

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
INSTITUTO DE CIENCIAS HUMANAS E SOCIAIS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MATHEUS DE SENE MENDES

A PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA PROTEÇÃO PELO
ESTADO DE DIREITO

VOLTA REDONDA – RJ
2020

MATHEUS DE SENE MENDES

**A PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA PROTEÇÃO
PELO ESTADO DE DIREITO**

Monografia Jurídica apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ciências Humanas e Sociais de Volta Redonda, pertencente à Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a):

Prof^a. Dr^a. Patrícia Silva Cardoso

VOLTA REDONDA – RJ
2020

MATHEUS DE SENE MENDES

**A PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA PROTEÇÃO
PELO ESTADO DE DIREITO**

Monografia Jurídica apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ciências Humanas e Sociais de Volta Redonda, pertencente à Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em 07 de dezembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dr^ª. Patrícia Silva Cardoso - UFF
Orientadora

Prof. Dr. Matheus Vidal Gomes Monteiro - UFF
Examinador

Prof. Dr. Vinícius de Figueiredo Chaves - UFF
Examinador

VOLTA REDONDA – RJ
2020

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é investigar a conexão entre direito de propriedade e Estado de Direito. Inicialmente, busca-se compreender o conceito de propriedade em si, bem como explorar as formas com que tal conceito foi compreendido o longo da História, desde as noções clássicas até a noção contemporânea, passando pelas concepções modernas e contratualistas. Tal contextualização histórica permite perceber que a propriedade deixou de ser considerado apenas como um fato ou como um privilégio e passou, com o advento da modernidade, a ser considerado como um direito fundamental, o que deu origem ao conceito de direito de propriedade. Uma vez que o Estado de Direito está conectado à ideia de uma limitação do poder estatal como forma de resguardar os direitos fundamentais de seus cidadãos, pretende-se investigar se a proteção ao direito de propriedade pode ser considerada como um elemento intrínseco do Estado de Direito. Com esta intenção, serão analisadas diversas posições teóricas acerca do direito de propriedade, identificados os elementos essenciais do Estado de Direito (sobretudo com base nos padrões estabelecidos pela Comissão Europeia para a Democracia através do Direito, também conhecida como Comissão de Veneza) e, por último, brevemente analisada a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos quanto à tutela do direito de propriedade.

Palavras-chave: direito de propriedade, direitos fundamentais, Estado de Direito.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to investigate the connection between property rights and the rule of law. Initially, it seeks to understand the concept of property itself, as well as to explore the ways in which this concept has been understood throughout history, from classical notions to the contemporary notion, through modern and contractualist ideas. Such historical context allows to perceive that the property stopped being considered only as a fact or as a privilege and started, with the advent of modernity, to be considered as a fundamental right, which gave rise to the concept of property right. Since the rule of law is connected to the idea of limiting state power as a way of safeguarding the fundamental rights of its citizens, it is intended to investigate whether the protection of property rights can be considered as an intrinsic element of the rule of law. With this objective, several theoretical positions on property rights will be studied, the essential elements of the Rule of Law will be identified (mainly based on the standards established by the European Commission for Democracy through Law, also known as the Venice Commission) and, finally, the jurisprudence of the European Court of Human Rights regarding the protection of property rights will be analysed.

Keywords: property rights, fundamental rights, Rule of Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A PROPRIEDADE	8
1.1 A PROPRIEDADE: EM BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO AMPLA	9
1.2 UMA CONCEPÇÃO CLÁSSICA DA PROPRIEDADE	11
1.2.1 O ponto de vista aristotélico	12
1.2.2 A propriedade em São Tomás de Aquino	16
1.3 A CONCEPÇÃO MODERNA DE PROPRIEDADE PRIVADA	19
1.3.1 John Locke e a Propriedade como Direito Fundamental	19
1.3.2 A Propriedade na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e no Código Napoleônico	22
1.4 BREVE HISTÓRICO DA PROPRIEDADE PRIVADA NO DIREITO BRASILEIRO	24
2 A TUTELA DA PROPRIEDADE PRIVADA NO ESTADO DE DIREITO	29
2.1 O ESTADO DE DIREITO PARA A COMISSÃO DE VENEZA	29
2.2 A PROPRIEDADE PRIVADA COMO DIREITO HUMANO	32
2.3 O DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE NA DOUTRINA BRASILEIRA	34
2.4 PADRÕES MÍNIMOS DE ESTADO DE DIREITO: DE VOLTA À COMISSÃO DE VENEZA	39
3 A TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE: ANÁLISE DO CASO <i>DRIZA V. ALBANIA</i>	43
3.1 DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO CASO <i>DRIZA V. ALBANIA</i>	43
3.2 O ESCOPO DA ATUAÇÃO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS	45
3.3 DO JUÍZO DE MÉRITO E DA DECISÃO FINAL DA CEDH	48
3.3.1 A Alegação de Violação do Artigo 6º§1 da Convenção	48
3.3.2 A Alegação de Violação do Artigo 1º do Protocolo nº 1 da Convenção	50
3.3.3 A Alegação de Violação do Artigo 13º da Convenção em Conjunto com o Artigo 1º do Protocolo nº 1 da Convenção	52
3.3.4 Do Dispositivo da Decisão Final	53
3.5 DAS CONSEQUÊNCIAS DO CASO <i>DRIZA V. ALBANIA</i>	54
CONCLUSÃO	57
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

São raros os países, em tempos atuais, em cujos ordenamentos jurídicos não haja alguma menção ao direito de propriedade, a qual é, geralmente, reconhecida como direito fundamental pela quase totalidade dos países ocidentais. Porém, ao mesmo tempo, o próprio direito de propriedade tem frequentemente sido objeto de intensos debates políticos e jurídicos. Poucos institutos jurídicos são alvo de tantas considerações de cunho ideológico quanto o instituto da propriedade.

Isto porque as teorias a respeito do direito de propriedade surgidas na Idade Moderna, marcadas por forte cunho liberal, enfatizavam a importância da propriedade privada como salvaguarda da autonomia individual e familiar contra a interferência do Estado na esfera particular. Por outro lado, a contemporaneidade viu o surgimento de correntes de pensamento que se caracterizam pela mitigação de um suposto “poder absoluto” do proprietário sobre os bens que compõem sua propriedade, ao mesmo tempo em que dão especial ênfase ao papel social do instituto jurídico em questão e ao interesse coletivo envolvido no exercício do direito de propriedade, culminando no conceito de função social.

É questionável, porém, a posição de que as concepções pré-contemporâneas de propriedade privada conferiam ao proprietário um direito absoluto e ilimitado sobre seus bens, sem que o impacto social do exercício do direito de propriedade fosse levado em consideração.

O que ocorre é que as posições clássicas e liberais acerca do direito de propriedade identificavam a essência de tal instituto como sendo a possibilidade de o proprietário dispor de seus bens ao mesmo tempo em que tem a prerrogativa de negar a quaisquer outros indivíduos a possibilidade de dispor dos mesmos bens. Por outro lado, as correntes mais contemporâneas, marcadamente mais coletivistas do que as primeiras, tendem a dar maior importância à exigência de que a disposição exercida pelos proprietários sobre os seus bens ocorra em conformidade com o interesse público e nos limites definidos por este.

Ainda assim, independentemente das divergências teóricas entre as concepções clássica e contemporânea do direito de propriedade, é fato que nos países onde o sistema democrático (entendido nos moldes ocidentais) se consolidou como sistema político, no que vem a se chamar de Estado de Direito, o direito de propriedade tem sido considerado como garantia fundamental. Deste modo, é de se questionar se existe

objetivamente uma relação entre os valores preferidos pelo Estado de Direito e o instituto da propriedade privada, ou seja, se a adoção de um modelo político pautado nos moldes da democracia e no primado da lei traria consigo uma proteção, ainda que mínima, ao exercício da propriedade privada.

Neste contexto, o presente trabalho, que se subdivide em três capítulos, procura compreender o direito de propriedade a partir de seus pressupostos teóricos e elementos essenciais. Visa também apreender o conteúdo do conceito de Estado de Direito, com base principalmente no entendimento adotado por organismos jurídicos internacionais como a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e a Comissão de Veneza, ambos órgãos constituintes da estrutura do Conselho da Europa.

A partir daí, pode-se discutir a importância da tutela do direito de propriedade para a consolidação do modelo democrático e do exercício dos direitos humanos.

Para tanto, o primeiro capítulo tem como tema o conteúdo do direito de propriedade em si, na medida em que em tal capítulo se trata da conceituação do direito de propriedade e do estudo de seus elementos constitutivos. Segue-se a isso uma abordagem a respeito das concepções clássica e moderna do direito de propriedade, bem como uma breve análise histórica de como tal direito tem sendo disciplinado no ordenamento jurídico brasileiro.

Apresenta-se, no segundo capítulo, a questão da tutela do direito de propriedade e de suas respectivas consequências, sendo discutidas as posições teóricas que buscam evidenciar a relação entre o reconhecimento do direito de propriedade e a doutrina do Estado de Direito. Ainda, são mencionadas as análises acerca dos efeitos de um respaldo legal e jurisdicional ao exercício da propriedade no desenvolvimento socioeconômico e no exercício dos Direitos Humanos fundamentais. Para as considerações acerca dos direitos humanos, valemo-nos principalmente dos textos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Por último, o terceiro capítulo apresenta um estudo de caso realizado a partir da análise do julgamento final do famoso caso *Driza v. Albania*, proferido pela Corte Europeia de Direitos Humanos no ano de 2007. O caso envolve a discussão acerca da tutela dada ao direito de propriedade no ordenamento jurídico da República da Albânia – principalmente quanto aos mecanismos de compensação por desapropriação de propriedades.

1 A PROPRIEDADE

O instituto da propriedade privada tem feito parte do imaginário político-jurídico do mundo ocidental desde seus primórdios. No entanto, o direito de propriedade nem sempre foi compreendido nos mesmos termos em que atualmente se considera tal instituto.

Pode-se, no entanto, apontar dois principais fatores que ajudam a explicar a existência da miríade de visões e tendências que vêm à tona quando analisamos o percurso histórico do conceito de propriedade, são eles:

- a. O grande espaço de tempo entre o surgimento do conceito de propriedade (ainda no período da Antiguidade) e os dias atuais, o que permitiu que diversas correntes de pensamento surgidas ao longo da história influíssem na compreensão do que se denomina propriedade; e
- b. O fato de que o instituto da propriedade, sendo esta um gênero da qual a propriedade privada é espécie, é objeto de várias ciências e áreas de conhecimento além do mundo jurídico (como, por exemplo, a Ciência Política, as Ciências Econômicas e a Sociologia), de modo que a propriedade é analisada por cada uma destas ciências autônomas através de seus métodos e princípios próprios.

Porém, a dificuldade para que se compreenda a propriedade de tal modo que todos os seus aspectos sejam abarcados (não apenas seu aspecto jurídico), não significa que se deva abrir mão de analisar o instituto da propriedade em toda sua profundidade histórica e multidisciplinar, nem que qualquer abordagem acerca da propriedade a partir do ponto de vista do Direito deva abster-se de levar em consideração os aspectos extrajurídicos pertinentes à abordagem em questão.

Em verdade, como será mais adiante demonstrado, o fenômeno da judicialização (e da constitucionalização) da propriedade como direito fundamental iniciou-se em momento concomitante com o início da Idade Contemporânea, na segunda metade do século XVIII, ao passo em que o conceito de propriedade já vinha sendo discutido (até mesmo em suas implicações jurídicas) antes mesmo do início da Era Cristã. Isto porque, embora as tradições Clássica, Medieval e Moderna tenham discutido profundamente o instituto da propriedade, este apenas passou a ser

considerado como direito fundamental após o advento das teorias acerca dos direitos fundamentais e do constitucionalismo, precisamente na segunda metade do século XVIII, culminando no que hoje se denomina de Estado de Direito.

O que se diz, em suma, é que apenas pode-se bem compreender o instituto da propriedade privada e o modo como esta se relaciona com o Estado de Direito após uma abordagem que leve em consideração principalmente as noções aristotélico-tomista e contratualista da propriedade privada, para que apenas posteriormente se possa analisar a inclusão desta no mundo jurídico contemporâneo.

1.1 A PROPRIEDADE: EM BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO AMPLA

Dito isto, antes mesmo que se passe a uma análise mais pormenorizada da tratativa dada ao instituto da propriedade privada ao longo da história, faz-se necessário fixar uma definição fundamental, ainda que provisória, do que vem a ser aquilo que se denomina propriedade.

Opta-se, conforme já acima exposto, por não recorrer, de início, às definições apresentadas no âmbito das discussões jurídicas acerca do direito de propriedade, na medida em que tais definições passarão a ser oportunas apenas no momento em que será discutida a tratativa dada ao direito de propriedade no universo jurídico.

Deste modo, busca-se inicialmente uma definição fática do que vem a ser a propriedade, se é esta um direito, uma coisa ou, por exemplo, uma relação.

Nesta esteira, quando se pensa em propriedade, é inevitável imaginar que tal instituto evoca (embora não se limite a isto) o domínio exercido pelo homem sobre os objetos que o cercam, sobretudo com o intuito de valer-se desses objetos para a satisfação de suas necessidades individuais e/ou coletivas. Quanto a este aspecto, o historiador e ensaísta britânico Hilaire Belloc aduz que:

O homem satisfaz suas necessidades transformando as coisas que rodeiam-no, desde uma condição dada, menor, a outra maior para sua própria utilidade. [...] Este processo é o que os economistas chamam de produção de riqueza, sendo, portanto, riqueza a soma dos valores que a ação humana adiciona aos objetos naturais ao transforma-los desde uma condição dada menor a outra maior para sua própria utilidade (BELLOC, 1944, p. 13, tradução nossa).

Vislumbra-se, no acima transcrito, que o homem, na medida em que possui necessidades de cunho material (as quais, por sua vez, são satisfeitas através do uso de

bens de cunho também material), exerce sua vontade sobre os objetos que o cercam no intuito de torná-los úteis à satisfação de tais necessidades. Ainda, na medida em que o exercício da vontade humana sobre os bens que o cercam se dá de modo finalista visando o próprio benefício do agente, este último seria detentor da prerrogativa (além de se valer de tais bens para seu uso próprio) de exercer sobre tais bens um controle fiscalizatório para garantir que o consumo de tais “bens úteis” ocorra conforme sua própria vontade. Conforme prossegue Belloc (1944, p. 14 e 15),

A riqueza é produzida para ser consumida e o consumo da riqueza é o necessário correlativo e o fim útil da produção de riqueza. [...] Sempre haverá, ao largo desta questão, alguma vontade humana na tarefa de fiscalizar cada etapa (tradução nossa).

É precisamente a este conjunto de prerrogativas (controle e fiscalização sobre o uso útil de determinada coisa) que Hilaire Belloc denomina propriedade, sendo que fator determinante para que se identifique a propriedade como sendo pública ou privada repousa sobre o titular de tal propriedade: sendo o proprietário ente público, trata-se de propriedade pública; sendo o proprietário ente privado, trata-se de propriedade privada. Considera o mencionado autor que:

Em toda atividade do homem sobre o que o cerca, qualquer que seja ela [a atividade] ou qualquer que seja o lugar em que se exerce, não pode menos estar presente aquele elemento de fiscalização. Para ele usamos um vocábulo muito simples, e este simples vocábulo é a palavra PROPRIEDADE. Se for o Estado ou a comunidade, a Municipalidade ou a Cidade quem exerce a faculdade de dispor, a denominados *propriedade pública*; se é algum ente privado na comunidade, a saber, uma associação ou uma família, uma comunidade religiosa ou uma agremiação, ou mesmo um sujeito individual, a chamaremos de *propriedade privada* (BELLOC, 1944, p. 16, tradução nossa).

Tal posição acerca da propriedade nos permite concluir que esta se trata de um conjunto de prerrogativas, ou melhor, um conjunto de poderes detidos pelo proprietário sobre as coisas que se encontram sujeitas ao juízo de vontade deste e sobre as quais este exerce controle. No entanto, tal arranjo também nos permite chamar de propriedade cada uma dessas coisas sobre as quais o proprietário exercer seus direitos.

Ainda, cabe uma observação sobre as implicações de tal definição de propriedade quando se leva em consideração que os indivíduos da espécie humana não vivem isoladamente, mas sim em sociedade. Se a propriedade significa a prerrogativa de exercício de um poder de controle sobre os bens que compõem o patrimônio do

proprietário, e se a sociedade humana (sendo esta, em seu aspecto puramente material, um conjunto de indivíduos que se reúnem num arranjo de associações mútuas em local determinado) dispõe de uma quantidade limitada de bens, seja por limitações temporais ou espaciais, infere-se que ao instituto de propriedade significa também um sistema ou arranjo demarcatório que serviria para determinar sobre qual parcela do total de bens de tal sociedade cada indivíduo pode exercer seu controle e sua vontade.

Tal problemática também foi abordada por Hilaire Belloc, desta vez em sua obra *O Estado Servil*, no qual o autor apresenta tal definição:

Propriedade é um termo usado para um arranjo social em que o controle da terra e da riqueza obtida da terra, incluindo, portanto, todos os meios de produção, é conferido a alguma pessoa ou corporação. Assim, podemos dizer de um prédio, incluindo a terra sobre a qual ele se encontra, que este é “propriedade” de tal cidadão, ou família, ou colégio, ou do Estado, significando que aqueles que “detêm” tal propriedade estão garantidos por lei do direito de usá-la ou abster-se de usá-la. *Propriedade privada* é a riqueza (incluindo os meios de produção), que pode, pelos arranjos da sociedade, estão sob controle de pessoas ou corporações outras *que não são* os órgãos políticos dos quais estas pessoas são, em outros aspectos, membros. O que distingue a propriedade privada não é que o seu detentor seja menos que o Estado (pois se assim fosse deveríamos tratar da propriedade municipal como propriedade privada), mas sim que o proprietário possa exercer seu controle sobre ela em vantagem própria, e não como fiel depositário da sociedade, nem da hierarquia das instituições políticas (BELLOC, 2017, p.38).

Na medida em que agora se encontra apresentada uma definição fundamental do que vem a ser a propriedade e, mais especificamente, do que vem a ser a propriedade privada, pode-se passar a uma análise de como tal instituto foi tratado ao longo da história.

1.2 UMA CONCEPÇÃO CLÁSSICA DA PROPRIEDADE

Considera-se, para fins desta análise, como sendo a concepção clássica de propriedade aquela surgida no bojo da filosofia clássica, sobretudo durante a Antiguidade, tendo como seus grandes expoentes os pensadores greco-romanos, dentre os quais se destaca o grego Aristóteles.

Contrapõe-se à concepção clássica de propriedade a chamada concepção moderna de propriedade, formada entre a Idade Moderna e a Idade Contemporânea. Não se pode, porém, identificar o período de predominância da concepção clássica acerca da propriedade no pensamento ocidental com o período de duração da Idade Antiga – a

qual se encerra com a queda definitiva do Império Romano Ocidental em 476 d.C. Isto porque a tradição escolástica, a qual predominou já em tempos medievais e que aqui se encontrará representada pelo italiano São Tomás de Aquino, tem como ponto de partida a filosofia clássica e opera dentro do mesmo esquema epistemológico desta.

Conforma se poderá perceber, a propriedade privada foi analisada pelos clássicos principalmente em aspecto objetivo. Isto significa dizer que a concepção clássica preocupa-se, sobretudo, em analisar a propriedade privada incluída dentro do contexto social e político. Por conta disso, tanto o ponto de vista aristotélico quanto o tomista apresentaram considerações acerca da relação entre o proprietário e o restante do corpo social, no que diz respeito ao controle sobre a propriedade e à destinação dos seus frutos.

Tal característica se deve, pode-se considerar, ao fato de que a concepção clássica acerca da propriedade privada parte do conhecido pressuposto aristotélico de que o homem é um animal político e, conseqüentemente, a formação da sociedade civil seria consequência natural da existência humana conforme sua essência. Ato contínuo, a análise acerca da propriedade privada só poderia se fazer levando em consideração o uma análise social.

1.2.1 O ponto de vista aristotélico

Inicialmente, na medida em que se busca compreender a concepção do instituto da propriedade privada segundo o filósofo grego Aristóteles, deve-se ressaltar que o eminente pensador procurou compreender a Propriedade enfatizando o modo como esta se insere no contexto social, ou no contexto do Estado. Em verdade, Aristóteles inicia sua obra *Política* delimitando o escopo de sua análise para afirmar que o Estado figuraria como a totalidade dentro da qual todos os aspectos pertinentes de organização estariam incluídos e de acordo com a qual deveriam ser compreendidos, conforme se percebe:

A observação nos mostra que cada Estado é uma continuidade estabelecida com alguma boa finalidade, uma vez que todos sempre agem de modo a obter o que acham bom. Mas, se todas as comunidades almejam o bem, o Estado ou comunidade política, que é a forma mais elevada de comunidade e engloba tudo o mais, objetiva o bem nas maiores proporções e excelências possíveis (ARISTÓTELES, 1999, p. 143).

Depreende-se, com isso, que a análise aristotélica da propriedade no âmbito privado, ou seja, da relação entre o proprietário e o conjunto de objetos que compõem a sua propriedade, é feita dentro de um contexto maior que vem a ser a própria análise do funcionamento do Estado, considerando proposição do Filósofo, segundo o qual “é evidente que o Estado é uma criação da natureza e que o homem é, por natureza, um animal político” (ARISTÓTELES, 1999, p.146).

Neste contexto, Aristóteles veio a apresentar, também em sua obra *Política*, uma noção da propriedade privada com a qual a noção de Hilaire Belloc (já apresentada) veio posteriormente a se conformar: a noção de que a propriedade privada diz respeito ao controle do homem sobre os bens cuja existência e utilidade são necessárias para a satisfação das necessidades humanas. Considera o Filósofo que:

A propriedade é parte de uma família e a aquisição de uma propriedade, parte da arte de dirigir uma família; pois nenhum homem pode viver bem, ou mesmo viver, a menos que atenda às próprias necessidades. Assim como nos ofícios em que existe uma esfera definida os trabalhadores costumam ter os próprios instrumentos para a realização do trabalho, assim também é a administração de uma casa. [...] Assim, qualquer parte da propriedade pode ser considerada um instrumento destinado a tornar o homem capaz de viver; e sua propriedade é a reunião desses instrumentos (ARISTÓTELES, 1999, p. 148).

Tendo em vista o que até aqui foi destacado do pensamento aristotélico quanto à propriedade e ao Estado, é possível fazer uma necessária consideração acerca do fundamento da propriedade privada na concepção clássica. Se, como acima citado, Aristóteles considera que o bem da comunidade é o objetivo, ou causa final, da própria existência do Estado e que a propriedade está inseparavelmente ligada à satisfação das necessidades do proprietário (a qual é imprescindível para o bem viver deste), então se pode concluir que o fundamento para a existência da propriedade privada dentro do *corpus aristotelicum* se justifica pelo fato de que esta concorre, na medida em que possibilita o bem do proprietário, para o fim último almejado pelo Estado, a saber, o bem comum.

Aristóteles, no entanto, não se limita a considerar as implicações da propriedade privada nos termos até aqui expostos. Na medida em que a análise realizada pelo Filósofo em sua obra *Política* supera as considerações acerca da esfera privada e familiar e passa às considerações acerca do funcionamento do Estado em sua esfera mais ampla (passando, assim, da parte para o todo), o próprio instituto da propriedade

privada passa a ser considerado em outra ótica, sendo discutidos aspectos relativos principalmente ao uso da propriedade.

Nesta esteira, Aristóteles (1999, p. 146) se guia pelo pressuposto de que “O Estado tem, por natureza, mais importância do que a família e o indivíduo, uma vez que o conjunto é necessariamente mais importante do que as partes”. Diante disso, Aristóteles discute a existência da propriedade privada em contraposição à propriedade comum (ou pública), tendo em vista a posição existente à época de que a propriedade deveria ser de titularidade e uso comuns, visto que tal arranjo supostamente resultaria em maior unidade e solidariedade dentro da comunidade política.

Todavia, ainda que Aristóteles considerasse que o conjunto da associação política tem prevalência sobre cada um dos indivíduos e grupos familiares que a compõem, ele é levado a concluir que a propriedade privada representa um arranjo melhor do que um sistema de posseção comunal, com base no seguinte posicionamento:

Há uma desvantagem adicional à propriedade comum: quanto maior o número de proprietários, menor o respeito à propriedade. As gentes são muito mais cuidadosas com suas próprias posses do que com os bens comunais; exercitam o cuidado com a propriedade pública apenas quando isso as afeta de maneira pessoal. À parte de outras razões, o pensamento de que mais alguém seja responsável por uma coisa tende a fazer um homem menos cuidadoso com esta coisa (ARISTÓTELES, 1999, p. 173).

Logo, percebe-se que a argumentação de Aristóteles desfaz a aparente contradição existente entre a prevalência do bem público sobre o bem privado e a preferência pelo arranjo da propriedade privada em detrimento da propriedade comum ou coletiva. Isto porque a preferência aristotélica pela propriedade privada se dá de maneira finalista, visto que - para o Filósofo - a alocação da propriedade em mãos privadas se dá tendo em vista a melhor conservação e o uso mais eficiente daquela (tanto em benefício do proprietário quanto da comunidade), o que não ocorreria com a alocação da propriedade em mãos coletivas.

Isto não significa, portanto, que a visão aristotélica da propriedade seja absolutamente privatista, uma vez que, conforme de será abaixo demonstrado, Aristóteles jamais concebe um arranjo que prevê a propriedade sendo de titularidade e uso puramente privados. Ao contrário, todos os arranjos considerados pelo Filósofo contém o elemento de uso da propriedade - ou ao menos de seus frutos - em prol do bem da comunidade política, conforme se percebe:

Existem algumas soluções possíveis: a) as famílias permanecem separadas, como é prática universal, mas os bens, tanto em relação ao usufruto quanto à propriedade, são comunais; b) o usufruto e a propriedade são separados; então ou a terra seria comum e seus produtos, destinados a uso geral (como já se faz em alguns lugares), ou a primeira pertenceria a todos mas os segundos seriam distribuídos de acordo com as exigências de cada um. Essa é a forma da propriedade comunal que, dizem, existe entre certos povos não-gregos; c) tanto a terra como seus produtos são propriedade comum (ARISTÓTELES, 1999, p. 175 e 176)

Considerando as particularidades de cada uma das possibilidades apresentadas pelo próprio Aristóteles, este acaba por julgar como sendo o melhor arranjo possível como sendo um sistema na qual a propriedade seja de titularidade privada, sendo que o uso da propriedade seria dividido em duas partes: uma parte para o proprietário e sua família, outra parte para o uso comum. O próprio Aristóteles (1999, p. 176 e 177) esclarece tal posição, concluindo que

Em resumo, portanto, este sistema funcionaria; cada homem teria suas próprias posses; parte delas estaria à disposição de seu círculo imediato, parte seria usada em comum com os outros. [...] Está claro, então, que é melhor, para a propriedade, permanecer em mãos particulares, mas estaremos agindo corretamente ao utilizá-la de modo comunal. É dever do legislador verificar se os cidadãos estão dispostos a isso.

Tem-se assim, em linhas gerais, demonstrada a concepção da propriedade privada dentro do pensamento aristotélico, o qual será retomado pela filosofia escolástica - já em na Idade Média - e contraposto posteriormente pela visão moderna dos autores contratualistas.

Analisando a concepção aristotélica de propriedade, o civilista brasileiro Maurício Jorge Pereira da Mota (2009, p.16) afirma que

Em conclusão, para Aristóteles a propriedade encontra-se subordinada à política, é condição necessária de existência da *polis* e, precisamente por esta razão, a cidade não pode violar as vidas privadas dos cidadãos e deve respeitar a sua propriedade, sob pena de subverter as bases de sua própria existência.

Conforme se viu até aqui, a concepção da propriedade privada em Aristóteles é notadamente teleológica, ou seja, a propriedade privada assume os contornos que possui no *corpus aristotelicum* em vista da finalidade última do bem comum, sendo que a apologia do instituto da propriedade privada se dá, nesta ótica, na medida em que tal instituto colabora para o referido fim. Deste modo, não se pode afirmar que a posição

segundo a qual a propriedade seria direito natural do homem está expressa no pensamento aristotélico, tendo Aristóteles se limitado a identificar o Estado (a *polis*) como sendo uma forma natural de associação humana.

No entanto, caso se considere - como o faz Aristóteles - que é de acordo com a sua natureza que os homens se associam numa *polis*, e se é essencial à *polis* que nesta haja a propriedade privada - como acima se demonstrou - é possível deduzir que seria natural ao homem a propriedade privada, de modo que o direito de propriedade seria decorrente da lei natural.

Foi precisamente a esta conclusão que chegou o filósofo escolástico São Tomás de Aquino, o qual constituiu sua obra no século XIII e cuja concepção de propriedade agora se passa a analisar.

1.2.2 A propriedade em São Tomás de Aquino

Conforme já acima ventilado, o filósofo escolástico italiano São Tomás de Aquino, em sua análise acerca da propriedade privada, busca discutir a licitude da existência da propriedade privada e o modo como os poderes de proprietário podem ser exercidos, resgatando principalmente o pensamento de Aristóteles quanto a esta matéria.

Deve-se, porém, destacar que a análise tomista se diferencia da análise aristotélica na medida em que aquela leva em consideração o conceito de lei natural, a qual seria reflexo de uma realidade transcendente à *polis* (ou à *civitas*) e, portanto, superior a esta. Deste modo, São Tomás busca analisar a propriedade privada não tanto pela utilidade desta para o bem da *polis* (como o faz Aristóteles), mas sim investigando os ditames da lei natural acerca do tema.

Cumpre-se elucidar o significado do conceito de lei natural dentro da filosofia tomista. Nesta seara, Maurício Jorge Pereira da Mota (2009, p.18) aduz que

Nesse sentido, a lei natural nada mais é do que o exercício participativo da criatura racional na lei eterna, mediante certos princípios comuns. É natural porque não procede de fatores culturais, mas da estrutura psicológico-moral do ser humano. Por isso, pode ser dita universal e imutável. Pode ser definida como o conjunto de leis racionais que expressam a ordem das tendências ou inclinações naturais aos fins próprios do ser humano, aquela ordem que é própria do homem enquanto pessoa. Por isso, Tomás poderá afirmar que os preceitos do Decálogo são os primeiros preceitos da lei, aos quais a razão natural presta imediato assentimento como aos princípios mais evidentes de todos.

Depreende-se, então, que Aquino considera a lei natural como um conjunto de normas decorrentes da “estrutura psicológico-moral do ser humano”, ou seja, um conjunto de normas inerentes à condição interna do ser humano, não dependente de fatores externos e não variável conforme estes. Aqui, a influência do pensamento aristotélico é clara, na medida em que tal filósofo grego advoga pela existência de uma natureza comum e intrínseca aos homens. Aquino, portanto, teria apenas dado um passo além e afirmado categoricamente que esta natureza traz consigo um conjunto de princípios normativos, a lei natural.

Em sua obra intelectual de maior destaque, a Suma Teológica, São Tomás analisa a questão da propriedade levando em consideração duas questões principais: se é natural ao homem a posse dos bens externos; e se é lícito a alguém possuir alguma coisa como própria. Discute-se, em outras palavras, primeiro se a existência da propriedade está em conformidade com a lei natural e, em seguida, se é lícito, conforme a lei natural, que a propriedade seja privada.

Quanto à primeira das questões, ou seja, quanto à simples existência da propriedade (ainda não especificada se esta seria coletiva ou privada), Aquino se baseia tanto na teologia cristã quanto na filosofia aristotélica para afirmar que é natural ao homem possuir coisas externas em decorrência do fato de que este é dotado da capacidade de dar a tais coisas externas o fim a que se destinam. Afirma o escolástico nos seguintes termos:

As coisas exteriores podem ser encaradas sob duplo aspecto. Primeiro, em sua natureza, que não está sujeita ao poder humano, mas só ao divino, a quem tudo obedece docilmente. Segundo, quanto ao uso. E então o homem tem o domínio natural sobre as coisas exteriores. Pois, pela razão e pela vontade, [o homem] pode delas usar para sua utilidade, como se para ele fossem feitas. Pois sempre os seres menos perfeitos existem para os mais perfeitos, como já foi demonstrado. Por esse princípio, o Filósofo prova que a posse das coisas exteriores é natural ao homem (AQUINO, 2005, p. 155-156).

Aqui fica demonstrado, assim como já apontado acerca de Aristóteles, um viés teleológico, ou finalista, na posição tomista: São Tomás apresenta como uma das justificativas para a existência da propriedade o fato de que tal arranjo possibilita a destinação das coisas externas às respectivas finalidades que estas possuem, além do fato de que seria natural do próprio homem valer-se de tais coisas externas para que alcance o seu fim próprio. Quanto ao finalismo das coisas, inclusive do ser humano,

dentro da filosofia tomista, Maurício Jorge Pereira da Mota (2009, p.18) analisa do seguinte modo:

Resgatando o pensamento grego, Tomás de Aquino considera também que a natureza humana age em direção a um fim. Esse fim, porém, não é apenas a realização do homem na polis, a *eudaimonia*. O finalismo de Tomás de Aquino não termina na perfeição do Estado. Para Tomás, o animal vive e o homem vive para. Não apenas para a polis, mas para um destino superior e transcendente: o novo céu e a nova terra. É o prestígio, o engrandecimento e, ao mesmo tempo, a superação da filosofia grega.

Quanto à segunda das questões, na qual se indaga a possibilidade de a propriedade ser privada, Aquino acompanha, em termos muito próximos, a posição adotada por Aristóteles, ou seja, defende-se que o controle e a administração da propriedade devem ser exercidos de modo privado, porém aos frutos da propriedade deve ser dada destinação visando o bem comum:

Em relação aos bens exteriores, compete ao homem uma dupla atribuição. Uma é o poder de gerir e de dispor. Quanto a isso, é lícito que o homem possua bens como próprios. É até mesmo necessário à vida humana, por três razões. - 1ª Cada um é mais solícito na gestão do que lhe pertence como próprio, do que no cuidado do que é comum a todos ou a muitos. - 2ª As coisas humanas são tratadas com mais ordem, quando o cuidado de cada coisa é confiado a uma pessoa determinada, ao passo que reina a confusão quando todos se ocupam indistintamente de tudo. - 3ª A paz entre os homens é mais bem garantida, se cada um está contente com o que é seu; [...] Outra atribuição que compete ao homem em relação aos bens exteriores é o uso deles. Sob esse aspecto, o homem não deve ter as coisas exteriores como próprias, mas como comuns, neste sentido que, de bom grado, cada um as partilhe com os necessitados (AQUINO, 2005, p. 157-158).

Assim, pelas palavras do próprio São Tomás de Aquino, é possível deduzir que a visão deste acerca do conceito de propriedade envolve principalmente as prerrogativas de controle sobre determinada coisa. Ainda, na medida em que se fala da prerrogativa de uso das coisas que são possuídas, denota-se que, ao contrário de simples controle, Aquino considera que a propriedade privada diz respeito ao controle sobre bens visando o seu emprego útil.

Por último, também é possível perceber que a definição de propriedade apresentada por Hilaire Belloc pode ser aplicada ao pensamento tomista, visto que o autor britânico, assim como São Tomás, considera que o núcleo da propriedade consiste no controle exercido pelo homem sobre bens materiais, sobretudo visando o emprego de tais bens na satisfação das necessidades humanas.

1.3 A CONCEPÇÃO MODERNA DE PROPRIEDADE PRIVADA

Em contrapartida ao aspecto objetivo da propriedade explorado pela concepção clássica, a concepção moderna nos apresenta uma visão da propriedade privada em seu aspecto subjetivo. Isto porque, na modernidade, a noção clássica segundo a qual a sociedade civil surge de modo espontâneo a partir da natureza do homem perdeu espaço para a noção contratualista. Conforme o chamado contratualismo, cujo nome se deve ao conceito de *Contrato Social* cunhado na obra homônima de Jean-Jacques Rousseau, o surgimento da sociedade civil não se considera mais uma decorrência da natureza humana, mas sim um ato de vontade pela qual os indivíduos decidem organizar-se em sociedade para melhor usufruírem de seus direitos naturais, dentre os quais – para John Locke, como será melhor analisado – está o direito de propriedade.

Dito de outro modo, a concepção moderna de propriedade privada parte do pressuposto de que esta é anterior à sociedade, motivo pelo qual a propriedade privada é analisada pelos modernos mais quanto ao seu papel dentre os direitos fundamentais do homem do que quanto às suas consequências em escala social, embora estas não sejam de todo negligenciadas.

1.3.1 John Locke e a Propriedade como Direito Fundamental

Inicialmente, para que se compreenda a posição de Locke acerca da propriedade privada, deve-se elucidar que tal pensador inglês também leva em consideração o conceito de lei natural – já presente nos pensadores clássicos, ainda que sob outros pressupostos – a qual, no que concerne à natureza do ser humano, toma contornos de um conjunto de características, deveres e direitos inatos ao homem. Naquilo que é pertinente à questão de propriedade privada, Locke veio a afirmar que a razão natural – terminologia usada pelo próprio John Locke para se referir à Lei Natural – torna o ser humano dotado, de forma inata, do direito à sua própria preservação e, ato contínuo, do direito de ter acesso aos meios necessários a tal fim. Destaca-se que

“Quer consideremos a razão natural – que nos diz que os homens, uma vez nascidos, tem direito à sua preservação e, portanto, à comida bebida e tudo quanto a natureza lhes oferece para a sua subsistência – ou a revelação – [...] é perfeitamente claro que Deus [...] deu-a [a Terra] para a humanidade em comum. [...] é contudo necessário, por terem sido as coisas dadas para o uso dos homens, haver um meio de apropriar parte delas de um modo ou de outro

para que possam ser de alguma utilidade ou benefício para qualquer homem em particular (LOCKE, 1999, p. 405-407).

Para Locke, portanto, o acesso aos bens naturais necessários para o sustento do homem é direito deste. Deste modo, na medida em que a primeira propriedade do homem seria sua própria pessoa, como vem a afirmar John Locke, tal direito de propriedade seria estendido aos bens do qual tal homem se vale para a conservação e manutenção de seu próprio ser. Aduz o pensador inglês que:

Embora a Terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, cada homem tem uma *propriedade* em sua própria *pessoa*. A esta ninguém tem direito alguém além dele mesmo. O *trabalho* de seu corpo e a *obra* de suas mãos, pode-se dizer, são propriamente dele. Qualquer coisa que ele então retire do estado com que a natureza a proveu e deixou, mistura-a ele com seu trabalho e junta-lhe algo que é seu, transformando-a em sua *propriedade*. Sendo por ele retirada do estado comum em que a natureza a deixou, a ela agregou, com este trabalho, algo que a exclui do direito comum dos demais homens. Por ser esse *trabalho* propriedade inquestionável do trabalhador, homem nenhum além dele pode ter o direito àquilo que esse *trabalho* foi agregado, pelo menos enquanto houver bastante e de igual qualidade deixada em comum para os demais (LOCKE, 1998, p. 407 e 409).

Apenas no excerto acima já ficam evidenciadas as noções fundamentais da posição de John Locke acerca da propriedade privada. Como já foi dito, Locke considera a primeira propriedade de um indivíduo como sendo o próprio corpo deste e suas faculdades, de modo que absolutamente todos os indivíduos seriam proprietários, na medida em que todos possuiriam ao menos seus próprios corpos.

Além disso, Locke explicita o que provavelmente é sua principal inovação quanto à propriedade privada: a tese de que o elemento originário da propriedade privada consiste no emprego do trabalho humano. Dito de outro modo, o mencionado autor considera que determinado objeto deixa de ser patrimônio comum e passa à esfera da propriedade de determinado indivíduo a partir do momento em que este aplica sobre tal bem o seu trabalho, alterando-o em relação ao estado em que se encontrava na natureza.

O que se diz até aqui é que, dentro da perspectiva lockeana, a razão natural – ou lei natural – permite concluir que a propriedade privada, a qual corresponde à totalidade de bens sobre a qual determinado indivíduo exerce seu trabalho visando o próprio sustento, consiste em direito fundamental decorrente do direito individual à sobrevivência, ou seja, à vida.

Ainda na esteira da relação entre propriedade e trabalho, Locke considera que o ato pelo qual um homem torna determinado em sua propriedade independe completamente do consentimento dos outros indivíduos, recordando que, na visão contratualista, o direito de propriedade é anterior à formação da sociedade humana mesma:

Fosse tal consentimento necessário, apesar da abundância com que Deus o proveu. Vemos nas terras *comuns*, que assim permanecem em virtude de um pacto, que é o tomar qualquer parte daquilo que é comum e retirá-lo do estado em que a deixa a natureza que dá início à *propriedade*, sem isso o comum não tem utilidade alguma. E o tomar esta parte ou aquela não depende do consentimento expresso de todos os membros da comunidade. [...] O *trabalho* que tive em retirar essas coisas do estado comum em que estavam *fixou* a minha *propriedade* sobre elas. (LOCKE, 1998, p. 410).

Cabe observar o seguinte: ao contrário dos autores anteriormente mencionados, John Locke não trata da hipótese de propriedade comum, ou sequer da destinação comum dos frutos da propriedade – como fizeram Aristóteles e São Tomás de Aquino. Toda propriedade para Locke é privada, tanto no que concerne ao controle quanto no que concerne à destinação. Isto se deve ao fato de que, para os clássicos, o corpo social precede em importância o indivíduo, assim como o todo precede em importância cada uma de suas partes constituintes, ao passo em que a visão moderna de Locke adota uma posição de cunho individualista, na medida em que não considera o homem como parte de um todo necessário – a sociedade – mas sim como um ser autônomo. Por este prisma, a sociedade seria como nada mais do que um conjunto de indivíduos em associação, sem personalidade própria separada dos indivíduos que a compõem.

Porém, não se pode falar que John Locke desconsidera as relações entre os indivíduos e a influência de tais relações no direito de propriedade. Retomando o que foi anteriormente citado, o filósofo inglês trata ligeiramente da limitação ao direito de propriedade privada ao mencionar que o proprietário tem direito sobre a parcela dos bens sobre a qual exerce seu trabalho na medida em que “o que resta é suficiente para os outros, em quantidade e em qualidade”.

Percebe-se, do seguinte modo, o claro contraste entre as concepções clássica e moderna de propriedade. Ambas as visões consideram a propriedade privada essencial para o bem do homem, porém o arranjo preferido por cada uma das concepções para que tais benefícios da propriedade alcancem todos os homens é substancialmente diferente: enquanto a concepção clássica prevê a destinação comum dos bons frutos da

propriedade privada, a concepção moderna prevê a destinação privada de tais frutos e a limitação da propriedade de cada indivíduo a um montante máximo que não impeça o exercício do mesmo direito de propriedade por outros indivíduos.

1.3.2 A Propriedade na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e no Código Napoleônico

Atingindo-se o final do século XVIII, alcançamos o período da famosa Revolução Francesa – iniciada no ano de 1789 – a qual representou a vitória política das ideias modernas e iluministas sobre o Antigo Regime Francês, com consequências para todo o mundo ocidental. Nesta seara, tem-se que a vitória das forças revolucionárias na França levou a uma substituição da noção de propriedade típica do Antigo Regime por uma nova noção, a qual era construída a partir das mesmas correntes de pensamento que impulsionavam o próprio movimento revolucionário francês, como o Iluminismo e o jusracionalismo.

Analisando este novo paradigma de compreensão da propriedade privada e o papel desta na sociedade, os juristas brasileiros Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p.165) apontam que:

A ideologia liberal e individualista representa o triunfo da racionalidade humana e de sua vocação para a liberdade. Portanto, concede-se ao sujeito de direito a possibilidade de manifestar livremente a sua vontade, em um contexto econômico propício à circulação do capital. Nesta vertente, o contrato e a propriedade triunfam como os dois grandes pilares do direito privado. [...] Diferencia-se a propriedade privada dos privilégios – modo típico de propriedade do antigo regime. Enquanto os privilégios traduziam um estamento, dirigindo-se a um determinado grupo social por expressar uma sociedade de castas, naturalmente excludente, a propriedade em seu sentido moderno representava o homem livre, capaz de entrar em posse de si mesmo.

Tendo em consideração tal fundamentação ideológica para noção de propriedade privada corrente entre os revolucionários franceses, não é de espantar que a tratativa dada ao tema da propriedade privada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (documento produzido pela Assembleia Nacional em 26 de agosto de 1789, ou seja, no próprio contexto de deflagração da Revolução Francesa) tenha adquirido traços tão marcadamente individualistas. Em suas duas breves menções à propriedade, o

texto preocupa-se em definir a propriedade como direito natural, imprescritível e inviolável do homem, *in verbis*

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.º 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 (DECLARAÇÃO, 1789).

Cabem aqui duas notas acerca do texto da supracitada Declaração. A enumeração da propriedade como direito natural do homem (em conjunto com a liberdade, a segurança e a resistência à opressão) evidencia, considerando que a retórica dos revolucionários franceses caracterizava a própria Revolução Francesa como uma luta pela liberdade individual em face do Antigo Regime, que a visão moderna de propriedade considera tal instituto como mecanismo de salvaguarda do indivíduo e da liberdade deste em face da opressão operada pelo poder político. Em segundo lugar, menciona-se brevemente, no artigo dezessete, a possibilidade de flexibilização da inviolabilidade do direito de propriedade, apresentando-se como condições para tal flexibilização a existência de prévia indenização e de necessidade pública.

Em momento histórico pouco posterior ao da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, o Código Napoleônico (criado no ano de 1804) representou a inserção definitiva da noção moderna de propriedade no universo jurídico, em seguimento da consolidação política dos ideais da própria Revolução Francesa consubstanciados no regime de Napoleão Bonaparte.

Comentando sobre o direito de propriedade como disciplinado pelo Código Napoleônico, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p.166) apontam que

No Código napoleônico de 1804, a propriedade era considerada um fato econômico de utilização exclusiva da coisa. Na ideologia liberal, o bem comum seria alcançado pela soma dos bens individuais, na medida em que todos pudessem alcançar a sua felicidade. A liberdade de contratar seria o meio de alcançar tanto a justiça como a igualdade econômica por meio do acesso de todos à propriedade – antes monopolizada pela nobreza.

[...]

O Código francês voltou-se para a tutela da esfera patrimonial dos sujeitos. Mais do que o código de pessoas, torna-se o código das coisas. Assim, a propriedade seria o espaço da liberdade e privacidade da pessoa, proibindo-se intervenções do Poder Judiciário capazes de restringir as

faculdades de fruição e disposição pelo proprietário. A função do Estado mínimo consistia apenas em propiciar segurança e tranquilidade ao cidadão.

Dentre as maiores inovações apresentadas pelo Código Napoleônico quanto ao direito de propriedade, disciplinada extensamente nos Livros II e III do código em questão, estão as distinções entre a propriedade de bens móveis e imóveis, a definição de procedimentos para a repartição da propriedade em caso de sucessão, a regulamentação das formas de aquisição de propriedade e a disciplina das questões relativas ao papel das relações matrimoniais no direito de propriedade.

1.4 BREVE HISTÓRICO DA PROPRIEDADE PRIVADA NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme o até aqui discutido, fica evidente que mesmo antes que a propriedade fosse considerada como um instituto típico do universo jurídico, o tema da propriedade privada já vinha sendo discutido e analisado desde a Antiguidade pelos mais variados vieses (sociológico, econômico, político, filosófico, etc.). Uma possível causa para tal fenômeno consiste no fato de que (como já explorado no começo do capítulo) a propriedade está necessariamente vinculada ao exercício de domínio pelo ser humano sobre as coisas que o cercam, domínio este que vem sendo exercido desde o início da civilização humana e, portanto, desde antes do surgimento do próprio Direito.

Importa também mencionar que, diferentemente do Brasil, os países ocidentais do Velho Mundo já detinham uma sociedade relativamente complexa antes mesmo do surgimento do Estado e do Direito modernos. Esse fenômeno contribuiu para que, ainda com o advento da Era Moderna, a propriedade nestes mesmos países conservasse traços característicos de momentos históricos anteriores, notadamente do modelo feudal.

O Brasil, colonizado apenas a partir do século XVI, não dispunha de tais formas anteriores de propriedade que pudessem ser usadas como paradigma para quaisquer regulamentações jurídicas. Ainda, nos primeiros estágios do período colonial brasileiro, todo o território (potencialmente propriedade privada imobiliária), estava em mãos da Coroa Portuguesa. Conforme bem destacam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p.167),

Laura Beck Varela realizou pesquisa de fôlego acerca da evolução da propriedade em nossa nação, começando pela fundação do domínio

eminente da Coroa Portuguesa, com a gradual apropriação deste patrimônio pelos particulares por três vias: usucapião, cartas de sesmarias e posses sobre as terras devolutas, com evidente monopolização de terras por senhores de escravos, formando aquilo que até hoje conhecemos como “latifúndio”.

Tendo a independência do Brasil sido alcançada no ano de 1822, já no ano de 1824 foi adotada a primeira Constituição brasileira, outorgada pelo imperador D. Pedro I. Inserida no contexto histórico do liberalismo político e fortemente influenciada pelas ideias constitucionalistas propagadas pela Revolução Francesa e pela Revolução Americana, a *Constituição do Império do Brasil* colocou a propriedade como um dos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, nos seguintes termos:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnização.

[...]

XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas producções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarização (BRASIL, 1824).

Como se percebe, a Constituição de 1824 adota a tendência impulsionada pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão no que diz respeito à propriedade: o direito de propriedade seria plenamente garantido e poderia ser flexibilizado pelo Estado apenas em caso de necessidade pública definida em lei, caso em que o proprietário seria devidamente indenizado. Em linhas gerais, a tratativa dada à propriedade pela Constituição de 1824 se manteve inalterada nas posteriores constituições brasileiras até a década de 60, quando a Constituição brasileira de 1967 enumerou a propriedade, juntamente com a função social, como um dos princípios da ordem econômica.

Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(...)

III - função social da propriedade; (BRASIL, 1967).

Em relação às normas de direito privado, apenas na segunda década do século XX é que entrou em vigor a primeira codificação do Direito Civil brasileiro, conhecido como o Código Civil de 1916. Sendo resultado do projeto do jurista cearense Clóvis Beviláqua (o qual, por sua vez, aproveitou o trabalho anterior do jurista Teixeira de Freitas), o Código Civil de 1916 serviu para regulamentar definitivamente o instituto da propriedade no Direito brasileiro, ainda que a menção à propriedade como direito como direito já tivesse figurado nos textos da Constituição de 1824 e da Constituição de 1891.

O referido Código Civil, no *caput* de seu artigo 524, determinava que “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua” (BRASIL, 1916). Conforme Farias e Rosenvald (2010, p.167),

O Código Civil de 1916, filho tardio do liberalismo – fruto de uma concepção oitocentista – conferiu prevalência às situações patrimoniais, que espelharam resquícios de um sistema liberal, cujos protagonistas eram o proprietário, o contratante e o marido. Por intermédio do absolutismo da propriedade e da liberdade de contratar, seria permitido o acúmulo de riquezas e a estabilidade do cenário econômico, preservando-se ainda a tranquila passagem do patrimônio do pai aos filhos legítimos, no contexto de uma família essencialmente patrimonializada.

Já o atual Código Civil brasileiro, datado de 2002, no *caput* de seu artigo 1228, determina que “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (BRASIL, 2002). É notável a semelhança existente entre os dois textos legais supracitados, considerando que há entre ambos um lapso temporal de oitenta e seis anos. Percebe-se rapidamente que ambos os códigos civis apresentaram uma “definição” do direito de propriedade não através da conceituação do que seria a propriedade em si, mas através da enumeração dos direitos ou faculdades de que dispõe o proprietário. Tal fato não passou despercebido pela doutrina jurídica brasileira.

Farias e Rosenvald (2010, p.167) comentam que

No sentido de que o Código Civil de 2002 [...] ter mais uma vez omitido o conceito de propriedade, pois ao enumerar as faculdades essenciais que integram o domínio – uso, fruição e disposição da coisa – a lei guiou-se menos por um viés científico do que por um singelo critério descritivo da propriedade, através de seus poderes.

Pode-se dizer que não é possível encontrar na doutrina jurídica brasileira uma definição ampla de propriedade que não se limite, grosso modo, ao aspecto técnico de

definir a propriedade através da enumeração das faculdades inerentes à propriedade como direito subjetivo. Quanto a esta problemática, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 193) reafirma que a forma como o instituto da propriedade insere-se em determinado ordenamento jurídico é necessariamente influenciada pelos regimes políticos sobre os quais esses mesmos ordenamentos são erguidos, motivo pelo qual não há um conceito jurídico único de propriedade. Assim, o conceito jurídico de propriedade seria sempre dinâmico, ainda que não de todo aberto.

Sendo assim, numa definição construída exclusivamente com base na forma como o instituto da propriedade é disciplinado no Código Civil Brasileiro, o próprio Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 194) afirma que

Considerando-se apenas os seus elementos essenciais, [...] pode-se definir o direito de propriedade como o poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, em sua plenitude e dentro dos limites estabelecidos na lei, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha.

Deve-se mencionar que a doutrina jurídica brasileira aponta os elementos essenciais do direito de propriedade acima enumerados como correspondentes aos atributos que o mesmo direito de propriedade assumia no Direito Romano. Nesta toada, os direitos do proprietário de usar, gozar, dispor de seus bens e reavê-los correspondem, respectivamente, ao *jus utendi*, *jus fruendi*, *jus abutendi* e à *rei vindicatio* (GONÇALVES, 2017, p. 194).

Por último, cabe brevemente comentar apresentar teorias elencadas pelo mesmo Carlos Roberto Gonçalves acerca do fundamento jurídico da propriedade, ou seja, acerca da origem e da legitimidade do direito de propriedade. Conforme o jurista em questão, quatro teorias se destacam entre as já formuladas com tal escopo. São elas: a teoria da ocupação, a teoria da especificação, a teoria da lei e, por último, a teoria da natureza humana.

Conforme a *teoria da ocupação*, a mais antiga dentre as quatro e existente já desde o direito romano, o direito de propriedade fundamenta-se na ocupação das coisas, as quais se encontrariam em situação de não pertencer a ninguém (*res nullius*). Todavia tal teoria sofre críticas pelo fato de que a ocupação hoje figura como uma entre diversas outras formas de aquisição de propriedade, bem como pelo fato de que há coisas que não se pode ocupar no intuito de constituir propriedade (cita-se, como exemplo, a propriedade sobre bens imateriais) (GONÇALVES, 2017, p. 208).

A *teoria da especificação*, a qual teve forte influência sobre as ideias socialistas, considera o trabalho humano como justificção da propriedade, na medida em que este transformaria a matéria bruta obtida na natureza. As críticas direcionadas a tal teoria baseiam-se principalmente no fato de que, se o trabalho humano for considerado o fundamento da propriedade, as relações modernas trabalho entre empregadores e empregados levariam a um constante fluxo de transmissão de propriedade no qual a coisa passaria a ter um novo proprietário na medida em que um novo indivíduo exercesse trabalho sobre ele. Tal arranjo, além de desconsiderar a possibilidade de detenção de propriedade por aqueles que não podem exercer trabalho, levaria, em último grau, à negação do próprio direito de propriedade (GONÇALVES, 2017, p. 208).

De acordo com a terceira teoria, a *teoria da lei*, sustentada por autores como Montesquieu e Jeremy Bentham, considera a propriedade como uma instituição fruto do direito positivo, ou seja, a propriedade teria seu fundamento na própria lei (ou, em último caso, na vontade do legislador). No entanto, tal teoria contrapõe-se ao fato de que a propriedade surgiu antes mesmo de que houvesse garantia legal de sua existência (GONÇALVES, 2017, p. 209-209).

Por último, enumera-se a chamada *teoria da natureza humana*, a qual decorre evidentemente do jusnaturalismo. De acordo com tal teoria, “a propriedade é inerente à natureza humana, sendo uma dádiva de Deus aos homens, para que possam prover às suas necessidades e às da família. A propriedade individual, dizem, é condição da existência e da liberdade de todo o homem” (GONÇALVES, 2017, p.209). Considerando tal teoria, ressalta-se a continuidade da existência de formas de propriedade desde as experiências civilizacionais mais antigas e primitivas na história humana, ainda que em tempos pré-históricos os titulares da propriedade fossem uma coletividade e não um determinado indivíduo. Além disso, conforme ressalta Sílvia Rodrigues (2007, p. 81-82),

à medida que a sociedade evolui, a propriedade privada vai se caracterizando, sendo mesmo possível afirmar que esta é a condição do progresso daquela. Ademais, nos países que tentaram a experiência socialista, a abolição absoluta da propriedade privada foi impossível, e sua marcha, no sentido de restabelecê-la, ao menos parcialmente, é incontestável.

2 A TUTELA DA PROPRIEDADE PRIVADA NO ESTADO DE DIREITO

Buscou-se, no capítulo anterior, construir um panorama abrangente do instituto da propriedade privada, desde sua conceituação geral, passando por suas concepções históricas (clássica e moderna), culminando na análise da propriedade privada no direito brasileiro. É necessário fazer a ressalva de que o termo “evolução” foi deliberadamente evitado enquanto se expunha a sucessão das diversas concepções acerca da propriedade privada exploradas anteriormente.

Isto porque caracterizar o processo de sobreposição das concepções mais antigas de propriedade pelas concepções mais modernas acerca do mesmo tema como um processo de evolução significaria, pela própria semântica do termo “evolução”, que tais concepções mais recentes estariam sendo consideradas como uma melhoria em relação às primeiras. Por outro lado, tampouco se busca afirmar o contrário, ou seja, que as concepções modernas de propriedade representaram uma involução em relação às concepções clássicas.

A realização de tais juízos de valor simplesmente não está entre os objetivos do presente trabalho. Conforme anteriormente mencionado, pretende-se aqui apresentar uma concepção ampla do que vem a ser a propriedade privada e (conforme será discutido especificamente no presente capítulo) explorar o modo como os conceitos jurídicos de propriedade privada e Estado de Direito eventualmente se relacionam entre si, analisando-se especialmente se a adoção do modelo de Estado de Direito traz consigo necessariamente uma tratativa específica (ainda que mínima) sobre o tema da propriedade.

Para tanto, seguindo-se o método aplicado no capítulo anterior, o ponto de partida natural para tal discussão é a conceituação daquilo que denominamos de Estado de Direito.

2.1 O ESTADO DE DIREITO PARA A COMISSÃO DE VENEZA

A expressão “Estado de Direito” é uma das mais recorrentes nos vocabulários político e jurídico no mundo contemporâneo. Evidência disso é que parte considerável dos países do mundo ocidental possuem ordenamentos jurídicos construídos sobre aquilo que se denomina Estado de Direito.

No caso do Brasil, o preâmbulo da atual Constituição não apresenta em seu teor o termo “Estado de Direito”, mas sim a expressão de “Estado Democrático”, em alusão ao que a doutrina jurídica denomina de “Estado Democrático de Direito”, o que por sua vez representaria uma vertente do Estado de Direito voltada especialmente para os mecanismos de democracia e participação popular.

Voltando-se para o continente europeu, a Comissão Europeia para a Democracia através do Direito (também chamada de Comissão de Veneza), a qual é um órgão consultivo do Conselho da Europa, elaborou no ano de 2011 um documento – o Estudo nº 512/2009 - denominado (em tradução livre) *Reporte sobre o Estado de Direito*, em que a mencionada Comissão busca uma definição uniforme para o que se denomina Estado de Direito. O reporte tem início já com a afirmação taxativa de que “O conceito de Estado de Direito, junto com a democracia e os direitos humanos, compõem os três pilares do Conselho da Europa e encontra fundamento no preâmbulo da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos”. (COMISSÃO, 2011, p.3, tradução nossa).

Importa destacar que a definição de Estado de Direito apresenta-se hoje um tanto mais complexa do que os princípios clássicos de *Rechtsstaat* (originado na doutrina alemã do século XIX) e de *Etat de droit* (este advindo da doutrina francesa do início do século XX). Quanto a estes conceitos, o reporte da Comissão de Veneza (2011, p.5) observa que

O conceito de *Rechtsstaat* se foca, por definição, primordialmente na natureza do Estado. Enquanto o Estado de Direito surgiu dos tribunais, o *Rechtsstaat* surgiu das constituições escritas. O teórico mais importante desta noção foi Robert von Mohl (1831). O *Rechtsstaat* foi concebido em oposição ao Estado absolutista, que conferia poderes ilimitados ao poder executivo. A proteção contra o absolutismo teria que ser garantida pelo legislativo, e não unicamente pelos tribunais (tradução nossa).

E, quanto ao *Etat de droit*:

A noção de *Etat de droit* (que sucedeu o conceito positivista de *Etat legal*) põe menos ênfase na natureza do Estado, ao qual considera como garantidor dos direitos fundamentais consagrados na Constituição em face do legislador. Como foi desenvolvido em princípios do século XX por Carré de Malberg, o *Etat de droit* conota uma revisão (judicial) constitucional da legislação ordinária (COMISSÃO, 2011, p.5, tradução nossa).

Ainda que os pressupostos centrais do *Rechtsstaat* e do *Etat de droit* (a limitação do poder executivo através de leis e o controle jurisdicional da atividade legislativa, respectivamente) possam integrar o conteúdo da definição de Estado de Direito, nenhum dos dois princípios citados correspondem ao significado de Estado de Direito em si.

De forma mais definida, a Comissão de Veneza, ainda no reporte mencionado, suscita a definição de Estado de Direito apresentada por Kofi Annan, Ex-secretário Geral das Nações Unidas. *In verbis*, o reporte afirma que

Uma definição ampla de Estado de Direito foi oferecida pelo Ex-secretário Geral das Nações Unidas Kofi Anan. Em seu informe de 2004, estabeleceu que: “O ‘Estado de Direito’ [...] se refere a um principio de governabilidade segundo o qual todas as pessoas, as instituições e entidades, públicas e privadas, incluindo o próprio Estado, são responsáveis ante as leis promulgadas publicamente, aplicadas com igualdade e adjudicadas independentemente, e que cumprem com as normas e padrões de direitos humanos. Requer também medidas para assegurar o apego aos princípios de supremacia da lei, igualdade perante a lei, prestação de contas perante a lei, imparcialidade na aplicação da lei, separação de poderes na tomada de decisões, segurança jurídica, eliminação da arbitrariedade e transparência legal e processual” (COMISSÃO, 2011, p. 8, tradução nossa).

Tal definição de Estado de Direito é central na discussão realizada no presente trabalho. A noção de Estado de Direito, não como um modelo acabado de Estado ou como um simples conjunto de medidas políticas, mas sim como um “princípio de governabilidade” que traz consigo a necessidade de obtenção de padrões mínimos na concretização dos diversos princípios jurídicos mencionados, os quais representam conhecidas garantias fundamentais, enuncia que o Estado de Direito representa um “esqueleto” do ordenamento político e jurídico a ser construído por qualquer sociedade democrática (considerando-se aqui o sentido contemporâneo e ocidental de democracia). Deste modo, ainda que a discussão acerca do Estado de Direito gere consequências em relação a atores políticos internacionais, a própria Comissão de Veneza (2011, p. 5 e 6) reconhece que “o Estado de Direito se ocupa do exercício do poder e da relação entre o indivíduo e o Estado” (tradução nossa).

É exatamente neste aspecto do Estado de Direito como uma forma específica de ordenamento da relação entre indivíduo e Estado que os temas de Estado de Direito e propriedade privada mais se aproximam entre si. A definição supracitada de Estado de Direito apresentada por Kofi Annan destacou a importância da garantia dos direitos humanos fundamentais para o instituto em questão, direitos que (por definição)

são irrevogáveis e tem como titulares todos os seres humanos em decorrência de sua natureza.

A partir daqui, levando-se em consideração o que foi discutido no capítulo anterior acerca da propriedade privada, discutir-se-á a tese de que o direito de propriedade é, além de um direito humano propriamente dito, um fator essencial para que os indivíduos dentro de determinada sociedade possam gozar plenamente de seus direitos humanos de modo geral. Além disso, será explorado o eventual efeito da garantia do direito de propriedade na continuidade do Estado de Direito, ou seja, se proteção do instituto da propriedade privada desempenha algum papel na consolidação dos regimes políticos construídos nos moldes do Estado de Direito.

2.2 A PROPRIEDADE PRIVADA COMO DIREITO HUMANO

Já foi, até aqui, demonstrado que a garantia dos direitos humanos fundamentais é elemento essencial do que chamamos de Estado de Direito. Além disso, no capítulo anterior, foi demonstrado como a propriedade privada representa mecanismo pelo qual o proprietário pode melhor exercer sua autonomia individual e atender suas necessidades materiais. Demonstrou-se, também, como a propriedade privada - especialmente a partir dos séculos XVII e XVIII - passou a ser entendida como ferramenta de limitação do poder estatal e salvaguarda de liberdades individuais.

No entanto, é ainda possível e necessária uma análise mais específica acerca do motivo pelo qual o direito de propriedade seria considerado como um direito humano e quais as implicações de considera-lo como tal.

Pode-se facilmente, como ponto de partida para tal discussão, mencionar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1948, considera, em seu Artigo 17º, o direito de propriedade como fundamental e universal, nos seguintes termos:

Artigo 17º

1. Toda a pessoa, individual ou coletiva, tem direito à propriedade.
2. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade (DECLARAÇÃO, 1948).

Mas a questão subsiste: por que o direito de propriedade é considerado direito humano? A aparente contradição reside no fato de que os direitos humanos são

geralmente associados à garantia do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana daqueles que se encontram em severa ou significativa vulnerabilidade econômica e social. Por outro lado, o direito de propriedade é geralmente associado à ideia de exclusão (na medida em que o proprietário, em regra, detém a prerrogativa de exclusividade no uso de sua propriedade), além de que os indivíduos ou grupos que têm seus direitos humanos violados não são, em regra, proprietários.

A problemática é enfrentada pelo filósofo político Francis Cheneval, no artigo *Property Rights as Human Rights*. O autor, de forma análoga aos apontamentos de Hilaire Belloc acerca da propriedade (apresentados no princípio do primeiro capítulo), relaciona o direito de propriedade com a autonomia pessoal e a satisfação das necessidades materiais inerentes à vida humana, na medida em que

O direito de propriedade é entendido como uma consequência direta da necessidade e habilidade humanas para prover seu próprio sustento e entretenimento através de múltiplas atividades. O próprio corpo é a primeira propriedade da pessoa humana. O respeito pela propriedade individual está, portanto, relacionada ao respeito pela integridade do corpo e da pessoa humana como um ser livre e ativo. Cada pessoa humana deve ser considerada proprietária de seu próprio corpo, de seu esforço e de seus projetos. A negação da propriedade privada como direito humano abre a possibilidade para a escravidão e graves formas de exploração (CHENEVAL, 2006, p.11, tradução nossa).

A partir desta premissa, Cheneval afirma que a argumentação em prol da consideração do direito de propriedade como direito humano se baseia em duas espécies principais de argumentos: (1) o argumento segundo o qual o direito de propriedade seria adquirido através de ação, compra, ou transmissão a título de doação ou de herança e, portanto, seria um corolário da justiça distributiva; e (2) o argumento, já mencionado, de que o direito de propriedade assegura a autonomia do proprietário, fortalecendo o senso de responsabilidade e dignidade daqueles que exercem tal direito (CHENEVAL, 2006, p. 12-13).

Acerca da primeira linha argumentativa, o autor em questão assevera que, considerando-se o direito de propriedade uma consequência do trabalho e da atividade humana sobre determinado objeto, surgem a garantia formal de que o proprietário gozará pacificamente dos frutos de seu trabalho e a garantia de que ninguém possa ser privado da posição de proprietário (e das prerrogativas anexas a tal posição) com base em critérios identitários. *In verbis*,

Dentro desta estrutura, considerar o direito de propriedade como direito humano, portanto, significa a garantia de que nenhum ser humano será excluído do grupo de potenciais proprietários por razões de gênero, raça, status social, etc. Ninguém haverá de ser impedido em seus esforços de adquirir propriedade na forma devida. O direito de propriedade, na verdade, não garante que alguém se torne proprietário, nem paga suas contas. Porém, ele cria a oportunidade e uma tendência inclusiva em comparação com as inúmeras razões formais e barreiras sociais de exclusão da propriedade em diversas sociedades e através de limitações estatais (CHENEVAL, 2006, p.13, tradução nossa).

Quanto à segunda linha argumentativa, o autor destaca a generalidade do direito de propriedade – ainda que nem todos seja proprietários, todos tem o direito de tornarem-se proprietários na medida em que adquirirem propriedade na forma devida – e o papel de tal direito na concretização da dignidade humana. *In verbis*,

O direito de propriedade é, portanto, um direito geral relacionado ao valor moral da pessoa humana e concluímos que tantas pessoas quanto possível, idealmente todos, deveriam possuir propriedade. Já que o próprio corpo é propriedade e suas atividades levam a direitos legítimos, dificilmente alguém ficará sem propriedade dentro das sociedades que oferecem condições justas e garantias legais à aquisição de propriedade (CHENEVAL, 2006, p.13, tradução nossa).

Tais considerações são valiosas para superar a aparente contradição mencionada, entre o direito de propriedade e os direitos humanos. Isto porque, ainda que o direito de propriedade confira ao proprietário a possibilidade de gozar com exclusividade dos bens materiais e imateriais que compõem sua propriedade, tal arranjo possibilita maior segurança jurídica e econômica a proprietários e não proprietários, visto que garante aos primeiros o amparo legal ao gozo de seus bens e dos frutos destes e garante à sociedade – a todos os seus integrantes – os benefícios de uma maior estabilidade nas relações sociais e econômicas.

Ainda, o próprio autor comenta a possibilidade de um arranjo tal em que todos os integrantes de determinada sociedade alcancem a posição de proprietários legalmente reconhecidos. Tal situação pode parecer distante da realidade até mesmo nas sociedades em que a aquisição e o exercício da propriedade privada são efetivamente garantidos pelo poder estatal. No entanto, infelizmente, é também distante a plena concretização dos direitos já correntemente considerados como direitos humanos.

2.3 O DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE NA DOUTRINA BRASILEIRA

Na mesma seara até aqui explorada, a doutrina jurídica brasileira fez questão de ressaltar o papel central do direito de propriedade dentre os direitos patrimoniais, exatamente porque tal direito reconhecidamente ligado a consequências que vão além da própria esfera puramente patrimonial.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, já mencionados, destacam a singular importância do direito de propriedade como fundamental para a garantia de liberdade e para o acesso ao mínimo existencial (2010, p. 178 e 182).

Quanto ao primeiro – a liberdade – aduzem os juristas (Farias e Rosenvald, 2010, p. 180) que

A propriedade será direito fundamental em todas as circunstâncias que instrumentalize liberdade. O art. 170, II, da Constituição Federal insere a propriedade privada como princípio da ordem econômica. A propriedade que representa a economia de mercado e a livre iniciativa será resguardada pelo sistema, como demonstração de apreço do Estado de Direito pela proteção dos contratos e segurança jurídica. [...] Qualquer intromissão não razoável no direito de propriedade representará uma violação à esfera de liberdade e privacidade.

Não se trata, porém, de dizer que considerar o direito de propriedade como fundamental ou inclui-lo como tal no texto da Constituição basta para que os alegados efeitos da garantia do direito de propriedade para a liberdade individual façam-se sentir. Ao contrário, os efeitos da garantia do direito de propriedade sentem-se quando as garantias a tal direito sejam institucionalizadas de modo inequívoco e estável, de modo que ainda torne a aquisição e a regularização de propriedade procedimentos acessíveis.

Sobre a disseminação da propriedade, possibilitada pela acessibilidade na sua aquisição e regularização, os mesmos FARIAS e ROSENVALD (2010, p. 180) aduzem que

De fato, as nações que prezam a propriedade apresentam crescimento econômico e índices positivos de inclusão social. [...] O mesmo não se diga de países cujos marcos institucionais são duvidosos, sobretudo quando o Estado traz para si a função de distribuir renda. Em substituição ao *slogan* de abolição da propriedade, há de se difundir a propriedade, pois isto implica em difundir a liberdade.

É bem verdade que o tema do direito de propriedade, como o próprio Estado de Direito, sempre esteve sujeito a análises e narrativas ideológicas – pouco comprometidas com a realidade dos fatos – e qualquer um que comente sobre o tema se

depara com a necessidade de depurar, entre suas fontes e opiniões pessoais, o que é análise objetiva e o que é doutrina política. Sendo o instituto da propriedade privada costumeiramente atacado por ideais políticos totalitários – à esquerda e à direita do espectro político, ressaltam FARIAS e ROSENVALD (2010, p. 181) que “eliminar a diversidade e a tolerância é anular o individual pelo coletivo. Fragilizar a propriedade em nome de um viés igualitário é a primeira forma de eliminar as demais liberdades: política, civil e de pensamento”.

Além do papel do direito de propriedade como garantia das liberdades civis e políticas, os mesmos autores recém-citados discorrem acerca do direito de propriedade como mecanismo de acesso ao mínimo existencial. Tal tópico é de especial importância na medida em que tem grande valor para desfazer um mal-entendido frequente no tema do direito de propriedade: é um equívoco fácil de cometer aquele no qual os argumentos em prol de uma garantia firme ao direito de propriedade fundamentados nos benefícios econômicos de tal arranjo são entendidos como evidência de que o discurso em defesa da propriedade privada se baseia numa cosmovisão em que o ser humano – com suas necessidades materiais e imateriais – é posposto aos interesses patrimoniais.

No entanto, ainda que a pessoa humana seja, ou deva ser, a finalidade de qualquer arranjo jurídico, deve-se recordar que a dimensão patrimonial é inerente à vida humana. Com efeito, qualquer arranjo que forneça à população mecanismos de bem-estar patrimonial não deixa, necessariamente, de ser um arranjo centrado na pessoa humana. Em verdade, pode-se dizer que o acesso a mecanismos de estabilidade e segurança patrimoniais é condição *sine qua non* para que determinado arranjo institucional possa ser considerado como um arranjo voltado ao bem-estar humano.

Nesta seara, a doutrina civilista reforça a posição de que o direito de propriedade representa direito humano fundamental, na medida em que o acesso à propriedade privada configura fator especialmente relevante para o acesso - daqueles efetivamente reconhecidos como proprietários - ao chamado mínimo existencial. Quanto ao “mínimo existencial”, destaca-se que tal expressão não se refere apenas aos meios aptos a garantir o atendimento às necessidades materiais básicas do ser humano. Ao contrário,

o mínimo existencial é algo quantitativa e qualitativamente superior ao mínimo vital. Este se identifica com a postura estatal ativa de manutenção do mínimo fisiológico e orgânico do ser humano. [...] Destarte, o mínimo existencial atende ao mínimo sociocultural de uma vida saudável com possibilidade de realização de escolhas que atendam ao pleno

desenvolvimento da personalidade. O ingresso à saúde básica, o ensino fundamental, assistência social, moradia, cultura e lazer são meios tendentes à promoção da igualdade material. Estes bens jurídicos formam o elemento nevrálgico dos direitos fundamentais sociais, sendo interditada qualquer forma de intervenção restritiva por parte do Estado ou de particulares (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p.183).

Acerca dos direitos fundamentais sociais mencionados acima, os quais se encontram elencados no art. 6º da Constituição Federal, vale destacar o direito fundamental à moradia, acrescido ao caput do referido artigo por pela Emenda constitucional nº 26, no ano 2000. Ainda que o direito fundamental de propriedade e o direito fundamental à moradia sejam institutos jurídicos distintos, é fácil perceber a íntima correlação entre ambos, tendo em vista que o paradigma mais comum para a compreensão do direito de propriedade é a propriedade territorial imóvel utilizada para fins de moradia. Ainda, como ressaltam os mesmos Farias e Rosenvald (2010, p. 184 e 185), a dimensão positiva do direito à moradia consiste numa política pública voltada a tornar cidadãos desprovidos de moradia em proprietários de seus próprios imóveis, enquanto a dimensão negativa do mesmo direito consiste na vedação a condutas que possam ameaçar ou lesionar o bem jurídico em questão.

Sendo assim, a garantia ao direito fundamental de propriedade – especialmente quando tal propriedade se destina a moradia – por si só já cumpre singular papel na garantia ao mínimo existencial. Porém, não é só. O direito de propriedade não concorre para a garantia do mínimo existencial à população em geral apenas na medida em que se relaciona com a concretização do direito fundamental à moradia. Isto porque a condição de proprietário – seja a propriedade móvel ou imóvel, destinada ou não à moradia – garante ao seu detentor a possibilidade de atuar como agente econômico com um grau de independência inviável àqueles não proprietários. Tal fenômeno se deve ao fato de que os bens, a partir do momento em que a propriedade sobre eles é formalmente reconhecida, tornam-se ativos econômicos passíveis de serem negociados no mercado formal, cujas relações são revestidas de segurança jurídica inexistente nas relações econômicas informais.

A tese de que a extensão da condição de proprietário para o maior número de pessoas possível dentro de determinada sociedade através da ampla formalização das relações de propriedade já existentes implica em benefícios socioeconômicos para a população geral é apresentada e defendida principalmente pelo conhecido autor peruano Hernando de Soto, na obra *O Mistério do Capital*. Comenta o mencionado autor que

a maioria das pessoas não pode participar de um mercado ampliado porque não tem acesso a um sistema legal de direitos de propriedade que represente seus ativos de modo a torna-los amplamente transferíveis e infungíveis, que permita que sejam usados como garantia em hipotecas e que torne seus donos responsáveis (SOTO, 2001, p.245, *apud* FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 184).

Complementando o posicionamento acima apresentado, Farias e Rosensvald (2010, p. 184 e 185) comentam que, na garantia da propriedade como direito fundamental dentro do Estado de Direito brasileiro,

a ideia central é proteger o direito individual de propriedade e propiciar o direito social fundamental à propriedade, conciliando a defesa da liberdade daquele que é proprietário com a promoção do princípio de igualdade substancial pela via de sua democratização em prol dos não proprietários. O desempenho econômico de uma nação é intrinsecamente afetado pelo binômio: garantia das regras do jogo e qualidade dos jogadores. As regras do jogo representam as instituições, ou seja, os valores aceitos conceitualmente pela sociedade. Já a qualidade dos jogadores corresponde à capacidade de cada pessoa desempenhar a competição no mercado. Em sociedades heterogêneas e premidas por graves dificuldades sociais, a segurança, jurídica se revela quando o Estado adota a opção de elaborar regras estáveis de proteção à propriedade já existente e eliminação do *apartheid* de titularidades, demolindo privilégios e providenciando oportunidades igualitárias de ingresso no mundo globalizado.

Tendo-se discorrido suficientemente até aqui sobre importância do instituto da propriedade privada dentro do modelo de Estado de Direito, é possível já concluir que a garantia e efetivação do direito de propriedade é imprescindível ao Estado de Direito. Isto porque a firme garantia e efetivação do direito de propriedade concorrem para a consecução de duas finalidades caríssimas ao Estado de Direito: a liberdade e o bem-estar patrimonial de determinada sociedade, na medida em que a condição de proprietário implica em um grau significativo de independência material (tanto em relação ao Estado quanto em relação a outros agentes econômicos).

No entanto, tal conclusão não basta. Faz-se ainda necessário investigar como a garantia ao direito de propriedade se integra aos demais valores basilares do Estado de Direito, se existe um nível mínimo desta garantia a ser alcançado, e como a efetivação de tal garantia se dá na prática. Para tal tarefa, o reporte da Comissão de Veneza mencionado no início do presente capítulo nos será novamente útil, desta vez para identificar os critérios técnicos de efetivação do modelo de Estado de Direito e não a simples conceituação deste.

2.4 PADRÕES MÍNIMOS DE ESTADO DE DIREITO: DE VOLTA À COMISSÃO DE VENEZA

Até aqui, no presente capítulo, valeu-se da definição ampla de Estado de Direito anteriormente apresentada, a qual considera o Estado de Direito como um “princípio de governabilidade” que visa à efetivação de valores políticos como a democracia, a supremacia da lei, a igualdade, os direitos humanos e a separação de poderes, entre outros. Tal definição é útil na medida em que evidencia quais são os princípios básicos caros ao modelo de Estado de Direito, bem como quais são as origens teóricas de tal instituto.

No entanto, quando se passa à etapa de identificar, no campo prático, se o arranjo institucional de determinado Estado se enquadra no modelo de Estado de Direito, a definição utilizada até o momento no presente trabalho perde sua utilidade. Isto se diz porque, considerando o caráter conhecidamente genérico dos princípios elencados (e a possibilidade de que cada um deles se concretize de formas muito diferentes entre si), se faz necessária a sistematização dos elementos básicos do Estado de Direito para que se possa aferir se determinado ordenamento institucional consiste – ou não – em Estado de Direito.

Para isto, o próprio reporte produzido pela Comissão de Veneza e já anteriormente comentado (o Estudo nº 512/2009), após discutir a definição de Estado de Direito (e da influência neste de conceitos clássicos como *rule of law* e *Rechtsstaat*), trata de sistematizar o que o próprio documento denomina de “elementos necessários do Estado de Direito”, o que resulta numa espécie de lista de critérios para verificação da adequação entre determinado Estado e o modelo de Estado de Direito.

Tais elementos, esquematizados pela Comissão de Veneza principalmente a partir da análise jurisprudencial da Comissão Europeia de Direitos Humanos (CEDH) acerca da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, são os seguintes:

1. Legalidade, incluindo um processo transparente, com responsabilidade, e democrático de promulgação da lei;
2. Segurança jurídica;
3. Proibição da arbitrariedade;
4. Acesso à justiça ante tribunais independentes e imparciais, incluindo o controle judicial dos atos administrativos;
5. Respeito aos direitos humanos;
6. Não discriminação e igualdade perante a lei (COMISSÃO, 2011, p. 13, tradução nossa).

Evidentemente, cada um dos seis elementos apresentados possui uma miríade de elementos internos, visto que – por exemplo – a legalidade consiste em muito mais do que a simples existência de leis e o acesso à justiça não se resume na existência de um poder judiciário funcionalmente separado dos outros poderes. Porém, a partir destes seis vetores fundamentais, foi possível a criação de uma longa série de questionamentos a serem utilizados como *checklist* para a avaliação de quão próximo do modelo de Estado de Direito cada Estado se encontra.

Ainda que uma análise pormenorizada de todo o questionário (o mesmo se encontra anexo ao Estudo nº 512/2009 da Comissão de Veneza) ou de cada um dos seis elementos básicos acima enumerados fuja da proposta do presente trabalho, é possível destacar que a tutela do direito de propriedade dentro do Estado de Direito está especialmente ligada, dentre tais elementos, ao respeito aos direitos humanos e – já renunciando o que será abordado no capítulo seguinte – ao acesso à justiça.

Sobre a convergência entre o respeito aos direitos humanos no Estado de Direito e a tutela do direito de propriedade, já se discorreu suficientemente. Considerando a anteriormente mencionada inclusão do direito de propriedade na Declaração Universal dos Direitos Humanos, simplesmente não há espaço para outra conclusão senão o reconhecimento de que a adoção do Estado de Direito requer necessariamente uma garantia firme dos direitos de propriedade.

Quanto à segurança jurídica e ao acesso à justiça, tais vetores - em relação à tutela do direito de propriedade – tomam contornos dignos de análise mais profunda especialmente porque dizem respeito mais à tutela jurisdicional do direito de propriedade do que à tutela legal (e/ou constitucional) do mesmo direito.

Reiterando o que foi aduzido anteriormente no presente trabalho, reconhece-se que a firme garantia do direito de propriedade não implica na impossibilidade de eventuais restrições ou limitações ao exercício das faculdades inerentes à condição de proprietário. Ao contrário, a própria realidade contemporânea demonstra que, até mesmo nas sociedades onde a tutela ao direito de propriedade é mais firme, o exercício de tal direito encontra limitações e é cotejado com outros fatores políticos e socioeconômicos. Nesta toada, aduzem Cardoso e Benatti (2017, p.686) que

os limites impostos pelo interesse público ou pela função social devem ser pontuais e restritos. Além disso, a expropriação da propriedade deve estar justificada pelo ordenamento jurídico de cada um dos países, que deve ainda garantir uma indenização compensatória e razoável ao proprietário, bem como a proporcionalidade da medida.

A partir daí, é natural inferir que o mecanismo institucional para garantir que a imposição dos limites ao exercício do direito de propriedade não extrapole seus próprios limites deve operar em duas frentes: uma tutela normativa (constitucional e/ou legislativa) e uma tutela jurisdicional. Ambas são mutualmente complementares, visto que a primeira fornece os padrões de legalidade tanto para o exercício do direito de propriedade quanto para a limitação deste, enquanto a tutela jurisdicional funciona – através de um mecanismo externo de controle da atividade administrativa do Estado – para garantir que tais parâmetros legais sejam devidamente cumpridos.

Acerca da mencionada tutela normativa ao direito de propriedade, considera a Comissão de Veneza (2011, p.14) que

Neste contexto, uma lei que confira discricionariedade a uma autoridade do Estado, deve indicar o alcance da mesma. Seria contrário ao estado de direito que a discricionariedade legal conferida ao poder executivo se expresse em termos de um poder sem restrições. Consequentemente, a lei deve indicar o alcance de qualquer poder discricionário e a maneira em que deva ser levado a cabo o seu exercício com suficiente clareza, para dar proteção individual adequada contra a arbitrariedade (tradução nossa).

Por outro lado, quanto à tutela jurisdicional ao mesmo direito, aduz a mesma Comissão que

Adicionalmente, a segurança jurídica exige respeito ao princípio da *res judicata* (coisa julgada). As resoluções finais dos tribunais internos não devem ser questionadas. Também requer que as resoluções finais dos tribunais sejam executadas. [...] A segurança jurídica – e a supremacia da lei – implicam que a lei seja aplicada na prática. [...] Isto significa que deve haver uma avaliação legislativa *ex ante* e *ex post* ao abordar a questão do Estado de Direito (COMISSÃO, 2011, p. 14 e 15, tradução nossa).

É importante reiterar que a tão mencionada Comissão de Veneza consiste em um órgão consultivo do Conselho da Europa – o qual, frise-se, não se confunde com a União Europeia ou com qualquer um dos órgãos desta. Por sua vez, o Conselho da Europa contém em sua estrutura a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), por vezes denominada de Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Tal corte exerce jurisdição sobre todos os 47 países membros do Conselho da Europa e signatários da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o que corresponde a todos os países europeus com exceção da Cidade do Vaticano, da República de Belarus e da República

do Cazaquistão (considerando que pequena parcela do território cazaque se encontra no continente europeu).

Na medida em que, em linhas gerais, a principal missão da CEDH é, através de sua atividade jurisdicional, garantir a aplicação dos princípios da Convenção Europeia de Direitos Humanos, tem-se que a própria Corte constitui órgão por meio do qual se dá a tutela jurisdicional do direito de propriedade, visto que o próprio direito de propriedade (como já assentado anteriormente) é direito humano.

Portanto, a partir daqui, o presente trabalho visará explorar as nuances da tutela – no caso, jurisdicional – do direito de propriedade privada dentro de “padrões europeus” de Estado de Direito, com base principalmente na atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) no emblemático caso *Driza v. Albania*.

Justifica-se a escolha de tal caso para a análise empírica pelo fato de que neste, como será demonstrado no próximo capítulo, viu-se uma verdadeira análise de verificação da adequação entre o regime proprietário da Albânia e o chamado núcleo mínimo do direito de propriedade defendido pelo Conselho da Europa e mencionado na Declaração Universal de Direitos Humanos. Adianta-se que, no caso a ser analisado, a posição da CEDH é permeada pela ideia de que a tutela clara e efetiva do direito de propriedade é, além de essencial à segurança jurídica e ao respeito aos direitos humanos, inerente aos regimes democráticos.

3 A TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE: ANÁLISE DO CASO *DRIZA V. ALBANIA*

O terceiro e último capítulo do presente trabalho tratará, como mencionado, da análise da decisão final proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos – CEDH – no caso nº 33771/02 (conhecido como *Driza v. Albania*), em 13 de novembro de 2007. Reitera-se que tal análise será realizada à luz de todo o conteúdo apresentado anteriormente no presente trabalho, em especial das ponderações feitas no segundo capítulo acerca da íntima relação entre a tutela do direito de propriedade e o Estado de Direito.

Ver-se-á que, no teor da decisão, é dada grande ênfase ao princípio da coisa julgada e à necessidade de execução das decisões finais proferidas anteriormente por órgãos jurisdicionais competentes. Considerando que a controvérsia do caso em análise gira em torno – grosso modo – da justa compensação por parte do Estado em hipótese de limitação do direito de propriedade através de desapropriação, a posição tomada pela CEDH ao ressaltar a importância do princípio da coisa julgada evidencia a singular relevância da tutela do direito de propriedade para a segurança jurídica, de modo que as devidas compensações pela interferência do poder público no domínio privado devam ser clara e objetivamente previstas, bem como efetivamente executadas.

A estrutura do presente capítulo, portanto, se assemelhará à estrutura da própria decisão em análise. Serão apresentados, além dos fatos referentes ao caso, os dispositivos normativos pertinentes e as ponderações feitas pela Corte a título de fundamentação antes do juízo final de mérito. Quando pertinentes, serão novamente mencionadas fontes bibliográficas como as apresentadas no capítulo anterior.

Porém, antes que se proceda à análise da decisão propriamente dita, é pertinente que se discorra acerca de dois tópicos importantes para a compreensão das nuances do presente caso concreto, que são o panorama fático do caso em análise e o escopo da atuação da CEDH no julgamento da demanda.

3.1 DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO CASO *DRIZA V. ALBANIA*

O processo em questão tratou-se de uma querela entre o cidadão albanês Ramazan Driza (referido a partir daqui como requerente) e o próprio governo albanês (oficialmente, a República da Albânia) acerca dos procedimentos referentes à devida

restituição por uma desapropriação ocorrida ainda na década de 1960. Ressalta-se que, à época da desapropriação, o país denominava-se República Popular da Albânia e neste vigorava um regime socialista.

Conforme relatório publicado pelo próprio órgão julgador, a CEDH,

O requerente, Ramazan Driza, é nacional albanês, nascido em 1941 e residente em Tirana. Na Albânia anterior à guerra, seu pai possuía uma padaria em Tirana e um terreno. Em 1960, as autoridades albanesas demoliram a construção e expropriaram o terreno.

Seguindo ao pedido do requerente com base no “*Property Act*”, as autoridades declararam que a nacionalização da propriedade do pai do requerente havia sido injusta e, em compensação, alocaram dois quinhões de terra ao requerente, medindo cinco mil metros quadrados (um com 1,650 metros quadrados e outro com 3.350 metros quadrados). A decisão foi sustentada pela Comissão de Restituição de Propriedade e Compensação de Tirana em 20 de junho de 1996. Porém, o requerente não foi capaz de tomar posse dos quinhões de terra, pois estavam ocupados. Em 02 de junho de 1998, a Corte de Apelações de Tirana reafirmou a validade da decisão da Comissão. A decisão da Corte de Apelações foi confirmada em 17 de dezembro de 1998 pela Suprema Corte, cujo julgamento subsequentemente tornou-se final.

Julgamentos foram mais tarde emitidos em processos de revisão (em 05 de julho de 2001) e em uma série paralela de procedimentos (em 07 de dezembro de 2000), os quais anularam os títulos de propriedade do requerente sobre ambos os quinhões de terra. Foi também concedida a ele uma compensação, que até a presente data não foi recebida pelo requerente.

Conforme o requerente, apartamentos foram construídos no quinhão maior de terra, os quais foram vendidos a novos proprietários e ocupados por eles. Construções temporárias foram erguidas no quinhão menor. (CORTE, 2007a, tradução nossa)

A controvérsia entre o requerente e a Suprema Corte albanesa girou em torno da conduta adotada pela Corte a partir dos mencionados “processos de revisão” que acabaram por anular decisões anteriores que haviam reconhecido o direito do requerente às propriedades mencionadas, além da compensação pecuniária. Isso porque tais processos de revisão foram resultado do requerimento de uma terceira parte (pessoa identificada na decisão do caso *Driza v. Albania* apenas pelas iniciais F. Z.), membro de uma cooperativa agrícola. F.Z teria comprovado possuir direito de uso – com base em uma lei anterior à decisão favorável ao Sr. Driza - sobre o menor dos quinhões de terra cuja propriedade havia sido concedida judicialmente a Ramazan Driza (CORTE, 2007, p. 4 e 5, tradução nossa).

Esse requerimento por revisão foi apreciado pelo plenário da Suprema Corte albanesa na data de 05 de julho de 2001, quando a Corte decidiu em favor de F.Z e reconheceu seu o direito de uso sobre quinhão menor que havia sido antes destinado ao Sr. Driza como compensação (CORTE, 2007, p. 5). No entanto,

O requerente [Ramazan Driza] não foi informado dos procedimentos de revisão nem convidado a comparecer às audiências perante a Suprema Corte. Ele não foi notificado quanto ao julgamento da Suprema Corte dentro do prazo recursal de seis meses e não apelou contra a decisão (CEDH, 2007, p. 05, tradução nossa).

Evidentemente, a decisão da Suprema Corte em 05 de junho de 2001 era conflitante com o julgamento favorável ao Sr. Driza proferido pelo mesmo órgão em 1998, visto que a decisão posterior afastou a titularidade previamente concedida ao requerente sobre o quinhão menor de terra. No entanto, destaca-se o fato de que o julgamento de 2001 foi realizado sem qualquer notificação ao Sr. Driza, o qual – consequentemente – não tomou parte nos atos processuais nem apresentou qualquer recurso em relação à decisão. Diante dessa situação,

O requerente apelou á Corte Constitucional com base no Artigo 131 (f) da Constituição, argumentando que os julgamentos da Suprema Corte de 07 de dezembro de 2000 e 05 de julho de 2001 eram inconstitucionais. A apelação foi declarada inadmissível pela Corte Constitucional em 08 de abril de 2002, nos termos do *Constitutional Court Act*, como sendo “fora de sua jurisdição” (CORTE, 2007, p. 06, tradução nossa).

Cabe informar que o mencionado artigo 131 da Constituição Albanesa determina que a Corte Constitucional aprecie, entre outros casos, queixas individuais acerca de violação do direito ao devido processo legal, quando exauridos todos os meios legais para a proteção de tais direitos (ALBÂNIA, 1998).

Como resultado, Ramazan Driza apresentou representação contra o próprio governo albanês junto à Corte Europeia de Direitos Humanos. As alegações do requerente davam conta de que a conduta do governo da Albânia teria violado a Convenção Europeia de Direitos Humanos ao não promover a execução das decisões proferidas em favor do Sr. Driza – e que já haviam transitado em julgado – e ao impossibilitar a anulação ou sequer alteração das decisões proferidas em desfavor do Sr. Driza sem que este tivesse tido a oportunidade de defender seus interesses em juízo.

3.2 O ESCOPO DA ATUAÇÃO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Reiterando o que já foi brevemente mencionado no capítulo anterior, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) consiste em órgão componente da estrutura do Conselho da Europa, possuindo jurisdição sobre todos os Estados membros do

Conselho e signatários da Convenção Europeia de Direitos Humanos, nos termos da mesma Convenção.

Naturalmente, o objetivo primário da CEDH é, através de sua atividade jurisdicional, promover a observância e aplicação das normas e princípios consagrados na Convenção Europeia de Direitos Humanos por todos os países que a assinaram. Importante ressaltar que não apenas os países signatários estão legitimados a alegar perante a CEDH eventual violação dos termos da convenção por outro país signatário. Determina o artigo 34 da Convenção Europeia de direitos Humanos (1950) que

O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício efetivo desse direito.

No caso em análise, *Driza v. Albania*, o requerente fundamentou sua queixa junto à CEDH nos artigos 6º §1 e 13º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como no Artigo 1 do Protocolo nº 1 à Convenção. O Protocolo nº 1 da Convenção consiste em documento também elaborado e adotado pelo Conselho da Europa, no qual são disciplinadas questões como a enumeração das hipóteses legítimas de controle e limitação do direito de propriedade e as diretrizes obrigatórias para a atuação estatal em tais casos, além de outras questões referentes aos direitos à educação e a eleições livres (direitos estes consagrados na Convenção, porém fora do escopo de análise do presente trabalho).

Os artigos 6º §1 e 13º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), respectivamente, aduzem o que se segue, *in verbis*

Artigo 6.º

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

Artigo 13.º

Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuem no exercício das suas funções oficiais.

Fundamentado no Art. 6º § 1, o requerente alegou que a anulação de uma decisão final configura violação ao princípio da certeza legal, que não teria havido aplicação das decisões finais proferidas nos julgamentos anteriores – que eram favoráveis ao requerente – e que a Suprema Corte não teria atuado de forma imparcial em toda a questão (CORTE, 2007).

Tais alegações dizem respeito diretamente a um dos elementos do Estado de Direito identificados pela Comissão de Veneza e enumerados no capítulo anterior. Acerca do acesso à justiça no Estado de Direito, afirma a Comissão de Veneza (2011, p.16, tradução nossa) que “as decisões judiciais devem ser implementadas de maneira efetiva, e não deve ser procedente (salvo em casos excepcionais) a revisão de uma decisão final (respeito ao princípio da *res judicata*)”.

Quanto ao artigo 1º do Protocolo nº 1 da Convenção, tal dispositivo apresenta regras gerais e específicas para a disciplina do direito de propriedade, o qual é garantido na Convenção, como já afirmado. Considerando a longa extensão do dispositivo em questão, o texto da decisão limita-se a comentar que tal artigo determina que todas as pessoas – jurídicas ou naturais - possuem o direito de gozar pacificamente de suas possessões, e que apenas poderão ser privados delas em nome do interesse público, desde que atendidas às condições estipuladas em lei e nos princípios do direito internacional (CORTE, 2007).

Tal é a fundamentação das alegações apresentadas pelo requerente – Ramazan Driza – em face do governo da Albânia.

De modo direto, o escopo da atuação da CEDH na apreciação do caso apresentado pelo requerente é apenas aferir a adequação entre o ordenamento jurídico albanês (e, naturalmente, a atuação do governo da Albânia na aplicação as normas contidas em tal ordenamento) e os padrões e princípios consagrados na Convenção. Ou seja, ainda que dispositivos e diplomas legais do ordenamento albanês tenham sido apresentados e analisados pela CEDH, a Corte não tratou de julgar a legalidade das decisões que afetaram o requerente conforme o ordenamento do respectivo país, mas sim o atendimento – pela Albânia – dos “padrões mínimos” de governança e respeito a

direitos individuais consagrados pelo Conselho da Europa e pela Convenção Europeia de Direitos Humanos.

3.3 DO JUÍZO DE MÉRITO E DA DECISÃO FINAL DA CEDH

Superadas as considerações acerca das alegações apresentadas pelo requerente e acerca dos dispositivos da Convenção Europeia de direitos Humanos pertinentes ao deslinde do caso, a própria CEDH passa a expor seus juízos de admissibilidade e mérito acerca das alegações do Sr. Ramazan Driza. Nesta fase, os requerimentos do demandante foram divididos em três partes: (a) a alegação de violação do Artigo 6º§1 da Convenção, (b) a alegação de violação do Artigo 1º do Protocolo nº 1 da Convenção, e, por último, (c) a alegação de violação do Artigo 13º da Convenção em conjunto com o Artigo 1º do mesmo Protocolo nº 1.

Seguindo o mesmo modelo organizacional adotado pela CEDH na decisão analisada, a análise das considerações da Corte acerca de cada uma das partes acima enumeradas também será feita de modo separado, haja vista que as violações alegadas em cada uma das três partes enumeradas são autônomas entre si.

3.3.1 A Alegação de Violação do Artigo 6º§1 da Convenção

Considerando que o texto do referido Art. 6º§1 já foi acima mencionado, cabe aqui apenas comentar que, evidentemente, o mesmo trata de garantir – grosso modo – o direito universal a um julgamento justo e público, proferido em prazo razoável por uma corte legalmente instituída e imparcial. Sobre as alegações do requerente quanto a este ponto, a CEDH comenta, no texto da decisão final, que

O requerente queixou-se acerca da violação do Artigo 6º §1º da Convenção, alegando que a anulação de um julgamento final foi contrária ao princípio da certeza legal, que a Suprema Corte não foi imparcial na decisão de seu caso e que as autoridades falharam em dar a devida execução aos julgamentos finais de 17 de dezembro de 1998 e 07 de dezembro de 2000 (CORTE, 2007, p.11, tradução nossa).

Em face de tais alegações, o Governo da Albânia – parte contrária no caso – teria apresentado defesa afirmando a legalidade dos mencionados “processos de revisão” com base na legislação albanesa vigente à época, a qual previa a possibilidade

de revisão de revisão de qualquer decisão, desde que tal decisão tenha transitado em julgado há menos de três anos. Ainda, foi alegado que tais processos de revisão existiam visando à correção de decisões que exploraram brechas no ordenamento jurídico albanês devido ao período de transição política atravessado pela Albânia durante a década de 1990 e que a legislação na qual se baseavam tais processos de revisão foi repelida no ano de 2001 (CORTE, 2007).

No entanto, tais argumentos foram refutados pela CEDH. Acerca do princípio da certeza legal, a Corte observa que

Este princípio insiste em que nenhuma parte possui o direito de buscar a revisão de uma decisão final e cogente meramente com o propósito de obter uma reanálise e uma nova determinação sobre o caso. O poder de reexame das cortes superiores deveria ser exercido para corrigir erros judiciais e desvios judiciais, mas não para levar a uma nova análise. A revisão não deveria ser tratada como uma forma de recurso disfarçado, e a mera possibilidade de existirem duas visões acerca da matéria não é fundamento para o reexame (CORTE, 2007, p. 15, tradução nossa).

Sobre a atuação do governo albanês,

A Corte [CEDH] nota que, em 17 de dezembro de 1998, a Suprema Corte (divisão administrativa) reconheceu o direito de propriedade do requerente sobre o quinhão menor de terra. Apesar disso, em 7 de dezembro de 2000, a Suprema Corte (divisão civil), em um processo paralelo, concluiu que aquele reconhecimento era ilegal. Adicionalmente, em 5 de julho de 2001, após o pedido do Presidente da Suprema Corte pela revisão do julgamento da Corte Administrativa de 1998 [...], a Suprema Corte (turmas reunidas), sem fazer qualquer referencia às conclusões do julgamento de 2000, anulou o julgamento final de 17 de dezembro de 1998, em prejuízo do requerente. **Ou seja, apos 2 anos e 7 meses, o julgamento final da Suprema Corte de 17 de dezembro de 1998 foi anulado duas vezes pela própria Suprema Corte, uma vez por julgamento proferido em um processo paralelo e uma vez através de um processo de revisão** (CORTE, 2007, p. 13, tradução e grifos nossos).

Nos seguintes termos,

A corte discorda do argumento do Governo de que o efeito da possibilidade de revisão era limitado. O fato de que tal possibilidade foi revogada depois da ocorrência dos ventos pertinentes ao presente caso não é relevante: não existem soluções domesticas capazes de remediar o prejuízo ao principio da certeza legal advindo da utilização do processo de revisão, e os efeitos deste nunca foram reparados no presente caso [...]. A Corte rejeita o argumento do Governo de que a abertura de dois processos paralelos era justificada. Recorda-se que, por força do Artigo 1º [da Convenção], a responsabilidade primária pela implementação e efetivação dos direitos e garantias de liberdade recai sobre as autoridades nacionais [...] (CORTE, 2007, p. 13-14, tradução nossa).

Acerca da alegada falha das autoridades albanesas em dar aplicação aos julgamentos favoráveis ao requerente – Ramazan Driza, as alegações de defesa do Governo limitaram-se a afirmar que “a execução dependia de o requerente tomar as providências apropriadas para a aplicação [das decisões]” (CORTE, 2007, p.17, tradução nossa).

No entanto, tais argumentos também foram rejeitados pela CEDH, a qual afirmou (CORTE, 2007) não ser verdade que o demandante não teria mostrado interesse em promover a execução das decisões favoráveis a ele, tendo em vista as tentativas realizadas pelo mesmo de transigir nos processos judiciais que levaram ao julgamento da Suprema Corte no ano de 2000. Além disso, os entraves à aplicação das decisões favoráveis ao Sr. Driza foram considerados como resultado da própria conduta das autoridades albanesas, considerando que a decisão da decisão final proferida em 17 de Dezembro de 1998 foi anulada duas vezes pela própria Suprema Corte.

Deste modo, a CEDH concluiu que “ao falhar em tomar as medidas necessárias para cumprir os julgamentos de 17 de dezembro de 1998 e 7 de dezembro de 2000, as autoridades albanesas privaram as provisões do Art. 6º §1 da Convenção de todo o efeito útil” (CORTE, 2007, p. 18, tradução nossa).

3.3.2 A Alegação de Violação do Artigo 1º do Protocolo nº 1 da Convenção

Conforme já anteriormente comentado, a parte do Artigo 1º do Protocolo nº 1 da Convenção pertinente ao presente caso é a que diz respeito ao direito do proprietário ao “gozo pacífico” de suas possessões, nos limites do interesse público.

O requerente sustentou que, devido a toda a conduta das autoridades albanesas (as quais envolveram a revisão e anulação dos direitos anteriormente reconhecidos do requerente sobre os quinhões de terra mencionados), seu direito de gozar pacificamente de suas propriedades havia sido manifestamente violado. Por outro lado, o Governo albanês sustentou que o requerente não poderia reclamar o direito de exercer eventuais prerrogativas de proprietários sobre os bens imóveis em questão, visto que nunca havia tomado posse deles e que o próprio direito do requerente sobre eles foi posteriormente revisto e anulado por procedimentos judiciais em conformidade com a legislação albanesa (CORTE, 2007).

Sobre este ponto, a tomada de posição da CEDH requereu uma análise teórica mais detalhada. Isto porque o texto do referido Artigo 1º utiliza a expressão “gozo pacífico” (*peaceful enjoyment*, no original), ao passo em que os próprios direitos do requerente aos bens imóveis em questão eram ainda alvo de disputa judicial. Isto, aliado ao fato de que o requerente nunca sequer havia tomado posse dos imóveis, torna mais complexa a questão sobre se o Sr. Driza estava em posição de poder gozar pacificamente dos imóveis e, conseqüentemente, poder alegar estar sendo privado de tal direito.

O primeiro movimento da CEDH para chegar a uma conclusão sobre tal ponto foi esclarecer se a apenas a violação da posse efetiva sobre determinada propriedade é abarcada pelo texto do Artigo 1º em questão. Para isso,

Reitera-se que “possessões” podem ser “possessões existentes” ou ativos, incluindo, em certas situações bem definidas, reivindicações. Para que uma reivindicação seja capaz de ser considerada um “ativo”, entrando no escopo do Artigo 1 do Protocolo nº 1, o reivindicante deve demonstrar que ela [a reivindicação] tem base suficiente na legislação nacional, como uma decisão judicial definitiva em favor do reivindicante, por exemplo. Onde isto se enquadra, o conceito de “legítima expectativa” passa a atuar (CORTE, 2007, p. 19 e 20, tradução nossa).

Deste modo, a Corte fixou que a discussão acerca da eventual violação do Artigo 1º do Protocolo nº1 dependia de se a reivindicação do requerente sobre os bens imóveis em questão poderia ser considerada um “ativo”. Em sequência, a CEDH concluiu que

No presente caso, a Corte já havia definido que as autoridades tinham a obrigação, dados os julgamentos de 17 de dezembro de 1998 e 7 de dezembro de 2000, de oferecer ao requerente compensação em espécie [na forma de bens imóveis] e em dinheiro, no lugar das propriedades originais [...]. Portanto, o requerente possuía reivindicações exequíveis derivadas dos julgamentos em questão (CORTE, 2007, p. 20, tradução nossa).

Deste modo, a Corte declarou ter havido violação, em desfavor do requerente, do Artigo 1º do Protocolo nº1 da Convenção, em decorrência da falha das autoridades albanesas em dar ao requerente as compensações definidas nos julgamentos mencionados. Ainda, antevendo a possibilidade de que a falta de recursos fosse alegada por parte do governo albanês para eximir-se do pagamento a que fora condenado, a Corte determinou que “a falta de fundos não pode justificar a falta de pagamento de

uma dívida devida por um Estado oriunda de um julgamento final e obrigatório” (CORTE, 2007, p. 20, tradução nossa).

3.3.3 A Alegação de Violação do Artigo 13º da Convenção em Conjunto com o Artigo 1º do Protocolo nº 1 da Convenção

Por último, foram analisadas as alegações do requerente pelas quais o mesmo afirmou não ter tido acesso a recursos judiciais eficientes para que pudesse questionar em juízo as decisões que o privaram dos bens imóveis que anteriormente haviam sido concedidos a ele a título de justa compensação.

Em sentido contrário, o Governo albanês alegou que o requerente não havia exaurido os remédios legais disponíveis para a solução de seu caso e que a legislação que – à época – regulamentava a compensação pelas nacionalizações de propriedades ocorridas durante o regime anterior (o *Property Act*) era suficiente para que o requerente reivindicasse os bens imóveis em questão (CORTE, 2007).

Porém, também quanto a estas alegações a Corte rejeitou as alegações do Governo albanês. Ainda que o *Property Act* tenha instituído, em teoria, os mecanismos legais para a compensação pleiteada pelo requerente, a CEDH observou que “o remédio requerido pelo Artigo 13 deve ser ‘efetivo’ na teoria e na prática, no sentido de que seu exercício não deve ser impedido por atos e omissões das autoridades do Estado demandado” (CORTE, 2007, p. 22, tradução nossa). E foi exatamente quanto à efetividade prática e quanto ao não impedimento do exercício do referido “remédio” que a Corte identificou falhas na atuação das autoridades albanesas.

Para a Corte, o fato de que o *Property Act* foi repetidamente emendado e alterado ao longo dos anos e que os procedimentos para a compensação eram drasticamente modificados a cada dessas alterações já consistia em fundamento suficiente para que se considerasse como prejudicada a efetividade de quaisquer medidas legais instituídas para a obtenção das compensações. Afirma a CEDH que

A Corte nota que o Property Act de 1993 (que foi revogado pelo Property Act de 2004, o qual por sua vez foi emendado pelo Property Act de 2006) estabeleceu varias formas de compensação quando a propriedade original não possa ser devolvida ao antigo proprietário [...]. O Property Act de 1993 deixou a determinação das formas apropriadas de compensação a cargo do Conselho de Ministros, que deveriam definir regras detalhadas para a provisão de compensação. **Conforme as conclusões da suprema Corte em seu julgamento de 7 de dezembro de 2000, os órgãos competentes para**

lidar com os casos de compensação deveriam ainda ser instituídos. Mesmo com o início da vigência do Property Act de 2004, a situação não se alterou. [...] Consequentemente, **a Corte considera que, ao não instituir os órgãos apropriados para lidar com os casos de compensação nem estabelecer critérios para a avaliação das propriedades, o Governo falhou em estabelecer procedimentos adequados em relação aos pedidos de compensação** (CORTE, 2007, p. 22-23, grifos nossos e tradução nossa).

3.3.4 Do Dispositivo da Decisão Final

Como observado até aqui, pode-se afirmar que a Corte Europeia de Direitos Humanos acolheu inteiramente todos os argumentos do requerente – Ramazan Driza – e, ao mesmo tempo, rejeitou todas as alegações apresentadas pela defesa do Estado demandado, a República da Albânia. Deste modo, a Corte concluiu que a conduta das autoridades albanesas violou todos os dispositivos referentes à Convenção Europeia de Direitos Humanos suscitados pelo requerente – os artigos 6º §1 e 13º da Convenção propriamente dita e o artigo 1º do Protocolo nº1 da Convenção.

A correlação entre cada uma das medidas tomadas pelas autoridades albanesas e a violação a cada um dos artigos mencionados já foi suficientemente discutida acima. Deste modo, cabe aqui apenas apresentar o dispositivo da decisão final do presente caso (*Driza v. Albania*), *in verbis*

[A Corte] sustenta

- (a) que o Estado demandado, em até três meses da data em que o presente julgamento tornar-se definitivo conforme o artigo 44 §2 da Convenção, deve devolver ao requerente o quinhão de terra medindo 1.650 m² em conjunto com o pagamento de 50.000 EUR (cinquenta mil euros), como indenização por danos materiais e imateriais, a serem convertidos em moeda nacional do Estado demandado conforme a taxa de câmbio aplicável na data da fixação, e considerando os tributos aplicáveis;
- (b) que, caso falhe em dar a devida restituição, o Estado demandado deverá pagar ao requerente, em até seis meses da data em que o julgamento tornar-se definitivo conforme o artigo 44 §2 da Convenção, a quantia de 280.000 EUR (duzentos e oitenta mil euros), como indenização por danos materiais e imateriais decorrentes do quinhão de terra medindo 1.650 m², a serem convertidos em moeda nacional do Estado demandado conforme a taxa de câmbio aplicável na data da fixação, e considerando os tributos aplicáveis;
- (c) que o Estado demandado deve pagar ao requerente, em até três meses da data em que o julgamento tornar-se definitivo conforme o artigo 44 §2 da Convenção, a quantia de 500.000 EUR (quinhentos mil euros), como indenização por danos materiais e imateriais decorrentes do quinhão de terra medindo 3.350 m², a serem convertidos em moeda nacional do Estado demandado conforme a taxa de câmbio aplicável na data da fixação, e considerando os tributos aplicáveis;
- (d) que, a partir do termo dos períodos acima mencionados de seis meses (quanto aos itens ‘a’ e ‘b’) e de três meses (quanto ao item ‘c’) e até a liquidação, juros simples serão devidos sobre os valores fixados acima, a uma

taxa igual à taxa de empréstimo marginal do Banco Central Europeu acrescida de três pontos percentuais (CORTE, 2007, p.29, tradução nossa).

O caso *Driza v. Albania* é comumente considerado emblemático quando se trata de condenação judicial de determinado país por violação dos direitos de propriedade. Isto porque foram reconhecidas, pela CEDH, falhas graves no ordenamento jurídico albanês, as quais, além de representarem uma falha da República da Albânia em concretizar os valores e princípios do Estado de Direito sustentados pelo conselho da Europa e consagrados na Convenção europeia de Direitos Humanos, deixariam em aberto um precedente para que inúmeros novos requerimentos por compensação (nos mesmos moldes do caso *Driza v. Albania*), criando graves entraves para o sistema judiciário e o orçamento público da República da Albânia.

3.5 DAS CONSEQUÊNCIAS DO CASO *DRIZA V. ALBANIA*

Na mesma data em que a decisão final do caso *Driza v. Albania* foi publicada, em 13 de novembro de 2007, a CEDH publicou dois outros documentos importantes: o julgamento final do caso *Ramadhi and Others v. Albania* (análogo ao caso *Driza v. Albania*) e um comunicado em que são comentadas as decisões de ambos os casos acima mencionados e suas consequências para o governo da Albânia.

No mencionado comunicado, afirma a CEDH que

Em ambos os casos [*Driza v. Albania e Ramadhi and others v. Albania*], a Corte notou deficiências no sistema legal albanês, em consequência dos quais toda uma categoria de indivíduos foram e ainda estão sendo privados de seus direitos ao gozo pacífico de suas propriedades, devido a não aplicação de sentenças judiciais que concederam compensações nos termos do *Property Act*. O número crescente de requerimentos foi um fator agravante quanto à responsabilidade do Estado perante a Convenção, e também uma ameaça à futura efetividade do sistema da Convenção, dado que, na visão da Corte, os vícios legais detectados nos casos podem, subsequentemente, dar origem a outros requerimentos fundamentados nos mesmos vícios (CORTE, 2007a, tradução nossa).

A existência de tais vícios, ou falhas, no ordenamento jurídico albanês no que concerne às situações disciplinadas no *Property Act* levaram a CEDH a concluir que o a garantia ao direito de propriedade no ordenamento albanês não atendia aos padrões mínimos estabelecidos pela Convenção. A partir da jurisprudência da Corte e do texto da Convenção Europeia de Direitos Humanos, surgiu o conceito de “déficit estrutural” o

qual “ocorre quando um Estado-parte da Convenção traz na sua legislação ordinária uma previsão deficitária e pouco garantista de um direito fundamental” (CARDOSO; BENATTI, 2017, p. 687).

Quanto à responsabilidade da Albânia – além, evidentemente, do cumprimento das obrigações a que fora condenada – a CEDH definiu que

Uma vez encontrada uma violação pela Corte, a Albânia tem a obrigação de não apenas pagar aos interessados as somas concedidas a título de justa satisfação, sob o Artigo 41, mas também de selecionar, sob a supervisão do Comitê de Ministros [órgão executivo do Conselho da Europa], as medidas gerais e, caso necessário, específicas a serem adotadas em relação ao seu sistema legal, para por fim às violações encontradas pela Corte e remediar seus efeitos tanto quanto possível. Além disso, uma vez que uma deficiência legal foi identificada pela Corte, as autoridades nacionais tem o dever de, sob a supervisão do Comitê de Ministros, tomar as medidas necessárias – com caráter retroativo, se necessário – dentro de um período determinado de tempo, para que a Corte não fosse obrigada a continuar a encontrar as mesmas violações em uma longa série de casos parecidos (CORTE, 2007a, tradução nossa).

O referido comunicado emitido pela CEDH concomitantemente às decisões de ambos os casos termina com a declaração de que

A Corte insta a Albânia a remover todos os obstáculos à concessão das compensações referentes ao *Property Act*, garantindo que as medidas estatutárias, administrativas e orçamentárias sejam tomadas. Tais medidas devem incluir a adoção de planos de avaliação de propriedade em relação aos candidatos com direito a receber compensação em espécie e a designação de um fundo adequado em relação aos candidatos com direito a receber compensação em dinheiro, para que todos os candidatos ao recebimento de compensações sob *Property Act* possam obter rapidamente as respectivas somas em dinheiro ou propriedades imóveis. Tais medidas devem ser viabilizadas com urgência (CORTE, 2007a, tradução nossa).

No entanto, aparentemente, as medidas apontadas não foram prontamente tomadas pelas autoridades albanesas. Isto porque após o julgamento do caso *Manushaque Puto v. Albania*, no ano de 2012, a CEDH voltou a recomendar àquele país que adotasse mecanismos eficazes de compensação, caso contrário a Corte continuaria a condená-lo ao pagamento de justas indenizações (CARDOSO; BENATTI, 2017).

O novo mecanismo de compensação a ser adotado pela República da Albânia foi instituído apenas em 05 de dezembro de 2015, com a promulgação da Lei nº 133/2015, a qual, entre outras provisões, criou um fundo para que sejam financiados os pagamentos das compensações realizadas nos dez anos seguintes à sua criação (CARDOSO; BENATTI, 2017). Foi grandemente questionado, porém, se a referida lei

verdadeiramente atendia aos padrões exigidos pelo Conselho da Europa quanto à proteção ao direito de propriedade e quanto à instituição de um sistema funcional e justo de compensações. Para dirimir esta nova controvérsia, a Corte Constitucional albanesa solicitou à Comissão de Veneza a elaboração de um parecer para aferir a adequação entre a Lei nº133/2015 e os padrões exigidos pelo Conselho da Europa acerca do direito de propriedade.

Considerando que a análise do texto do parecer emitido pela Comissão de Veneza acerca da referida lei albanesa requereria a discussão sobre outra miríade de fatores que fogem aos objetivos do presente trabalho, limitamo-nos a destacar que

A precisão da lei nº 133/2015 traz uma nova configuração legal de propriedade que a Comissão de Veneza considera ser proporcional aos objetivos a serem alcançados. [...] Contudo, [o parecer] ressalta que a resposta definitiva sobre a conformidade da compensação prevista com o artigo 1º do protocolo 1 [da Convenção] dependerá do modo com será implementada pelas autoridades albanesas, a quem compete o juízo definitivo sobre a constitucionalidade da intervenção (CARDOSO; BENATTI, 2017, p.693).

Através da análise de caso realizada no presente capítulo, entendemos que foi possível demonstrar as características particulares da posição da CEDH – e o Conselho da Europa como um todo – quanto ao tema do direito de propriedade. Salientamos ainda que os demonstrados percalços da Albânia na tentativa de inserir em seu ordenamento jurídico mecanismos de proteção ao direito de propriedade que fossem considerados satisfatórios, bem como as repetidas recomendações da CEDH para que as medidas necessárias fossem adotadas, demonstra a noção de que a tutela dos direitos humanos – neles incluído o direito de propriedade – figura como elemento essencial de um patrimônio jurídico comum a todos os países europeus.

CONCLUSÃO

A propriedade privada é elemento característico das civilizações humanas. Independentemente da época ou da cultura de determinado povo, é patente que, na medida em que este mesmo povo passa a adotar padrões mais complexos de organização social, formas de propriedade começam a aparecer (segundo os contornos culturais próprios de determinada sociedade). Em verdade, até mesmo autores responsáveis por posições críticas à existência da propriedade privada foram levados a reconhecer que o surgimento desta demarca (ou, pelo menos, acompanha) o surgimento da própria sociedade civil como ente organizado.

As várias posições apresentadas acerca da propriedade – bem como as diversas teorias para explicar o seu surgimento – ainda que um tanto diversas entre si, não deixam de apresentarem também elementos em comum entre si, levando-nos a concluir que há um elemento essencial – um núcleo – que está presente em todas as noções e concepções acerca da propriedade. Inegavelmente, tal essência do que é a propriedade privada está ligada a um arranjo pelo qual o controle exclusivo sobre determinado montante de bens é conferido a uma pessoa – o proprietário – ainda que tal proprietário seja um conjunto determinado de pessoas. Tal limitação do controle sobre determinados bens, de modo a deixar a disposição sobre os mesmos a cargo do arbítrio do proprietário, visaria à salvaguarda da individualidade deste mesmo proprietário e a melhor satisfação de suas necessidades humanas.

A inclusão do direito de propriedade no texto da Declaração Universal de Direitos Humanos (e de outros documentos análogos também citados no presente trabalho) deixa pouco ou nenhum espaço para outra conclusão que não aquela em que se reconhece o direito de propriedade como direito humano fundamental, no mesmo nível do direito à vida ou do direito à liberdade religiosa. Considerando ainda que o respeito aos direitos humanos fundamentais é elemento intrínseco do Estado de Direito, tem-se, necessariamente, que tal modelo de Estado possui a proteção ao direito de propriedade como elemento necessário.

Conforme brevemente comentado acerca das diferentes formas como a proteção ao direito de propriedade pode se manifestar, vemos que a inclusão de tal direito como garantia fundamental nos ordenamentos jurídicos de países que adotam o Estado de Direito é potencialmente insuficiente, mesmo sendo imprescindível para que tal proteção se concretize. Isto porque o mero reconhecimento formal de tal direito ou

garantia não basta para que as populações possam exercer estes mesmos direitos e gozar dos benefícios que eles trazem. É necessário que tais o reconhecimento formal de valores como os direitos fundamentais sejam acompanhados de mecanismos de efetiva implementação de tais valores, de modo que o reconhecimento surta efeitos no campo prático.

Neste cenário, pode-se dizer que a força normativa dos textos legais e constitucionais que reconhecem o direito de propriedade deve ser acompanhada também de mecanismos normativos que prevejam a possibilidade de controle jurisdicional sobre as situações de violação do direito em questão. É imprescindível, para a concreta proteção ao direito de propriedade, que as medidas cabíveis em casos de violação ou limitação ao direito de propriedade (pagamento de compensações, manutenção ou reintegração de posse, etc.) sejam devidamente regulamentadas para que possam ser aplicadas pelos órgãos jurisdicionais competentes.

Note-se que, pelo prisma da atuação estatal, as medidas de proteção ao direito de propriedade não se resumem à abstenção de práticas que violem as prerrogativas dos proprietários sobre seus respectivos patrimônios nem à tutela jurisdicional em caso de violação dos direitos de propriedade pelo próprio Estado ou por particulares. A alçada dos proprietários legalmente reconhecidos a uma posição privilegiada no mercado formal (mencionada no segundo capítulo) está relacionada a ações estatais de cunho administrativo, especialmente através de política de regularização fundiária, as quais tem o condão de transformar relações informais de propriedade em relações formais.

Por último, comenta-se que as posições tomadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos e apresentadas no terceiro capítulo do presente trabalho servem para reforçar a noção de que os padrões ocidentais de Estado de Direito de fato preveem a necessidade de uma proteção normativa – ainda que mínima – ao direito de propriedade. Além disso, o longo histórico da CEDH ao julgar casos envolvendo violação aos direitos de propriedade demonstra que a efetivação dos padrões de Estado de Direito requer a necessariamente a existência latente de órgãos jurisdicionais capazes de verificar o cumprimento dos referidos padrões, órgãos aos quais compete julgar as irregularidades decorrentes da inexistência de uma garantia normativa aos direitos fundamentais ou da deficiência na efetivação de tais direitos.

REFERÊNCIAS

ALBÂNIA, Constituição (1998). **Constitution of The Republic of Albania**. 22 nov. 1998. Disponível em: <<https://www.osce.org/files/f/documents/3/2/41888.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2020.

AQUINO, Tomas de. **Suma Teológica**. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005. v. 6.

ARISTÓTELES. **Aristóteles: Vida e Obra**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Os Pensadores).

BELLOC, Hilaire. **La Iglesia Catolica y el Principio de la Propiedad Privada**. Tucumán: Editorial Norte Argentino, 1944.

BELLOC, Hilaire. **O Estado Servil**. 1 ed. Curitiba: Editora Danúbio, 2017.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Imperio do Brazil**. Rio de Janeiro, 22 abr. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 18 nov. 2020.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 18 nov. 2020.

CARDOSO, Patrícia Silva; BENATTI, Francesca. A tutela do direito de propriedade no Estado de Direito: os padrões europeus de respeito aos direitos fundamentais. **Revista de Direito da Cidade**, v. 9, n. 2, p. 666-699, 2017. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/28330/20467>>. Acesso em 18 nov. 2020.

COMISSÃO Europeia para a Democracia através do Direito (Comissão de Veneza). **Reporte sobre el Estado de Derecho**. Estrasburgo, 2011. Disponível em: <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-spa](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-spa)>. Acesso em 18 nov. 2020.

CORTE Europeia de Direitos Humanos. **Press release issued by the Registrar: Albania urged to take urgent measures in restitution of property cases**. 2007a. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-2164889-2321152>>. Acesso em 18 nov. 2020.

CORTE Europeia de Direitos Humanos. **Case of Driza v. Albania (Application no. 33771/02)**. 2007. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/11fbb0/pdf/>>. Acesso em 18 nov. 2020.

CHENEVAL, Francis. **Property rights as human rights**. de Soto and Cheneval, *Realizing Property Rights*, p. 11-17, 2006. Disponível em: <[https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/menschenrechte-](https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/menschenrechte-menschliche-)

sicherheit/Property%20Rights%20as%20Human%20Rights_Francis%20Cheneval.pdf.>
Acesso em 27 out. 2020

CONVENÇÃO Europeia dos Direitos Do Homem, 1950. **OEA: Organização dos Estados Americanos**, 2020. Disponível em:

<<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=536&IID=4>> . Acesso em 27 out. 2020.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789. **Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos**, 2015. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 28 maio 2020.

DECLARAÇÃO Universal de Direitos Humanos, 1948. **Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos**, 2015. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 27 out. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 5 : direito das coisas**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Clássicos).

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. Fundamentos teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino. **Revista Jurídica da Presidência da República**. Brasília, v. 10, n. 92, p.01-37, out./2008 a jan./2009. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/210/199>>. Acesso em 17 nov. 2020

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.