

Constitucionalismo latino-americano e direito à propriedade: incursões teóricas em direitos fundamentais sob uma nova perspectiva

[Latin American constitutionalism and the right to property: theoretical inroads into fundamental rights from a new perspective]

Diogo Bacha e Silva

Advogado e Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de São Lourenço
Mestre em Direito pela FDSM
[diogobacha@ig.com.br]

RESUMO

Pretende-se abordar o direito à propriedade a partir de visões que fogem da essencialização buscada pelo eurocentrismo. Nessa medida, importante contribuição sobre o direito à propriedade enquanto direito fundamental pode ser buscada no constitucionalismo latino-americano, bem como em autores nacionais que se abrem para aprendizados recíprocos.

PALAVRAS-CHAVE

Propriedade; Constitucionalismo latino-americano; Eurocentrismo

ABSTRACT

The aim is to address the right to property from views fleeing essentialization sought by Eurocentrism. To that extent, an important contribution on the right to property as a fundamental right can be sought in the Latin American constitutionalism, as well as national authors that open to reciprocal learning.

KEYWORDS

Property; Latin American constitutionalism; Eurocentrism

SUMÁRIO

Introdução; 1 - Constitucionalismo latino-americano: a resistência a partir do Sul; 2 - Constituição, direito à propriedade e legado europeu; 3 - Direito à propriedade e o pensamento constitucional atual; Conclusão

Introdução

A relação que mantemos com um objeto é de tal modo arraigada em nossa cultura que, para desvencilharmos de nossas pré-compreensões, é preciso talvez deixar de ser o que somos e pensarmos a partir de outra perspectiva. Ao realizarmos uma *epoché* em nossas culturas e tradições, poderemos enxergar com maior clareza as ideologias que nos condicionam.

No âmbito do direito, especialmente do Direito Constitucional, em que há temas sensíveis e fraturantes tais como dos direitos fundamentais, naturalizamos de tal forma os conceitos e as compreensões que é perigoso petrificarmos e estagnarmos em nossa projeto de comunidade política.

Nossa preocupação central é a forma como o direito à propriedade é encarado e visto em nossa Constituição e como novas ideias de constitucionalismo podem ajudar a desmistificarmos tal direito.

A essencialização do conceito de direito à propriedade nos levou a acreditar que o direito à propriedade é naturalizado como algo definitivo e sem possibilidade de modificações, já que, como se sabe, a modificação corrói a substância e desnatura o objeto visualizado.

Qual é o conceito de direito de propriedade albergado pela Constituição Federal de 1988? É possível outra forma de concebê-lo? Será que as normas que regem a propriedade na Constituição Federal admitem outra interpretação que não aquelas já amplamente reconhecidas como um vínculo estabelecido entre o sujeito e o objeto que lhe dá a possibilidade de usar, gozar e dispor?

Será necessário, então, desconstruirmos o paradigma de propriedade que nos foi legado.

Pretende-se, pois, explorar as nuances do direito de propriedade na Constituição Federal sob outro olhar, sob outro viés que não o viés tradicional, um viés essencializador, bem como examinar a profundidade das normas constitucionais que dão contornos a referido direito.

1 - Constitucionalismo latino-americano: a resistência a partir do Sul

A história das colonizações não é apenas acontecimentos destinados a conquistas geográficas ou de aumento nas economias de países centrais.

A colonização escondeu também o conflito e a luta pela hegemonia não só militar e econômica, mas uma hegemonia cultural e sobre concepções de vida boa.

Além, obviamente, da necessidade e o desejo de maiores conquistas para cobrir os gastos internos, os países colonizadores buscaram a consolidação e a manutenção de poder sobre os colonizados através de uma dominação que ia muito além da relação exploratória-econômica. Resultado é que mesmo após a saída das metrópoles e a independência dos países colonizados, seus valores, nosso mundo da vida é constituído através da representação que temos dos valores, do ideal de vida, da cultura, dos países colonizadores.

Os europeus, enquanto colonizadores, arvoraram-se em serem os detentores dos valores universais, com a ideia de que levariam o progresso civilizacional para as colônias. Sobretudo com as ideias de democracia, direitos humanos, superioridade da civilização ocidental e inescapabilidade do funcionamento do mercado como algo inerente ao progresso civilizacional o universalismo europeu tomou e toma conta do “mundo da vida” cotidiano¹.

A argumentação e a justificação da dominação é exercida em dois níveis. Em primeiro lugar, era preciso algo que os povos colonizados pudessem aderir. Algo com valor universal e que pudesse servir de pretexto para a consolidação da dominação. Assim é que a cristianização do mundo serviu de suporte necessário para a fundamentação da dominação eurocêntrica. A partir de uma conquista violenta se arroga o amor e a crença a uma religião cujo mito civilizatório é de sujeitos universais². Depois, com a justificação necessária e o compartilhamento de valores, a dominação estaria estabelecida sendo possível qualquer violência em nome da necessidade de defesa de tais valores³.

¹ WALLERSTEIN, Immanuel. *O universalismo europeu: a retórica do poder*. Trad. Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 28.

² DUSSEL, Enrique. *1492 El encubrimiento del Otro. Hacia el origen del “Mito de la Modernidad”*. La paz: plural editores, 1994.

³ José Carlos Moreira da Silva Filho bem elucida o pensamento de Enrique Dussel sobre as tais conquistas: “A grande crítica que Dussel faz com relação à concepção da Modernidade não está em negar aquilo que ele chama de “núcleo libertário” ou “razão emancipatória”, mas em desmascarar a existência de uma outra face desse processo de modernização, relacionada com o exercício em larga escala de uma violência irracional nas colônias, não apenas física,

Constitucionalismo latino-americano e direito à propriedade: incursões teóricas em direitos fundamentais sob uma nova perspectiva

A introjeção dos valores europeus na cultura dos povos colonizados é bem representado na disputa entre Gines de Sepúlveda e Bartholomé de Las Casas em Valladolid. O primeiro defendia a conversão dos índios mesmo que à custa de violência. Argumentava que os povos originários seriam bárbaros e sem cultura e deviam ser culpados pela violação perpetrada contra a lei natural. O segundo considerava que o processo de evangelização deve ser de livre vontade, uma vez que as pessoas vão até Cristo apenas por livre e espontânea vontade⁴.

Sob uma ideologia que impõe valores universais, há uma erosão dos valores próprios das comunidades colonizadas que se perpetua ao longo dos séculos. Se considerarmos, pois, que a ideia de Constituição faz parte de nossa cultura, nosso mundo da vida, também assim o constitucionalismo será informado em boa parte pela cultura eurocêntrica.

Em seu conjunto, Constituição pode significar não só um texto complexo de regras jurídicas aplicáveis ao Estado e à sociedade, mas sinalizar o grau de desenvolvimento de uma certa comunidade política. Nas palavras de Peter Haberele, “La constitución no se limita sólo a ser un conjunto de textos jurídicos o un nuevo compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamentos de sus esperanzas y deseos”⁵.

Assim, nossa Constituição expressa não só um conjunto de normas criadas por nós mesmos como sentido de limitação do poder estatal, numa visão clássica do constitucionalismo. A Constituição está impregnada de

mas cultural, que simplesmente nega a identidade do “outro”, seja através de uma postura assimilacionista, seja através da simples exclusão e eliminação. Tudo isto está simbolizado no “mito sacrificial”, isto é, toda a violência derramada na América Latina era, na verdade, um “benefício” ou, antes, um “sacrifício necessário”. E diante disso, os índios, negros ou mestiços eram duplamente culpados por “serem inferiores” e por recusarem o “modo civilizado de vida” ou a “salvação”, enquanto os europeus eram “inocentes”, pois tudo que fizeram foi visando atingir o melhor” (MOREIRA DA SILVA FILHO, José Carlos. *Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da “inferioridade” latino-americana*. In: *Fundamentos de História do Direito*. Antonio Carlos Wolkmer (org.). 3ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006. pp. 227-228).

⁴ WALLERSTEIN, Immanuel. *O universalismo europeu: a retórica do poder*. Trad. Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007.

⁵ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 34.

culturas e valores imposta pelo vencedor, pelo colonizador. Também ela – a Constituição – serviu de esteio para o encobrimento, o velamento de manifestações plurais de pensamento sobre as temáticas cobertas por ela mesmo⁶.

As Constituições da Bolívia de 2009 e do Equador de 2008 inauguraram uma ruptura com as ideologias constitucionais europeias do constitucionalismo clássico. Ao institucionalizar um Estado Plurinacional, a matriz de pensamento constitucional latino-americano pretende ver, pensar, trabalhar e aplicar o direito de uma forma não homogeneizante. Para tanto é preciso consolidar na Constituição a diversidade, o reconhecimento das diferenças e do pluralismo epistemológico e cultura das tradições que convivem sob um mesmo território⁷.

A resistência formulada pelo constitucionalismo latino-americano deve ser pensada e analisada a partir da perspectiva da pluralidade epistemológica. O mundo é formado a partir de um pluriverso político, cultural e cognoscitivo. Sobre as diversas concepções de conhecimento há também diversas formas de saber. No interior de diversas culturas há também uma diversidade constitutiva de forma de vida⁸.

2 – Constituição, direito à propriedade e legado europeu.

A tradição foucaultiana da análise do discurso e do poder nos lega que há, por trás de todo discurso, uma vontade obsessiva de assegurar um poder ou conquistar um poder. Assim, todo o discurso do constitucionalis-

⁶ José Luiz Quadros de Magalhães bem alerta que foi preciso um direito como instrumento do Estado moderno para uniformizar, padronizar, homogeneizar as manifestações de pensamento contrários ao pensamento europeu (MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Pluralismo epistemológico e modernidade. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de(org.). *Direito à diversidade e o Estado Plurinacional*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012. p. 122-123).

⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. A Teoria da Constituição à luz dos movimentos do constitucionalismo (moderno), do neoconstitucionalismo (contemporâneo), do transconstitucionalismo e do constitucionalismo (latino-americano) plurinacional. In: MORAIS, José Luiz Bolzan; BARROS, Flaviane de Magalhães (orgs.). *Novo constitucionalismo latino-americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2014.

⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pluralismo Epistemológico*. La Paz: Muela del Diablo editores, 2009.

Constitucionalismo latino-americano e direito à propriedade: incursões teóricas em direitos fundamentais sob uma nova perspectiva

mo escondeu as vestes de uma tentativa de se apoderar da sociedade. Não por outra razão, o discurso constitucional é um acontecimento⁹.

Podemos compreender, então, que todo o discurso sobre o direito de propriedade é um discurso europeu de dominação e imposição dos valores culturais, apto a gerar uniformidade e homogeneidade.

Como direito fundamental, a propriedade nasce a partir do discurso da Revolução Gloriosa Inglesa de 1689. Como se sabe, tal revolução confirmou apenas o poder da emergente burguesia comercial da época. A união dos *Whigs* e os *Tories* contra Jacob II fez com que fosse possível a promulgação da *Bill of Rights*. Tal documento representa, ao mesmo tempo, a conciliação de um espírito liberal e conservador. Em primeiro lugar, é preciso observar que a carta concebia como uma modificação nas relações internas do Parlamento – entre os *Lords* e os comuns – e a conciliação entre as relações do Legislativo e o Executivo¹⁰.

O espírito conservador da época dos tories fez com que, temendo a ideia de contrato por ser muito inovadora, desse ao famoso *Bill of Rights* o caráter de lei. No entanto, tal carta era estabelecida como um verdadeiro contrato entre Parlamento e Rei. Temerosos de que pudessem ser violados mais direitos dos cidadãos ingleses, representou uma verdadeira revolução no conteúdo, ao restituir aos cidadãos direitos que lhe foram sistematicamente violados pelos reis anteriores¹¹.

Apesar de ser berço da ideia de constitucionalismo, a revolução gloriosa não encontrou o eco do espírito democrático dos contratos sociais do povo, nem aquela exigência de uma constituição escrita e orgânica. A ideologia da revolução foi a de, ainda que fundamentais, estabelecida por leis ordinárias com idêntico valor de outras leis. Entretanto, o Parlamento aparecia como vencedor ao aumentar a possibilidade de controle do executivo, bem como impor suas pretensões de taxação e de legislação. A vitória, no entanto, foi produto e expressão de um grupo social bem definido¹².

⁹ FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 6ª ed. São Paulo: Loyola, 1998.

¹⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion: de la antigüedad a nuestros días*. Madri: Editorial Trotta, 2001. p. 90.

¹¹ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madri: Editorial Trotta, 1998. p. 144.

¹² MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madri: Editorial Trotta, 1998. p. 145.

Grupo social que teve a influência das ideias filosóficas de John Locke. Em sua obra *Ensaio sobre o entendimento humano*, Locke afirma que todo o conhecimento é produzido ou pela experiência sensível ou pela reflexão. Seriam, então, ideias produzidas pela mente. Fora da experiência sensível, portanto, a mente humana só produziria ideias vazias, isto é, cuja realidade apenas poderia ser demonstrada por uma relação interna da própria mente, sem a consideração de conteúdos exteriores ao homem¹³.

Seu pensamento filosófico influencia a sua concepção política publicada no *Segundo Tratado sobre o governo*. Como não há nenhum conhecimento inato no homem, também não o há poder inato de um homem sobre o outro. Os homens são seres livres e racionais que nascem no mesmo estado natural de igualdade, de inexistência de poder sobre outro homem. Neste estado, o homem se encontra livre no sentido de um estado liberdade livre para dispor das suas posses e até mesmo de sua pessoa, não tem, entretanto, poder para dispor sobre outros indivíduos e suas posses¹⁴.

Sobre a propriedade, argumenta Locke que, apesar de Deus tê-la concedido como bem em comum, é possível um modo de apropriação legítimo para cada uma das coisas. De um lado, tem-se a propriedade dos frutos das coisas e dos animais que são dados por Deus para a usufruição do homem. Tudo que excede a necessidade do homem será do patrimônio comum. No entanto, os frutos e os animais que servem para seu alimento serão de exclusiva propriedade individual. Quando se fala em propriedade, estar-se-á falando nas terras em si mesmas e a forma legítima de apropriação é o trabalho, isto é, o cultivo, o plantio, a melhora da terra com o desfrute de seus produtos¹⁵. John Locke elucida que a apropriação pelo trabalho de uma porção de terra não prejudica quem quer que seja, pois que há terras em quantidade suficiente para satisfazer todos. O que fundamenta, então, o direito à propriedade é o trabalho humano.

O trabalho faz com que se torne legítimo e natural a posse desigual e assimétrica da terra. Assim, houve, então, uma aceitação tácita e espontânea da própria sociedade em torno de tal divisão, sem qualquer acordo especial em torno da propriedade. As leis e as constituições apenas

¹³ LOCKE, John. *Ensaio sobre o entendimento humano*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

¹⁴ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 24

¹⁵ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 40.

Constitucionalismo latino-americano e direito à propriedade: incursões teóricas em direitos fundamentais sob uma nova perspectiva

teriam, para Locke, como função regular a propriedade¹⁶. Não por outra razão é que os indivíduos se unem para formar uma sociedade. O principal motivo para o estabelecimento da sociedade é garantir o direito de propriedade. Deixam os indivíduos o estado de natureza que, para o autor, seria um estado que o indivíduo desfruta da liberdade e igualdade para, então, se consorciar no intuito de preservar sua vida, sua liberdade e sua propriedade¹⁷.

De uma certa forma, mesmo que os sistemas jurídicos ao longo da história tenham desenvolvido uma certa proteção ao direito de propriedade¹⁸, é, sobretudo, com a Revolução Gloriosa e as reivindicações da burguesia de então, fundadas no ideário liberal emergente, que a propriedade como uma relação estabelecida entre o homem e a coisa, através do processo de trabalho, é afirmada e consolidada como ideologia universal.

Já a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia de 1776 que, inclusive, precede a Constituição Norte-Americana de 1787, proclamava, em seu artigo 1º, que os homens possuem direitos inatos que ninguém poderá despojar, em especial a fruição da vida e da liberdade que são meios de adquirir e possuir a propriedade de bens¹⁹. Além do papel político de John Locke, há também um papel religioso-espiritual do protestantismo que anima a lógica do capitalismo²⁰. Propriedade, agora, é o objetivo primordial da vida que tem como objetivo amedidar bens.

Tal ideário foi incorporado também na primeira Constituição Francesa. Datada de 1791, a primeira Constituição Francesa incorpora o ideário burguês e a premissa de que os homens são dotados de direitos naturais, anteriores ao pacto social. Por isso que, em seu art. 3º, referida Carta garante a inviolabilidade da propriedade. A violação da referida propriedade somente poderá ocorrer por meio de “justa e prévia indenização daquelas propriedades cuja necessidade pública, legalmente comprovada,

¹⁶ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 50.

¹⁷ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 94.

¹⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 138.

¹⁹ Sobre o texto conferir COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 130.

²⁰ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Companhia das letras, 2004.

exija o sacrifício”²¹.

Não é demais salientar que a ideia de propriedade era um núcleo de intangibilidade do aspecto privado sobre o público, do individual sobre o social. Com efeito, a partir deste postulado de intangibilidade é que a burguesia sentia-se segura contra eventuais intromissões estatais.

Outra obra legislativa que influencia sobremaneira a forma como vislumbramos, a partir da perspectiva ocidental, a propriedade é o Código Civil Napoleônico de 1804. Tal obra que, historicamente, tem como influenciador direto Napoleão Bonaparte tem início com a comissão de juristas Tronchet, Bigot de Preameneu e Portalis que tem como tarefa fundir em um código civil todos textos legislativos relativos ao estados das pessoas e suas relações sociais.

Com efeito, sua finalidade era harmonizar o direito dividido da França. No Sul, vigorava textos escritos sob a influência direta do Direito Romano, enquanto que no norte vigorava os costumes de inspiração germânica. No primeiro caso temos o “*pays de droit écrit*”, enquanto que no segundo caso seria o “*pays des costumes*”²².

O Código Civil Francês de 1804 entrou em vigor em 21 de março de 1804. Acerca da propriedade, a mesma era prevista no livro 2 que tratava dos bens e das modificações na propriedade nos arts. 516 até 710. Em seu emblemático art. 544, dá-se uma noção da ideia de propriedade que deveria ser estabelecida como obrigatória para todo o território francês: “o direito de gozar e de dispor das coisas, da maneira mais absoluta, com a condição de não fazer uso proibido pelas leis ou regulamentos”.

Percebe-se que a intenção clara com a obra legislativa era unificar a própria ideia de propriedade através do direito. Nesse caso, propriedade é um direito absoluto de gozar e dispor das coisas de acordo com a conveniência do titular, ainda que se tenha que respeitar alguns regulamentos.

Essa concepção é tão arraigada no direito francês que, nesses mais de dois séculos que separam a entrada em vigor do Código Napoleônico e a modernidade, essa ideia permeou o ordenamento jurídico e, inclusive, foi

²¹ Texto traduzido da referida Constituição encontra-se disponível em:< <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>, acesso em 15 de maio de 2015.

²² PEREIRA, Caio Mario da Silva. Código Napoleão: influência nos sistemas jurídicos ocidentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 32, 1989, p. 1-14.

Constitucionalismo latino-americano e direito à propriedade: incursões teóricas em direitos fundamentais sob uma nova perspectiva

estendida para dos direitos patrimoniais para os direitos intelectuais, por exemplo²³.

Nem é preciso tecer considerações de como o próprio Código Civil Napoleônico influenciou o estudo do direito civil.

Sua influência mais direta é, sem dúvida, o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) ou Código Civil Alemão de 1896. Com efeito, dentro de suas principais inovações consiste em estabelecer um liame subjetivo entre o titular e bem de sua propriedade. Para os bens imóveis, estabelece-se o princípio da inscrição, donde a propriedade é inscrita em livro próprio chamado de Livro Fundiário (§873 do BGB) e os bens móveis se submetem ao princípio da tradição (§929 do BGB)²⁴.

Assim, estaria hermeticamente fechada a ideia de que a um indivíduo corresponderia o direito de usar e gozar de um bem, tutelado pelo direito burguês ocidental. E tendo em conta que se pode individualizar e relacionar o bem a uma única pessoa, o direito consegue responder aos anseios da revolução burguesa.

No plano filosófico coube a Augusto Comte fundamentar o direito de propriedade. Em seu ideal de uma filosofia do conhecimento, Augusto Comte acreditava que o homem poderia agir sobre a realidade. Sua concepção implicava no estabelecimento de leis universais para fenômenos da experiência. O ser humano poderia, através da experiência, conhecer os fatos da vida e, a partir dali, prever os acontecimentos.

Com o abandono do conhecimento teológico e metafísico, o conhecimento positivo precisa observar o fenômeno para enquadrá-lo em questões astronômicos, físicos, químicos, fisiológicos e sociais, todos observáveis e perceptíveis pela sensibilidade²⁵.

²³ “A noção da propriedade individual permaneceu sendo a base propriedade individual fundamental do nosso direito patrimonial. Esta noção foi até mesmo estendida aos direitos intelectuais [propriedade literária e artística: lei de 14 de Julho de 1866, a propriedade industrial (a lei sobre as patentes de invenção em 1844, a lei sobre a proteção das marcas de fábrica em 1857...)]” (LUZ, Christine da. Como o Código Civil francês se adaptou ao longo do tempo. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 26, 2004. p. 34).

²⁴ TEJERINA-VELAZQUEZ, Victor Hugo. Sistemas de transmissão da propriedade: um estudo no Direito Alemão. *Revista Impulso*, Piracicaba, v. 9, n.20, p. 137-158, 1997. p. 141.

²⁵ COMTE, Augusto. *Curso de Filosofia Positiva*. Tradução: José Arthur Giannotti São Paulo: Abril Cultural. 1978.

Seu Curso de Filosofia Positiva, portanto, buscava estabelecer uma ordem no universo. Esta ordem adviria de um progresso. Era preciso estabelecer a ordem no cenário da revolução industrial. Ordem que se seguiria do progresso através da ação humana.

Em relação ao conflito de classe, Comte assume uma postura reacionária, defendendo a legitimidade da exploração dos empreendedores capitalista, uma vez que seria necessário o proletariado para concretizar a ação que daria ordem e progresso.

Neste ponto, a propriedade privada constituía um núcleo central da preocupação sociológica do filósofo. Dentro da sociedade, cabe ao Estado garantir a propriedade que possibilitará, se concentrada nos detentores do capital, progresso material para as presentes e futuras gerações, melhorando o nível de vida.

Como contraponto à ideia de propriedade já amplamente difundida, somente a teoria marxista, inspirado na filosofia hegeliana, apresenta uma resistência à tese difundida e naturalizada de que a propriedade é privada. Partindo da concepção exposta na décima primeira tese sobre Feuerbach de que “os filósofos se limitaram a interpretar o mundo de diferentes maneiras; o que importa é transformá-lo”²⁶. Essa transformação levava em consideração a práxis social, a forma como se concebia as relações sociais.

Adam Smith concebia que a única propriedade do homem era o trabalho. Nesta medida, a propriedade é concebida não como uma relação objetiva e externa do homem, mas como uma relação interna e subjetiva, fazendo um retorno à essência do homem²⁷. O sentido do ter aliena substituindo por todos os sentidos, físicos e intelectuais. Somente uma supressão da propriedade privada constitui uma emancipação total dos sentidos e qualidades humanas²⁸.

Karl Marx não pretende transpor a ideia de propriedade privada para uma propriedade privada universal, ou seja, o comunismo que busca a eliminação da propriedade privada não pode pretender apenas passar de uma lógica individual para a comunitária uma vez que, ainda assim, estar-se-ia

²⁶ MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 113.

²⁷ MARX, Karl. *Manuscritos econômicos-filosóficos*. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 131-132.

²⁸ MARX, Karl. *Manuscritos econômicos-filosóficos*. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 142.

Constitucionalismo latino-americano e direito à propriedade: incursões teóricas em direitos fundamentais sob uma nova perspectiva

comungando da mesma lógica de propriedade privada. Por isso, Karl Marx dirige críticas ao que ele chama de comunismo grosseiro em que se pretende a proscricção da propriedade privada transmutando-a para propriedade coletiva²⁹.

Dialeticamente, ao melhor estilo de Hegel, pode-se referir que o individual é contraposto ao coletivo. Enquanto os liberais ficam com a primeira afirmação e os comunistas grosseiros ficam com o segundo termo da equação, Karl Marx pretende fazer uma síntese do pensamento. Para tanto, parte da premissa que a propriedade individualizada teve um motivo histórico traçado pelo capitalismo. Ora, o capitalismo possibilitou uma determinada interpretação da propriedade. Propriedade como lucro, como geradora de capital e trabalho³⁰.

O comunismo de Marx, então, pretende a proscricção de toda e qualquer forma de propriedade. Pretende extinguir a forma de relação objetiva com objetos, ficando apenas a relação subjetiva e essencial. O retorno do homem para com o homem, dialeticamente³¹. A relação deve ser do eu para com o outro que, para tornar-se eu precisa do outro e, assim, perde-se o sentido histórico da propriedade.

Mesmo o golpe teórico que Marx desferiu contra a ideia de propriedade burguesa não foi capaz de possibilitar, ao longo do século XX, uma nova visão sobre a propriedade. As Constituições, Códigos e o próprio Estado continua refém da visão de propriedade burguesa. Uma visão que impede de visualizar uma relação intersubjetiva entre os indivíduos. Uma visão que impele o não reconhecimento do outro.

3 – Direito à propriedade e o pensamento constitucional atual

A problemática da noção de propriedade que nos foi legada pelo eurocentrismo é a essencialização própria do ideal metafísico que ronda nosso pensamento desde, ao menos, Aristóteles, passando por Kant, até chegar à filosofia contemporânea. A questão é que toda e qualquer essen-

²⁹ MARX, Karl. *Manuscritos econômicos-filosóficos*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

³⁰ ENGELS, Friedrich. *A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. São Paulo: Escala, 2007

³¹ LIMA, Carlos Cirne. *Dialética para principiantes*. 6ª ed. Porto Alegre: Escritos, 2015.

cialização esconde um encantamento, uma fetichização do pensamento e da linguagem que nos mantém distante do outro, conforme já alertou o segundo Wittgenstein ao trabalhar a pragmática da linguagem, abandonando a teoria da representação e adotando a teoria da apresentação³².

Ademais, com Levinas aprendemos que a essência esconde também uma totalização, uma violência com o outro, violência que não permite reconhecer o outro como outro. Somente a alteridade, a transcendência do pensamento do ser pode levar ao descobrimento do Rosto de outro³³.

Nossa Constituição promulgada já no fim do século XX e que tem como norte principal o Estado Democrático de Direito³⁴, conforme referência expressa no art. 1º, ainda se mantém presa à noção de propriedade burguesa. Nossa concepção de propriedade ainda totaliza e violenta concepções diversas da relação entre sujeito e objeto.

O direito á propriedade é mencionado logo no *caput* do art. 5º que estabelece a cláusula geral de garantia dos direitos fundamentais. Sua especificação advém do art. 5º, inc. XXII que aduz ser garantido o direito de propriedade e inc. XXIII que menciona que a propriedade deverá atender a sua função social.

No título VII que disciplina a ordem econômica e financeira, a propriedade privada e a função social da propriedade (art. 170, inc. II e III) constitui em princípio fundante e organizador de toda ideia de produção econômica e social. Parece-nos que a Constituição Federal abraçou a ideia de que não há modelo possível de propriedade que não seja a burguesa.

No capítulo II que norteia a Política urbana fica expresso que a propriedade deverá atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, obrigatório para os municípios com mais de 20 (vinte) mil habitantes (art. 182, §2º da CF/88).

Um aspecto que dá exatamente o contorno de nosso ideário europeu

³² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

³³ LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1988.

³⁴ No paradigma do Estado Democrático de Direito, conforme salientado por Habermas, é preciso uma coesão entre o espaço público e o espaço privado. É preciso que os cidadãos exerçam o poder comunicativo no espaço público. Dessa forma, todos devem ser co-autores e destinatários no exercício do poder público. Os direitos fundamentais servem como meio de reconhecimento da cidadania (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v1).

Constitucionalismo latino-americano e direito à propriedade: incursões teóricas em direitos fundamentais sob uma nova perspectiva

de propriedade é a menção à impossibilidade de desapropriação para fins de reforma agrária quando o imóvel seja produtivo, independentemente se pequena, média ou latifúndio rural. A questão da produtividade, portanto, logo fica vinculada com a ideia de que produção econômica. Não por outra razão o art. 6º da Lei 8.629/93 disciplina que propriedade produtiva é aquela que: “aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra [GUT] e de eficiência na exploração [GEE], segundo índices fixados pelo órgão federal competente”. Há uma forte vinculação entre exploração econômica e impossibilidade de desapropriação.

Tal vinculação possibilitou interpretações de que basta a exploração racional e efetiva da porção de terra para se assegurar da impossibilidade da desapropriação-sanção³⁵.

Como diz Luiz Edson Fachin, o Código Civil Brasileiro é prenhe de princípios paradoxais. O patrimônio é considerado como “uma esfera composta de coisas suscetíveis de apropriação e de trânsito jurídico”. Também há que se falar que a própria ideia de desapropriação confirma a tese da propriedade privada³⁶. Ora, por isso, ainda, a interpretação de que a propriedade agrária precisa satisfazer critérios simultâneos indicados no art. 186 da CF/88, quais sejam, função econômica, trabalhista, ambiental e social³⁷ mantém-se atrelada ao pensamento essencialista metafísico da

³⁵ CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. IMÓVEL RURAL PRODUTIVO. CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE. I - O art. 185, II, da Constituição Federal considera insuscetível de expropriação a propriedade produtiva, quando atendidos os requisitos relativos à sua função social. II - Hipótese em que a prova técnica demonstrou ser o imóvel explorado racionalmente, cumprindo, assim, todos os requisitos elencados na Lei 8.620/93. III - Apelação e remessa, tida por interposta, desprovidas. (TRF-1 - AC: 14891 GO 1997.35.00.014891-4, Relator: JUIZ CANDIDO RIBEIRO, Data de Julgamento: 25/09/2001, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 11/10/2001 DJ p.119)

³⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 64.

³⁷ Vale observar que o Supremo Tribunal Federal adota a concepção da exigência dos quatro requisitos do art. 186: “[...]O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República.

. - O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do

propriedade burguesa.

A maioria dos civilistas está de pleno acordo que a função social da propriedade constitui em núcleo da própria ideia de propriedade. Desde que atendidas as funções sociais, estar-se-á assegurando um direito fundamental individual como poderoso instrumento em face de intervenções indevidas do Estado. A propriedade seria, assim, direito fundamental. O problema é: qual propriedade?

O problema é o arraigamento do pensamento constitucional nacional ainda em pleno século XXI da propriedade que só existe um modelo de propriedade. A essencialização da ideia de propriedade acarreta problemas práticos na gramáticas das relações sociais. Conforme alerta Ricardo Aronne ao comentar o dispositivo do art. 5º, inc. XXII: “[...] pelo *caput* percebe-se tutelar-se a propriedade como um direito fundamental; porém, para que ela exista juridicamente como um direito fundamental a ser tutelado, a propriedade deve atender sua função social. Essa é a esfera discursiva do direito de propriedade como um direito fundamental, principiológica e geracionalmente complexo. Portanto, a propriedade tratar-se-á de um direito fundamental, somente em concreto, topicamente, nunca em abstrato”³⁸.

Mesmo autores como José Afonso da Silva, em que pese trazerem concepções distintas em vista da regulamentação da propriedade na Constituição Federal, atêm-se ao fato de que a lei não poderá suprimir a propriedade privada, em que pese o regramento legislativo poderá conferir status socializante para a propriedade, devendo-se concluir que a propriedade, apesar de ser um

meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. A desapropriação, nesse contexto - enquanto sanção constitucional impositiva ao descumprimento da função social da propriedade - reflete importante instrumento destinado a dar consequência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social

. - Incumbe, ao proprietário da terra, o dever jurídico-social de cultivá-la e de explorá-la adequadamente, sob pena de incidir nas disposições constitucionais e legais que sancionam os senhores de imóveis ociosos, não cultivados e/ou improdutivos, pois só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação (1) de favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; (2) de manter níveis satisfatórios de produtividade; (3) de assegurar a conservação dos recursos naturais; e (4) de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade” (STF, ADI-MC 2213/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 04/04/2002).

³⁸ ARONNE, Ricardo. Comentário ao art. 5º, inc. XXII. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 313.

Constitucionalismo latino-americano e direito à propriedade: incursões teóricas em direitos fundamentais sob uma nova perspectiva

direito, não o é mais um direito individual: “A inserção do princípio da função social, sem impedir a existência da instituição, modifica sua natureza, pelo que, como já dissemos, deveria ser prevista apenas como instituição do direito econômico”³⁹.

Mesmo esses modernos autores ainda concebem a propriedade no modelo burguês. Olvida-se que há outras formas para se conceber a propriedade.

De forma corajosa, José Emílio Medauar Ommati apresenta outra perspectiva do direito à propriedade. Em sua concepção, a propriedade não pode ser tida como um direito fundamental autônomo e sim somente na medida em que sirva de instrumento para a garantia do igual respeito e consideração⁴⁰. Com base no modelo Dworkiniano de mercado, José Emílio Medauar Ommati afirma que “a propriedade em nosso sistema constitucional deve ser um instrumento de realização dos projetos de felicidade dos indivíduos e é justamente por isso que deve atender a sua função social. Essa função social pode se realizar tanto na propriedade urbana quanto na rural”⁴¹.

Ora, a propriedade, na perspectiva do autor, existe em um Estado Democrático para que se realize uma comunidade fraterna que trate a todos com igual respeito e consideração de modo, inclusive, a garantir formas alternativas de relação com a mesma, tal é o caso dos quilombolas e dos indígenas⁴². Com efeito, a propriedade não é apenas propriedade privada. Deve-se pensar que há múltiplas maneiras de se relacionar com os objetos. No caso das coletividades acima citadas, a propriedade é um elemento coletivo e não individual.

José Emílio nos oferta uma interpretação condizente com o estatuto democrático de nossa Constituição de 1988.

Não por outra razão, a Constituição da Bolívia apenas se refere a direito à moradia no art. 19: “Toda persona tiene derecho a un hábitat y vivienda adecuada, que dignifiquen la vida familiar y comunitaria”. Também assim a Constituição do Equador no art. 30: “Las personas tienen derecho a un hábitat

³⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 283.

⁴⁰ OMMATI, José Emílio. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 148.

⁴¹ OMMATI, José Emílio. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 150-151.

⁴² OMMATI, José Emílio. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 154-155.

seguro y saludable, y a una vivienda adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica”.

Veja-se que nos direitos relacionados aos povos originários há o estabelecimento da garantia de que a relação que os mesmos mantêm com a terra é muito mais espiritual do que material: “Art. 30. II. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los derechos:[...] 7. A la protección de sus lugares sagrados”.

Nossos direitos fundamentais e principalmente o direito à propriedade deve ser lido como uma concretização sempre em aberto, de tal forma que possamos estar sempre dispostos a um aprendizado intersubjetivo.

Considerações finais

O pensamento filosófico abandonou a ideia de um fundamento último desde, ao menos, o pensamento do segundo Wittgenstein ainda no século XX. Incrível é dizer que o pensamento jurídico ainda se mantêm atrelado a uma concepção metafísica, seja da idade medieval, seja do iluminismo.

É preciso nos abrir às novas concepções acerca de antigos direitos. Mesmo o Direito Constitucional que, nos últimos anos, capitaneou um progresso teórico incorporando sofisticados pensamentos, não se absteve de pensar que para cada direito fundamental há ainda uma essência conceitual que se mantêm, seja no transcorrer do tempo ou nas mais diversas localidades.

Talvez o direito que mais precisa ser repensado é o direito à propriedade.

Passo importante é dado pelo pensamento de José Emílio Medauar Ommati que vai buscar sua inspiração em Ronald Dworkin e outro passo importante é dado pelo constitucionalismo latino-americano que integra na comunidade concepções de vida diferentes.

Bibliografia

ARONNE, Ricardo. Comentário ao art. 5º, inc. XXII. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMTE. Augusto. *Curso de Filosofia Positiva*. Tradução: José Arthur Giannotti São Paulo: Abril Cultural. 1978.

DUSSEL, Enrique. *1492 El encubrimiento del Otro. Hacia el origen del "Mito de la Modernidad"*. La paz: plural editores, 1994.

ENGELS, Friedrich. *A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. São Paulo: Escala, 2007

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. A Teoria da Constituição à luz dos movimentos do constitucionalismo (moderno), do neoconstitucionalismo (contemporâneo), do transconstitucionalismo e do constitucionalismo (latino-americano) plurinacional. In: MORAIS, José Luiz Bolzan; BARROS, Flaviane de Magalhães (orgs.). *Novo constitucionalismo latino-americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2014.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion: de la antigüedad a nuestros días*. Madri: Editorial Trotta, 2001. MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madri: Editorial Trotta, 1998

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 6ª ed. São Paulo: Loyola, 1998.

HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1988.

LIMA, Carlos Cirne. *Dialética para principiantes*. 6ª ed. Porto Alegre: Escritos, 2015.

LOCKE, John. *Ensaio sobre o entendimento humano*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LUZ, Christine da. Como o Código Civil francês se adaptou ao longo do tempo. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 26, 2004.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Pluralismo epistemológico e modernidade. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de(org.). *Direito à diversidade e o Estado Plurinacional*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

MARX, Karl. *Manuscritos econômicos-filosóficos*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MOREIRA DA SILVA FILHO, José Carlos. *Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da “inferioridade” latino-americana*. In: Fundamentos de História do Direito. Antonio Carlos Wolkmer (org.). 3ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

OMMATI, José Emílio. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Código Napoléon: influência nos sistemas jurídicos ocidentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 32, 54

Constitucionalismo latino-americano e direito à propriedade: incursões teóricas em direitos fundamentais sob uma nova perspectiva

1989, p. 1-14.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pluralismo Epistemológico*. La Paz: Muela del Diablo editores, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEJERINA-VELAZQUEZ, Victor Hugo. Sistemas de transmissão da propriedade: um estudo no Direito Alemão. *Revista Impulso*, Piracicaba, v. 9, n.20, p. 137-158, 1997

WALLERSTEIN, Immanuel. *O universalismo europeu: a retórica do poder*. Trad. Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Companhia das letras, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005.