

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO  
CONPEDI BUENOS AIRES –  
ARGENTINA**

**DIREITO CONSTITUCIONAL III**

**RUBENS BEÇAK**

**THAIS JANAINA WENCZENOVICZ**

**BERNARDO LEANDRO CARVALHO COSTA**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Direito Constitucional III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Bernardo Leandro Carvalho Costa; Rubens Beçak; Thais Janaina Wenczenovicz. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-763-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Constitucional. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# **XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA**

## **DIREITO CONSTITUCIONAL III**

---

### **Apresentação**

Envolvendo DIREITO CONSTITUCIONAL, o presente livro conta com relevantes pesquisas, resultantes do XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA.

O livro é composto pelos seguintes artigos:

#### **O COMBATE A DESINFORMACAO COMO INSTRUMENTO DE DEFESA AO PROCESSO DEMOCRATICO ELEITORAL**

Rubens Beçak , Marcelo Toffano , Fabrício Facury Fidalgo

O trabalho de Rubens Beçak, Marcelo Toffano e Fabrício Facury Fidalgo, trouxe elementos da importante discussão que se faz nos processos eleitorais com relação ao tratamento da informação, sobretudo explorando a questão da desinformação em seu contexto atual.

Neste artigo Rubens Beçak e Maiara Carlos Melara analisam as necessárias alterações na legislação de acesso à informação pública no Brasil para se adequar ao contexto atual de avanço das novas tecnologias, sobretudo com vistas à proteção no cenário eleitoral.

#### **A NATUREZA JURÍDICA DOS QUATRO PRIMEIROS ATOS INSTITUCIONAIS DA DITADURA MILITAR NO BRASIL (1964-1968)**

Rodrigo Alessandro Sartoti

O trabalho de Rodrigo Alessandro Sartoti busca demonstrar como o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou, em 602 acórdãos, os atos institucionais da ditadura militar, demonstrando se realmente os atos foram analisados no contexto jurídico.

#### **A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONAIS POR MEIO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**

João Luiz Martins Teixeira Soares

João Luiz Martins Teixeira Soares busca demonstrar a relevância da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no contexto do processo constitucional brasileiro, destacando, sobretudo, o caráter subsidiário da ADPF nesse sistema. O trabalho menciona uma série de casos, evidenciando a relevância da participação popular na legitimidade do sistema constitucional.

#### APLICAÇÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO PROCESSO LEGISLATIVO COMO RESGATE DA REPRESENTATIVIDADE

Vitor Hugo da Trindade Silva , Clóvis Ferreira Júnior , Lucas De Souza Lehfeld

Neste trabalho Vitor Hugo da Trindade Silva , Clóvis Ferreira Júnior e Lucas De Souza Lehfeld analisam o tema destacado no título em um contexto de conflito de normas existentes no contexto do processo legislativo municipal, buscando destacar a aplicabilidade dos princípios constitucionais ao âmbito prático dos municípios.

#### A PROPRIEDADE E SEU TRATAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL: DIREITO PATRIMONIAL OU FUNDAMENTAL?

Francielle Eliz Ortolan , Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Francielle Eliz Ortolan e Luiz Henrique Urquhart Cademartori destacam as diferentes correntes de influência do instituto da propriedade no Direito Brasileiro, sobretudo as ramificações de cunho civilista e constitucionalista.

#### O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA NOMOTÉTICA PELA JUSTIÇA ELEITORAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA QUANTO ÀS NORMAS GERAIS ABSTRATAS SEM O DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO E A CONFIGURAÇÃO DE ESTADO DE EXCEÇÃO

Larissa De Moura Guerra Almeida

A pesquisa de Larissa De Moura Guerra Almeida trabalha com o conceito de estado de exceção para analisar a competência legislativa da Justiça Eleitoral no Brasil, sobretudo em termos de produção normativa do Tribunal Superior Eleitoral (STE) e de interpretação das normas pelo referido tribunal.

## A JURISPRUDÊNCIA DE CRISE NA JURISDIÇÃO ELEITORAL

Cassio Prudente Vieira Leite

O trabalho de Cassio Prudente Vieira Leite contextualiza a relevância da jurisprudência da Justiça Eleitoral no tratamento de crises ao longo da história democrática brasileira, passando por diferentes períodos e temas.

## DIREITOS HUMANOS, O PARADOXO DA CIVILIZAÇÃO (?): BREVES REFLEXÕES ABOLICIONISTAS FRENTE ÀS (IN)JUSTIFICAÇÕES DAS PENAS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Gil Scherer , Cristiane Feldmann Dutra , Naiadi Bertoldo Marchi

A pesquisa de Gil Scherer , Cristiane Feldmann Dutra e Naiadi Bertoldo Marchi analisa o sistema carcerário brasileiro, com ênfase em presídios femininos, por meio da perspectiva de teorias abolicionistas da pena, com vistas a elencar uma crítica ao atual sistema punitivista do Brasil.

## ENSINO E EXTENSÃO DE PROCESSO LEGISLATIVO NA CONSTRUÇÃO DO SENTIMENTO CONSTITUCIONAL: ESTUDO DESDE O REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA MUNICIPAL DE VITÓRIA

Abraham Hand Vargas Mencer , Daury Cesar Fabríz

Neste artigo, Abraham Hand Vargas Mencer e Daury Cesar Fabríz destacam a relevância de projetos de extensão em processo legislativo pode contribuir na concretização de objetivos constitucionais da Educação, por meio da análise de um caso concreto, da Câmara Municipal de Vitória.

## INTERCONEXÃO ENTRE CULTURA E NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO GARANTIDOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Rosângela Angelin , Marigley Leite da Silva de Araujo

O trabalho de Rosângela Angelin e Marigley Leite da Silva de Araujo elenca as novas configurações familiares e sustenta a relevância da efetivação dos direitos fundamentais em conformidade com a alteração da cultura jurídica na sociedade.

## REFLEXÕES SOBRE O MODELO SOCIOPOLÍTICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A GESTÃO BOLSONARO DIANTE DOS DADOS DA PANDEMIA DA COVID-19

Myllhyans Marjosefa de Lima Braz

Nesta pesquisa, Myllhyans Marjosefa de Lima Braz analisa conceitos como “mistanasia”, que representa a morte evitável, no contexto da Pandemia do Covid-19 no Brasil, traçando linhas constitucionais para a devida proteção da vida.

## O HIPERPRESIDENCIALISMO PRESENTE NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL LATINO-AMERICANA

Poliane Carvalho Almeida

O trabalho de Poliane Carvalho Almeida faz uma análise do hiperpresidencialismo na América Latina, passando pelos diferentes períodos, desde o colonial, para destacar como as características desse fenômeno repetiram-se nesses momentos históricos.

## REFLEXÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO E A CRISE DA DEMOCRACIA

Aline Hoffmann, Alessandra Vanessa Teixeira e Matheus Pasqualin Zanon propõem um debate sobre as relações entre Política e Direito para a análise da crise democrática no contexto de governos autoritários, destacando, sobretudo, fenômenos como o negacionismo científico no âmbito do debate democrático.

## A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITES LEGIFERANTES: UM ENFOQUE EM SEU PAPEL COMO SCHRANKEN-SHRANKEN

Lorenzo Borges de Pietro

Neste trabalho Lorenzo Borges de Pietro trabalha o termo dignidade humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) para demonstrar como a utilização deste termo pode ser direcionada para

O presente livro, portanto, é de grande contribuição para a consolidação das pesquisas em DIREITO CONSTITUCIONAL junto ao Conpedi.

As pesquisas, todas em nível de pós-graduação, contam com as contribuições dos debates dos doutores Thais Janaina Wenczenovicz, Rubens Beçak e Bernardo Leandro Carvalho Costa.

Desejamos a todos uma ótima leitura; e renovamos o convite para as próximas edições!

Envolvendo DIREITO CONSTITUCIONAL, o presente livro conta com relevantes pesquisas, resultantes do XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA.

O livro é composto pelos seguintes artigos:

#### O COMBATE A DESINFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE DEFESA AO PROCESSO DEMOCRÁTICO ELEITORAL

Rubens Beçak , Marcelo Toffano , Fabrício Facury Fidalgo

Neste artigo Rubens Beçak e Maiara Carlos Melara analisam as necessárias alterações na legislação de acesso à informação pública no Brasil para se adequar ao contexto atual de avanço das novas tecnologias, sobretudo com vistas à proteção no cenário eleitoral.

#### A NATUREZA JURÍDICA DOS QUATRO PRIMEIROS ATOS INSTITUCIONAIS DA DITADURA MILITAR NO BRASIL (1964-1968)

Rodrigo Alessandro Sartoti

O trabalho de Rodrigo Alessandro Sartoti busca demonstrar como o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou, em 602 acórdãos, os atos institucionais da ditadura militar, demonstrando se realmente os atos foram analisados no contexto jurídico.

#### A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONAIS POR MEIO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

João Luiz Martins Teixeira Soares

João Luiz Martins Teixeira Soares busca demonstrar a relevância da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no contexto do processo constitucional brasileiro,

destacando, sobretudo, o caráter subsidiário da ADPF nesse sistema. O trabalho menciona uma série de casos, evidenciando a relevância da participação popular na legitimidade do sistema constitucional.

#### APLICAÇÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO PROCESSO LEGISLATIVO COMO RESGATE DA REPRESENTATIVIDADE

Vitor Hugo da Trindade Silva , Clóvis Ferreira Júnior , Lucas De Souza Lehfeld

Neste trabalho Vitor Hugo da Trindade Silva , Clóvis Ferreira Júnior e Lucas De Souza Lehfeld analisam o tema destacado no título em um contexto de conflito de normas existentes no contexto do processo legislativo municipal, buscando destacar a aplicabilidade dos princípios constitucionais ao âmbito prático dos municípios.

#### A PROPRIEDADE E SEU TRATAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL: DIREITO PATRIMONIAL OU FUNDAMENTAL?

Francielle Eliz Ortolan , Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Francielle Eliz Ortolan e Luiz Henrique Urquhart Cademartori destacam as diferentes correntes de influência do instituto da propriedade no Direito Brasileiro, sobretudo as ramificações de cunho civilista e constitucionalista.

#### O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA NOMOTÉTICA PELA JUSTIÇA ELEITORAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA QUANTO ÀS NORMAS GERAIS ABSTRATAS SEM O DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO E A CONFIGURAÇÃO DE ESTADO DE EXCEÇÃO

Larissa De Moura Guerra Almeida

A pesquisa de Larissa De Moura Guerra Almeida trabalha com o conceito de estado de exceção para analisar a competência legislativa da Justiça Eleitoral no Brasil, sobretudo em termos de produção normativa do Tribunal Superior Eleitoral (STE) e de interpretação das normas pelo referido tribunal.

#### A JURISPRUDÊNCIA DE CRISE NA JURISDIÇÃO ELEITORAL

Cassio Prudente Vieira Leite

O trabalho de Cassio Prudente Vieira Leite contextualiza a relevância da jurisprudência da Justiça Eleitoral no tratamento de crises ao longo da história democrática brasileira, passando por diferentes períodos e temas.

#### DIREITOS HUMANOS, O PARADOXO DA CIVILIZAÇÃO (?): BREVES REFLEXÕES ABOLICIONISTAS FRENTE ÀS (IN)JUSTIFICAÇÕES DAS PENAS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Gil Scherer , Cristiane Feldmann Dutra , Naiadi Bertoldo Marchi

A pesquisa de Gil Scherer , Cristiane Feldmann Dutra e Naiadi Bertoldo Marchi analisa o sistema carcerário brasileiro, com ênfase em presídios femininos, por meio da perspectiva de teorias abolicionistas da pena, com vistas a elencar uma crítica ao atual sistema punitivista do Brasil.

#### ENSINO E EXTENSÃO DE PROCESSO LEGISLATIVO NA CONSTRUÇÃO DO SENTIMENTO CONSTITUCIONAL: ESTUDO DESDE O REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA MUNICIPAL DE VITÓRIA

Abraham Hand Vargas Mencer , Daury Cesar Fabríz

Neste artigo, Abraham Hand Vargas Mencer e Daury Cesar Fabríz destacam a relevância de projetos de extensão em processo legislativo pode contribuir na concretização de objetivos constitucionais da Educação, por meio da análise de um caso concreto, da Câmara Municipal de Vitória.

#### INTERCONEXÃO ENTRE CULTURA E NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO GARANTIDOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Rosângela Angelin , Marigley Leite da Silva de Araujo

O trabalho de Rosângela Angelin e Marigley Leite da Silva de Araujo elenca as novas configurações familiares e sustenta a relevância da efetivação dos direitos fundamentais em conformidade com a alteração da cultura jurídica na sociedade.

#### REFLEXÕES SOBRE O MODELO SOCIOPOLÍTICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A GESTÃO BOLSONARO DIANTE DOS DADOS DA PANDEMIA DA COVID-19

Myllhyans Marjosefa de Lima Braz

Nesta pesquisa, Myllhyans Marjosefa de Lima Braz analisa conceitos como “mistanasia”, que representa a morte evitável, no contexto da Pandemia do Covid-19 no Brasil, traçando linhas constitucionais para a devida proteção da vida.

## O HIPERPRESIDENCIALISMO PRESENTE NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL LATINO-AMERICANA

Poliane Carvalho Almeida

O trabalho de Poliane Carvalho Almeida faz uma análise do hiperpresidencialismo na América Latina, passando pelos diferentes períodos, desde o colonial, para destacar como as características desse fenômeno repetiram-se nesses momentos históricos.

## REFLEXÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO E A CRISE DA DEMOCRACIA

Aline Hoffmann, Alessandra Vanessa Teixeira e Matheus Pasqualin Zanon propõem um debate sobre as relações entre Política e Direito para a análise da crise democrática no contexto de governos autoritários, destacando, sobretudo, fenômenos como o negacionismo científico no âmbito do debate democrático.

## A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITES LEGIFERANTES: UM ENFOQUE EM SEU PAPEL COMO SCHRANKEN-SHRANKEN

Lorenzo Borges de Pietro

Neste trabalho Lorenzo Borges de Pietro trabalha o termo dignidade humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) para demonstrar como a utilização deste termo pode ser direcionada para diferentes sentidos, culminando em decisões antagônicas.

## A ADI 5938 E A PROTEÇÃO AO DIREITO DE DUPLA TITULARIDADE DO NASCITURO E DA GESTANTE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

As autoras Adriana Goulart de Sena Orsini e Paula Gondim de Sena Orsini em sua pesquisa analisam, de forma circunstanciada, a decisão da ADI 5938 pelo Supremo Tribunal Federal,

demonstrando a importância do referido julgado, seja para o Direito Constitucional, seja para o Direito do Trabalho, com destaque especial para o voto do Ministro Alexandre de Moraes e a doutrina da Proteção ao Direito de Dupla Titularidade do Nascituro e da Gestante.

O presente livro, portanto, é de grande contribuição para a consolidação das pesquisas em DIREITO CONSTITUCIONAL junto ao Conpedi.

As pesquisas, todas em nível de pós-graduação, contam com as contribuições dos debates dos doutores Thais Janaina Wenczenovicz, Rubens Beçak e Bernardo Leandro Carvalho Costa.

Desejamos a todos uma ótima leitura; e renovamos o convite para as próximas edições!

**A PROPRIEDADE E SEU TRATAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL:  
DIREITO PATRIMONIAL OU FUNDAMENTAL?**

**OWNERSHIP AND ITS LEGAL-CONSTITUCIONAL TREATMENT: PROPERTY  
RIGHT OR FUNDAMENTAL RIGHT?**

**Francielle Eliz Ortolan  
Luiz Henrique Urquhart Cademartori**

**Resumo**

A Constituição Federal, além de ter mantido a função social da propriedade como um dos princípios reguladores da ordem econômica, a incluiu também no rol dos direitos fundamentais. Este fato acarretou uma polêmica no que diz respeito a uma suposta contradição lógica envolvendo a ideia de propriedade como direito individual e eminentemente patrimonial e, de outra parte, como direito fundamental, caracterizado por ser indisponível por excelência. O filósofo John Locke, considerado o pai do liberalismo, defende a ideia de que a propriedade é um direito natural e que o contrato social é um pacto firmado por homens livres, sempre destacando a liberdade dos indivíduos e o direito de amplamente dispor da sua propriedade, o que chocaria com a visão do conceito na sua acepção jusfundamental. Todavia, sob o prisma do jurista Luigi Ferrajoli, não há contradição alguma, uma vez que a questão da problemática é meramente interpretativa. O jurista italiano postula que existe uma distinção entre o direito fundamental à propriedade e o direito privado de propriedade. A motivação da teoria de Ferrajoli parte da equivocada assimilação entre os conceitos de liberdade e de propriedade definidos por Locke.

**Palavras-chave:** Propriedade, Direitos fundamentais, Direitos patrimoniais, Liberdade, Contratualismo

**Abstract/Resumen/Résumé**

In addition to upholding the social function of property as one of the regulatory principles of the economic order, the Federal Constitution also included it in the roster of fundamental rights. This fact has sparked controversy regarding a supposed logical contradiction involving the concept of property as an individual and primarily proprietary right, and on the other hand, as a fundamental right, characterized by its inherent non-negotiable nature. The philosopher John Locke, deemed the progenitor of liberalism, champions the notion that property is a natural right and that the social contract is an agreement forged among free men, consistently emphasizing the liberty of individuals and their broad entitlement to dispose of their property. This stance clashes with the perspective of the concept within its fundamental legal context. Nevertheless, according to the perspective of the jurist Luigi Ferrajoli, there is no contradiction whatsoever, as the issue at hand is purely interpretative. Ferrajoli contends that a distinction exists between the fundamental right to property and the

private right of property. The basis of Ferrajoli's theory arises from the mistaken assimilation of the concepts of liberty and property propagated by Locke.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Property, Fundamental rights, Proprietary rights, Liberty, Contractualism

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal inovou ao incluir a propriedade no rol dos direitos fundamentais, além de ter mantido o instituto como um dos princípios reguladores da ordem econômica, tal qual fazia a Carta anterior de 1967 e a Emenda de 1969.

É precisamente este fato que acarretou certa polêmica no que diz respeito a uma suposta aporia no tocante ao entendimento do tema; vale dizer, uma tensão lógica, envolvendo a ideia de propriedade como sendo direito transferível, alienável e/ou renunciável - o que a pressupõe com o um direito patrimonial - e, de outra parte, como um direito de caráter jusfundamental, que, com efeito, trata de direitos indisponíveis.

A aparente contradição é o que constitui o objeto central da análise deste artigo, conforme será explanado no seu desenvolvimento.

Para tanto, no primeiro tópico, far-se-á um esboço do pensamento de John Locke sobre o conceito de propriedade, com base na sua obra mais relevante, qual seja, “Dois Tratados do Governo Civil”. Locke (2015, posições 4342-5577) entende que os homens são livres, independente de qualquer convenção, porquanto partilham das mesmas faculdades e poderes e, por conseguinte, dos mesmos direitos e privilégios, concedidos por Deus a toda a humanidade. Por outro lado, o filósofo defende que, no estado natural, estão ausentes condições para a preservação do direito de propriedade, necessitando, com isso, os indivíduos unirem-se, com o consentimento de cada um dos seus integrantes, em comunidades políticas, a fim de serem submissos a um governo. Em suma, na visão lockeana, o contrato social é um pacto firmado por acordos de vontades, sempre destacando a liberdade dos indivíduos e o direito de fazerem o que quiserem com a sua propriedade.

No segundo tópico, tratar-se-á do conceito de propriedade na atual Carta Federativa que, conforme alhures mencionado, garante a inviolabilidade da propriedade no rol dos direitos fundamentais. Também nesse tópico explanar-se-ão as acepções de função social da propriedade e de jusfundamentalismo.

Por fim, no terceiro tópico, desenvolver-se-á, sob a ótica de Luigi Ferrajoli, a pretensa contradição existente na Carta Magna quanto à concepção de propriedade como direito fundamental e como direito patrimonial. Para tanto, o jurista italiano distingue o direito fundamental à propriedade e o direito privado de propriedade. A motivação da teoria de Ferrajoli parte da equivocada assimilação, na opinião do jurista, entre os conceitos de liberdade e de propriedade difundidos por John Locke.

## 2.1 O CONCEITO DE PROPRIEDADE EM JOHN LOCKE

O filósofo inglês John Locke (1632-1704) é um dos principais representantes do empirismo, corrente filosófica típica do mundo anglo-saxão, considerada a maior reação contra o racionalismo continental europeu, a qual defende que, quanto mais vastas, intensas e ricas forem as experiências do indivíduo, mais profundo e amplo será o seu conhecimento.

Explica-se: o racionalismo foi lançado por René Descartes (1596-1650), na França, no século XVII. A lógica da famosa conclusão de que “penso, logo existo” ou “*cogito ergo sum*” baseia-se na crença de que a razão é a única forma que o ser humano tem para adquirir o conhecimento de maneira completa. (1996, p. 94)

Descartes, assim como o filósofo também racionalista Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716), eram matemáticos e, para eles, essa ciência oferece o método ideal para o conhecimento verdadeiramente amplo e confiável.

Em contrapartida, John Locke, considerado o pai do liberalismo, defende que a informação sobre o mundo exterior chega aos indivíduos apenas por meio dos sentidos. Diz Locke que as ideias, a despeito de serem intelectuais, sensoriais ou emocionais, estão imediatamente presentes à consciência alerta. Ainda, coloca-se contra a noção de ideias inatas, pois acredita que, ao nascer, a mente humana é como uma folha de papel em branco, a qual se submete às leis da natureza.

De outra banda, Locke (2015, posições 4342-4466) também desenvolveu estudos em teoria política. Entende o filósofo, nos “Dois Tratados do Governo Civil” - sua obra de maior relevo para a política e o direito, notadamente pela importância consagrada à necessidade de consentimento à organização social e pelos conceitos basilares ao contratualismo -, que os homens são livres, independente de qualquer convenção, porquanto partilham das mesmas faculdades e poderes e, por conseguinte, dos mesmos direitos e privilégios, concedidos por Deus a toda a humanidade.

Nesse prisma, John Locke afirma que os seres em estado de natureza estão em perfeita harmonia, já que governados por uma lei natural, a que todos estão sujeitos. Assim, todos são iguais e independentes, ninguém devendo lesar o outro na sua vida, na sua saúde, na sua liberdade, nem nas suas posses, uma vez que os homens são obras de um Criador onipotente e soberano.

Veja-se:

Por sermos dotados de faculdades iguais, e por partilharmos todos de uma natureza comum, não se pode supor que exista entre nós uma subordinação

que nos autorize a destruir outro homem, como se fôssemos feitos para servir de instrumento dos desejos alheios, à semelhança das criaturas inferiores que servem de instrumento dos nossos desejos. Cada um está obrigado a preservar-se e a não abandonar voluntariamente o seu posto; pela mesma razão, quando não está em causa a conservação de si mesmo, também deve, na medida do possível, preservar o resto da humanidade, e não pode, salvo se for para punir um transgressor, tirar ou debilitar a vida de outro, nem o que contribui para preservação da vida, da liberdade, da saúde, dos membros e dos bens dos outros homens. (LOCKE, 2015, posição 4373)

Não obstante todos os privilégios do estado de natureza, Locke discorre que, no estado natural, estão ausentes condições para a preservação da propriedade. Com isso, os indivíduos necessitam unirem-se em comunidades políticas e serem submissos a um governo:

Se o homem no estado de natureza é tão livre como se disse, se ele é o senhor absoluto da sua própria pessoa e das suas posses, se ele é igual ao maior dos homens e não está sujeito a ninguém, por que razão renunciaria à sua liberdade, a esse império, e se sujeitaria ao domínio e controle de outro poder? A resposta é óbvia: embora ele possua esse direito no estado de natureza, contudo, o seu gozo é muito incerto e está constantemente exposto à invasão de outros; pois, sendo todos tão reis quanto ele, cada um é um ser igual, e a maior parte não respeita estritamente a equidade e a justiça. Assim, o usufruto da propriedade que ele possui no estado de natureza é muito inseguro e mal salvaguardado. Esta situação leva-o a querer abandonar o estado de natureza, o qual, por muito livre que seja, está cheio de medos e perigos contínuos; tem por isso razões para abandonar o estado de natureza e entrar voluntariamente numa sociedade juntamente com outros homens que já estão unidos ou que tencionam unir-se, com o propósito da preservação mútua das suas vidas, liberdades e bens, a que dou o nome genérico de propriedade. A preservação da sua propriedade é o fim principal e capital em vista do qual os homens se unem em comunidades políticas e se submetem ao governo. Do estado de natureza estão ausentes muitas das condições de realização desse fim. (LOCKE, 2015, posição 5527)

Segundo o pensador, a propriedade é um direito natural por excelência, independente de qualquer convenção humana. Ocorre que, no estado de natureza, não existe uma lei estabelecida, fixa e conhecida, que o consentimento geral tenha aceitado e autorizado com o critério do bem e do mal ou como medida comum para decidir todas as controvérsias. Além disso, falta no estado natural um juiz conhecido e imparcial, com autoridade para resolver todos os impasses, de acordo com a lei estabelecida. Nesse estado, pelo fato de cada pessoa ser, simultaneamente, juiz e executor da lei natural, a paixão e a vingança seriam muito suscetíveis de aflorarem. Por último, acredita Locke que no estado de natureza não existe um poder que suporte e sustente uma sentença, e nem que a execute devidamente.

Assim, Locke (2015, posições 5537-5577) conclui que, não obstante todos os privilégios do estado de natureza, o gênero humano, enquanto permanece nesse estado, encontra-se mal acobertado. E, a fim de evitar esses inconvenientes que perturbam as

propriedades dos homens no estado de natureza, estes devem se unir em sociedade, para que disponham de garantia e segurança. É para esse objetivo que os homens transferem todo poder natural que possuem à sociedade para a qual entram, e a comunidade põe o poder legislativo nas mãos daqueles que julga mais convenientes para esse encargo, para que sejam governados por leis declaradas, senão ainda ficarão na mesma incerteza, como se encontravam no estado de natureza.

Portanto, a ausência de um governo, ou de uma ordem civil, é desfavorável para os seres humanos, os quais devem se juntar voluntariamente para criar a sociedade. Porém, como todos os homens são, por natureza, livres e iguais, a sociedade política só pode emergir do consentimento individual de cada um de seus integrantes.

No seu segundo tratado, Locke consagra também a ideia de que o acordo com outros homens para se juntarem e se unirem numa só comunidade é o único modo por meio do qual alguém se priva de sua liberdade natural e assume os vínculos da sociedade civil. Dessa forma, em comunidade, os indivíduos podem viver uns com os outros de maneira confortável, segura e pacífica, no usufruto tranquilo das suas propriedades, obtendo, também, uma proteção maior contra os que não são membros da sua comunidade.

Na visão lockeana, o contrato social é um pacto firmado entre governantes e governados, como homens livres. Com isso, infere-se que o filósofo vê os governados como detentores de seus direitos individuais, mesmo depois de instituído o governo.

Nessa ótica, a soberania permanece, em última análise, com o povo. E, as garantias dos direitos do povo - proteção à vida, à liberdade e à propriedade - são o propósito maior e legítimo do governo.

Locke acredita que o que dá o direito à propriedade é, antes de tudo, o trabalho que se dedica a ela. Por conseguinte, proclama o direito à liberdade do indivíduo em fazer o que quiser com a sua propriedade.

Nessa linha de raciocínio, se o indivíduo trabalha para produzir algo e, fazendo isso, não prejudica ninguém, então tem o direito aos frutos desse trabalho, pois Deus deu a terra aos homens para seu sustento, e tal direito não pode depender do consentimento dos demais, sendo a propriedade, pois, não uma condição política, mas natural. Logo, se alguém arrebatou a propriedade do indivíduo, está literalmente tirando o seu próprio trabalho, já que, por meio do seu trabalho, os frutos lhe são inerentes.

Pela lógica de Locke, se o homem, no estado de natureza, é livre, sendo o senhor absoluto da sua própria pessoa e de suas posses, a preservação da sua propriedade é o fim

principal e capital em vista do qual os homens se unem em comunidade política, com o consentimento de cada indivíduo. Com efeito, quando se cria essa comunidade, forma-se um corpo único que tem o poder de agir mediante a vontade e a decisão da maioria.

Nota-se que Locke frisa, com veemência, que o que faz uma comunidade mover-se numa só direção é o consentimento da maioria dos indivíduos que a constituem:

[...] é necessário que o corpo se mova na direção para onde a força mais considerável o arrasta, e essa força é o consentimento da maioria. De outro modo, é impossível que consiga agir ou perdurar como corpo único, como única comunidade, tal como concordaram todos os indivíduos que a ela se associaram; todos estão vinculados ao consentimento definido pela maioria. (LOCKE, 2015, posições 5244-5253)

Dessa forma, desenvolve-se o pensamento de que a sociedade se funda nas transações voluntárias e que os direitos naturais - dentre eles a propriedade - constituem o cerne do estado civil. Esse, pode-se dizer, é o principal fundamento do liberalismo.

Em resumo, a proteção de direitos naturais consiste, em última análise, numa condição para a criação de uma sociedade civil.

Locke viveu no momento em que a Inglaterra passava pela transição do regime monárquico absolutista para o regime monárquico parlamentarista, que existe até hoje. O filósofo pressentiu a importância de tal transformação e desenvolveu, então, toda a reflexão mencionada, que foi essencial, inclusive, para o surgimento de importantes diplomas jurídicos da modernidade. Por isso, é considerado um pensador clássico.

Pode-se afirmar que a “*Bill of Rights*” (1688-1689) - carta de direitos criada e aprovada pelo Parlamento da Inglaterra - foi amplamente influenciada e inspirada nas teorias lockeanas.

A propósito, leciona o doutrinador José Afonso da Silva:

[...] O documento mais importante é a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*, 1688) que decorreu da Revolução de 1688, pela qual se firmara a supremacia do Parlamento, impondo a abdicação do rei Jaime II e designando novos monarcas, Guilherme II e Maria II, cujos poderes reais limitavam com a declaração de direitos a eles submetida e por eles aceita. Daí surge, para a Inglaterra, a monarquia constitucional, submetida à soberania popular (superada a realeza de direito divino), que teve em Locke seu principal teórico e que serviu de inspiração ideológica para a formação das democracias liberais da Europa e da América nos séculos XVIII e XIX. [...]. (2014, p. 155)

Importante destacar que Locke influenciou também a revolução norte-americana (1776), para a defesa da liberdade contra o domínio e a exploração colonial britânica, além da Declaração de Direitos da Virgínia (1776) - declaração de direitos estadunidense, que se

inscreve no contexto da luta pela independência dos Estados Unidos da América, fundamentada nos direitos naturais do homem, ou seja, nos direitos inalienáveis - que precede a independência americana e, como ela, é de nítida inspiração iluminista e contratualista.

Já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) - documento de suma importância para a consolidação do estado democrático de direito, o qual foi elaborado durante a Revolução Francesa, com âmago essencialmente libertário - possui menções expressas ao direito de propriedade, sendo indubitável a influência de John Locke nos seguintes dispositivos:

Art. 2º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

[...]

Art. 17 Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.

Por todo o exposto, é nítido que John Locke desempenhou um papel crucial no processo de formação da consciência política atual. Ao reconhecer a necessidade de limitar o poder estatal e garantir a preservação dos direitos naturais, pode-se dizer que sua concepção a respeito do contrato social consentido é o ideário, por excelência, para o Estado liberal, e seu legado continua a ser uma referência importante na defesa das liberdades individuais e dos direitos humanos.

## **2.2 O STATUS JURÍDICO DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A Constituição Federal, no *caput* do seu art. 5º, estabelece a propriedade como direito inviolável.

O inciso XXII do referido dispositivo prevê a garantia do direito de propriedade, o qual deve ser compreendido de forma ampla. Já o inciso XXIII dispõe que a propriedade deverá atender a sua função social.

Registre-se, de antemão, que não faz parte do escopo da presente pesquisa aprofundar o tema da função social da propriedade. De todo modo, cita-se, a seu respeito, a visão de Orlando Gomes acerca da imprecisão da expressão e, sobretudo, da dificuldade de convertê-la num conceito jurídico, mencionando que o seu uso nas leis e, preferencialmente, nas Constituições, possui, acima de tudo, uma carga expressiva psicológica, recebida, sem

precauções, pelos juristas em geral. O doutrinador a apresenta, por sua vez, sob um tríplice aspecto, qual seja: a privação de determinadas faculdades; a criação de um complexo de condições para que o proprietário possa exercer seus poderes; e a obrigação de exercer certos direitos elementares do domínio. (2008, p. 125-126)<sup>1</sup>

O direito constitucional brasileiro vem convivendo com a ideia de uma propriedade dotada de função social desde a Constituição de 1934 que, após garantir o direito de propriedade, ressaltava que este não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo. Foi a primeira vez, entre nós, que um texto constitucional relativizou o direito de propriedade, o qual, historicamente, sempre foi visto como um direito de natureza individual absoluto, competindo ao legislador apenas a tarefa de garanti-lo.

Mas, foi com a Carta de 1967 - mantendo-se a previsão na Emenda Constitucional n. 1 de 1969 - que a expressão “função social da propriedade” compareceu em texto constitucional, tratando a propriedade como um princípio incrustado na ordem econômica nacional.

Dito isso, a Constituição de 1988 inovou no fato de, além de ter mantido a previsão da função social da propriedade como um dos princípios reguladores da ordem econômica (art. 170, inc. III), ter incluído o instituto, agora, também, no rol dos direitos fundamentais. (CANOTILHO et al., posições 16838-16864)

No tocante aos direitos fundamentais, são muitas as acepções que tanto doutrinadores quanto teóricos do direito formulam, destacando-se alguns conceitos condizentes com o modelo de estado constitucional que caracteriza países como o Brasil.

---

<sup>1</sup> Ainda sobre a função social da propriedade, pode-se dizer que esta compromete o legislador, o juiz e o próprio proprietário. (PERLINGIERI, 1999, p. 228-229). O primeiro deve evitar a edição de normas que afrontem a referida garantia, ao passo que o magistrado ostenta legitimidade para não aplicar leis que não realizem a devida ponderação entre a proteção da propriedade e a devida funcionalização do instituto, enquanto o descumprimento por parte do proprietário da inexcedível função leva a que acabe por perder a garantia e o reconhecimento da própria propriedade. Assim é que ao proprietário, sobretudo, dos bens de produção, podem ser impostos deveres, sob ameaça de sanções, transformando-o em proprietário - empreendedor. (GRAU, 1997, p. 26-27). Configura ilícito funcional, isto é, na modalidade do abuso do direito, ser titular de um bem de produção e não o tornar útil para a sociedade. Se o exercício do domínio pode trazer utilidade também para todos, seria eticamente reprovável deixar dada propriedade improdutiva. (HEDEMANN, 1955, p. 154). É a noção realista da função social que empana e substitui a noção metafísica do direito subjetivo. [...] O reconhecimento da propriedade privada pelo Direito constituído não exime o proprietário, como tal, de cumprir o papel que lhe cabe na sociedade, já que a extensão do seu direito deve ser determinada pela lei, na medida, e somente na medida, em que ele cumpre sua função social, diga-se, o exercício do seu direito, obedecidas as exigências econômicas e sociais da propriedade. (MOREIRA, 1986, p. 88, 89 e 98) De modo geral, vai preponderando, cada vez mais, a finalidade social da propriedade, que se sobrepõe ao direito incondicional e ilimitado [...]. (RIZZARDO, 2014, p. 176)

Carlos Santiago Nino, em “*Ética y Derechos Humanos*” (1984, p. 13), postula que não existem dúvidas de que os direitos do homem são uma das maiores invenções da nossa civilização.

De outro lado, Norberto Bobbio salienta, na sua obra “*A Era dos Direitos*” (2004, p. 204) - centrada nos direitos humanos, os quais, ao serem positivados, passam a ser chamados de fundamentais (logo, não há diferença qualitativa entre ambos) - que, apesar de a ideia da universalidade da natureza humana ser antiga, a sua transformação em instituição política, isto é, em um modo diferente e de certa maneira revolucionário de regular as relações entre governantes e governados, aconteceu somente na Idade Média através do jusnaturalismo.

Nesse aspecto, Bobbio remete-se ao texto filosófico de Locke no segundo ensaio sobre o governo civil - o qual, conforme já se mencionou no tópico alhures, foi o grande precursor para o surgimento de importantes diplomas jurídicos da modernidade - e à Declaração de Direitos da Virgínia.

Para o doutrinador, a partir daí aconteceu o que ele indica de inovação política, nascendo, naquele momento, uma nova, e sem precedentes, forma de regime político, que não é mais apenas o governo aristotélico das leis contraposto ao dos homens. Fala-se, agora, de um governo que é ao mesmo tempo dos homens e das leis, dos homens que fazem as leis e das leis que encontram um limite em direitos preexistentes dos indivíduos que as próprias leis não podem ultrapassar no Estado liberal moderno, o qual se desdobra sem solução de continuidade e por desenvolvimento interno, no Estado democrático.

Luigi Ferrajoli dá um incremento mais atual ao conceito e define os direitos fundamentais como direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão, capaz de agir.

Essa definição é uma definição teórica enquanto, também sendo estipulada com referência aos direitos fundamentais positivamente determinados pelas leis e constituições nas modernas democracias, prescinde da circunstância de fato de que nesse ou naquele ordenamento tais direitos sejam ou não formulados em cartas constitucionais ou em leis fundamentais e, por assim dizer, do fato de que eles sejam (ou não) enunciados em normas de direito positivo. Não se trata, em outras palavras, de uma definição dogmática, isto é, formulada com referência às normas de um ordenamento concreto, como, por exemplo, a constituição italiana ou aquela espanhola. Com base nisso, diremos que são “fundamentais” os direitos atribuídos por um ordenamento jurídico a todas as pessoas físicas enquanto tais, ou enquanto cidadãos, ou enquanto capazes de agir. Mas diremos também, sem que a nossa definição seja de algum modo invalidada, que um dado ordenamento jurídico, por exemplo, totalitário é privado de direitos fundamentais. (FERRAJOLI, 2011, posições 167-181)

O jurista italiano entende que a positivação dos direitos fundamentais no ordenamento é a condição da sua existência ou o vigor naquele ordenamento, mas não incide sobre o significado do conceito de direitos fundamentais em si.

Ainda, menciona que se trata de uma definição formal ou estrutural, no sentido de que prescinde da natureza dos interesses e das necessidades tuteladas com o seu reconhecimento como direitos fundamentais e se baseia, unicamente, sobre o caráter universal da sua imputação:

[...] compreendido “universal” no sentido puramente lógico e avalorativo da qualificação universal da classe de sujeitos que deles são titulares. De fato, são tutelados como universais, e, portanto, fundamentais, a liberdade pessoal, a liberdade de pensamento, os direitos políticos, os direitos sociais e similares. Mas onde tais direitos fossem alienáveis e então virtualmente não universais, como seriam, por exemplo, numa sociedade escravagista ou inteiramente mercantilista, eles não seriam universais nem, por conseguinte, fundamentais. Inversamente, se fosse estabelecido como universal um direito absolutamente fútil, como, por exemplo, o direito a ser cumprimentado na via pública pelos próprios conhecidos ou o direito de fumar, ele seria um direito fundamental. São evidentes as vantagens de uma definição como essa. Enquanto prescinde de circunstâncias de fato, ela é válida para qualquer ordenamento, independentemente dos direitos fundamentais nele previstos ou não previstos, incluso os ordenamentos totalitários e aqueles pré-modernos. (FERRAJOLI, 2011, posições 181-194)

Assim, para Ferrajoli, a definição de direitos fundamentais independe dos bens ou dos valores ou das necessidades substanciais em si tutelados, sendo por isso, antes de tudo, ideologicamente neutra. Logo, válida em qualquer que seja a filosofia jurídica ou política compartilhada: juspositivista ou jusnaturalista, liberal ou socialista, e, por fim, antiliberal e antidemocrática. E, todavia, o italiano garante que esse caráter formal da sua definição não impede que seja suficiente para identificar, nos direitos fundamentais, a base da igualdade jurídica.

Graças a isso, de fato, a universalidade expressa pela quantificação universal dos (tipos de) sujeitos que de tais direitos são titulares vem a se configurar como um dos seus corolários estruturais, que, como veremos, comporta o caráter inalienável e indisponível dos interesses substanciais nos quais esses direitos consistem. Em verdade, na experiência histórica do constitucionalismo, tais interesses coincidem com as liberdades e com as outras necessidades de cuja garantia, conquistada a preço de lutas e revoluções, depende a vida, a sobrevivência, a igualdade e a dignidade dos seres humanos. Mas essa garantia se realiza precisamente através da forma universal que provém da sua estipulação como direitos fundamentais em normas constitucionais supra-ordenadas a qualquer poder decisório: se são normativamente de “todos” (os membros de uma dada classe de sujeitos), eles não são alienáveis ou negociáveis, mas correspondem, por assim dizer, à prerrogativa não contingente e inalterável dos seus titulares e a outros tantos limites e vínculos insuperáveis a todos os poderes, sejam públicos ou

privados. É claro, de outra parte, que essa universalidade não é absoluta, mas é relativa aos argumentos com referência aos quais é predicada. O “todos” dos quais tais direitos consentem de predicar a igualdade é, de fato, logicamente relativo às classes dos sujeitos cuja sua titularidade é normativamente reconhecida. Se da quantidade e da qualidade dos interesses protegidos como direitos fundamentais depende a intenção da igualdade, é então da extensão de tais classes, ou seja, da supressão ou redução das diferenças de status das quais elas são determinadas, que depende a extensão da igualdade, e, logo, o grau de democratização em dado ordenamento. (2011, posições 194-207)

Com base nisso, o jurista italiano defende que são fundamentais os direitos atribuídos por um ordenamento jurídico a todas as pessoas físicas. Dado esse conceito, observa-se que a irrenunciabilidade e a insuscetibilidade de transferência são traços marcantes e inerentes dos direitos fundamentais e que, por conseguinte, abarcam também agora o direito fundamental da propriedade. Entretanto, é curial do direito que a propriedade pode ser renunciada, transferida e extinguida.

Destarte, posta tal contradição, explanar-se-á, no tópico seguinte, nos termos dos postulados do jurista italiano, como deve ser compatibilizada, juridicamente, a noção de propriedade enquanto direito patrimonial, dotada, ao mesmo tempo, de caráter jusfundamental.

### **2.3 ANÁLISE CRÍTICA DE LUIGI FERRAJOLI: DO DIREITO DE PROPRIEDADE AO DIREITO À PROPRIEDADE**

Estabelecida, então, a real dimensão dos direitos fundamentais na concepção de Luigi Ferrajoli, resta investigar como se situa a propriedade dentro dessa dupla dimensão aparentemente contraditória, de direito patrimonial e direito fundamental.

A definição exposta no tópico anterior sobre direitos fundamentais, sob o ponto de vista do jurista italiano, na sua obra “Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais” (2011, posições 260-300), é elucidada em quatro teses, a seguir descritas:

A primeira tese - e mais importante para o estudo do presente trabalho - refere-se à radical diferença de estrutura entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais. Ferrajoli relaciona os primeiros à inteira classe de sujeitos, e os segundos, a qualquer de seus titulares, com exclusão de todos os outros. Essa diferença importa para designar situações opostas: direitos inclusivos e direitos exclusivos, direitos universais e direitos singulares, direitos indisponíveis e direitos disponíveis. Isso pode ser explicado, segundo o jurista, com as diferentes ascendências teóricas das duas categorias de direitos: a filosofia jusnaturalista e

contratualista, no que tange aos direitos fundamentais; e a tradição civilista e romanista, no que concerne aos direitos patrimoniais.

A segunda tese é a de que os direitos fundamentais, correspondendo a interesses e expectativas de todos, formam o fundamento e o parâmetro da igualdade jurídica, chamada por Ferrajoli de dimensão “substancial” da democracia, que, outra coisa não é senão o conjunto das garantias asseguradas pelo paradigma do Estado de direito.

A terceira tese é relativa à natureza supranacional de grande parte dos direitos fundamentais, conferidos pelas constituições estatais independentemente da cidadania do indivíduo.

Por fim, a quarta tese refere-se às relações entre os direitos e as suas garantias. A fim de aplinar a confusão entre os referidos termos - que quer dizer negar a existência dos primeiros na ausência das segundas - Ferrajoli sustenta que, diante de uma inadimplência do direito positivamente estipulado, consiste uma indevida lacuna, que é dever da legislação suprir.

Nesse prisma, Luigi Ferrajoli (2011, posição 300) defende que essas quatro teses, de alguma forma, contradizem concepções clássicas, dentre elas, a ideia de John Locke nos “Dois Tratados do Governo Civil” - e é sobre esse ponto que o presente tópico desenvolver-se-á -, identificando a associação entre liberdade e propriedade.

Para Locke, como já visto, a vida, a liberdade e a propriedade são os três direitos fundamentais cuja tutela e garantia justificam o contrato social.

De acordo com o jurista italiano, há um equívoco e uma suposta aporia, devido ao caráter polissêmico do termo “direito de propriedade”, uma vez que se pode compreendê-lo, ao mesmo tempo, como o direito **à** propriedade - isto é, direito de o indivíduo tornar-se proprietário e de dispor dos próprios direitos de propriedade - e o direito **de** propriedade em si, que se refere ao concreto direito sobre aquele ou este bem.

Explica Ferrajoli (2011, posições 351-431) que, entre “direitos fundamentais” e “direitos patrimoniais”, existem nitidamente, quatro diferenças estruturais.

A primeira consiste no fato de que os direitos fundamentais são universais, reconhecidos a todos os seus titulares em igual forma e medida, enquanto os patrimoniais (reais) são direitos singulares, no sentido lógico de que, para qualquer um deles, existe um titular determinado (ou coproprietários), com exclusão de todos os outros.

Quando se fala do “direito de propriedade”, alude-se ao direito de se tornar proprietário conexo à capacidade jurídica, não ao direito de dispor dos bens de propriedade - “direito à propriedade” -, que é, então, conexo à capacidade de agir.

A segunda diferença é que os direitos fundamentais são direitos indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransponíveis e personalíssimos. Os direitos patrimoniais, por sua vez, são disponíveis, negociáveis e alienáveis.

Já a terceira diferença proposta por Ferrajoli é uma consequência da segunda e refere-se à estrutura jurídica dos direitos. Os direitos patrimoniais têm o seu título em atos de tipo negocial, enquanto os fundamentais têm títulos expressos na lei, no sentido de que são todos *ex lege*, ou seja, conferidos através de regras gerais de grau normalmente constitucional.

Derradeiramente, a quarta diferença é que os direitos patrimoniais são, por assim dizer, horizontais, e os direitos fundamentais, verticais: as relações jurídicas existentes entre os titulares dos direitos patrimoniais são relações intersubjetivas de tipo civilístico, enquanto as relações existentes entre titulares de direitos fundamentais são relações de tipo publicístico, ou seja, do indivíduo nos confrontos (somente ou também) com o Estado.

Dito isso, denota-se que, para Luigi Ferrajoli, não há que se confundir direito à propriedade e direito de propriedade, já que aquele - de caráter jusfundamental - é atribuído para todos os seres humanos de forma equânime e relaciona-se ao direito de almejar ou adquirir o domínio do bem, quando supridas as condições legais e econômicas para tanto; e este - de cunho civilista -, refere-se à possibilidade de modelação, isto é, à viabilidade do proprietário em colocar o bem à disposição, alienação ou negociação.

Em linhas gerais, pode-se dizer que as pretensões de John Locke, ao caracterizar a propriedade como direito natural e divino, associada à liberdade, são legítimas para a sua época, que visava o rompimento com as ideais absolutistas então vigentes, e foram reinterpretadas com o decorrer do tempo.

Cabe avivar que os direitos “à propriedade” e “de propriedade” não são excludentes entre si, ao contrário, complementam-se. É por isso que a propriedade, apesar de estar filosoficamente assentada na doutrina jusnaturalista, pode, ao mesmo tempo, estar garantida no ordenamento jurídico constitucional de determinado Estado.

Por fim, o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades liberais, econômicas e sociais, de modo que estejam preservados os direitos fundamentais da coletividade.

### 3 CONCLUSÃO

Do exposto, pode-se concluir que é legítima a pretensão de Locke ao defender o instituto da propriedade como um direito que, à sua época (em reação ao Estado absolutista então vigente), era concebido associadamente ao conceito de liberdade, e cuja leitura posterior, ao ser positivado em constituições contemporâneas, passa a ser analisado sob a ótica de direito fundamental.

Isso, porque é uma questão interpretativa, além de terminológica, como já foi detalhado no decorrer do trabalho, diferenciar um direito inalienável a se ter propriedade (direito à propriedade), dentro de uma ordem liberal de Estado, ou seja, sob constituições democráticas que acolhem tal direito no rol dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, conceber, nos mesmos Estados de direito, o direito patrimonial de propriedade, com as características de disponibilidade.

Na realidade, a propriedade, no seu aspecto jusfundamental, apresenta-se como direito à tê-la ou possuí-la, desde que o indivíduo supra as condições para tanto. Portanto, o direito fundamental aqui enunciado é um direito à propriedade, vale dizer, o direito que todos têm, uma vez cumpridos os requisitos legais e materiais, de exercerem a sua aquisição. Tal direito é irrenunciável e indisponível, uma vez que fundamental.

De outro lado, adquirido o bem, este passa a integrar a outra dimensão de propriedade, qual seja, a patrimonial, passível de negociação, nos termos do direito civil.

Em resumo, o direito à propriedade e o direito de propriedade convivem harmoniosamente em Estados liberais e democráticos, como no Brasil. Portanto, é apenas aparente a contradição lógica no tratamento jurídico da propriedade, seja como direito patrimonial ou direito fundamental, inexistindo conflito sobre a temática.

### 4 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros.

BORBA, Isabela Souza de. *Poderes Constituídos e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Livro eletrônico. 140976 posições.

DESCARTES, René. *O Discurso do Método*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniel Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Livro eletrônico. 2916 posições.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v. 39. São Paulo: Saraiva, 1997.

HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derechos Reales*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1955.

LOCKE, John. *Dois Tratados do Governo Civil*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2015. Livro eletrônico. 140976 posições.

MAGEE, Edgar Bryan. *História da Filosofia*. Tradução de Marcos Bagno. 6 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Saraivajur, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MORAES, Alexandre *et al.* *Constituição Federal Comentada*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MOREIRA, Aroldo. *A Propriedade sob Diferentes Conceitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NINO, Carlos Santiago. *Etyca y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Paidós Studio, 1984.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009; Método: 2009.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 7 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio Luiz *et al.* *Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado*. Florianópolis: Insular, 2013.