





Programa de pós-  
graduação *Stricto*  
*Sensu* em Ciência  
Jurídica (PPCJ) da  
**UNIVALI**



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

Luiz Henrique Urquhart Cademartori  

Francielle Eliz Ortolan  

**Contextualização:** A Constituição Federal de 1988 manteve a “função social da propriedade” como um dos princípios reguladores da ordem econômica, mas a incluiu também no rol dos direitos fundamentais. Esse fato acarreta uma suposta contradição lógica envolvendo a ideia de propriedade como direito patrimonial e eminentemente individual e, de outra parte, como direito fundamental, caracterizado por ser indisponível por excelência. A tensão emerge, portanto, quando se tenta definir os limites dessa função social sem descaracterizar o direito individual.

**Objetivo:** Verificar se há contradição lógica entre as acepções do direito de propriedade no seu contexto de caráter individual e fundamental.

**Método:** Quanto à metodologia, utilizou-se o método indutivo.

**Resultados:** O filósofo John Locke defende que a propriedade é um direito natural e que o contrato social é um pacto firmado por homens livres, o que chocaria com a visão do conceito de propriedade na sua acepção fundamental. Todavia, sob o prisma do jurista Luigi Ferrajoli, não há contradição, 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. Dessa forma, conclui-se que a contradição é apenas aparente e que o instituto convive de forma harmoniosa no ordenamento.

**Palavras-chave:** Propriedade; Direitos Fundamentais; Direitos Patrimoniais; Liberdade; Contratualismo.

## PROPERTY AND ITS CONSTITUTIONAL-LEGAL TREATMENT: A PATRIMONIAL OR FUNDAMENTAL RIGHT?

**Contextualization:** The 1988 Brazilian Federal Constitution maintained the "social function of property" as one of the guiding principles of the economic order, yet also included it among fundamental rights. This dual inclusion supposedly creates a logical contradiction, intertwining the concept of property as an individual and eminently patrimonial right with its characterization as a fundamental right, which is inherently inalienable. The tension thus arises when attempting to define the boundaries of this social function without undermining the individual right.

**Objectives:** To investigate whether a logical contradiction exists between the individual and fundamental understandings of the right to property.

**Methodology:** The research employed an inductive methodology.

**Results:** The philosopher John Locke posits property as a natural right, and the social contract as an agreement forged by free individuals. This perspective would seemingly conflict with the understanding of property in its fundamental sense. However, from the perspective of jurist Luigi Ferrajoli, no such contradiction exists, as the problematic nature of the issue is merely interpretative. The Italian jurist postulates a distinction between the fundamental right "to property" and the private right "of property." Ferrajoli's theory is motivated by what he identifies as an erroneous assimilation between Locke's definitions of liberty and property. Therefore, it is concluded that the perceived contradiction is merely apparent, and the concept coexists harmoniously within the legal system.

**Keywords:** Property; Fundamental Rights; Patrimonial Rights; Liberty; Contractualism.

## LA PROPIEDAD Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL: ¿DERECHO PATRIMONIAL O FUNDAMENTAL?

**Contextualización del tema:** La Constitución Federal de 1988 mantuvo la "función social de la propiedad" como uno de los principios reguladores del orden económico, pero también la incluyó en la lista de los derechos fundamentales. Este hecho conlleva una supuesta contradicción lógica que involucra la idea de la propiedad como un derecho patrimonial y eminentemente individual y, por otra parte, como un derecho fundamental, caracterizado por ser indisponible por excelencia. La tensión emerge, por lo tanto, cuando se intenta definir los límites de esta función social sin descaracterizar el derecho individual.

**Objetivos:** Verificar si existe contradicción lógica entre las acepciones del derecho de propiedad en su contexto de carácter individual y fundamental.

**Metodología:** En cuanto a la metodología, se utilizó el método inductivo.

**Resultados:** El filósofo John Locke defiende que la propiedad es un derecho natural y que el contrato social es un pacto firmado por hombres libres, lo que chocaría con la visión del concepto de propiedad en su acepción fundamental. Sin embargo, bajo el prisma del jurista Luigi Ferrajoli, no hay contradicción, ya que la cuestión problemática es meramente interpretativa. El jurista italiano postula que existe una distinción entre el derecho fundamental "a la propiedad" y el derecho privado "de propiedad". La motivación de la teoría de Ferrajoli parte de la equivocada asimilación entre los conceptos de libertad y propiedad definidos por Locke. De esta forma, se concluye que la contradicción es solo aparente y que el instituto convive de forma armoniosa en el ordenamiento.

**Palabras clave:** Propiedad; Derechos Fundamentales; Derechos Patrimoniales; Libertad; Contractualismo.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 manteve a “função social da propriedade” como um dos princípios reguladores da ordem econômica, tal qual fazia a Carta anterior de 1967 e a Emenda de 1969, mas a incluiu também no rol dos direitos fundamentais.

Esse fato acarretou certa polêmica no que diz respeito a uma suposta aporia, vale dizer, uma tensão lógica, envolvendo a ideia de propriedade como sendo transferível, alienável e/ou renunciável - o que a pressupõe com o um direito patrimonial e eminentemente individual - e, por outro lado, com um caráter fundamental, que, com efeito, refere-se a direitos indisponíveis.

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

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 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. O filósofo defende, todavia, que no estado natural estão ausentes condições para a preservação do direito de propriedade, necessitando, assim, que os indivíduos se unam em comunidades políticas, com o consentimento de cada um dos seus integrantes, 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/individual. Para tanto, o jurista italiano distingue o direito fundamental “à propriedade” do 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.

## 1. O CONCEITO DE PROPRIEDADE EM JOHN LOCKE

O filósofo inglês John Locke (1632-1704) é um dos principais representantes do iluminismo e também considerado o pai do liberalismo.

Desenvolveu importantes estudos em teoria política. 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 -, defende 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, saúde, liberdade e nem nas suas posses, uma vez que os homens são obras de um Criador onipotente e soberano:

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.<sup>1</sup>

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

---

<sup>1</sup> LOCKE, John. **Dois Tratados do Governo Civil**. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2015. Livro eletrônico, posição 4373.

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.<sup>2</sup>

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, Locke acredita que no estado de natureza não existe um poder que suporte e sustente uma sentença e nem que a execute devidamente.

Assim, Locke 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 tais inconvenientes que perturbam as propriedades dos homens, estes devem unirem-se em sociedade para que disponham de garantia e de 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 a esse encargo, para que sejam governados por leis declaradas, senão ainda ficarão na mesma incerteza, como se encontravam no estado de natureza.

Portanto, para o filósofo, 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 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.

---

<sup>2</sup> LOCKE, John. **Dois Tratados do Governo Civil**. Livro eletrônico, posição 5527.



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 os propósitos maiores e legítimos do governo.

Locke acredita que o que dá o direito à propriedade é, antes de tudo, o trabalho que se dedica a ela. 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 o 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.

Por essa lógica, 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 se mover 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.<sup>3</sup>

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 fundamento inicial 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. 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.

---

<sup>3</sup> LOCKE, John. **Dois Tratados do Governo Civil**. Livro eletrônico, posições 5244-5253.

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:<sup>4</sup>

[...] 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. [...]

Importante destacar que Locke influenciou também a revolução norte-americana (1776) na 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 precedeu a independência americana e tem 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.

É nítido, portanto, 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 a sua concepção a respeito do contrato social consentido é o ideário, por excelência, para o Estado liberal e o seu legado continua a ser uma referência importante na defesa das liberdades individuais e dos direitos humanos.

---

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. Página 155.



## 2. O STATUS JURÍDICO DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, no *caput* do seu art. 5º, prevê que a propriedade é um direito inviolável. O inciso XXII do referido dispositivo estabelece a garantia desse direito e o inciso XXIII dispõe que a propriedade deverá atender a sua função social.

Registre-se, de antemão, que não faz parte do escopo do presente artigo aprofundar o tema da função social da propriedade. De todo modo, cita-se, a seu respeito, a imprecisão da expressão e, sobretudo, a dificuldade em convertê-la num conceito jurídico. O seu uso nas leis e, preferencialmente, nas constituições, possui, acima de tudo, uma carga expressiva psicológica.

A doutrina apresenta o seu conceito sob um tríplice aspecto: privação de determinadas faculdades; criação de um complexo de condições para que o proprietário possa exercer os seus poderes e obrigação de exercer certos direitos elementares do domínio.<sup>5</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, que, historicamente, sempre foi visto como um direito de natureza individual absoluto.

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.

A Constituição de 1988, por sua vez, além de ter mantido a função social da propriedade como um dos princípios reguladores da ordem econômica (art. 170, inc. III), inovou ao incluir a propriedade também no rol dos direitos fundamentais.

No tocante ao conceito de direitos fundamentais, são muitas as acepções que tanto

---

<sup>5</sup> Ainda sobre a função social da propriedade, pode-se dizer que esta compromete o legislador, o juiz e o próprio proprietário. 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 da função por parte do proprietário o leva a perder a garantia e o reconhecimento da própria propriedade. Assim, ao proprietário podem ser impostos deveres, sob ameaça de sanções, transformando-o em proprietário-empresendedor. Configura ilícito funcional, 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. 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 em que ele cumpre sua função social, diga-se, o exercício do seu direito, obedecidas as exigências econômicas e sociais da propriedade. De modo geral, vai preponderando, cada vez mais, a finalidade social da propriedade, que se sobrepõe ao direito incondicional e ilimitado.

doutrinadores quanto teóricos do direito formulam.

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

No cerne do pensamento ferrajoliano, a positivação dos direitos fundamentais é a condição da sua existência ou de vigor no ordenamento, embora não defina o seu significado em si. O ponto fulcral da teoria de Ferrajoli é que os direitos fundamentais não são meras declarações programáticas, mas, sim, a própria substância da democracia e o limite intransponível ao poder, seja ele público ou privado. Por constituírem a base da igualdade e da dignidade, não podem ser renunciados ou transferidos.

Há uma forte conexão entre os pensamentos de Luigi Ferrajoli e Norberto Bobbio acerca dos direitos fundamentais, já que ambos são positivistas. Ferrajoli, de certa forma, aprofunda algumas das ideias de Bobbio, especialmente no que diz respeito à necessidade de garantias efetivas, a fim de que os direitos fundamentais não sejam meras declarações vazias. Logo, enquanto Bobbio se concentra significativamente nas regras formais da democracia, Ferrajoli desloca o eixo para a democracia substancial, isto é, de garantia dos direitos.

No tópico seguinte explicar-se-á especificamente sobre a propriedade, a qual, nos termos dos postulados de Ferrajoli, deve ser compreendida e compatibilizada, juridicamente, dentro da sua aceção de direito patrimonial e, ao mesmo tempo, fundamental.

### 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: a de direito patrimonial e fundamental.

A definição exposta no tópico anterior relativamente a direitos fundamentais, sob o ponto de vista ferrajoliano, na sua obra “Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais”, é elucidada em quatro teses, a seguir descritas:

A primeira tese - e a 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. Não se trata, pois, de uma

diferença de grau, mas de natureza jurídica. Logo, enquanto os direitos fundamentais são universais, indisponíveis, inalienáveis e não excludentes, os direitos patrimoniais, por sua vez, são singulares, disponíveis, alienáveis e excludentes, ou seja, o direito de propriedade de um indivíduo sobre um bem exclui todos os outros do uso e gozo desse mesmo bem.

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 concernente 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 aplainar 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, consistindo numa indevida lacuna, é dever da legislação supri-la.

Nesse prisma, Luigi Ferrajoli defende que essas quatro teses, de alguma forma, contradizem concepções clássicas, dentre elas a ideia de John Locke quanto à associação entre os conceitos de liberdade e de propriedade.

Para Locke, conforme já explanado no primeiro tópico, 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, por sua vez, devido ao caráter polissêmico do termo “direito de propriedade”, pode-se compreendê-lo, ao mesmo tempo, como o direito à propriedade - isto é, direito de o indivíduo tornar-se proprietário - e o direito **de** propriedade em si, que se refere ao concreto direito sobre aquele ou este bem.

Ferrajoli entende 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 como um direito de cidadania, alude-se ao direito de se tornar proprietário, conexo à capacidade jurídica (direito “à propriedade”), não ao direito de dispor dos bens de propriedade - direito “de propriedade” -, que é, então, conexo à capacidade de agir.

A segunda diferença é de 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.

Denota-se, assim, que para Luigi Ferrajoli não há se confundir direito “à propriedade” e direito “de propriedade”, já que aquele - de caráter fundamental - 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 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.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O percurso argumentativo deste artigo partiu de uma aparente contradição na Constituição Federal de 1988: a inclusão da propriedade tanto no rol de direitos fundamentais - caracterizados pela indisponibilidade - quanto sua manutenção como um

princípio da ordem econômica, com natureza eminentemente patrimonial e, portanto, alienável.

A análise buscou demonstrar que essa tensão é, na verdade, um reflexo de diferentes concepções teóricas e que a sua solução reside em uma distinção conceitual precisa, conforme postulado pela doutrina jurídica contemporânea.

A investigação iniciou-se com o pensamento de John Locke, cuja filosofia foi basilar para a formação do Estado liberal e para a consagração da propriedade como um direito natural, intrinsecamente ligado à liberdade individual. Na sua perspectiva, a criação da sociedade civil e do governo tem como propósito primordial a proteção à vida, à liberdade e aos bens, genericamente denominados "propriedade". Essa visão, essencial para a ruptura com o Estado absolutista então vigente, moldou as declarações de direitos modernas e consolidou a propriedade como um direito individual por excelência. 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, era concebido de forma associada ao conceito de liberdade.

Contudo, a evolução do direito e o advento do Estado constitucional de direito trouxeram novas camadas de complexidade a essa noção. A inserção da propriedade no quadro dos direitos fundamentais, ao lado de sua função social, gerou o impasse central aqui discutido. A solução para essa suposta aporia foi encontrada na teoria de Luigi Ferrajoli, que propõe uma distinção estrutural entre o direito "de propriedade" e o direito "à propriedade".

Conforme a análise de Ferrajoli, o direito fundamental não é o direito "de propriedade" em si - o poder concreto sobre um bem, de natureza civilista e disponível -, mas sim o direito "à propriedade." Este último é o verdadeiro direito fundamental: um direito universal e indisponível que todos possuem de se tornarem proprietários, desde que preenchidas as condições legais para tal. Trata-se de uma garantia de acesso, de uma expectativa assegurada a todos pelo ordenamento jurídico. Uma vez adquirido o bem, o direito que sobre ele se exerce passa a ter a dimensão patrimonial, regida pelo direito privado, tornando-se, então, disponível, alienável e negociável.

Dessa forma, conclui-se que a contradição é apenas aparente. As duas dimensões do instituto da propriedade não se excluem, mas convivem de forma harmoniosa e complementar no ordenamento jurídico brasileiro, dentro de uma ordem de Estado liberal democrático que o acolhe no rol dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, o concebe como direito patrimonial, com as características, em sentido amplo, de negociabilidade.

O direito "à propriedade" figura como uma garantia fundamental, um pilar da cidadania no Estado democrático de direito, enquanto o direito "de propriedade" se

manifesta como a sua consequência patrimonial, permitindo a circulação de riquezas e o desenvolvimento econômico, sempre em consonância com sua função social. A questão, portanto, resolve-se no plano interpretativo e terminológico, afastando qualquer conflito lógico no tratamento constitucional do tema.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

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.

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.

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.

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.

MEZZAROBBA, 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.

\_\_\_\_\_. **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.

## COMO CITAR:

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; ORTOLAN, Francielle Eliz. A propriedade e o seu tratamento jurídico-constitucional. **Revista Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 20, nº2, 2º quadrimestre de 2025. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/rdp.v20n1.p341-355>

## INFORMAÇÕES DOS AUTORES:

### Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1993), doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000) e pós-doutor pela Universidade de Granada - Espanha. Professor permanente do programa de pós-graduação em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Chefe do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (2023-presente).

### Francielle Eliz Ortolan

Analista jurídica no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acadêmica do mestrado em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina.

Recebido em: 20/03/2025  
Aprovado em: 06/06/2025

Received: 20/03/2025  
Approved: 06/06/2025