplificado.

Para findar com *savoir-faire*, tem-se que ter em mente que, conforme ensina Pérez Luño, o direito é sempre uma realidade humana (fato),

que necesariamente debe ser estructurada en formas que actúen como cauces de la acción (norma), y con las que se pretende instaurar una determinada visión de la justicia (valor). El hecho, la norma y el valor no son sino aspectos en los que se manifiesta la experiencia jurídica, o si se prefiere, momentos de la dialéctica de su conformación; pero en modo alguno agotan, por separado, la juridicidad. El Derecho no se disuelve en ninguna de estas nociones parciales, sino que es el resultado del proceso de articulaciones y conexiones en las que se concreta la experiencia.³³²

Para que um direito seja conhecido como fundamental cumpre considerar o seu contexto e “las tramas sociales y los procesos que les dan aliento o les hacen expirar normativa e institucionalmente, así como también los actores, los sujetos implicados y sus condiciones de posibilidad de humanidad y dignidad para todos”³³³ situação que, infelizmente, não ocorre com o direito de propriedade.

O Caso Pinheirinho exemplifica, portanto, a impugnação da propriedade como direito fundamental, mas cabe evidenciar que a propriedade não deixa de ser um direito. Ao considerar a possibilidade de ajustes na posição normativa, é sensato que se reflexione acerca da colocação da propriedade na ordem jurídica brasileira por causa da relação com a aplicabilidade social e para que se possa perquirir a justiça, prevenindo a reprise de situações como a retratada, uma vez que o resultado de um direito não-fundamental positivado como tal é socialmente perigoso.

331 ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 2004, p. 206.

332 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Lecciones de Filosofía del Derecho**: presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica. Sevilla: Mergablum Edición y Comunicación, 2006, p. 70.

333 SÁNCHEZ RUBIO, David. **Repensar Derechos Humanos**: De la anestesia a la sinestesia. Sevilla: Editorial Mad. S.L., 2007.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista que o objetivo maior do direito é auferir justiça e que os direitos fundamentais devem servir indistintamente aos seres humanos, é preciso enfrentar com valentia o que está posto para que não se propaguem desigualdades. Tomando em consideração inexistir estabilidade no conhecimento, juristas não podem deixar de questionar normas que estão em desencontro com a realidade social.

Cabe mencionar que os ordenamentos jurídicos tem vocação de mudança, fator que autoriza interpelar muitos preceitos normativos, ao invés de simplesmente acatar o que está determinado (embora as legislações sejam representações parlamentares da soberania em países democráticos, como o Brasil). O que se quer dizer é que pelo fato de um direito ser legal, não significa que seja legítimo. Outrossim, isto vale para os direitos fundamentais também.

Dessa forma, a teoria sobre a integralidade do conceito de direitos fundamentais (desenvolvida por Peces-Barba), antes de possuir uma conotação tridimensional, era bidimensional. Após apreciar cada dimensão de forma apartada, considera-se que a realidade social (terceira parte agregada) em verdade deveria ser apontada como o primeiro critério. Embora haja concordância com a descrição das dimensões, propõe-se uma inversão na sua aplicação.

Portanto, antes de verificar se um direito – para ser plenamente fundamental – se enquadra como uma pretensão moral baseada na dignidade da pessoa humana (e em outros valores), passível de garantia e de positivação, sugere-se avaliar se o direito apreciado está em congruência com a realidade social em que será incorporado (ou não) como um direito fundamental.

Esta determinação inversa se justifica no fato de que o direito é um produto social e deve estar de acordo com a realidade em que será praticado, caso contrário poderá haver ineficácia e, até mesmo, a prática de injustiças. Neste molde de raciocínio cabe conhecer o contexto de aplicação de um direito (sobretudo se for fundamental) para identificar o grau esperado de efeito real.

O direito à segurança, por exemplo, tem níveis de eficácia (entendida no sentido de capacidade de realizar o objetivo, que no caso é a proteção) que variam conforme a realidade social (há locais que exigem maior ou menor investimento em segurança), além de ser um direito generalizável, pois no momento em que o Estado disponibiliza um aparato de defesa pública, esta atitude abarca todas as pessoas indistintamente.

Assim, presente na realidade social, o direito à segurança é concebido como um direito moral justificável na dignidade da pessoa humana (pois a integridade é um valor estimado), que pode ser garantido (zelado por intermédio de força policial) e positivado nas Leis Fundamentais dos Estados. Sendo assim, evidente que o direito à segurança cumpre todos os requisitos para ser considerado um direito fundamental.

Ocorre que, quando um direito não é generalizável, isto é, não é estendido para todas as pessoas igualmente, não pode ser considerado direito, mas sim um privilégio, como é o caso do direito de propriedade. Ao positivá-lo como um direito fundamental, o Estado assume uma incumbência que descumprirá. Fato é que se vive em uma realidade global predominantemente capitalista em que a propriedade possui um caráter relevante, contudo isso não obriga sua manutenção no elenco dos direitos fundamentais.

Salienta-se que a propriedade foi analisada a partir da antiguidade, momento em que os relatos históricos datam os seus primeiros indícios, enquanto que os direitos fundamentais só são reconhecidos no trânsito à modernidade, mais precisamente com o advento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na conjuntura da Revolução Francesa, ou seja, há pouco mais de dois séculos.

Portanto, é possível desvincular a propriedade dos direitos fundamentais porque não há um elo incorruptível de pertencimento ou um surgimento conjunto. Contudo, a propriedade, embora não possa ser considerada como um direito fundamental, ainda assim é um direito (mas de cunho patrimonial porque é disponível, alienável e violável, como um direito fundamental jamais poderia ser). Isso significa que qualquer pessoa que for proprietária de um bem pode (sem que isso seja uma ofensa) vender, alugar, emprestar, etc., mas não pode fazer o mesmo com o meio ambiente, por exemplo, porque o meio ambiente tem as características de direito fundamental.

Importa dizer que a propriedade há anos possui caráter constitucional no Brasil, de modo que na Constituição Federal de 1988 dispõe *status* de direito fundamental. Crê-se que isto é explicado pelo fato de que o Estado brasileiro estava saindo de um período ditatorial e necessitava abarcar em sua nova Lei Paradigmática um amplo rol de direitos fundamentais para se desprender dos imbróglios passados, bem como se justifica em decorrência do perfil do interesse social do referido direito, sobretudo pela próxima relação com a função social da propriedade, que também foi positivada como um direito fundamental.

Nesse ponto, declara-se que após as diferenciações tecidas entre propriedade e função social da propriedade, não se impugna esta como direito fundamental, uma vez que se enquadra como tal. As razões são simples: a função social da propriedade está presente no contexto social (o Estado inclusive reprime com tributação maior as propriedades ociosas que não cumprem uma razão social), de modo que a realidade atual condiciona aos proprietários uma sensibilização com o dever social. Ademais, a função social da propriedade é uma pretensão moral que se justifica no uso consciente (inclusive dos recursos naturais que nela houver), no interesse coletivo e nas políticas de desenvolvimento urbano e agrário. Além disso, a função social da propriedade está positivada como direito fundamental em inciso apartado do direito de propriedade, o que permite sua dissociação, embora sejam dispositivos bastante próximos. Ainda, pode-se defender que a função social da propriedade é um direito fundamental pois não pode ser alienada, nem violada, além de ser estendida para todos, uma vez que todas as propriedades devem cumprir uma razão em prol do interesse da comunidade.

Por sua vez, para ser considerada um direito fundamental a propriedade deveria ser generalizável, ou seja, ser igual para as pessoas, assim como a saúde é (uma vez que no Brasil existe o Sistema Único de Saúde e qualquer pessoa pode ter acesso), como a educação é (uma vez que no Brasil existem instituições de ensino público em todos os níveis de aprendizado: primário, fundamental, médio e superior) - porém, não é o objetivo investigar aqui a qualidade estrutural e da prestação dos serviços, visto que haveriam inúmeros segmentos para abordar.

Além disso, cabe dizer que o Código Civil do Brasil (e não só a legislação civil brasileira) determina a possibilidade de usar, de gozar e de dispor da propriedade, o que a caracteriza como direito patrimonial. Se a propriedade é um direito patrimonial, há uma incompatibilidade de atributos para ser também fundamental. Considera-se, portanto, que a propriedade se enquadra melhor como um direito patrimonial regulado somente pela lei civil, até mesmo porque se assim fosse muitas situações poderiam ter um desfecho diverso na prática social, como o Caso Pinheirinho.

A partir da análise do Caso Pinheirinho, a maior reintegração de posse que já ocorreu na América Latina, observa-se que a comunidade emergiu de um problema social de desigualdade e pobreza, que levou a invasão que, por sua vez, ocasionou o embate com o direito à moradia (este sim direito fundamental) e culminou na violenta desocupação e seus impactos.

Fato é que no Caso exemplificado poderia haver um desfecho menos agressivo. Na prática foi estabelecida uma interpretação que valorou o direito de propriedade e o direito à moradia, o Poder Judiciário decidiu com base em fundamentos legais e as consequências não precisam ser repetidas. Contudo, é preciso lembrar que o terreno não tinha função social, que pertence a uma empresa que havia aberto processo de falência e que, além disso, até mesmo o Estado está arcando com as consequências (respondendo denúncia na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, por exemplo). Ocorreu ampla falta de solidariedade, visto que não era irracional fazer (embora pareça quimérico) o que se poderia chamar de “composição compensatória” via conciliação, ou seja, os poderes estatais poderiam ter se unido (em todas esferas envolvidas) para contrabalancear prejuízos, avaliar os custos da relocação de parte das pessoas que viviam naquela comunidade para outra área, verificar as expensas com força policial, sopesar (respeitadas as determinações do direito administrativo e tributário) os débitos da empresa, considerar uma remissão pela área, entre outras questões que poderiam ter sido articuladas a fim de harmonizar o litígio.

Importa ressaltar que não se é conivente com invasões, tampouco com violência. Para evitar ocupações e hostilidades é evidente a necessidade de avanço social, de maneira que o Estado precisa oferecer uma estrutura que permita melhores condições de vida para que as pessoas se desenvolvam como cidadãos dotados de dignidade, embora ainda existam dificuldades no Brasil para garantir direitos fulcrais.

Para que situações como a do Pinheirinho diminuam e, conseqüentemente, se alcance um grau de desenvolvimento desejável, é preciso educação para a cidadania a fim de que a desigualdade decresça, para que ocorra a distribuição de renda mais equânime e para que haja maior efetividade dos programas sociais governamentais. Clama-se maior comprometimento com o desenvolvimento do Brasil, que seria mais simples se relevante parte de dirigentes do povo não estivesse imersa em escândalos de corrupção, o que desmotiva até os mais otimistas na crença do progresso.

Por fim, importante dizer que se tem ciência de que o direito de propriedade na Constituição Federal do Brasil possui não só *status* de direito fundamental, como há quem o interprete como cláusula pétrea (seria um dispositivo constitucional imutável, isto é, que não pode ser modificado e nem excluído) porque está presente nos “direitos e garantias individuais” e, conforme dispõe o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da atual Constituição Federal do Brasil, referidos direitos são cláusulas pétreas.

No entanto, cláusulas pétreas são destrutíveis, embora sejam mais resistentes. Se todo o poder emana do povo e o povo perceber, por todas razões já mencionadas, que o direito de propriedade não pode ser considerado fundamental (mas patrimonial), a mudança é possível, mesmo que arduamente. Deve-se entender que não se propõe a restrição ou abolição do direito de propriedade, mas a adequação para proporcionar justiça, uma vez que a positivação da propriedade como um direito fundamental não o legitima como tal, a realidade social mostra isso. Isso significa que é admissível uma mudança para tornar a propriedade um direito somente patrimonial a fim de ser condicionado ao contexto social. Importa ter sensatez e, ao final, o que realmente vale é aprimorar a consciência coletiva para valorizar a igualdade, a solidariedade, a justiça e a dignidade da pessoa humana, mesmo que para isso seja necessário enfrentar padrões normativos estabelecidos.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, p. 68, jul. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br>>. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Washington Carlos de. **Direito de Propriedade: Limites ambientais no Código Civil**. Barueri: Manole, 2006.

ANSARA, Soraia. **Memória política da Ditadura Militar e repressão no Brasil: uma abordagem psicopolítica**. Publicado em: <<https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/17073>> Acesso em: 22 out. 2017.

ASÍS ROIG, Rafael de. **La concepción dualista de los Derechos Fundamentales en la teoría de Gregorio Peces-Barba**. In: VV.AA. Entre la Ética, la Política y el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Vol. I. Madrid: Dykinson, 2008.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 2004.

AWAD, Fahd Medeiros. **Crise dos Direitos Fundamentais sociais em decorrência do neoliberalismo**. Passo Fundo: UPF Editora, 2005.

BERIAIN, Íñigo de Miguel. **Consideraciones sobre el concepto de dignidade humana**. Disponível em: <<https://www.boe.es>>. Acesso em: 21 out. 2017.

BERNARDES, José Eduardo. **Cinco anos após o despejo, famílias do Pinheirinho ainda aguardam indenizações**. Publicado em: 23 jan. 2017. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/01/23/cinco-anos-apos-despejo-familias-do-pinheirinho-ainda-aguardam-indenizacoes/>> Acesso em: 15 set. 2017

BITTAR, Carlos Alberto (coord.). **A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Apresentação: Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior; Trad. Maria Celeste C. J. Santos; Rev. Téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6 ed., 1995.

BOLÍVIA. **Código Civil**. DL n. 12760. Texto ordenado. Programa de Saneamento Legislativo. Área Civil y Familiar. Data: 06 ago. 1975. La Paz, 2010.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 do mês de março do ano de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em 10 ago. 2017.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em: 11 ago. 2017.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 11 ago. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em: 11 ago. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Emenda Constitucional n. 01 de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em: 11 ago. 2017.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como pré-requisito para obtenção do título de Doutor em Direito. Florianópolis, 1997.

CADEMARTORI, Sergio; BORBA, Isabela Souza de. **O direito de propriedade no marco do constitucionalismo garantista**. R. Fac. Dir., Fortaleza, v. 35, n. 2, jul./dez. 2014, p. 259. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/viewFile/301/258>> Acesso em: 07 ago. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Proteção do ambiente e direito de propriedade**: crítica de jurisprudência ambiental. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CAZUQUEM, Helio Mendes. **Los derechos fundamentales en la transición a la democracia em Brasil 1974/1989**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1992.

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.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito à propriedade x Direito de propriedade**. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília - RED/UnB. Número 01, ano de 1996, p. 37. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/viewFile/3279/2869>> Acesso em: 14 ago. 2017.

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

COSTA, Moacir Lobo da. **A propriedade na teoria de Duguit** (exposição e crítica), p. 338. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66216/68826>> Acesso em: 09 ago. 2017.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A cidade antiga**. Título original: La Cité Antique - Étude sur Le Culte, Le Droit, Les Institutions de la Grèce et de Rome. Tradução de: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. Versão para eBook: eBooksBrasil. Editora das Américas S.A., São Paulo, 1961. Disponível em: <bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/> Acesso em: 28 jul. 2017

CRUZ, Paulo Marcio. **Intervenção e regulação do Estado**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>> Acesso em: 08 ago. 2017;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Função social da propriedade pública**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Disponível em: <<file:///C:/Users/talis/Downloads/Artigo+funcao+social+Maria+Sylvia.pdf>> Acesso em: 09 ago. 2017.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. **Elementos de Direito Urbanístico**. Barueri: Manole, 2004.

DUGUIT, Léon. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón**. Edeval. Colección Juristas Perennes. Dirigen esta colección los profesores Manuel de Rivacoba y Rivacoba y Agustín Squella Narducci.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 9ª ed. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, S.A., 1984

ESPAÑA. **Código Civil**. Madrid: Instituto de Cultura Hispanica, 1959.

_____. **Constitución Española**. 5ª ed. Madrid: Colex, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André K. (Orgs.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Democracia y Garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

_____. **Derechos y garantías: la ley del más débil.** Séptima edición. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Edición de Antonio de Cabo y Geraldo Pisarello. Cuarta edición. Madrid: Editoral Trotta, 2009.

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Tradução de Alexandre Salim, et. al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FRANÇA. **Código Civil.** Edición bilingüe. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2005.

GARCIA, Marcos Leite. AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandez de. **A propriedade é um direito fundamental?** Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 24. Disponível em: <www.conpedi.org.br> Acesso em: 29 ago. 2017

GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais.** Revista eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* de Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 04, n. 02, 2º quadrimestre de 2009, Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7231> > Acesso em: 17 jan. 2017.

GARCIA, Marcos Leite. **A concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba:** reflexões na busca de critérios para o conceito de Direitos Humanos. In: O Direito Contemporâneo e Diálogos Científicos Univali e Perugia. Org.: CRUZ, Paulo Márcio; BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVIERO, Maurizio, 2016.

_____. **“Novos” direitos fundamentais:** características básicas. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>> Acesso em: 24 jan. 2017.

_____. **O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais:** alguns aspectos destacados da gênese do conceito. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/052.pdf>> Acesso em: 23 jan. 2017.

_____. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343> Acesso em: 17 jan. 2017.

GAREA, Rafael Colina. **La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978.** Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.

GONZÁLEZ, Aristeo García. **La Dignidad Humana, núcleo duro de los Derechos Humanos Fundamentales.** IUS Revista Jurídica. Universidad Latina de America. N° 102 (Año XI), Julio-Diciembre 2015. Disponível em: <www.unla.mx/> Acesso em: 21 out. 2017.

GROSSI, Paolo. **Mitologie Giuridiche della modernità**. III edizione accresciuta. Giuffrè Editore, 2007.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist**: a collection of essays, written in favour of the new constitution, as agreed upon by the federal convention, September 17, 1787, New York.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ITÁLIA. **Codice Civile e leggi complementari**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2000.

JELLINEK, Georg. **La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**. Granada: Editorial Comares, S. L., 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Traduzido por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 Lda., 2007.

KÖHN, Edgar Peter Josef. **A colisão de princípios e sua solução no exemplo do direito à imagem e à liberdade de imprensa**. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.2, 2º quadrimestre de 2007. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em: 15 set. 2017.

LASSALLE, Ferdinand. **¿Qué es una constitución?** Barcelona: Editorial Planeta S.A., 2011.

LAZZARATO, Maurizio. **As revoluções do capitalismo**. Tradução de Leonora Corsini. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LEAL, Roger Stiefelmann. **A propriedade como direito fundamental**: breves notas introdutórias. Brasília a. 49 n. 194 abr./jun. 2012.

LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil**: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998.

LEMES, Conceição. **Massacre do Pinheirinho denunciado ao CNJ e à OEA**. Publicado em 22 jun. 2012. Disponível em: <www.viomundo.com.br/denuncias/massacre-do-pinheirinho-denunciado-ao-cnj-e-a-oea.html> Acesso em: 12 set. 2017.

LLORENTE, Francisco Rubio. **Derechos fundamentales, principios estructurales y respeto por la identidad nacional de los Estados miembros de la Unión Europea**. Disponível em: <<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/17/FranciscoRubioLLorente.pdf>> Acesso em: 19 jan. 2017.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o direito civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Direito de propriedade deve atender à função social**. Publicado em 30 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-30/pinheirinho-direito-propriedade-atender-funcao-social>> Acesso em: 12 set. 2017.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997.

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

MARTÍNEZ, Paulo. **Constituição**: legalidade *versus* realidade. São Paulo: Moderna, 1991.

MARX, Karl. **Contribución a la crítica de la economía política**. 9ª ed. Madrid: Siglo XXI de España Editores S.A., 2008.

MORGAN, Lewis Henry. **A sociedade antiga**. Texto selecionado e revisão: Celso Castro. Tradução: Maria Lúcia de Oliveira. Texto original: Morgan, Lewis Henry. *Ancient Society*. Nova York: Gordon Press, 1877.

NICOLAO, Hamilton Pessota. **Direitos Fundamentais**: princípio da dignidade da pessoa humana frente à autonomia privada nas relações entre particulares. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/9085>> Acesso em: 31 jan. 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PASOLD, César Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. revista e ampliada. Itajaí: UNIVALI, 2013.

PAYERAS, Miguel Coca. **Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica**. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1988.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Derechos Sociales y Positivismo Jurídico**: Escritos de Filosofía Jurídica y Política. Madrid: Dykinson, 1999.

_____. **Escasez y solidaridad**: una reflexión desde los clásicos. Repositorio institucional e-Archivo. Universidad Carlos III – Madrid. Área de Filosofía del Derecho, p. 28. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10581/escasez_Peces_1997.pdf?sequence>

=1&isAllowed=y> Acesso em: 28 ago. 2017

_____. **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.

_____. **La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho.** 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2003.

_____. **Lecciones de Derechos Fundamentales.** Con la colaboración de: Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés. Madrid: Editorial Dykinson, 2004.

_____. **Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales.** Madrid: Dykinson, 2003. Disponível em: < <http://e-archivo.uc3m.es/>> Acesso em: 23 jan. 2016.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito.** Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.** Undécima Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2017.

_____. **La tercera generación de Derechos Humanos.** Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

_____. **Lecciones de Filosofía del Derecho:** presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica. Sevilla: Mergablum Edición y Comunicación, 2006.

_____. **Los derechos fundamentales.** Octava Edición. Madrid: Tecnos, 2004.

_____. **Teoría del derecho:** una concepción de la experiencia jurídica. Decimoquinta edición. Madrid: Tecnos, 2016

PERROT, Michele (direção). **História da Vida Privada:** da Revolução Francesa à Primeira Guerra, 4. Tradução: Denise Bottman e Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

PERU. **Código Civil.** Decreto Legislativo n. 295. Ministério de Justiça e Direitos Humanos. 16ª Edição Oficial. Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú, nº 2015-02742, Lima, 2015.

PESSOA HUMANA, Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana – São Paulo (Brasil) – CONDEPE. **Relatório parcial do Caso Pinheirinho (A voz das vítimas).** Protocolado SJDC Nº. 00081/2012. Disponível em: < http://www.escoladegoverno.org.br/attachments/1275_PINHEIRINHO_Relat%C3%B3rio_A-voz-das-V%C3%ADtimas_TEXTO_06MAR2012.pdf> Acesso em: 12 set. 2017.

PETIT, Eugène. **Tratado Elemental de Derecho Romano.** Traducido de la novena edición francesa y aumentado con notas originales, mui amplias por José Ferrández González y Don José Ma. Rizzi. 23 ed. México: Editorial Porrúa, 2007.

PHOUDHON, Pierre-Joseph. **Sistema das contradições econômicas, ou, Filosofia da miséria**, tomo I. São Paulo: Ícone, 2003.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e Direito à Saúde**. Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Espanha: Punto Rojo Libros, S.L., 2016.

POPULARES, Brigadas; et. al. **Pinheirinho**: Um Relato Preliminar da Violência Institucional. Disponível em: <<http://www.global.org.br>> Acesso em: 13 set. 2017.

PORTA, Donatella della. **Can Democracy be saved?** Participation, Deliberation and Social Movements. Cambridge: Polity Press, 2016.

PORTUGAL. **Código Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

RIBEIRO, Fernando J. Armando. **O Princípio da Função Social da Propriedade e a compreensão constitucionalmente adequada do conceito de Propriedade**. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br> Acesso: 08 ago. 2017.

RIVABEM, Fernanda S. **A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro**. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7004>> Acesso em: 31 jan. 2017.

RODRIGUEZ, Manuel. **A posse**, estudo de direito civil português. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1980.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução: Rolando Roque da Silva. Versão para Ebook. Edição Eletrônica. Ed. Ridendo Castigat Mores, 2002.

SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. **El derecho a la vivienda y la crisis en España**: de burbujas inmobiliarias y desahucios. In: Derechos Sociales en tiempos de crisis. BRAVO, Álvaro Sánchez, et al. Sevilla: Punto Rojo Libros, S. L., 2013.

_____. **Justicia y Memoria**: Contra el olvido de las víctimas. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM www.ufsm.br/redevistadireito v. 10, n. 1 / 2015, p. 342. Disponível em: < <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19610/pdf>> Acesso em: 22 fev. 2017.

_____. **Injusticia Ambiental y Derecho Humano al Agua**. Revista Thesis Juris. São Paulo, v.3, n.2, Julho/ Dezembro.2014, p. 552. Disponível em: <<http://www.revistartj.org.br>> Acesso em: 22 fev. 2017

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Contra una realidad simplificada de los conceptos de democracia y de derechos humanos**. In: RUBIO, David Sánchez; FRUTOS, Juan Antonio Senent de. Teoría crítica del derecho: nuevos horizontes, México: 2013.

_____. **Repensar Derechos Humanos**: De la anestesia a la sinestesia. Sevilla: Editorial Mad. S.L., 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. **O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Publicado em 17 fev. 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988>> Acesso em: 19 jan. 2017.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais**: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SCHMITZ, José Carlos; SCHÖNING, Raquel. **Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito brasileiro, sob a ótica da política jurídica**. *Justiça do Direito*. v. 27, n. 2, jul./dez. 2013, p. 396. Disponível em: < <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4679> > Acesso em: 31 jan. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010

SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins (orgs.). **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

SMEND, Rudolf. **Constitucion y Derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOARES, Rafael Machado. **Direito de propriedade & princípio da justiça social**: controle social da propriedade pela desapropriação do latifúndio – uma análise sistêmica: Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

TRINDADE, Ivan. **Boaventura Santos**: “Direita oligárquica não descansa.” Publicado em 22 jan. 2012. Disponível em: <www.viomundo.com.br> Acesso em: 12 set. 2017.

TOBEÑAS, José Castán. **La propiedad y sus problemas actuales**. 2 ed., Madrid: Reus, 1963.

VÁRNAGY, Tomás. **El pensamiento político de John Locke y el surgimiento del liberalismo**. Disponível em: <<https://aiu.edu/online/assignments/spanish/shs001s.pdf>> Acesso em: 30 ago. 2017.

VASAK, Karel. **La réalité juridique des droits de l'homme**. In: VASAK, Karel (Rédacteur general). Les dimensions internationales des droits de l'homme. Paris: UNESCO, 1978.

VENEZUELA. **Código Civil**. Caracas: Editorial A. Almeda Cedillo, 1948.