

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ - UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA -
PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS -
CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA - CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**A SUPERAÇÃO DEMOCRÁTICA DO ESTADO
CONSTITUCIONAL MODERNO E OS NOVOS APORTES
TEORICOS DA PROPRIEDADE**

EMANUELA CRISTINA ANDRADE LACERDA

Itajaí [SC], junho de 2008.

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ - UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA -
PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS -
CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ

**A SUPERAÇÃO DEMOCRÁTICA DO ESTADO
CONSTITUCIONAL MODERNO E OS NOVOS APORTES
TEORICOS DA PROPRIEDADE**

EMANUELA CRISTINA ANDRADE LACERDA

Dissertação submetida à Universidade do Vale do
Itajaí – UNIVALI, a título de qualificação para o
Mestrado em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Paulo Márcio Cruz
Co-Orientador: Professor Doutor Álvaro Borges de Oliveira

Itajaí (SC), junho de 2008

Agradeço ao Grande Arquiteto do Universo que na Sua justiça sublime
orienta meus passos rumo ao conhecimento.

Agradeço também aos Mestres que passaram em minha vida, em especial
ao Prof. José Carlos Machado, grande incentivador destas conquistas, pois
sem eles não seria quem sou.

Agradeço aos meus filhos Aaron e Aléxia, pela paciência e compreensão
nessa fase tão importante da minha formação.

À Capes, pela bolsa, pois sem essa ajuda não teria concluído meus
estudos, assim como agradeço a todos os funcionários do CPCJ em
especial a Jaque, pois foram pessoas presentes e importantes durante toda
a realização do curso.

Em fim, a todos que de uma forma ou outra contribuíram para a conclusão
de mais esta etapa de minha vida.

Dedico este trabalho a minha Mãe Eroni e ao meu eterno companheiro Álvaro Borges de Oliveira, grande incentivador e motivador para conclusão desta e de muitas etapas do meu crescimento intelectual.

Esta dedicatória subsume-se, no sentido da teoria kantiana da palavra, na frase que abre esse trabalho...

"Se consegui enxergar mais longe é porque estava apoiado sobre ombros de gigantes."

Isaac Newton

Esta Dissertação foi julgada APTA ... esta página será fornecida pela Secretaria do CPCJ.

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, a Coordenação do Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica [CPCJ/UNIVALI], a Banca Examinadora, o Orientador e o Co-orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí [SC], junho de 2008.

Emanuela Cristina Andrade Lacerda
Mestranda

SUMÁRIO

RESUMO	X
ABSTRACT	XI
INTRODUÇÃO	1

CAPITULO 1

A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE

1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	6
1.2 O CONTRATUALISMO E A ORIGEM DA SOCIEDADE POLÍTICA, O ESTADO	8
1.3 ANAMNÉSIA HISTÓRICA DA PROPRIEDADE	16
1.3.1 A INSTAURAÇÃO DO ESTADO MODERNO E A PROPRIEDADE	24
1.4 O PERCURSO DA PROPRIEDADE DO ESTADO MODERNO AO ESTADO CONSTITUCIONAL	30

CAPÍTULO 2

ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO, DEMOCRACIA, E AS TEORIAS PARA SUA SUPERAÇÃO

2.1 O ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO	38
2.2 A DEMOCRACIA MODERNA	48
2.3 CRISE DA DEMOCRACIA	56
2.4 TEORIAS PARA SUPERAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO	66

CAPÍTULO 3**OS NOVOS APORTES TEÓRICOS DA PROPRIEDADE**

3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	79
3.2 A ECOLOGIZAÇÃO DA PROPRIEDADE	83
3.3 A PROPRIEDADE INTELECTUAL E OS NOVOS APORTES	91
3.4 A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA PÚBLICO E PRIVADO	97
CONSIDERAÇÕES FINAIS	111
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	115

RESUMO¹

Esta dissertação tem por **objeto** a discussão doutrinária sobre a Superação Democrática do Estado Constitucional Moderno e os Novos Aportes Teóricos da Propriedade. A pesquisa foi desenvolvida no grupo de pesquisa Hermenêutica e Neoconstitucionalismo, na linha de pesquisa de Hermenêutica e Principiologia Constitucional, dentro da área de concentração Fundamentos do Direito Positivo. Para encetar a pesquisa trata-se no primeiro Capítulo de traçar uma evolução histórica do Estado, a partir do Estado Moderno, tendo como marco teórico o Contratualismo. Esboça-se ainda uma evolução histórica da propriedade do Estado Moderno até o Estado Constitucional, como requisito formal, propedêutico, para se chegar aos novos paradigmas da propriedade. Dedicase o segundo Capítulo a abordar acerca das teorias que tratam da superação do Estado Constitucional Moderno, caracterizando os conceitos de Democracia, e os fatores que indicam a sua crise. Verificadas as possibilidades e fatores que induzem a superação do Estado, aborda-se a possibilidade de novas formulações estatais e, daí a importância de se estudar de que forma o instituto da propriedade vem sendo tratado, nesse novo cenário, já que, é um dos fatores que muito contribuiu, senão o principal, para essas transformações do Estado ao longo da história da humanidade. Neste último Capítulo, faz-se um aparato geral das novas formulações que surgem tratando da propriedade e seus aspectos, a qual hodiernamente apresenta novos paradigmas, figurando como um dos fatores que contribuem para o surgimento de teorias que defendem a superação do Estado Constitucional Moderno. Por fim, as Considerações Finais trazem em seu bojo as discussões quanto às hipóteses levantadas.

¹ A partir do resumo elaborou-se versão para o “abstract” exigido costumeiramente pelas revistas científicas em língua estrangeira [conceituado, segundo Pasold como “sintético resumo do conteúdo em inglês ou outro idioma que não o Português”] PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 192.

ABSTRACT

This dissertation has as its objective the doctrinaire discussion about the Democratic Outcome of the Constitutional Modern State and the new theoretical contributions of Propriety. The research was developed on Group of research of Hermeneutic and Neoconstitucionalismo on a line of Hermeneutic and Constitutional Principles, inside of the concentration area of Foundations of Positive Law. To begin the research, the First Chapter treats about to trace an historical evolution of State, from the Modern State, having as a theorist frame the Contractarianism. It still shows the historical evolution of propriety of Modern State until the Constitutional State, as a formal requirement, preliminary, to reach the new paradigms of propriety. The Second Chapter treats about theories that talk about of the outcome of Constitutional Modern State, characterizing the concepts of Democracy, and the factors that indicate its crisis. Verified the possibilities and factors that induce the State outcome, it boards the possibility of new state formulations and, from it the importance to study about which form the propriety institute is being treated, on this new scene, since, it is one of the factors that much contributed, if not the main one, to these transformations of the State through the humanity history. In the Last Chapter, it makes a general analysis of the new formulations that become treating about propriety and its aspects, which in a modern way presents new paradigms, showing itself as one of the factors that contribute to the appear of theories that defend the Constitutional Modern State outcome. By the end, the Final Considerations bring on its bulge the discussion about to the brought hypothesis.

INTRODUÇÃO²

A presente Dissertação³ tem como **objeto**⁴ a discussão doutrinária sobre a superação democrática do Estado Constitucional Moderno e os novos aportes teóricos da Propriedade.

O **objetivo institucional**⁵ é a obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica-CPCJ/UNIVALI, enquanto que o **objetivo geral**⁶ é identificar os novos aportes teóricos do instituto da propriedade em face das transformações do Estado Constitucional Moderno. Os **objetivos específicos**⁷ serão distribuídos por capítulos da seguinte forma: primeiro capítulo: compreender a evolução do Estado e da propriedade, verificando os fatores que contribuíram para essa evolução ao longo da história da humanidade, tendo como marco teórico o contratualismo e como marco histórico o Estado Moderno; segundo capítulo: analisar o Estado Constitucional, e as teorias que defendem a sua superação, abordando a democracia e sua crise, que de igual forma contribuem para o surgimento de novas formulações estatais; terceiro capítulo: verificar como a doutrina vem observando a

² Nesta Introdução cumpre-se o previsto em PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. 2003, p. 178.

³ “[...] é o produto científico com o qual se conclui o Curso de Pós-Graduação Stricto sensu no nível de Mestrado”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. 2003. p. 170.

⁴ “[...] é o motivo temático (ou a causa cognitiva, vale dizer, o conhecimento que se deseja suprir e/ou aprofundar) determinante da realização da investigação”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. 2003. p. 170.

⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. 2003. p. 161.

⁶ “[...] meta que se deseja alcançar como desiderato da investigação”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. 2003. p. 162

⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. 2003. p. 162.

propriedade e quais os novos paradigmas que são apresentados frente aos aportes teóricos da atual realidade vivenciada pela Sociedade mundial.

A delimitação⁸ do tema proposto nesta dissertação se dá pelo Referente⁹ da Pesquisa¹⁰: a Propriedade e o Estado a partir dos contratualistas.

O presente trabalho tem como fundamento aprofundar os conhecimentos sobre o instituto da propriedade, não obstante, as suas características em mostrar-se como um dos fatores que levam a evolução do Estado.

O Tema será desenvolvido na linha de pesquisa¹¹ Hermenêutica e Principiologia Constitucional, dentro da área de concentração Fundamentos do Direito Positivo e no grupo de Pesquisa de Hermenêutica e Neoconstitucionalismo¹².

Os problemas que de início se apresentam no desenvolver do trabalho consubstanciam-se nas seguintes indagações:

⁸ “[...] apresentar o Referente para a pesquisa, tecendo objetivas considerações quanto à razões da escolha deste Referente; especificar em destaque, a delimitação do temática e/ou o marco teórico, apresentando as devidas Justificativas, bem como fundamentar objetivamente a validade da Pesquisa a ser efetuada”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 160.

⁹ “[...] a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 62.

¹⁰ “[...] atividade investigatória, conduzida conforme padrões metodológicos, buscando a obtenção da cultura geral ou específica de uma determinada área, e na qual são vivenciadas cinco fases: Decisão; Investigação; Tratamento dos Dados Colhidos; Relatório; e, Avaliação”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 77.

¹¹ “[...] são as especificações dos assuntos sobre os quais seus alunos podem realizar suas pesquisas conducentes ao trabalho de conclusão do curso”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 135, nota de rodapé nº 72.

¹² Circunscrição temática dentro da qual atuam cientificamente os cursos de pós-graduação. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. 135, nota de rodapé nº 72.

- a) Qual a contribuição da propriedade para a superação democrática do Estado Constitucional Moderno?
- b) Há necessidade de criação de novos atributos à propriedade ante as novas formulações ou superação do Estado?

Diante de tais problemas elegeram-se, no projeto, as seguintes hipóteses¹³:

- a) Entende-se que a propriedade sempre influenciou a evolução da Sociedade e por consequência a do Estado, nesse sentido, hodiernamente a realidade não se mostra diferente, sendo, por conseguinte, a propriedade, um dos fatores que não só contribuem para a superação do Estado Constitucional Moderno como é o que impulsiona tal fenômeno.
- b) Dado que a propriedade induz à evolução do Estado, tal fenômeno ocorre, assim como ocorreu no passado, em razão das novas nuances que apresenta o instituto, dessa forma, em face das novas realidades sociais que emergem da Sociedade globalizada, a propriedade pugna por novos aportes teóricos a fim de acompanhar as recentes formulações estatais máxime no que tange a sua superação.

¹³ Define PASOLD como a “[...] suposição [...] que o investigador tem quanto ao tema escolhido e ao equacionamento do problema apresentado”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 138.

Este trabalho constituir-se-á de três capítulos. No primeiro Capítulo, apresentar-se-á uma introdução sobre a evolução histórica do Estado a partir do Estado Moderno, máxime sob a ótica dos contratualistas, assim como, tecer-se-á breves considerações acerca do histórico da propriedade desde o Estado Moderno até o Estado Constitucional.

No segundo Capítulo, objetivar-se-á especificamente perquirir acerca das teorias sobre a superação do Estado Constitucional Moderno, traçando os lineamentos acerca da Democracia e sua crise a fim de se verificar a possibilidade de superação da atual forma de organização estatal. Ainda enfatizar-se-á neste capítulo a questão da propriedade como um dos fatores que contribuem para essa nova formação ou necessidade de Estado.

O terceiro Capítulo tecer-se-á uma análise da questão relativa aos novos paradigmas que a propriedade vem assumindo frente às transformações sociais. Encerrando o capítulo, com algumas das formulações recentes apresentadas pela doutrina, demonstrando a necessidade de se caracterizar a categoria propriedade na atual conjectura social.

Neste último capítulo, tratar-se-á ainda de contextualizar a propriedade como um dos fatores que contribuem sobremaneira para as mudanças e quebra de antigas concepções e, da importância de se garantir outros bens que até então não recebiam a proteção ou o tratamento necessário.

O presente Relatório de Pesquisa se encerrará com as Considerações Finais, nas quais serão apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre as novas concepções que a propriedade assume a partir do

Estado Constitucional Moderno, em especial frente a atual discussão sobre o fim da atual formação de Estado, e a sua superação.

Quanto à Metodologia¹⁴ empregada, registra-se que na Fase de Investigação utilizar-se-á o Método Indutivo¹⁵, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, e o Relatório dos Resultados, expresso na presente Dissertação, é composto na base lógica Indutiva¹⁶.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica¹⁷.

É conveniente ressaltar, enfim, que, seguindo as diretrizes metodológicas do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - CPCJ/UNIVALI, no presente trabalho as Categorias fundamentais são grafadas, sempre, com a letra inicial maiúscula e seus Conceitos Operacionais apresentados em nota de rodapé, após o mapeamento das Categorias Primárias¹⁸, além da indicação das principais abreviaturas utilizadas, daí optar-se por não elaborar o **rol de categorias e o rol de abreviaturas**.

¹⁴ “[...] postura lógica adotada bem como os procedimentos que devem ser sistematicamente cumpridos no trabalho investigatório e que [...] requer compatibilidade quer com o *Objeto* quanto com o *Objetivo*”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 69.

¹⁵ Forma de “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 87.

¹⁶ Sobre os Métodos e Técnicas nas diversas Fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 86-106.

¹⁷ Quanto às Técnicas mencionadas, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**. 2003. *Cit* - especialmente p. 61 a 71, 31 a 41, 45 a 58, e 99 a 125, nesta ordem.

¹⁸ Além disso, foram explicitadas em nota de rodapé em sua primeira ocorrência no desenvolver da exposição, a fim de facilitar a compreensão.

CAPÍTULO 1

A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE

1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

As necessidades do homem e as influências ideológicas subjacentes de cada povo foram, ao longo da história da humanidade, sendo reconhecidas a partir de lutas políticas que proclamaram normas e leis para regular a vida em Sociedade. Nesse contexto se infere o surgimento do Estado^{19,20,21}, o qual se entende estar atrelado à origem do homem e da propriedade²².

¹⁹ Há teóricos que ensinam ser Maquiavel, no tocante ao sentido político da palavra Estado no contexto do Estado Moderno, seu introdutor e difusor, enquanto outros afirmam que ele foi meramente difusor, e nesse sentido a colocação de Bobbio: “Minuciosas e amplas pesquisas sobre o uso de ‘Estado’ na linguagem do Quatrocentos e do Quinhentos mostram que a passagem do significado corrente do termo *status* de ‘situação’ para ‘Estado’ no sentido moderno da palavra, já ocorrera, através do isolamento do primeiro termo da expressão clássica *status reipublicae*. O próprio Maquiavel não poderia ter escrito [...] se a palavra em questão já não fosse de uso corrente. BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 9 ed. 1987. p. 65-66. Importante destacar que o Maquiavel se referia ao Estado Absoluto, e nessa concepção de Estado é que passou a defini-lo e difundi-lo.

²⁰ Nesta mesma ordem de idéias, Jellinek esclarece: “La necesidad de una palabra general que comprendiese la formación total del Estado, fué atendida en Italia. Para la pluralidad de los Estado italianos no era acertado servirse de las palabras *regno, imperio, terra*, ni bastaba *città* para expresar el carácter de los Estados de Florencia, Venecia, Génova, Pisa, etc. Y entonces es cuando comienza a usarse la voz *Stato*, que va unida al nombre de una ciudad: *stato de Firenze*, etc. JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Buenos Aires: Albatrozss. 1970. p. 97.

²¹ De acordo com Luciano Gruppi, Maquiavel, foi quem teorizou sobre como se formam os Estados, sendo, portanto considerado o fundador da ciência política. GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel**: as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci. Tradução: Dario Canali. 11ed. Porto Alegre: L&PM, 1986, p. 10.

²² A definição de um termo para Norberto Bobbio deve ser feita levando-se em conta o momento histórico em que o mesmo se insere, entretanto, no caso da propriedade, entende que não existem evidências substanciais, no campo etimológico que modifiquem sua definição, existindo traços específicos que indicam ser a propriedade “uma oposição entre um indivíduo e um objeto específico e o resto de um universo de indivíduos e de objetos, como categorias que se excluem reciprocamente”. Adiante o autor, usando de uma definição sociológica, chama propriedade “à relação que se estabelece entre o sujeito “A” e o objeto “X”, quando A dispõe livremente de X e esta faculdade de A em relação a X é socialmente reconhecida como uma prerrogativa exclusiva, cujo limite teórico é “sem vínculos” e onde “dispor de X” significa ter o direito de decidir com respeito a X, quer se possua ou não em estrito sentido material. A definição indica, genericamente, um sujeito A e um objeto X, sem especificar quem ou que coisa sejam A e X.” Em continuidade explica que essa relação entre A e X ocorre em relação ao

As características da evolução do Estado ou Sociedade política são peculiares a cada fase desta e ressaltadas pelos diversos filósofos e pesquisadores que se ativeram a este estudo²³.

Embora, existam diferentes teorias e teóricos que procuram definir quando e como ocorreu o início do Estado ou da Sociedade política, no presente estudo partir-se-á da análise de um Estado concebido sob a ótica do contratualismo²⁴, para então analisar o instituto da

Universo de todos os demais sujeitos e objetos, sendo, entretanto A e X, partes integrantes desse universo. BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. et. al. coord. trad. João Ferreira. rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacaís. Brasília: Universidade de Brasília. 12 ed. 2004, p. 1021.

²³ Desde os primórdios das civilizações, acredita-se que o homem, dado o grau de desenvolvimento intelectual que possui, organizou-se ordenadamente em forma de Sociedade política. A par disso, diversas teorias surgiram a fim de explicar de que forma surgiu tal Sociedade. Examinando essas teorias Dalmo de Abreu Dallari as classifica inicialmente em dois grandes grupos: as que afirmam a formação natural ou espontânea e as que sustentam a formação contratual. Dentre essas teorias, duas são mais proeminentes, a de Aristóteles que pregava que o homem é um ser político por natureza e assim vive desde sua origem e a concepção moderna, defendida pelo contratualismo, segundo a qual o homem passou a viver em Sociedade após assim se manifestar e firmar um contrato social. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 2000, p. 51-59. Aristóteles afirma que a Sociedade política se revela como uma Sociedade perfeita, construída através da evolução das organizações sociais, iniciando com a família até a sua forma mais evoluída, a Sociedade política ou Estado, a qual considera a forma mais evoluída de organização, ao afirmar que: “[...] todo Estado é uma Sociedade [...]. Todas as Sociedades [...] têm como meta alguma vantagem, e aquela que é a principal e contém em si todas as outras se propõe à maior vantagem possível. Chamamo-la Estado ou Sociedade política”. ARISTÓTELES. **A política**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural. 1999, p. 1. Coadunando dessa teoria encontra-se Cícero, para quem a agregação é algo natural ao homem, ao lecionar que: “[...] a primeira causa dessa agregação de uns homens a outros é menos a sua debilidade do que certo instinto de sociabilidade em todos inato; a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, a leva a procurar o apoio comum.” CÍCERO, Marco Túlio. **Da república**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural. 200-?, p. 40. Outro teórico influenciado por Aristóteles foi Santo Tomás de Aquino, que entendia que o fato do homem viver em multidão advinha da necessidade de sua natureza, ao explicar que: “competindo ao homem viver em multidão, por não se bastar para as necessidades da vida, permanecendo solitário, tanto mais perfeita será a Sociedade da multidão, quanto mais auto-suficiente for para as necessidades da vida”. Para Santo Tomás de Aquino um único indivíduo não poderia conhecer na totalidade toda e qualquer matéria, daí a necessidade da ajuda mutua, compartilhando os conhecimentos que compete a cada um e assim ajudando-se mutuamente. Além dessa união entendia que a organização dos indivíduos prescindia de um dirigente a fim de confluir as ações dos indivíduos para o bem comum. E assim preceitua: “Se, pois, a multidão dos livres é ordenada pelo governante ao bem comum da multidão, o regime será reto e justo, como aos livres convém”. AQUINO, Santo Tomás de. **Escritos políticos de Santo Tomás de Aquino**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural. 1999, p. 127-130.

²⁴ Para Bobbio, definir o contratualismo não é tarefa fácil, mas complexa, dado que compreende tanto a adoção de “perspectivas e ângulos diversos, quanto do seu confronto com as soluções dadas ao problema da ordem política por outras correntes de pensamento”. Entretanto, entende

propriedade, em especial como ocorreu o seu reconhecimento e tratamento, visando com isso relacionar com a contemporaneidade, ou seja, o alvo de análise será focado para a propriedade a partir do Estado Moderno sob a ótica dos contratualistas, ao advento do Estado Constitucional nos dias atuais.

Tal delimitação teórica se justifica em razão de que o caráter privado ou individualista da propriedade somente surgiu com o advento do Estado Moderno, eis que ali surgiu o homem titular de direitos e obrigações, verificando-se, por conseguinte, na antiguidade, uma propriedade com características próprias, porém, diversas da atual concepção de propriedade, conforme se passará a expor.

1.2 O CONTRATUALISMO E A ORIGEM DA SOCIEDADE POLÍTICA, O ESTADO

Como alternativa às concepções existentes sobre a origem da Sociedade política ou do Estado, optou-se, no presente trabalho, conforme já salientado, por se delimitar como marco teórico, a concepção do contratualismo, representado por diversos pensadores, dos quais se

que “Em sentido muito amplo o Contratualismo compreende todas aquelas teorias políticas que vêm a origem da Sociedade e o fundamento do poder político (chamado, quando em quando, *potestas*, *imperium*, Governo, soberania, Estado) num contrato, isto é, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos, acordo que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político. Num sentido mais restrito, por tal termo se entende uma escola que floresceu na Europa entre os começos do século XVII e os fins do XVIII e teve seus máximos expoentes em J. Althusius (1557-1638), T. Hobbes (1588-1679), B. Spinoza (1632-1677), S. Pufendorf (1632-1694), J. Locke (1632-1704), J. J. Rousseau (1712-1778), I. Kant (1724-1804). Por escola não se entende aqui uma comum orientação política, mas o comum uso de uma mesma sintaxe ou de uma mesma estrutura conceitual para racionalizar a força e alicerçar o poder no consenso.” BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. et. al. coord. trad. João Ferreira. rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacais. Brasília: Universidade de Brasília. 12 ed. 2004, p. 272.

destacam a tríade Hobbes, Locke e Rousseau²⁵, cada qual com uma formulação teórica própria.

Thomas Hobbes defendia a idéia de que a Sociedade forma-se apenas pelo contrato social. Antes disto os homens viviam isolados, não associados, mas associáveis. Este atomismo²⁶ é justificado por características da condição humana que levam os homens a erigir a discórdia, sendo tais características a competência, a desconfiança e a glória. Ao falar da competência, da desconfiança e da glória como causas da discórdia, ensina Hobbes²⁷ que: “a primeira leva os homens a atacar os outros tendo em vista o lucro; a segunda, a segurança; e a terceira, a reputação”.

Além disso, para Thomas Hobbes, o homem possui uma tendência de destinar os esforços sempre na busca incessante pelo poder, o que é explicado pelo fato de possuir um esforço direcionado à auto-preservação, procurando por isso reunir sempre maior poder para garantir maiores chances de sobrevivência e nesse sentido ele explica: “[...] durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum, capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquelas condições a

²⁵ Em que pese se dar destaque para os citados autores, importante destacar que o contratualismo teve como representantes além dos três referidos acima: J. Althusius (1557-1638), T. Hobbes (1588-1679), B. Spinoza (1632-1677), S. Pufendorf (1632-1694), J. Locke (1632-1704), J. J. Rousseau (1712-1778), I. Kant (1724-1804), conforme Norberto Bobbio, *in*: BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. et. al. coord. trad. João Ferreira. rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacais. Brasília: Universidade de Brasília. 12 ed. 2004, p. 272.

²⁶ De acordo com Nicola Abbagnano, a concepção atomística “consiste em propor, para explicar a vida da consciência, da Sociedade ou da linguagem, uma hipótese análoga à do Atomismo filosófico ou da teoria atômica, afirmando que a consciência, a Sociedade ou a linguagem são constituídas de elementos simples irreduzíveis, cujas diferentes combinações explicam todas as suas modalidades. [...] A expressão “Atomismo social” é usada freqüentemente para designar as doutrinas individualistas que consideram a Sociedade resolúvel inteiramente nos indivíduos que a compõem. [...]” ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes. 2000, p. 92.

²⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza Silva, Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural. 1999, p. 108-109.

que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens”²⁸.

Com esta propensão à auto-preservação, somada ao medo da morte, ao apetite pelo que se apresenta como necessário a uma vida confortável e pela esperança de conquistá-las pelo trabalho, o homem, objetivando atingir um estado de segurança, paz e estabilidade, tem a necessidade de sair do estado de natureza para a consecução deste fim, afirma Thomas Hobbes. A razão se apresenta ao serviço do homem para conceder normas à paz, seguindo-se, então, a formulação das leis naturais, a partir das quais são colocadas as condições para que as paixões más dos homens se vejam pacificadas.

Lei natural é conceituada por Thomas Hobbes, como um “preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir a sua vida ou privá-lo dos meios necessários para a preservar (...)”²⁹.

Dada a existência destas leis naturais, os indivíduos reúnem-se para efetuar um acordo permanente, em que é pactuada a transferência do poder de cada um sobre tudo a outra pessoa, que passará a ser o soberano (pode ser um único indivíduo ou uma assembleia), instituindo um estado civil e, ao mesmo tempo, a Sociedade. Destarte, o estado de natureza hobbesiano é a-social e anti-político. A Sociedade política irá surgir apenas quando é efetuado o pacto, a partir do qual as pessoas instituem um poder comum a se submeter, para assegurar a paz e defesa de todos, permitindo a convivência.

²⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza Silva, Coleção Os Pensadores. 1999, p. 75.

²⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza Silva, Coleção Os Pensadores. 1999, p. 112.

Em John Locke, ao contrário de Thomas Hobbes, no estado de natureza já existe uma Sociedade natural, havendo relações sociais, como as relações familiares e econômicas. Ao conceber o estado de natureza, caracteriza-o por conter dois momentos. O primeiro momento recebe o seguinte delineamento por Locke³⁰: “quando homens vivem juntos segundo a razão e sem um superior comum sobre a Terra com autoridade para julgar entre eles, manifesta-se propriamente o estado de natureza”. Destarte, nesta ocasião o homem faz da razão seu guia, e ao fazê-lo coloca-se em estrita observância das leis da natureza, do que resulta sua liberdade natural.

A liberdade natural não significa completa ausência de limites, mas sim a ação em conformidade às leis da natureza. Eduardo Bittar analisando o pensamento de John Locke aponta alguns limites dados pelas leis da natureza, tais como: “não destruir a si mesmo, não maltratar qualquer pessoa, não roubar ou espoliar os bens de que os outros se servem”, e ressalta que o objetivo do ser humano deve ser procurar a sua própria conservação usufruindo da melhor forma possível da liberdade que possui, ou seja, entende que nessa teoria a lei da razão é a lei da natureza³¹.

Importante sublinhar o que expõe John Locke, ou seja, que a lei da natureza é revelada pela razão e pode se manifestar em qualquer indivíduo, fazendo a pessoa consciente do valor da sua vida e da dos outros, da saúde, da liberdade e da propriedade, quando preleciona que:

O “estado de Natureza” é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a

³⁰ LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo Civil e outros escritos**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo Costa. Petrópolis/RJ: Vozes. 1994, p. 83-84.

³¹ BITTAR, Eduardo C. B. **Doutrinas e filosofias políticas** – contribuições para a história da ciência política. São Paulo: Atlas. 2002, p. 167.

humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens; [...] ³².

Não obstante, nem sempre o homem age em consonância à razão. Violando a lei da natureza, não há um poder maior, no estado de natureza, para reparar com imparcialidade e comedimento tal transgressão, ficando sem justas garantias a vida, a liberdade e a propriedade. Deste modo, incumbe a cada indivíduo a responsabilidade de ser juiz em sua própria causa, do que pode decorrer um ato precipitado e desmedido, transformando o estado de natureza em um estado de guerra.

O segundo momento do estado de natureza ocorre, portanto, quando esse estado de natureza pautado pela razão e conseqüente observância das leis naturais pelo homem, sofre uma degenerescência a um estado de guerra. Em decorrência disto, o homem precisa se unir e pactuar com os demais, fazendo a passagem da Sociedade natural à Sociedade política, tendo em vista, segundo Locke ³³:

[...] ainda que no estado de natureza ele tenha tantos direitos, o gozo deles é muito precário e constantemente exposto às invasões de outros. Todos são tão reis quanto ele, todos são iguais, mas a maior parte não respeita estritamente, nem a igualdade nem a justiça, o que torna o gozo da propriedade que ele possui neste estado muito perigoso e muito inseguro. Isso faz com que ele deseje abandonar esta condição, que embora livre esta repleta de medos e perigos contínuos; e não é sem razão que ele solicita e deseja se unir em Sociedade com os outros, que já estão reunidos ou que planejam se unir, visando a salvaguarda mútua de duas vidas, liberdades e bens [...].

A Sociedade política para John Locke surge da reunião de todos em um mesmo corpo político, por um contrato social efetuado pelo

³² LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo Civil e outros escritos**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo Costa. Petrópolis/RJ: Vozes. 1994, p. 84.

³³ LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo Civil e outros escritos**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo Costa. Petrópolis/RJ: Vozes. 1994, p. 154.

consenso geral, para assim formar-se um estado civil em que pela vontade e determinação da maioria possam ver garantidos os direitos naturais e rechaçada a violência e parcialidade dos homens. Portanto, a Sociedade passa a se compor de um corpo único, com leis comuns e uma magistratura à qual recorrer, submetendo-se às leis da comunidade e aos governos, com o objetivo capital e principal de “preservação de sua propriedade”³⁴.

Já para Jean-Jacques Rousseau o estado de natureza possui, assim como para Locke, dois momentos fundamentais. O primeiro é o do homem selvagem, numa condição em que o homem se apresenta como essencialmente bom, vivendo no desfrute da natureza e afinado ao seu instinto; sobrevivendo só, e pelas próprias forças; sem necessidade dos demais bem como sem qualquer desejo de prejudicá-los; sujeito a poucas paixões e não possuindo senão os sentimentos e as luzes próprias desse estado³⁵.

O homem selvagem está revestido por dois princípios, que não são criados pela razão, mas imprimidos pela própria natureza e manifestados pelo instinto, sendo que para Rousseau “um dos quais interessa profundamente ao nosso bem-estar e à nossa conservação, e o outro nos inspira uma repugnância natural por ver perecer ou sofrer qualquer ser sensível e principalmente nossos semelhantes”³⁶.

A partir destes dois princípios, dos quais um diz respeito ao amor próprio e o outro à piedade, são elaborados os direitos naturais. Na medida em que a razão começa a fornecer-lhes fundamentos diversos,

³⁴ LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo Civil e outros escritos**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo Costa. Petrópolis/RJ: Vozes. 1994, p. 156.

³⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. 1983, p. 256-257.

³⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. 1983, p. 230-231.

abafa a condição natural do ser humano. A condição natural do humano é a que se verifica no estado natural, sendo a única boa, como diz Rousseau³⁷:

[...] sendo o estado de natureza aquele no qual o cuidado de nossa conservação é o menos prejudicial ao de outrem, esse estado era, conseqüentemente, o mais propício à paz e o mais conveniente ao gênero humano.

Quando o homem passa a se unir, o que se dá por motivos contingenciais, começam a brotar nele comportamentos negativos que antes não existiam, como a vaidade, o orgulho, entre outros. Com isto há, no estado de natureza, a instauração da Sociedade civil, a partir da qual é presenciado o segundo momento do estado de natureza, que perverte o homem de sua bondade enquanto selvagem. Por isso que para Rousseau, no cotejo da índole humana, não se pode ver o homem enquanto integrado na Sociedade, já corrompido, mas em sua pureza natural, como bom selvagem.

Esta é uma crítica dirigida, de forma implícita, principalmente a Hobbes e a Locke, pois o homem com más qualidades é próprio ao homem civil, e não o homem selvagem. Rousseau³⁸ se expressa dizendo que estes filósofos:

[...] falando sem cessar de necessidade, de avidez, de opressão, de desejos e de orgulho, transportaram ao estado de natureza idéias que tomaram na Sociedade: falavam do homem selvagem e pintavam o homem civil.

³⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. 1983, p. 252.

³⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. 1983, p. 236.

A Sociedade civil de Rousseau, ao contrário do que ocorre em Hobbes e Locke, não se encontra apenas no estado civil, mas já se fez presente no estado natural, como aponta Bobbio³⁹:

[...] a Sociedade civil de Rousseau é a Sociedade civilizada, mas não necessariamente ainda a Sociedade política, que surgirá do contrato social e será uma recuperação do estado de natureza e uma superação da Sociedade civil.

A Sociedade civil surge, como pronuncia Rousseau⁴⁰, da seguinte forma:

o verdadeiro fundador da Sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer isto é meu e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo.

Antes de haver o estabelecimento da propriedade e o conseqüente estabelecimento da Sociedade civil, foi necessário que os homens se associassem, de sorte que diversos fatores conspiraram para que isto viesse a ocorrer. Os homens se agregaram para resolver dificuldades naturais, como alcançar um fruto no alto de uma árvore, concorrer com animais perigosos, brigar com aqueles que queriam continuar na situação de vida puramente selvagem, e resistiam às primeiras tentativas de uma vida em Sociedade. Assim surge a linguagem, o pensamento racional, a moralidade e a dependência do homem com relação aos outros⁴¹.

Havendo socialização, a Sociedade civil, e a necessidade de manutenção desta para a sobrevivência do homem em Sociedade, Rousseau propõe, na sua obra “Do Contrato Social”, a estipulação de um contrato legítimo para realizar, de forma coerente e não

³⁹ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 2000. p. 1207-1208.

⁴⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. 1983, p. 259.

⁴¹ ROUSSEAU, Jean Jaques. **O contrato Social**. Tradução Antonio de Padua Danesi. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996, p. 20-23.

discricionária, a sistematização desta vida em Sociedade. É daí então que surge a Sociedade política, em que por um contrato social cada um faz a alienação total de todos os seus direitos a toda comunidade⁴².

A Sociedade política, portanto caracteriza-se por ter um corpo coletivo, com um soberano que são os próprios associados enquanto pessoas coletivas, na qual se evidencia a preservação da liberdade e igualdade para todos, a qual, segundo Hobbes, surgiu com a propriedade, ou o reconhecimento desta pelos demais membros da Sociedade.

Em que pese a delimitação do marco teórico do presente estudo ser a partir do contratualismo, mister se faz tecer breves considerações acerca das concepções da propriedade sob a ótica de outras correntes doutrinárias, tendo em vista que conforme ressalta Luiz Edison Fachin “A história do Direito é, em boa medida, a história da garantia da propriedade”⁴³.

1.3 ANAMNÉSIA HISTÓRICA DA PROPRIEDADE

Apesar das críticas doutrinárias acerca da impossibilidade de se estudar a propriedade a partir da antiguidade ou do Direito Romano, dado que a esses tempos a propriedade apresentava caráter muito diverso do que assumiu a partir do Estado Moderno, é fundamental ter-se conhecimento ao menos perfunctório do instituto nos seus primevos tempos para compreender a organização de seus elementos⁴⁴.

⁴² ROUSSEAU, Jean Jaques. **O contrato Social**. Tradução Antonio de Padua Danesi. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996, p. 20-23.

⁴³ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 2000, p.71.

⁴⁴ Acerca da crítica do estudo da propriedade ver: EROULTHS, Cortiano Junior (coord.). MEIRELLES, Jussara Maria Leal; FACHIN, Luiz Edson. **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. Curitiba: Juruá. 2008, p. 22-23

O instituto da propriedade, até o Estado adquirir o caráter constitucional que atualmente possui, sofreu transformações que implicaram sobremaneira não só na sua forma de tratamento e organização como também em sua conceituação, abrangência e garantias.

A partir de relatos históricos da humanidade, verifica-se que a propriedade surge inicialmente como coletiva, dada a grande quantidade de terras e recursos naturais existentes, não havendo, portanto, a necessidade de acumulação de riquezas. Por conseguinte, com o passar dos tempos, emerge o caráter familiar, passando ao feudal e posteriormente o caráter privado, evoluindo este último, para um tratamento diferenciado atingindo atualmente um caráter social, ou ainda de inserção social⁴⁵.

Embora para Thomas Hobbes⁴⁶ a propriedade privada tenha surgido apenas a partir do surgimento do Estado, para Fustel de Coulanges⁴⁷ esse caráter privativo, tanto em Roma quanto na Grécia, iniciou-se no seio familiar e apresentava caráter sagrado, uma vez que as casas eram construídas junto ao local onde estavam enterrados os antepassados de cada família e ali se estabelecia a propriedade, pois era ali que estava o fogo doméstico⁴⁸.

⁴⁵ OLIVEIRA, Alvaro Borges. **Novos Estudos Jurídicos**. In A função $f(x)$ do Direito das Coisas. V.11, n. 01. Jan-jun. 2006, p. 117-133.

⁴⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza Silva, Coleção Os Pensadores. 1999.

⁴⁷ FUSTEL COULANGES, Numa Denis. **A Cidade Antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro. 2001, p.55-56.

⁴⁸ Fogo doméstico é descrito por Fustel de Coulanges como um altar que “é o símbolo da vida sedentária; seu nome por si só já o indica. Deve ser disposto sobre o solo; e uma vez disposto não se deve mais mudá-lo de lugar. O deus da família deseja ter uma morada fixa; materialmente é difícil transportar a pedra sobre a qual ele brilha; religiosamente, isso é ainda mais difícil e só se permite ao homem se este for premido por dura necessidade, se um inimigo o está perseguindo ou se a terra não pode alimentá-lo. Quando se dispõe o fogo doméstico, isto é feito com o pensamento e a esperança; que ele permanecerá sempre no mesmo sítio. O deus ali se instala não por um dia, nem mesmo pelo que dura a vida de um homem, mas sim por todo o tempo que durar a família e enquanto restar alguém para conservar sua chama mediante o sacrifício. Assim, o fogo doméstico de apossa do solo, faz sua essa parte da terra –

Estando a concepção de propriedade privada atrelada à religião, ou seja, à adoração dos deuses do lar familiar, denota-se uma interligação dos laços de sangue familiar entre a casa, a sepultura e o campo, pois que, somente era permitido aos membros da família assistir e participar do culto aos antepassados, o que, visava restringir o acesso de terceiros aos cultos, dando origem às delimitações de cada propriedade, seja através de cercas, muros ou fossos⁴⁹.

Pensamento divergente encontra-se nos positivistas⁵⁰, a exemplo de Montesquieu, que concebem a propriedade como produto da cultura humana possuindo fundamento na lei, pois esta a criou e garante⁵¹.

Numa outra corrente doutrinária emerge ainda o pensamento de economistas que segundo Ruy Azevedo Sodré, são adeptos da teoria sustentada por John Locke, e entendem que a propriedade nada mais seria do que a transformação da matéria bruta pelo trabalho do homem, e assim, “a propriedade somente deve ser atribuída a cada um para o trabalho, por causa do trabalho e na medida do trabalho⁵²”.

Para essa corrente o homem, em estado de natureza⁵³ aliava o seu trabalho aos recursos existentes na natureza para então

ela é sua propriedade”. FUSTEL COULANGES, Numa Denis. **A Cidade Antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro. 2001, p. 56.

⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e Deveres Fundamentais em matéria de propriedade**. Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal. v.1. n. 3. Brasília. 1997, p. 93

⁵⁰ Positivismo Jurídico, Segundo Norberto Bobbio, “é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo. [...] A origem desta concepção é ligada à formação do Estado Moderno que surge com a dissolução da Sociedade medieval”. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Tradução: Marcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 26.

⁵¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachto. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁵² SODRÉ, Ruy Azevedo. **Função Social da Propriedade Privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais. s/d, p. 23.

⁵³ Estado de natureza é aquele em que os homens vivem e sobrevivem juntos, segundo os ditames da razão, sem uma autoridade na terra que julgue suas disputas. LOCKE, John. **Dois**

transformar coisas em bens, como por exemplo, a plantação, na qual o homem mistura seu trabalho à terra e dali obtém seu sustento e de sua família. A terra, por conseguinte, antes da interferência do trabalho do homem não possuía o valor que possui após seu trabalho⁵⁴.

Friederich Engels⁵⁵, sob a ótica dos capitalistas, ao tratar da propriedade privada, entende que esta, inicialmente pertencia à família, ao clã, e somente após o desenvolvimento da Sociedade, no chamado estágio de civilização, em que ocorre a divisão do trabalho a troca de bens entre os indivíduos, é que a propriedade atinge aspectos econômicos e políticos, passando então a ser admitida a propriedade privada individual.

Nessa mesma época, outro fato social que contribuiu sobremaneira para as mudanças no caráter da propriedade foi a luta por terras pelos conquistadores, os quais após triunfarem sob o povo conquistado concediam parte das terras para estimular a proteção das mesmas, sobretudo as terras de fronteiras.

Note-se, entretanto que embora alguns autores admitam o caráter privado da propriedade, este estava estritamente atrelado em alguns momentos à religião, em outros ao trabalho ou a defesa da civilização, ou seja, o seu caráter exclusivista, personalíssimo, não restou ainda cristalino, sobrevindo um caráter coletivista, no qual o bem da comunidade era o principal objetivo.

Tratados Sobre o Governo Civil e outros escritos. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo Costa. Petrópolis/RJ: Vozes. 1994, p. 83-90.

⁵⁴ TIGAR, Michel e LEVY, Madeleine. **O direito e a ascensão do capitalismo.** Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1978, p. 286.

⁵⁵ ENGELS, Friederich. **A origem da Família, da Propriedade e do Estado.** Trad. H. Chaves. São Paulo: Presença. 1984, p. 141.

Com o passar dos tempos, com o progresso civil dos povos antigos e a tendência estatal de privilegiar cada um individualmente, a propriedade passa a assumir aspecto individual.

Importante ainda ressaltar que na história romana é possível identificar quatro modalidades de propriedade: a quiritária⁵⁶, a pretoriana⁵⁷, a provincial⁵⁸ e a peregrina⁵⁹, sendo que cada espécie ou modalidade de propriedade acompanha a época ou principais períodos divisores de sua história. Assim sendo, ao período do direito antigo ou pré-clássico, que se referem às origens de Roma, compreendido entre 745 a.C 149 e 126 a.C, aproximadamente, a propriedade então conhecida era a

⁵⁶ “A Propriedade Quiritária era de ordem estritamente nacional, exercitada sobre solos romanos ou itálicos e por proprietários romanos. Adquiria-se pela *mancipatio* (móveis) e *traditio* (móveis), assim como gozava de proteção pela *rei vindicatio*.” LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação Jurídica Complexa**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 16. A esse respeito, John Gilissen ainda preleciona: “Os romanos conheceram, relativamente cedo na historia das suas instituições, uma noção quase absoluta de propriedade: o *dominium ex iure quiritium*, a propriedade quiritária. Era o poder mais absoluto que uma pessoa podia ter sobre uma coisa: o direito de a utilizar como quiser, de a desfrutar e de receber seus frutos, de dospr dela livremente. No entanto, não se tratava de um poder ilimitado; mesmo na época da Lei das XII Tábuas, o poder do proprietário estava limitado, sobretudo no que respeita aos imóveis, quer no interesse dos vizinhos, quer no interesse publico. Essa propriedade quiritária era reservada aos cidadãos romanos (*quirites*) e não podia incidir senão sobre coisas romanas, inicialmente apenas na cidade de Roma, mais tarde em toda a Itália.” GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. 4 ed. 2003, p. 638-639.

⁵⁷ “A Propriedade Pretoriana ou Bonitária, desenvolveu-se pela jurisprudência do pretor, protegendo o adquirente de uma coisa, contra quem não a tinha transferido mediante ato formal. Nasceu da necessidade de proteger o adquirente de uma situação iníqua, até que se consumasse a correta aquisição da propriedade pelo usucapião.” LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação Jurídica Complexa**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 16

⁵⁸ “A chamada propriedade provincial dizia respeito aos imóveis situados nas províncias – pertencentes ao povo romano – sobre os quais apenas se deferia a posse aos particulares mediante o pagamento de certa quantia. Tal posse, porém, era transmissível aos herdeiros, alienável e gozava de proteção de ação real”. LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação Jurídica Complexa**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 1.

⁵⁹ “A propriedade peregrina nasceu da necessidade de se garantir aos peregrinos – que não possuíam o *ius commercii* – situação de fato que lhes garantisse proteção do Estado contra terceiros, para defesa de seus bens. Criou-se verdadeira propriedade de fato, análoga à quiritária. LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação Jurídica Complexa**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 16.

quiritária (a mais ampla das espécies), e posteriormente a partir do período Clássico surgiram as demais modalidades⁶⁰.

Após a queda do Império Romano, sob as influências das invasões bárbaras e aliadas ao fato da ausência de uma autoridade central dotada de poder efetivo, surgiu vários conflitos de soberania com a propriedade. As invasões germanas trouxeram consigo características à propriedade até então inexistentes aos romanos, pois os germanos não admitiam o caráter privativo da propriedade, e a concebiam como uma relação de gozo sobre a coisa, tal concepção dotou os romanos proprietários de um poder absoluto sobre suas terras, entendendo ainda possuir poder até sobre os camponeses que ali trabalhavam, restringindo-lhes a liberdade.

Nesse sentido as palavras de Norberto Bobbio⁶¹,

Entre os germanos, no tempo das invasões, ela apresenta ainda características arcaicas. Estes povos, então ainda fortemente propensos ao nomadismo, passam de um território a outro, que exploram coletivamente, enquanto ele se mantém fértil; depois emigram. As tribos é que são titulares desta propriedade coletiva (*Marka, Allmende, Volkland*). As terras confiscadas aos proprietários romanos ou provinciais tornam-se, por conseguinte, Propriedade coletiva dos grupos gentílicos (*sippen, fare*) ou por vezes de comunidades de soldados (*arimannie*). Mais tarde, em contato com o direito romano e por necessidade de salvaguardar o caráter intensivo das culturas, começa a desenvolver entre os germanos a propriedade privada das terras, [...].

Sintetiza John Gilissen⁶²: “assim, no fim do Império romano, a propriedade é, do ponto de vista jurídico, muito individualista,

⁶⁰ CRETELLA Jr. José. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense. 1997, p. 175.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. et. al. coord. trad. João Ferreira. rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto. Cacaís. Brasília: Universidade de Brasília. 12 ed. v.2. 2004, p. 1032.

⁶² GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. 4 ed. 2003, p. 638-639

mas, no plano dos factos, um desmembramento da propriedade a favor dos detentores de direitos reais perpétuos anuncia a evolução medieval da instituição”.

Daí por diante, as diversas invasões que se verificaram na Europa durante a Idade Média, acarretaram um êxodo das populações urbanas que passaram a se refugiar no campo, junto aos fortes castelos, o que foi originando o sistema feudal de propriedade.

O sistema feudal baseava-se no sistema em que os pequenos proprietários eram submetidos a guarda de um grande senhor, tornando-se desse modo vassalos. Nesse sentido explica Cassia Celina Paulo Moreira da Costa⁶³: “os primeiros cediam a terra aos últimos e lhes concediam o seu gozo, a sua fruição. O proprietário feudal era que aplicava justiça e cobrava impostos, por ter poderes de soberania”.

A propriedade feudal tinha como característica a não exclusividade e a sobreposição de direitos, pois de um lado havia o senhor da terra e de outro o vassalo ou rendeiro, como eram denominados também aqueles que usavam e fruía das terras do senhorio mediante pagamento.

Esse regime feudal, conforme destaca Jean Philippe Lévy, surgiu baseado na troca de algum tipo de renda ou serviço, pois os grandes detentores das propriedades, no Baixo Império, ao permitirem o uso da terra, exigiam dos vassalos ou rendeiros, uma contraprestação seja econômica, militar ou religiosa⁶⁴.

O regime feudal da propriedade foi o predominante na Idade Média, muito embora não tenha sido o único, pois existiam à época

⁶³ MOREIRA DA COSTA, Cassia Celina Paulo. **A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2003, p. 13-14.

⁶⁴ LEVY, Jean Philippe. **História da Propriedade**. Tradução Fernando Guerreiro. Lisboa: Estampa, 1973, p. 45.

outros tipos de propriedade, a exemplo da propriedade senhorial, comunal, eclesiástica, municipal e de universidades, alodial ou livre, entre outras⁶⁵.

Sucedânea à Idade Média e ao Estado Absoluto, vem a Idade Moderna, que com o desenvolvimento do comércio, da produção manufatureira e o crescimento econômico dos impérios financeiros imprime a necessidade de expansão da propriedade privada.

A par disso John Gilissen destaca a minimização dos direitos dos senhores, próprio da evolução do regime feudal a partir do Sec. XIV, que vem com os costumes da época considerando o tenente⁶⁶, ou vassalo o verdadeiro dono da terra, o que conseqüentemente culmina com o fim do regime feudal e início da propriedade livre, de caráter individualista, marco do Direito Moderno.

⁶⁵ LOS MOZOS, José Luis de. **El derecho de propiedad: crisis y retorno a La tradición jurídica**. Madrid: Edersa. 1993, p. 23-28.

⁶⁶ Tenente era o nome daquele que adquiria a propriedade fundiária das mãos dos senhores, para cultivá-las, mediante pagamento de prestações. De acordo com John Gilissen, “a origem das tenências fundiárias deve ser procurada nas dos colonos do Baixo Império romano e, sobretudo, na precária frança. Consta-se, assim, um verdadeiro desmembramento da propriedade na Baixa Idade Média: em relação a uma parcela de terra dada, goza de direitos reais um numero mais ou menos grande de pessoas, limitando-se mutuamente os direitos de cada um. Tomemos como exemplo uma parcela de terra dos arredores de Bruxelas: encontra-se no ducado de Brabante, feudo que o duque tem do Imperador; o duque de Brabante concedeu esta parcela a um dos seus vassallos (A), a título de feudo; este pode, por sua vez, ter concedido uma parte de seu feudo a um dos seus vassallos (B), como subfeudo, e assim por diante. Por fim, o ultimo dos vassallos da hierarquia feudal concedeu a parcela em censo a um homem (D), para que este a cultive, mediante pagamento de um censo. Assim, o Imperador, o duque, o vassallo A, o vassallo B, o vassallo C, e o censitário D, têm cada um um direito real em relação àquela parcela. Todos esses direitos reais são hereditários, perpétuos, oponíveis a terceiros, mas nenhum deles corresponde à noção de propriedade quirritária do direito romano. Não está, no entanto, excluída a existência de direitos alodiais sobre uma terra dada em feudo; assim, o ducado de Brabante é um feudo, mas existem no seu seio vários alódios. Os proprietários alodiais, por seu turno, podem conceder todo ou parte do seu alódio em feudo por censo. GILLISEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de Antonio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003, p. 642. Dentre as tenências, destacaram-se segundo Francisco Eduardo Loureiro: “[...] o feudo e o censo. O Feudo, de caráter militar e político, obrigava o vassallo à prestação do serviço militar, além da ajuda financeira. O “censo restringia-se à obrigação do vassallo em cultivar a terra, fornecendo ao senhor prestações em espécie ou em dinheiro”. LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação Jurídica Complexa**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 23.

Não bastasse isso, a era Moderna é marcada também por lutas sociais, que com o desenvolvimento econômico, fez emergir uma nova classe, a burguesia, e com isso paradigmas foram quebrados a fim de garantir maior igualdade entre os indivíduos, surgindo os direitos humanos ou fundamentais como bandeiras da época e das Revoluções, estando dentre esses direitos a serem garantidos, a propriedade.

1.3.1 A Instauração do Estado Moderno e a Propriedade

O advento da Idade Moderna traz, além das mudanças de tratamento da propriedade, o surgimento dos direitos humanos ou direitos fundamentais^{67,68}, os quais incluem em seu bojo a propriedade⁶⁹.

O processo histórico do surgimento desses direitos no ordenamento jurídico, segundo Raul Machado Horta⁷⁰, pressupõe o percurso de longa trajetória, a qual tem suas raízes no pensamento e arquitetura do mundo helênico, passa vacilante por Roma Imperial e

⁶⁷ A terminologia utilizada para denominar os direitos fundamentais é alvo de inúmeras discussões doutrinárias, sendo também tratados como direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006, p. 33.

⁶⁸ Acerca do tema Antonio Enrique Pérez Luño, ressalta que “Los teóricos no han podido eliminar el halo emotivo que circunda a la expresión <<derechos humanos>>, ni sustraerse a sus implicaciones ideológicas; es más, em muchas ocasiones sus tesis se han dirigido de forma expresa a potenciarlas. Basta um somero examem de las diversas concepciones doctrinales elaboradas sobre los derechos humanos para comprobar la profunda y radical equivocidad com que há sido asumido este término.” PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. e.d. Madrid: Tecnos, 2005, p. 24.

⁶⁹ Numa evolução histórica da propriedade, pode então ser útil servir-se de uma tipologia de formas de propriedade; e nesse sentido entende John Gilissen que podem ser quatro tipos: propriedade individualista, ou seja, a sua forma mais absoluta seja a do direito romano clássico seja a do Code civil de 1804; propriedade dividida, como a dos diversos direitos reais do feudalismo; propriedade comunitária, o uso dos bens por uma comunidade: família, clã, aldeia, cidade, etc; propriedade coletivista, ou seja, a que pertence a uma grande coletividade, em geral o Estado. GILLISEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de Antonio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003, p. 635.

⁷⁰ MACHADO HORTA, Raul. **Constituição e Direitos Individuais**. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Editora do Senado Federal, a. 20, n. 79. 1983, p. 147-148.

Republicana e mais tarde retoma sua força nas idéias do Cristianismo emergente, dos teólogos medievais, do Protestantismo, do Renascimento e finalmente aflora nas idéias políticas e filosóficas dos séculos XVII e XVIII.

Ingo Wolfgang Sarlet entende que a paternidade de tais direitos é disputada entre a Declaração do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa de 1789. Entende que esta última foi a “primeira que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais”, todavia foi a partir da Declaração de 1789 que os direitos foram positivados na Constituição Francesa de 1791, sendo que a Constituição Norte-Americana de 1787 inicialmente não previa uma declaração de direitos⁷¹.

Por sua vez José Damião de Lima Trindade⁷² entende que o marco histórico do surgimento dos direitos humanos é de difícil verificação, ou seja, não há como precisar nem donde, nem onde, essa teoria teria dado o seu salto, e para se fazer uma análise da história dos direitos humanos, destaca ser necessário fixar o ponto de vista a ser adotado.

Assim sendo, se optar pelo ponto de vista filosófico, será necessário recuar às fontes remotas da Antiguidade Clássica; se religioso, é possível iniciar a pesquisa pelo menos no Ocidente, a partir do Sermão da Montanha; se for político, pode-se iniciar a partir da *Magna Charta Libertatum* que o Rei Inglês João Sem Terra foi obrigado a acatar em 1.215, e se Social, o qual segundo José Damião de Lima Trindade⁷³ envolveria todos os demais, pois aborda os reais motivos, isto é, as forças

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006, p. 33. e MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Direitos Humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2000, p. 25-27.

⁷² TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Peirópolis. 2002, p. 15.

⁷³ TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Peirópolis. 2002, p. 16-17.

sociais que interferiram na modificação e desenvolvimento dos direitos humanos na Sociedade. Fixa-se aqui a investigação no século XVIII ou na Idade Média por se entender que a Propriedade tomou nova abordagem a partir da Revolução Francesa, sob o ponto de vista de Ingo Wolfgang Sarlet.

Sob a ótica social e tendo como marco a França tem-se que os Direitos Sociais se iniciam com a Revolução Francesa, quando o feudalismo privilegiava os senhores feudais como proprietários das terras enquanto ao povo restava usar a terra numa condição escravagista, condição esta que decai com o surgimento de outra classe, a burguesia⁷⁴.

Durante essa fase além das inúmeras revoltas do povo pela mudança do regime, outros fatores interferiram para desencadear o surgimento da luta por direitos humanos, a exemplo da peste negra⁷⁵,

⁷⁴ “Burgueses”, inicialmente, era a denominação genérica dos habitantes dos “burgos”, pequenas cidades que surgiam nos cruzamentos de rotas comerciais, ou ao longo dessas rotas, às vezes fortificadas para proteger as caravanas contra os bandos de salteadores que proliferavam nas estradas naquele tempo. De modo esperável, à medida que vai crescendo passaram a aglomerar toda sorte de pessoas “livres”, isto é, que não estavam mais submetidas às glebas dos barões e bispos, porque haviam comprado essa liberdade, ou porque haviam fugido de seus senhores rurais, ou ainda porque vinham de famílias que sempre haviam-se dedicado exclusivamente a atividades artesanais ou mercantis; ou eram funcionários administrativos, advogados ou outros profissionais que não residiam há muito tempo nos feudos; ou ainda uma massa disforme de adultos sem ocupação definida ou constante e crianças que buscavam sobreviver como aprendizes nas corporações de ofícios, serviços diversos ou, simplesmente, mendigos.” TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Peirópolis. 2002, p. 24-25.

⁷⁵ A origem da Peste Negra ainda é alvo de discussão, entretanto José Damião de Lima Trindade relata que a peste teria iniciado por volta de 1.347 com os navios mercantes italianos da região do mar Negro, os quais, vindos da Mongólia e da China traziam nos seus porões ratos com pulgas contaminadas com uma moléstia terrível. Dita moléstia contaminou os ratos das cidades portuárias e das vizinhas, se alastrando por toda a Europa e matando milhões de pessoas. De acordo com Leo Huberman, “Florença perdeu 100.000 habitantes; Londres cerca de 200 por dia e Paris, 800 por dia. Na França, Inglaterra, Países Baixos e Alemanha, entre um terço e metade da população foi dizimada”. Essa peste matou cerca de 1/3 da população da Europa, e entrou para a história como um importante fator de impulsionamento da liberdade, pois com as mortes a mão-de-obra ficou escassa e os camponeses começaram a exigir mais, o que desencadeou uma série de revoltas, seja dos camponeses seja dos trabalhadores nas cidades. TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Peirópolis. 2002, p. 21-24. HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 21 ed. Rio de Janeiro: LTC. 1986, p. 49.

a revolta da burguesia⁷⁶ e a luta da igreja pela manutenção do feudalismo⁷⁷.

Em razão de sérias crises financeiras que passou a França, o Rei Luis XVI, tentou instituir de inúmeras formas o pagamento de impostos por parte dos grandes proprietários e nobres, não obtendo êxito, tentou inclusive impor medidas repressivas contra alguns nobres, o que de igual forma restou inócuo, pois a própria aristocracia bradava por seus direitos individuais (naturais), revoltando-se e começando a luta contra o absolutismo.

Em 1788 o Rei convocou os Estados Gerais (antiga Assembléia) com representantes das três ordens da população livre do país⁷⁸. Paralelo a isso as intempéries da natureza causam sérios prejuízos na safra e a busca pela exclusividade para cargos e privilégios por parte da aristocracia fomentou a revolta, fazendo surgir na burguesia, diversos grupos que passaram a se reunir e difundir idéias de igualdade e liberdade ao povo⁷⁹.

Com a convocação para os Estados Gerais, a população ficou ainda mais revoltada, pois buscava a eleição dos representantes de cada estado proporcional ao número de integrantes, o que não ocorreu, além disso, os complicados regulamentos eleitorais

⁷⁶ Esta classe ao longo do tempo foi ganhando destaque, e, aliada ao surgimento das tecnologias, do comércio e do desenvolvimento da Sociedade, o feudalismo foi desaparecendo dando origem a um novo modo de produção e organização social: o capitalismo. TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Peirópolis. 2002, p. 26.

⁷⁷ Embora o capitalismo estivesse em ascensão, reis, nobres e padres ainda persistiam em manter o antigo regime do feudalismo, marcados pela estratificação social baseada no privilégio do nascimento. TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Peirópolis. 2002, p. 26.

⁷⁸ A estrutura social da França à época era formada por três Estados: o Primeiro Estado era formado pelo clero; o Segundo pelos nobres, senhores feudais e até nobres burgueses; e o Terceiro Estado formado pela alta burguesia (banqueiros, industriais, grandes comerciantes, fornecedores do exército, etc.), pela baixa burguesia (advogados, artesãos independentes, médicos alfaiates, etc), por uma pequena burguesia rural (camponeses com terras), pela massa de trabalhadores assalariados da cidade e ainda pelo proletariado rural, o qual compreendia pelo menos 40% da população que vivia nos campos. TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Peirópolis. 2002, p. 30.

⁷⁹ TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Peirópolis. 2002, p. 35.

distorceram ainda mais a representação, tendo em vista que no Terceiro Estado, formado por mais de 90% da população só podiam votar homens de mais de 25 anos de idade e em Paris, o voto era censitário, ou seja, exigia-se que os eleitores fossem contribuintes de considerável importância, excluindo dessa forma os menos aquinhoados financeiramente⁸⁰.

Em 1789 os Estados Gerais começaram a se reunir, a crise social se intensificou, dado o grande desemprego, alta dos preços e aumento da fome. Foram inúmeras revoltas com saques a castelos e até igrejas por toda a França. O absolutismo chega ao fim, à força da burguesia representada por seus deputados e os Estados Gerais, adotam o nome de Assembléia Nacional Constituinte e em 11 de julho apresentam uma primeira versão do que em breve viria a ser a Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão.

Em Paris, após o Rei tentar em vão conter e dissolver a Assembléia Constituinte foi obrigado a recuar e a revolta se espalhou por toda a França. Em agosto, portanto, a Assembléia Constituinte adotou resoluções que acabavam definitivamente com o feudalismo e os privilégios do clero e da nobreza⁸¹.

Surge então da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada antes da redação da Constituição de 1791, sendo a mola mestra detentora dos princípios que deveriam nortear o texto constitucional, considerada segundo José Damiano de Lima Trindade “o atestado de óbito do Antigo Regime”⁸².

Extrai-se da declaração dos direitos do Homem e do Cidadão quatro direitos, a saber: a liberdade; a propriedade; a segurança e;

⁸⁰ TRINDADE, José Damiano de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Peirópolis. 2002, p. 35.

⁸¹ TRINDADE, José Damiano de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Peirópolis. 2002, p. 35.

⁸² TRINDADE, José Damiano de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Peirópolis. 2002, p. 53.

a resistência à opressão⁸³, entretanto denota-se que a propriedade somente foi abordada em um dos artigos⁸⁴ da Declaração, todavia, recebeu um tratamento protecionista e privatista, sendo o único direito qualificado como inviolável e sagrado.

De acordo com John Gilissen após a Revolução Francesa consagrou-se a deslocação da propriedade das mãos do proprietário para o tenente. Importante destacar a observação do Autor, no sentido de que a Revolução apenas consagrou o que já vinha consumado antes da Revolução, dado que a “transferência já estava realizada antes de 1789; mas a Revolução libertou apenas a terras das rendas que a oneravam”⁸⁵.

Nesse contexto impera destacar que a extinção do feudalismo já estava marcada mesmo quando este estava se estruturando, pois conforme observa Hilário Franco Junior, “mal estava completada a sua estruturação, o Feudalismo já começava a sofrer transformações”⁸⁶.

Tais fatos ocorreram em razão de que as influências sociais que culminaram com o fim do feudalismo já vinham se estruturando paulatinamente paralelas as forças que desencadearam a sua criação e implantação, ou seja, a modernidade já vinha influenciando as forças sociais que acabariam dando fim ao novo e ao mesmo tempo antigo regime.

⁸³ “Art. 2.º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão”. **Biblioteca virtual de Direitos Humanos da USP**. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. França, 26 de agosto de 1789. Disponível em: WWW.direitoshumanos.usp.br Acesso em: 05 de novembro de 2007, às 08:30.

⁸⁴ “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”. **Biblioteca virtual de Direitos Humanos da USP**. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. França, 26 de agosto de 1789. Disponível em: WWW.direitoshumanos.usp.br Acesso em: 05 de novembro de 2007, às 08:30.

⁸⁵ GILLISEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de Antonio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003, p. 645-646.

⁸⁶ FRANCO JUNIOR, Hilário. **O Feudalismo**. São Paulo: Brasiliense. 1997, p. 62.

Assim neste contexto é que a propriedade foi forjada, ante as revoluções e lutas sociais, passando a atingir novas características, que passam a se revelar a partir do Estado Moderno.

1.4 O PERCURSO DA PROPRIEDADE DO ESTADO MODERNO AO ESTADO CONSTITUCIONAL

O advento do Estado Moderno introduz na Sociedade um poder de unificação do poder político fragmentado, converge para o aperfeiçoamento de uma ordem jurídica baseada na lei e consubstanciada numa ótica individualista da Sociedade. Garante certeza e estabilidade fundamentais a racionalidade econômica e eleva a propriedade ao grau de direito fundamental, pois passou a integrar os direitos garantidos constitucionalmente.

O Estado Constitucional, de acordo com Marcelo Cerqueira, surgiu a partir da Revolução Francesa, que se desenvolveu em duas etapas: uma revolução em favor do Estado Constitucional (1789-1791) e outra revolução (1792-1794) contra o Estado Constitucional⁸⁷.

A Revolução Francesa ensaiaria, em poucos anos, diferentes sistemas políticos, como se realizasse experimentos dos modelos possíveis de democracia. Será o ponto de partida para o movimento de democratização que desde então impulsiona a história política dos povos. A Revolução Francesa fixou princípios políticos que, em seguida, se irradiaram para outros países e se mantêm permanentemente vivos: liberdade, igualdade e fraternidade⁸⁸.

⁸⁷ CERQUEIRA, Marcelo. **A Constituição na História**: origem e reforma: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan. 2006, p.

⁸⁸ CERQUEIRA, Marcelo. **A Constituição na História**: origem e reforma: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan. 2006, p.

No que tange à propriedade, até então considerada como um direito natural, inviolável e sagrado, com a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 passa a ser um direito absoluto, exclusivo, quase ilimitado⁸⁹.

Assim considerada, possui estreita ligação com a visão atomística da Sociedade, na qual o homem é senhor de si e de seus atos e ocupa especial lugar. Ao exercer seus atos, o indivíduo totalmente desvinculado dos outros indivíduos, possui autonomia de agir, o que significa ser livre, e nesse aspecto a liberdade confunde-se com a propriedade, pois ser proprietário significa ser livre.

O nexó do instituto da propriedade não se restringia à liberdade, pois recebeu prestígio tal, que outros institutos como os contratos, o regime matrimonial, foram sistematizados no Código de Napoleão como um dos diversos modos de aquisição da propriedade⁹⁰.

Assim a propriedade sob o pensamento do liberalismo⁹¹ transforma-se no mais importante dos direitos naturais, pressuposto de todos os outros. E dessa forma ingressou na codificação francesa, da qual influenciou as demais codificações liberais da época mantendo a mesma estrutura⁹².

⁸⁹ GILLISEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de Antonio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003, p. 646.

⁹⁰ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação Jurídica Complexa**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 29.

⁹¹ LIBERALISMO, de acordo com Nicola Abbagnano é “[...] a doutrina que tomou para si a defesa e a realização da liberdade no campo político. Nasceu e afirmou-se na Idade Moderna e pode ser dividida em duas fases: 1^a do séc. XVIII, caracterizada pelo individualismo; 2^a do séc. XIX, caracterizada pelo estatismo”. Entende ainda o autor que Stuart Mill, é um dos maiores representantes do Liberalismo, máxime em sua obra *Sobre a Liberdade*, a qual classifica como “uma das mais nobres e apaixonadas defesas da liberdade”. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes. 2000, p. 605.

⁹² CORTIANO JUNIOR, Erouths. **O discurso jurídico da Propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do Direito de Propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p. 95/96.

Nos séculos seguintes XIX e XX, surgem extensões a propriedade, sobretudo no domínio dos bens incorpóreos, conforme observa John Gilissen, “o que antes não podia ser objeto de propriedade passou a sê-lo, de acordo com leis cada vez mais numerosas: as marcas de fábrica, as patentes de invenção, as obras artísticas e literárias, entre outras. Formou-se, assim, uma propriedade industrial, literária, artística e científica”⁹³.

Além desse implemento nas características e formas de propriedade, as mudanças sociais passaram a influenciar sobremaneira os caracteres da propriedade, levando a evolução do absolutismo individual à noção de função social. Tal evolução adveio da contestação por toda a Europa acerca das reações provocadas pelo caráter individualista e absolutista até então impregnado à propriedade no Código Napoleônico de 1804.

Por outro lado Karl Marx inicia o discurso pelo fim das desigualdades sociais, que segundo seus escritos, eram decorrentes da má distribuição de riquezas e direitos sociais, e assim preleciona:

Revoltai-vos por querermos suprimir a propriedade privada. Mas, em vossa Sociedade atual, a propriedade privada esta abolida para nove décimos de seus membros. Ela existe precisamente porque não existe para nove décimos de seus membros. Criticai-nos pois querermos suprimir uma propriedade que pressupõe como condição necessária, que a imensa maioria da Sociedade seja desprovida de toda propriedade. Em uma palavra, criticai-nos por querermos suprimir vossa propriedade. Efetivamente, é isso que queremos⁹⁴.

⁹³ GILLISEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de Antonio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003, p. 647.

⁹⁴ MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista (1848)**. Tradução: Sueli Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: LPM. 2006, p. 51-52.

Com tais discursos Engels e Marx, sob a bandeira do comunismo, começaram a pregar a total abolição da propriedade burguesa, circunstância imprescindível para acabar com as desigualdades sociais⁹⁵.

Pierre Joseph Proudhon, por sua vez, na mesma esteira, entendia que a propriedade não era um direito natural, pois caso o fosse seria um direito de igualdade de todos, acessível a todos os indivíduos pertencentes a Sociedade, o que não se verificava, ao contrário, entendia a propriedade como um direito de exclusão⁹⁶.

E assim escreve Pierre Joseph Proudhon⁹⁷:

O proprietário, o ladrão, o opressor, o soberano – todos esses títulos são sinônimos – impõem sua vontade como lei, sem objeções ou controle; isto é, fazem o papel do poder legislativo e executivo ao mesmo tempo, [...] a propriedade engendra despotismo [...] a essência da propriedade é tão clara que, para vê-la, basta observar o que acontece à sua volta. A propriedade é o direito do uso e do abuso [...] se bens são propriedades, por que os proprietários não seriam reis, reis despóticos? [...] E se cada proprietário é um senhor soberano dentro da esfera de sua propriedade, um absoluto rei dentro de seu próprio domínio, como poderia um governo de proprietários ser outra coisa além de caos e confusão? [...]

Segundo Cássia Celina Paulo Moreira da Costa, tal concepção ganha destaque diante dos ideais da Igreja, pois:

A concepção dada a propriedade por Proudhon ganha relevo diante do ideário da Igreja pelo denominado “Catolicismo Social” ou “Socialismo Cristão” que, embora tenha ascendido somente em fins do século XIX, já havia apresentado suas manifestações

⁹⁵ ENGELS, Friedrich. **Princípios Básicos do Comunismo, outubro/novembro de 1847.** Tradução Alvaro Pena et.alii. Lisboa: Avante. 1978, p. 22.

⁹⁶ MOREIRA DA COSTA, Cássia Celina Paulo. **A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada.** Rio de Janeiro: América Jurídica. 2003, p. 34-37.

⁹⁷ PROUDHON, Pierre Joseph. **O que é a propriedade?** São Paulo: Martins Fontes. 1988, p. 266-267.

propedêuticas, por meio do movimento em favor dos operários, defendido pelo sacerdote francês Robert Lamennais⁹⁸.

Numa crítica ao legalismo, desenvolve-se o movimento social de León Duguit, segundo o qual o direito de propriedade só existe nos casos em que sua finalidade precípua fosse voltada à perspectiva social, e assim defendia:

o próprio direito de propriedade só deve ser atribuído a certos indivíduos que se encontrem numa característica situação econômica, com o poder de desempenhar livremente a missão social que lhes cabe em virtude da sua situação especial. Concebendo o direito de propriedade como um direito natural, baseado na idéia de que o homem, ao exercer o direito de desenvolver plenamente uma atividade, desfruta também do direito de se apropriar dessa atividade, chegamos conceitualmente ao comunismo; porque todo homem que trabalha deveria ser proprietário – e só o que trabalha poderia sê-lo⁹⁹.

E no mesmo texto o autor conclui que:

com a concepção da propriedade-direito-natural, surge um impasse da impossibilidade de justificar as propriedades que existam de fato, e da impossibilidade de limitar o exercício do direito de liberdade. A propriedade deve ser compreendida como uma contingência, resultante da evolução social; e o direito do proprietário, como justo e concomitante limitado pela missão social que se lhe incumbe em virtude da situação particular em que se encontra¹⁰⁰.

Nesse pensamento, o direito de propriedade, além do direito subjetivo de caráter individual, é entendido como função social, o

⁹⁸ MOREIRA DA COSTA, Cássia Celina Paulo. **A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2003, p. 35.

⁹⁹ DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone. 1996, p. 29.

¹⁰⁰ DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone. 1996, p. 29.

que pode ser constatado nas próprias palavras do autor quando afirma: “pero la propiedad no es un derecho; es una función social”¹⁰¹.

Duguit analisou as transformações da concepção de propriedade, que passou de direito individual e absoluto à função social, tendo sua influência um marco de transposição da Propriedade de cunho individualista para a Propriedade/Função Social, cujo proprietário possui não só poderes sobre a propriedade, mas também deveres.

A partir desse aflorar de idéias as cartas constitucionais passam a tratar a propriedade numa perspectiva social, estabelecendo à propriedade expressamente ou implicitamente uma função social, salvaguardando os interesses da coletividade em benefício do desenvolvimento social fundamentado em garantias que visem a efetivação do bem-estar e da justiça social.

No tocante a essa evolução da propriedade, sinteticamente reproduz Marco Aurélio S. Viana¹⁰² a ordem cronológica entre os povos ocidentais:

No momento mais antigo prevalece a propriedade coletiva. Especialmente na órbita familiar;

No mundo antigo clássico – Grécia e Roma – desenvolvem-se as formas de propriedade individual;

Na Idade Média tem-se um processo de desintegração do conceito unitário da propriedade, com o desdobramento das faculdades entre o titular do domínio e o efetivo possuidor;

Na Idade Moderna presencia-se um impulso favorável à propriedade unitária, individual e livre, acentuando-se sua fundamentação jus naturalista;

¹⁰¹ DUGUIT, Leon. **Lãs Transformaciones Del Derecho – Publico y Privado**. Tradução Adolfo G. Posada e Ramón Jaés. Buenos Aires: Editorial Heliasta, s/d, p 179.

¹⁰² VIANA, Marco Aurélio S. **Tutela da Propriedade Imóvel**. São Paulo: Saraiva. 1982, p. 11-12.

No sec. XIX ocorre o choque da concepção subjetivista e individualista com os novos movimentos de caráter coletivo, ao mesmo tempo em que o desenvolvimento tecnológico e científico vai dando lugar a novas formas de propriedade;

A propriedade, por conseguinte evoluiu ao longo dos tempos conjuntamente com a humanidade e atrelada à evolução do Estado. Conforme salientado, por vezes a doutrina entende que a propriedade seria o porquê da existência do Estado, e, por conseguinte, sua evolução culmina com a evolução das formas de Estado.

No que tange aos dias atuais, convém observar as palavras de Castan Tobeñas¹⁰³ que assim se manifesta com relação à propriedade atual;

Na época atual a tendência é humanizar o direito de propriedade individual, ressaltando sua função social e promovendo novas e harmônicas formas de propriedade pessoal e de propriedade coletiva, que salvaguardem, ao mesmo tempo a dignidade e a liberdade de cada homem e a solidariedade de todos.

Transmuda-se a propriedade, a partir do Estado Moderno, ou até mesmo, faz emergir o Estado Moderno, culminando com o surgimento da propriedade individualista, que evolui e adquire o caráter social, e atualmente caminha para uma superação de seus caracteres, juntamente com o Estado, ou ainda como fomentadora dessa atual superação de concepção de organização da Sociedade.

A propriedade é entendida por vezes como um dos temas principais que concorrem para que a Sociedade evolua e conseqüentemente evolua a própria organização social. Muitos fatores

¹⁰³ TOBEÑAS, Castan. **Derecho civil espanhol y foral**. 9 ed. Madrid: Montecorvo. 1957, p. 212.

influenciam para que tal ocorra, a exemplo da democracia, da soberania, a globalização^{104,105,106}, entre outras.

Diante disso, passa-se na continuidade da pesquisa, a tecer algumas considerações sobre a organização do Estado, bem como sua evolução, para ao final do segundo capítulo, abordar-se acerca das atuais teorias que defendem a superação do Estado Constitucional Moderno, verificando as causas que redundam na formulação desses debates e as suas conseqüências.

¹⁰⁴ De acordo com Luiz Carlos Delorme Prado, “o conceito globalização começou a ser empregado desde meados da década de 1980, em substituição a conceitos como internacionalização e transnacionalização. [...] Somente ao fim da década de 1980 e, particularmente, na década de 1990 é que o termo globalização veio a ser empregado principalmente em dois sentidos: um positivo, descrevendo o processo de integração da economia mundial; e um normativo prescrevendo uma estratégia de desenvolvimento baseado na rápida integração com a economia mundial. [...]”. Embora, destaque o autor que, o conceito de globalização não é matéria pacífica na doutrina entende que, “como todo conceito imperfeitamente definido, Globalização significa coisas distintas para diferentes pessoas . Pode-se, no entanto perceber quatro linhas básicas de interpretação do fenômeno: (i)- globalização como uma época histórica; (ii)- globalização como um fenômeno sociológico de compressão do espaço e tempo; (iii) globalização como hegemonia dos valores liberais; (iv) globalização como fenômeno socio-econômico”. PRADO, Luiz Carlos Delorme. **Globalização: notas sobre um conceito controverso**. Disponível em: www.ie.ufrj.br, acesso em 20/05/2007, às 16:24.

¹⁰⁵ Jürgen Habermas, em sua obra “A inclusão do outro”, sustenta que a Anthony Giddens, como uma dos teóricos que pioneiramente tratou de conceituar e abordar sobre o fenômeno globalização, a definiu como “o adensamento, em todo o mundo, de relações que têm por conseqüência efeitos recíprocos desencadeados por acontecimentos tanto locais quanto muito distantes. HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola. 2002, p. 138.

¹⁰⁶ Francis Fukuyama considera que a globalização representa a universalização dos valores de democracia liberal e ordem econômica baseada em princípios de economia de mercado, cujo exemplo ideal seria o modelo norte-americano. FUKUYAMA, Francis – **The End of History and the Last Man**, New York, Free Press, 1992.

CAPÍTULO 2

ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO, DEMOCRACIA, E AS TEORIAS PARA SUA SUPERÇÃO

2.1 O ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO

A formação ou surgimento do Estado Constitucional Moderno pressupõe uma evolução do Estado a partir das suas formas mais antigas de organização. Todavia, dado o objeto do presente, parte-se de uma construção a partir do Estado Moderno.

Segundo Antonio Carlos Wolkmer o Estado Moderno é oriundo de um processo histórico com início nos séculos XII/XIV, e se estendeu até o século XVIII, apresentando-se ora como Estado Absoluto (soberano, monárquico e secularizado) e ora como Estado Liberal (capitalista, constitucional e representativo)¹⁰⁷.

O Estado Liberal, explica Norberto Bobbio, se consolidou com a Revolução Francesa de 1789, e se caracterizava por apresentar a mínima intervenção do Estado, havendo supremacia constitucional e o império da lei, bem como houve a consagração do individualismo¹⁰⁸ e da tolerância. Nesse mesmo sentido, Antonio Carlos Wolkmer ainda destaca que vigorava nessa forma de Estado o princípio da soberania popular e do governo representativo¹⁰⁹.

¹⁰⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1990, p. 24-25.

¹⁰⁸ Norberto Bobbio entende que a concepção individualista, determina que o indivíduo vem em primeiro lugar, e como tal deve ser observado, ou seja, tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, que é feito para o indivíduo e não ao contrário (o indivíduo feito para o Estado). BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Capus. 1992, p. 4.

¹⁰⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1990, p. 24-25.

Essa a concepção do Estado Liberal cuja estrutura foi preparada a partir do Estado Absolutista, no qual a ordem feudal e a organização do poder¹¹⁰ na sua máxima concentração era o que predominava, opera com fatores daí absorvidos, pois se aproveita das concepções absolutistas sob outra ótica, para possibilitar a sua governamentalidade.

De acordo com José Luis Bolzan de Moraes¹¹¹, o Estado Liberal é oriundo da crítica ao Estado Monárquico Absolutista, dos séculos XVII e XVIII, no qual o rei era o soberano e exercia plenamente e sem qualquer limitação constitucional o poder. Esse poder do soberano, ou do rei era de natureza divina¹¹², e essa concentração de poder dava ao soberano direito sobre a vida, liberdade e propriedade de seus cidadãos, determinando ainda a vida econômica dos mesmos.

Para José Luiz Bolzan de Moraes, há, portanto, nessa Sociedade a inexistência de concorrência de poderes, e a monarquia detêm com exclusividade o mando sobre a vida das pessoas. E destaca que o liberalismo tem como pensadores e fomentadores: Rousseau¹¹³, Sieyès¹¹⁴,

¹¹⁰ De acordo com a definição de Norberto Bobbio: “Em seu significado mais geral, a palavra Poder designa a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode ser referida a indivíduos e a grupos humanos como a objetos ou a fenômenos naturais (como na expressão Poder calorífico, Poder de absorção). Se o entendermos em sentido especificamente social, ou seja, na sua relação com a vida do homem em Sociedade, o Poder torna-se mais preciso, e seu espaço conceptual pode ir desde a capacidade geral de agir, até a capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: Poder do homem sobre o homem. O homem é não só o sujeito, mas também o objeto do Poder social. É Poder social a capacidade que um pai tem para dar ordens a seus filhos ou a capacidade de um de um Governo de dar ordens aos cidadãos.” BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. et. al. coord. trad. João Ferreira. rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacaís. Brasília: Universidade de Brasília. 12 ed. 2004, p. 933-934.

¹¹¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 24

¹¹² DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo; Ícone. 1996, p. 47-49.

¹¹³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. 1983.

Montesquieu¹¹⁵, Diderot¹¹⁶, Voltaire¹¹⁷, Adam Smith¹¹⁸, David Ricardo¹¹⁹, John Locke¹²⁰, entre outros, sendo que todos consolidaram um balanço crítico à Sociedade absolutista-monarquista que culminou na Revolução Francesa, processo revolucionário de caráter político social que, de certa forma coincidiu com o fenômeno de caráter científico-tecnológico que foi a Revolução Industrial; ambos os eventos históricos deram origem simultaneamente, por um lado, a um novo tipo de Sociedade: a Sociedade capitalista e, por outro, a um novo tipo de Estado: o Estado Liberal¹²¹.

Em termos econômicos, verificou-se que a estrutura social do medievo se encontrava em decadência, e com isso cedia espaço para o surgimento e fortalecimento de uma nova Sociedade na qual o comércio aparece como fonte fundamental de integração. O desenvolvimento do comércio, e o patente crescimento da produção, consumo e acumulação de riquezas vão delineando o capitalismo ainda no seio da ordem feudal.

Nesse sentido Karl Marx assinalou que “[...] a ordem econômica capitalista saiu das entranhas da ordem econômica feudal. A

¹¹⁴ SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa (Qu’ est-ce que le tiers état?)**. Tradução Norma de Azevedo. Rio de Janeiro: Liber Juris. 1986.

¹¹⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachto. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

¹¹⁶ DIDEROT, Denis. **Obras I – Filosofia e Política**. Tradução Jacó Guinsburg. São Paulo: Perspectiva. 1 ed. 2000.

¹¹⁷ VOLTAIRE, François Marie Arouet Le Jeune. **Cartas Filosóficas**. Tradução Renata Maria Pereira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora. 2001.

¹¹⁸ SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Tradução Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

¹¹⁹ RICARDO, DAVID. **Princípios de economia política e tributação**. Apresentação Paul Singer e Tradução Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Abril Cultural. 1982.

¹²⁰ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. São Paulo, Abril cultural, Coleção Os Pensadores, 1973.

¹²¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 24

dissolução de uma produziu os elementos constitutivos da outra”¹²². A partir da Revolução Francesa, o patrimônio, segundo Norberto Bobbio, passou a valer mais que o indivíduo, a propriedade passa a ser o arrimo da nova Sociedade, pois segundo o autor, “a esfera da propriedade foi sempre mais protegida do que a esfera da pessoa”¹²³.

Corroborando desse entendimento tem-se Vicente Barreto explicando que o “Estado Liberal organizou-se, assim, de forma excludente; pela liberdade e igualdade, sim, mas prioritariamente dos proprietários”¹²⁴.

E assim, na era moderna, a partir da extração de mão-de-obra das colônias, inicia-se o fenômeno denominado por Norberto Bobbio de acumulação primária de capital, a qual leva a um surpreendente desenvolvimento da indústria manufatureira e à concentração de capital. Paralelo a isso, continua o autor, surge o Capitalismo Moderno, formado por uma mão-de-obra carente de tudo que “com a Revolução Industrial passa da fase manufatureira à do maquinismo”¹²⁵ e posteriormente, finaliza o autor:

o regime concorrencial leva, no fim do século XIX, a uma progressiva concentração societária do capital e ao aparecimento das Sociedades acionárias gigantes, destinadas a dominar a

¹²² MARX, Karl. **A origem do capital – a acumulação primitiva**. Tradução Walter S. Maia. São Paulo: global. 1979, p. 15.

¹²³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992, p. 123.

¹²⁴ BARRETO, Vicente. Ética, liberalismo e capitalismo. **Revista Brasileira de Filosofia**. São Paulo, v.2. fasc. 180, out/Nov/dez 1995, p. 411.

¹²⁵ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. et. al. coord. trad. João Ferreira. rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacais. Brasília: Universidade de Brasília. 12 ed. 2004, p. 1033.

produção e o mercado mundiais. Passa-se do capitalismo concorrencial ao capitalismo oligopolista e monopólico¹²⁶.

Essa na nova roupagem da economia e o tratamento à propriedade a partir da Época Moderna, surgida com a Revolução Francesa, intervém na concepção individualista da Sociedade, produto da Ideologia Liberal da Era Moderna, e faz imergir uma nova postura não intervencionista do Estado, o que se consolida a partir da Revolução Industrial e dos movimentos pela busca de direitos sociais, principalmente a partir da Constituição Mexicana em 1917 e a de Wiemar em 1919.

Cesar Luiz Pasold entende que a partir dessas duas Constituições houve uma ruptura na forma de Estado, culminando, a partir de então, com o surgimento e confirmação do Estado Contemporâneo¹²⁷. Para o autor o Estado Contemporâneo é a sexta forma de Estado¹²⁸, pois possui características peculiares que o diferenciam do superado Estado Moderno.

Paulo de Tarso Brandão¹²⁹ na mesma linha de pensamento de Cesar Luiz Pasold salienta ainda que:

[...] várias foram as circunstâncias que determinaram profundas transformações na estrutura material do Estado e que desencadearam a transformação do Estado Moderno no Estado Contemporâneo. Esses elementos foram, entre outros: a organização do capitalismo com a modificação da livre

¹²⁶ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. et. al. coord. trad. João Ferreira. rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacais. Brasília: Universidade de Brasília. 12 ed. 2004, p. 1034.

¹²⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. Florianópolis: OAB/SC Editora. co-edição Editora Diploma Legal. 3 ed. 2003, p. 57.

¹²⁸ Cesar Luiz Pasold apresenta uma classificação dos tipos históricos fundamentais de Estados até então vivenciados, com base na Teoria de Jellinek, e assim os classifica: 1º- os antigos Estados orientais; 2º- o Estado Helênico; 3º- o Estado Romano; 4º- o Estado da Idade Média; 5º- o Estado Moderno e 6º- o Estado contemporâneo. PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. Florianópolis: OAB/SC Editora. co-edição Editora Diploma Legal. 3 ed. 2003, p. 29-34.

¹²⁹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus. 2001, p. 41.

concorrência de mercado; a racionalidade do poder legal, entendido como modo de transmissão de comando concreto; os movimentos sociais que eclodiram a partir da segunda metade do século XIX, ainda no seio do Estado Moderno; e, ainda, as novas concepções que impressionaram o pensamento político.

Não se descurando de tais afirmações Paulo de Tarso Brandão, destaca o pensamento de Norberto Bobbio, que define o Estado Contemporâneo levando em consideração as passagens históricas da estrutura formal do Estado, e ressalta que houve em razão dessas alterações estruturais do Estado, além de Estado de Direito, a estrutura passa a ter conotação de Estado Social, modificando-se, por conseguinte os processos de legitimação e estrutura da administração¹³⁰.

Já para Paulo Márcio Cruz, Estado Constitucional Moderno é tratado como “gênero, do qual Estado Liberal, Estado Social, Estado de Bem Estar, Estado Contemporâneo e todas as outras denominações dadas às variações de seu âmbito de atuação são espécies”¹³¹, ou seja, há uma só matriz político-jurídica, com vários modelos que foram surgindo a partir de decisões ou necessidades ideológicas¹³².

De acordo com Norberto Bobbio, essa distinção entre as formas de Estado, é matéria por assaz controvertida na doutrina, em especial no que pertine “às relações entre a organização política e a Sociedade ou às diversas finalidades que o poder político organizado persegue nas diversas épocas históricas e nas diversas Sociedades”. Diante disso o autor, entende que essas formas de Estado são “variadas e

¹³⁰ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus. 2001, p. 53.

¹³¹ Sobre os conceitos dessas formas de Estado, ver: CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3 ed. Curitiba: Juruá. 2002, em especial p. 164-201.

¹³² CRUZ, Paulo Márcio. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado Constitucional Moderno. In: **Novos Estudos Jurídicos**. v.11. n.1. Jan-Jun. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí. 2006, p. 43.

mutáveis que podem tornar incômoda, e talvez inútil, uma completa exposição delas”¹³³.

Em que pese tal entendimento, Norberto Bobbio propõe que algumas distinções podem ser feitas levando-se em conta dois critérios principais, “o histórico e o relativo a maior ou menor expansão do Estado em detrimento da Sociedade (um critério que inclui também aquele fundado sobre as diversas ideologias)”¹³⁴

E assim com base no critério histórico Norberto Bobbio, propõe a tipologia que se pode auferir: “Estado feudal, Estado Estamental, Estado absoluto, Estado representativo”, entretanto, ressalta que essa classificação não se exaure, pois existem ainda as formas de Estados atuais, e as formas de Estados socialistas que escapam a essa classificação¹³⁵.

As mudanças nas concepções estatais perpassam a questão terminológica, colimando com transformações na Sociedade, na administração do poder público, bem como na forma de participação dos indivíduos nas decisões. Tais fatos são apontados como decorrentes das mudanças operadas no poder¹³⁶, ou seja, na soberania estatal.

¹³³ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 9 ed. 1987. p. 113.

¹³⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 9 ed. 1987. p. 113.

¹³⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 9 ed. 1987. p. 113-120.

¹³⁶ De acordo com a definição de Norberto Bobbio: “Em seu significado mais geral, a palavra Poder designa a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode ser referida a indivíduos e a grupos humanos como a objetos ou a fenômenos naturais (como na expressão Poder calorífico, Poder de absorção). Se o entendermos em sentido especificamente social, ou seja, na sua relação com a vida do homem em Sociedade, o Poder torna-se mais preciso, e seu espaço conceptual pode ir desde a capacidade geral de agir, até a capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: Poder do homem sobre o homem. O homem é não só o sujeito, mas também o objeto do Poder social. É Poder social a capacidade que um pai tem para dar ordens a seus filhos ou a capacidade de um de um Governo de dar ordens aos cidadãos.” BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. et. al. coord. trad. João Ferreira. rev. geral

Segundo Paulo Márcio Cruz, um dos pilares teóricos do Estado Constitucional Moderno, é a transformação “da capacidade de coerção em Poder legítimo. Ou seja, na transformação do Poder de Fato em Poder de Direito”, e que isso historicamente esteve vinculado ao conceito de Soberania¹³⁷.

Coadunando desse pensamento, prescreve Cesar Luiz Pasold, que o Estado Contemporâneo tem como função principal, cumprir com eficácia sua Função Social, e para isso vale-se, ou precisa valer-se do Poder, sendo que este último tem sua origem na Nação ou no Povo¹³⁸.

Esse Poder do Estado, de acordo com Norberto Bobbio, está atrelado ao conceito de soberania, e pode ser concebido de forma ampla ou restrita sendo o conceito em sentido lato intimamente ligado ao Poder Político, e em sentido estrito, com significação moderna aparece no final do Século XVI, junto com o Estado Absoluto, para caracterizar, de forma plena, o Poder estatal, sujeito único e exclusivo da política¹³⁹.

Com o advento do Estado Constitucional Moderno e o conseqüente sobrepujar do Estado Absoluto, a Soberania foi transferida da pessoa do soberano para a Nação, que de acordo com Paulo Márcio Cruz,

João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacais. Brasília: Universidade de Brasília. 12 ed. 2004, p. 933-934.

¹³⁷ CRUZ, Paulo Márcio. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado Constitucional Moderno. *In: Novos Estudos Jurídicos*. v.11. n.1. Jan-Jun. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí. 2006, p. 42.

¹³⁸ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. Florianópolis: OAB/SC Editora. co-edição Editora Diploma Legal. 3 ed. 2003, p. 60.

¹³⁹ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. et. al. coord. trad. João Ferreira. rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacais. Brasília: Universidade de Brasília. 12 ed. 2004, p. 1.179.

segue “a concepção racional e liberal defendida por pensadores como Emanuel Joseph Sieyès”¹⁴⁰.

A teoria de Emanuel Joseph Sieyès estabelece a Soberania da Nação como instrumento de legitimação para a instituição do Estado Constitucional Moderno, ao afirmar que “em toda Nação livre – e toda Nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria Nação”¹⁴¹.

Desse modo, Paulo Márcio Cruz entende que, desde seu início o Estado Constitucional Moderno teve em sua essência a manifestação da Soberania contrapondo qualquer interferência de poder externo. A consolidação do Princípio democrático, portanto, pressupôs a reafirmação da Soberania em relação às decisões internas das comunidades, proibindo qualquer interferência externa¹⁴².

Para José Eduardo Faria¹⁴³, o moderno significado de soberania é sinônimo de um Poder de mando inquestionável, supremo, inalienável, independente e exclusivo de determinada Sociedade política. Este poder é, finaliza o autor, “um poder sem igual ou concorrente, no âmbito de um território, capaz de estabelecer normas e comportamentos para todos os seus habitantes”.

A partir da Segunda Guerra Mundial, em razão de tratados, convenções e acordos envolvendo diferentes Estados, fizeram

¹⁴⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**: Divisão Jurídica. V. 41. Janeiro a Junho de 2007. Bauru: Edite. *In*. Soberania e superação do Estado Constitucional Moderno. 2007, p. 74.

¹⁴¹ SIEYÈS, Emanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**: (*Qu'est-ce que le tiers état?*). Tradução Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, p. 113-114.

¹⁴² CRUZ, Paulo Márcio. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**: Divisão Jurídica. V. 41. Janeiro a Junho de 2007. Bauru: Edite. *In*. Soberania e superação do Estado Constitucional Moderno. 2007, p. 75.

¹⁴³ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 21.

emergir no seio destes, certo déficit da sua Soberania, o que decorre da inevitável necessidade de ingressar no âmbito de uma Sociedade internacional, vinculando cada Estado a normas e obrigações externas.

Essa integração do Estado em nível internacional levou a uma crise da Soberania e crise do próprio Estado, que segundo Norberto Bobbio é verificada tanto na teoria quanto na prática. Segundo o autor, “está desaparecendo a plenitude do poder estatal, caracterizada justamente pela Soberania; por isso, o Estado acabou quase se esvaziando e quase desapareceram seus limites”¹⁴⁴.

Michael Hardt e Antonio Negri, afirmam que o “declínio da soberania dos Estados-nação, entretanto, não quer dizer que a soberania como tal esteja em declínio”, pois para os autores, as transformações contemporâneas concederam à Democracia uma nova forma, segundo eles, “composta de uma série de organismos nacionais e supranacionais, unidos por uma lógica ou regra única”. Essa lógica ou regra única, ou nova forma global, é definida pelos autores como Império¹⁴⁵, todavia alertam que esse Império não pode ser confundido com Imperialismo, pois se trata de “um aparelho de *descentralização* e *desterritorialização* do geral que incorpora gradualmente o mundo inteiro dentro de suas fronteiras abertas e em expansão”¹⁴⁶.

¹⁴⁴ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. et. al. coord. trad. João Ferreira. rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacaís. Brasília: Universidade de Brasília. 12 ed. 2004, p. 1.187.

¹⁴⁵ Sobre o conceito de Império destacam os autores: “O conceito de Império caracteriza-se fundamentalmente pela ausência de fronteiras: o poder exercido pelo Império postula um regime que efetivamente abrange a totalidade do espaço, ou que de fato governa todo o mundo “civilizado”. Nenhuma fronteira territorial confina o seu reinado. [...] O objeto do seu governo é a vida social como um todo, e assim o Império se apresenta como forma paradigmática de biopoder. Finalmente, apesar de a prática do Império banhar-se continuamente em sangue, o conceito de Império é sempre dedicado à paz – uma paz perpétua e universal fora da História”. HARDT Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 14-15.

¹⁴⁶ HARDT Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 12.

A crise que perpassa o Estado Constitucional Moderno atual, portanto, decorre das inúmeras transformações que se operam na Sociedade contemporânea, a exemplo da globalização, da transnacionalidade, dos avanços tecnológicos, entre outros. Essas transformações culminam com o surgimento de teorias que defendem a superação dessa forma de Estado, e o fazem tendo como supedâneo a Democracia, pois esta sofreu avanços tais, que se mostra imprescindível para qualquer nova reformulação de organização estatal.

Paulo de Tarso Brandão, embora não coadune da idéia de superação do Estado, entende que este vem sofrendo transformações substanciais estritamente ligadas à Democracia, chegando a afirmar inclusive, que a democracia é inerente ao Estado Contemporâneo ao lecionar: “sem democracia é impossível que o Estado possa efetivamente atingir sua finalidade social”¹⁴⁷.

Assim sendo, torna-se importante ao presente estudo verificar a influencia da Democracia enquanto paradigma do Estado Constitucional Moderno e as transformações que se operam em relação a esta para se verificar as funções e finalidades do Estado.

2.2 A DEMOCRACIA MODERNA

Em se tratando de Democracia, não raro são os escritos afirmando que a sua origem esta atrelada à experiência grega, entretanto Robert Dahl ressalta que mesmo nas Sociedades sem escrita já era

¹⁴⁷ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça.** Florianópolis: Habitus. 2001, p. 59.

possível identificar fatores que permitiram o surgimento de um regime democrático¹⁴⁸.

Por outro vértice de análise, ao tratar da Democracia, Norberto Bobbio destaca que não há como traçar um debate contemporâneo sem se ater, ainda que rapidamente, à tradição das teorias do pensamento político. E assim descreve as três grandes tradições:

a) a teoria clássica, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de Governo, segundo a qual a democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam de direitos de cidadania, se distingue da monarquia, como Governo de um só, e da aristocracia, como Governo de poucos; b) a teoria medieval, de origem romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior; c) a teoria moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado Moderno na forma das grandes monarquias, segunda a qual as formas históricas de Governo são essencialmente duas: a monarquia e a república, e a antiga Democracia nada mais é que uma forma de república (a outra é a aristocracia), onde se origina o intercâmbio característico do período pré-revolucionário entre ideais democráticos e ideais republicanos e o Governo genuinamente popular é chamado, em vez de Democracia, de república¹⁴⁹.

Luiz Felipe Miguel a esse respeito leciona que a Democracia “não era apenas forma, ou método conforme já afirmavam os atenienses, no ocidente, tornou-se o horizonte normativo da prática e do discurso políticos”. No entanto, destaca o autor, “tamanho consenso esconde profundas divergências sobre o entendimento do significado de democracia, mas é da Grécia que se herdou todo o imaginário relacionado

¹⁴⁸ DAHL, Robert. **Sobre a Democracia**. Tradução: Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília. 2001, p. 17.

¹⁴⁹ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. et. al. coord. trad. João Ferreira. rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacaís. Brasília: Universidade de Brasília. 12 ed. 2004, p. 319-320.

ao conceito de Democracia”¹⁵⁰. Foi, portanto na Grécia que insurgiu a forma mais autêntica de democracia, na qual os cidadãos participavam diretamente das decisões políticas do governo, embora nem todos participassem, dado que havia determinadas condições para que um homem pudesse participar das discussões políticas àquela época.

A Democracia, para Norberto Bobbio, é o instrumento usado para racionalizar os contrastes da Sociedade através do procedimento, evitando a violência uma vez que premiaria a dialética, fazendo valer a vontade da maioria e convertendo um inimigo em opositor. Essa conversão advém do respeito e a partir da administração das técnicas de convivência¹⁵¹.

Ainda numa definição mínima Norberto Bobbio propõe que democracia é “um conjunto de regras e procedimentos para a formação de decisões coletivas em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados” em um apuro mais exato da conceituação, tem-se para o autor que democracia é “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”. Esse conjunto de regras e procedimentos para o autor tem como fim último, promover a pacífica convivência dos grupos sociais, o que fundamenta o Estado Democrático¹⁵².

¹⁵⁰ MIGUEL, Luiz Felipe. Teoria democrática atual: esboço de mapeamento. **BIB: Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em ciências sociais**. n. 59. São Paulo: ANPOCS, 2005. p. 5

¹⁵¹ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 29.

¹⁵² ¹⁵² BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 22/30/202.

Nesse norte, afirma Arnaldo Miglino¹⁵³ que a Democracia se caracteriza por regras que instituem procedimentos, nos quais opiniões e posições são expressas e se fazem valer, como exemplo nos procedimentos eleitorais, discussões em assembléia, entre outros.

Pode-se a partir de tais considerações inferir que democracia não é tão somente procedimento, mas pressupõe a operatividade de princípios de liberdade de opinião e de expressão, ou seja, trata além da garantia de valores que difundem o poder permitindo o gozo dos direitos do homem, do procedimento, este o elemento mais importante para garantir a igualdade entre as pessoas.

Ao se tratar das características, das virtudes e dos defeitos da Democracia, Norberto Bobbio ressalta que tal não pode ser feito sem prescindir a determinação das relações entre a democracia e as formas de governo, posto que, constitui ou integra a teoria das formas de governo. Assim, como tal não pode ser analisada senão em relação às demais, pois desde que pertencente a um sistema mais amplo, a Democracia delimita a extensão desse sistema e é por ele delimitada¹⁵⁴.

O modo como o Poder do Estado era distribuído, para Hermann Heller, determinava a forma do mesmo. E caracterizava a democracia como uma estrutura de poder constituída de baixo para cima, ao contrário da autocracia que se organizava de cima para baixo, posto que na democracia vigora o princípio da soberania do povo e afirma: “todo poder estatal procede do povo”; enquanto que na autocracia predomina o

¹⁵³ MIGLINO, Arnaldo. **Democracia não é apenas procedimento**. Trad. Erica Hartmann. Curitiba: Juruá, 2006. p. 12.

¹⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 9 ed. 1987. p. 135.

princípio da soberania do soberano, ou seja, o chefe de Estado reúne em si todo o poder do Estado¹⁵⁵.

Quanto às formas de governo a serem analisadas para se caracterizar a Democracia, Norberto Bobbio destaca que a partir das grandes formações de grandes Estados territoriais, a Democracia passou a assumir um caráter diverso daquele caracterizado pelos antigos, surgindo então a Democracia Representativa¹⁵⁶.

Para Giovanni Sartori, a Democracia, enquanto regime político pode ser caracterizada pela delegação de poder dos cidadãos para seus representantes¹⁵⁷, ou seja, através dos processos eleitorais os cidadãos elegem aqueles que irão os representar na elaboração e administração das políticas do Estado¹⁵⁸.

Do conceito acima se pode observar que o autor, embora entenda que o cidadão é detentor do poder, ou titular do poder,

¹⁵⁵ “La manera como se distribuya el poder del Estado determina la forma del mismo. Esto es aplicable, en primer término, a las dos formas fundamentales del Estado. La democracia es una estructura de poder construída de abajo arriba; la autocracia organiza al Estado de arriba abajo. En la democracia rige el principio de la soberanía del pueblo: todo poder estatal procede del pueblo; en la autocracia, el principio de la soberanía del dominador: el jefe del Estado reúne en sí todo el poder del Estado”. HELLER, Hermann. **Teroria del Estado**. México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Economica. 1955, p. 265.

¹⁵⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 9 ed. 1987. p. 152-153.

¹⁵⁷ “O representante político é definido por Thomas Hobbes, como alguém que está autorizado a agir em nome daquele que possui o direito de agir. A autorização que fundamenta a relação entre representante e representado é que legitima a ação do representante. O representante, pois, não age por si mesmo, suas ações e palavras pertencem à pessoa que o autorizou a agir e falar em seu nome. Essa é a concepção de pessoa artificial construída por Hobbes e contrastada com a noção de pessoa natural. O representante pois, é denominado pessoa artificial, cujas ações são válidas somente a partir do consentimento de quem originariamente possuía o direito de agir”. HOBBS, Thomas. **Leviatã** ou a material, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução Rosina D’Angina. Consultor jurídico Thelio de Magalhães. São Paulo: Ícone. 2000, p119-122.

¹⁵⁸ “En principio la democracia – la democracia liberal – ha de definirse como un sistema político basado sobre el poder popular, en el sentido de que la titularidad del poder pertenece al *demos*, mientras que el ejercicio del poder es confiado a los representantes periódicamente elegidos por el pueblo. Por consiguiente, en electoral. [...] La democracia es un sistema pluripartidista en el que la mayoría expresada por la elecciones gobierna en el respeto a los derechos de las minorías”. SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Sao Paulo: Ática. 1994, p. 42.

deve restringir o usufruto desse poder em eleger aquele que o represente, ou seja, seu poder está restrito à escolha de representantes via processos eleitorais, e cabe aos eleitos traduzir a vontade popular.

A Democracia Representativa, por sua vez, verificada a partir da idade da restauração¹⁵⁹ apresenta diferentes modelos, que segundo Luiz Felipe Miguel podem ser classificados em: democracia liberal-pluralista; democracia deliberativa; republicanismo cívico; democracia participativa e multiculturalismo¹⁶⁰.

Numa visão mais ampla das características da democracia Robert Dahl, embora também caracterize a democracia como uma delegação de poder, ainda ressalta a importância da satisfação de outros três aspectos, quais sejam: a possibilidade de o cidadão formular suas preferências; a garantia deste manifestar livremente estas preferências e seu direito a receber, por parte do governo um tratamento equitativo, independentemente da sua escolha. Para o autor, tais aspectos redundariam em seis variáveis, que são as condições precípua para se estabelecer a democracia. Referidas variáveis são: liberdade de associação, expressão e de voto; livre competição entre os líderes políticos em busca de apoios e votos; existência de uma diversidade de fontes de informação; eleições livres e imparciais; elegibilidade para a coisa pública; existência de instituições que respeitem e garantam o poder nas urnas¹⁶¹.

De acordo com Paulo Márcio Cruz, o modelo de democracia contemporâneo tem como objetivo a persecução do bem comum, e o mecanismo responsável pela efetivação desse fim é a

¹⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 9 ed. 1987. p. 152.

¹⁶⁰ MIGUEL, Luiz Felipe. Teoria democrática atual: esboço de mapeamento. **BIB: Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em ciências sociais**. n. 59. São Paulo: ANPOCS, 2005. p. 5-7.

¹⁶¹ DAHL, Robert. **La Poliarquia**. Barcelona: Paidós. 1989, p. 35.

possibilidade dos governados escolherem seus governantes, e estes traduzirem a vontade popular sob a forma de políticas públicas¹⁶².

Com relação aos princípios do governo representativo Paulo Márcio Cruz¹⁶³ destaca:

[...] os princípios do governo representativo, tal como se conhece hoje, foram formulados inicialmente no final do século XVIII. O terceiro princípio do governo representativo está associado à expressão da opinião pública com relação aos representantes no governo. A liberdade de expressão popular acerca dos negócios públicos ocupa neste princípio um espaço privilegiado. Essa manifestação coletiva pode utilizar vias formais ou informais para atingir seus objetivos. Por um lado, existem mecanismos jurídicos, como um mandato de injunção, e instrumentos de pressão com respaldo legal, como as greves, que obrigam os governantes a negociarem com setores insatisfeitos da população. Por outro lado, existe sempre a possibilidade de se empreender manifestações públicas de insatisfação coletiva que, embora os representantes não sejam obrigados a ouvi-las ou fornecer-lhes respostas oficiais, são capazes de alterar o curso das decisões políticas na medida em que ameaçam a manutenção do poder pelos governantes.

A partir desse pensamento pode-se verificar que se trata a Democracia representativa de um instrumento de legitimação em face das injustiças sociais, e essa vontade popular em combater as injustiças deve ser manifestada coletivamente, para então se tornar um instrumento de pressão popular sobre os mandatários. A liberdade de opinião fortalece o instrumento de controle sobre os representantes por parte dos representados e a partir da evolução da articulação política dos representados, a capacidade de influenciar os primeiros aumenta gradativamente.

¹⁶² CRUZ, Paulo Márcio. **Democracia e Pós-Modernidade**. Estudos Jurídicos (UNISINOS), v. 40. São Leopoldo: UNISINOS. 2007, p. 88-99.

¹⁶³ CRUZ, Paulo Márcio. **Democracia e Pós-Modernidade**. Estudos Jurídicos (UNISINOS), v. 40. São Leopoldo: UNISINOS. 2007, p. 88-99.

Entretanto, atualmente tem sido apontado o fato de os governos democrático-representativos estarem se afastando progressivamente dos anseios da Sociedade, ou seja, de não estarem sendo responsivos à vontade popular. Nesse sentido algumas fórmulas políticas têm sido elaboradas a fim de superar as deficiências que estão sendo identificadas no governo representativo.

Dominique Leydet¹⁶⁴ registra o mal-estar pelo qual passa o sistema representativo formal na maior parte das democracias liberais questionando inclusive a representatividade dos parlamentos¹⁶⁵ na atualidade.

Por fim, verifica-se a necessidade que a operacionalização destes mecanismos de participação não se constitua em instrumento de favorecimento de grupos ou indivíduos, ou seja, que não seja explicitamente passível de manipulação. A efetividade e credibilidade são critérios indispensáveis para que uma transformação institucional, que vise capitalizar o tradicional sistema representativo, constitua-se em instrumento de reversão do quadro de crise de legitimidade que atravessa as democracias contemporâneas, e assim o surgimento de oportunidades de participação popular nas decisões políticas caracterize a reconquista da capacidade cívica dos cidadãos.

Diante da atual realidade social, a participação popular necessita e tende a ser, cada vez mais ampliada, para maior afirmação da Democracia estatal, não obstante tal participação possibilite aos administradores exercerem seu mister com opiniões mais próximas da

¹⁶⁴ LEYDET, Dominique. Crise da representação. O modelo republicano em questão. In: CARDOSO, Sérgio (Org.). **Retorno ao republicanismo**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004. p. 67.

¹⁶⁵ Sobre o parlamento ver: CRUZ, Paulo Márcio. **Parlamentarismo em Estados contemporâneos**: os modelos da Inglaterra, de Portugal, da França e da Alemanha. 3 ed. Itajaí:UNIVALI. 2007.

realidade trazida pelos representantes dos interesses coletivos. A crise que perpassa a Democracia atual conclama novas formulações de participação da Sociedade, e novas formas estão surgindo.

2.3 CRISE DA DEMOCRACIA

O Estado Constitucional Moderno atual está passando por uma série de crises de legitimidade, sendo conseqüência dos processos de globalização, fragmentação da identidade nacional e surgimento de identidades coletivas, bem como pelo esmaecimento da soberania interna em decorrência da disseminação do poder em favor das grandes construções estatais transnacionais

Entende, Norberto Bobbio¹⁶⁶, que esse processo não é definido por crise da democracia, mas entende que é um “natural processo de transformação”. Entretanto essas transformações, salienta Boaventura de Souza Santos¹⁶⁷, geram um “ambiente de incerteza, de complexidade e de caos que se repercute nas estruturas e nas práticas sociais, nas instituições e nas ideologias, nas representações sociais e nas inteligibilidades, na vida vivida e na personalidade”.

Norberto Bobbio se considera “um defensor das regras do jogo ”e argumenta que todas as alternativas experimentadas até agora, do sistema democrático representativo levaram a formas autoritárias de poder e ao invés de aprofundar acabaram inviabilizando o governo do povo. Diante disso, entende que a Democracia exercida via representante ainda é

¹⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 9-11.

¹⁶⁷ SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez. 2000, p. 258.

possível, desde que permeada dos seus requisitos essenciais como liberdade e pluralismo¹⁶⁸.

Essa crise da Democracia foi teorizada por Norberto Bobbio há mais de trinta anos atrás entretanto, a crise do sistema representativo e as transformações sociais se aprofundaram, dado os efeitos da evolução das tecnologias e pela globalização. E em que pese não ter questionado da forma como essa crise assola a Sociedade atual, já se inquiria de forma pessimista sobre as possibilidades democráticas decorrentes das tecnologias computacionais, as quais denominava de computadorcracia, alertando para o risco dessa tecnologia ter mais a propriedade de o governo controlar o povo do que o povo controlar o governo, constituindo assim, em um patente risco à democracia¹⁶⁹.

Atualmente está-se vivendo um momento no qual o mundo não pode mais ser representado de acordo com as categorias do passado. As instituições que foram referência na modernidade parecem diluir-se rapidamente e o que se observa atualmente, segundo Zygmunt Bauman¹⁷⁰, é o colapso declínio da ilusão moderna, ou seja, de que “há um fim do caminho, um *telos* alcançável da mudança histórica, um Estado de perfeição amanhã, no próximo ano ou no próximo milênio, algum tipo de Sociedade boa, de Sociedade justa (...)”.

Entretanto, essa mesma desintegração social e desconcerto intelectual são componentes a mais de um processo de

¹⁶⁸ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 71-73.

¹⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 26-31.

¹⁷⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2001, p. 37.

mudança no qual é preciso encontrar novos paradigmas a serem estabelecidos, conforme defende Vitor Alberto Danich¹⁷¹.

Afinal, como ressalta Ulrich Beck¹⁷², está se vivenciando o fim das formações de classes sociais, ocupações, papéis dos sexos, família nuclear, agricultura tradicional, entre outros, bem como a perceber a imobilidade do aparato governamental e o fim do “monopólio político das instituições e dos agentes políticos”. Busca-se, na essência, ainda segundo o autor, uma verdadeira metamorfose do Estado.

Hermann Heller, em 1928, já chamava a atenção para o perigo do desequilíbrio sócio-econômico para a Democracia¹⁷³. O autor já vaticinava que não seria possível o funcionamento do sistema representativo com as regras capitalistas liberais. Ele ponderava que a democracia política derivada da disparidade econômica entre as classes poderia ser mitigada, num primeiro momento, em países com maior homogeneidade, mas o conflito voltaria, inexoravelmente, em lugares nos quais a realidade não fosse essa.

Quanto mais numerosos forem os grupos e os círculos sociais que adotam sua segregação como castas, com requisitos aos que queiram nela ser admitidos, quanto mais efetiva é a estrutura convencional conforme a posição social em educação e ensino, quanto mais intensa for a exigência para ocuparem cargos públicos, tanto maior será a consciência da desigualdade de classes e da desigualdade política.

¹⁷¹ DANICH, Victor Alberto. **Paradigmas da globalização**. Joinville: Jornal a Notícia de 05/04/2003.

¹⁷² BECK, Ulrich. A Reinvenção da Política. *In*: BECK, Ulrich,; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. (Organizadores) **Modernização Reflexiva**: Política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: UNESP. 1997, p. 29.

¹⁷³ HELLER, Hermann. **Escritos políticos**. Madrid: alianza Universidad. 1985, p. 266.

Hermann Heller¹⁷⁴ anota que a homogeneidade antropológica é uma condição prévia à Democracia Representativa. Ele aponta que, sem certo grau de homogeneidade social, a própria homogeneidade cultural resulta impossível. Diz ainda que as esperanças das elites de que a participação do proletariado na cultura nacional será suficiente para manter dentro de parâmetros aceitáveis a formação democrática homogênea das classes despossuídas é, em grande parte, uma percepção ingênua. Segundo ele, a autêntica participação na Nação só pode ser alcançada quando todos se sentem espiritualmente participantes. Todo o resto se desfaz na mera comunidade de interesses, ou fica absorvido por ela, o autor, já antevia o crescimento do nazismo e do fascismo, alavancados pelos desequilíbrios capitalistas liberais.

A Democracia Pluralista moderna supôs, portanto, que as lutas de classes (e igualmente de raças, de nacionalidades, etc, ainda que estas sejam menos importantes e menos gerais) não superassem certo grau, com a desigualdade e a opressão material conservando-se em dimensões razoáveis, ou que a consciência dessa opressão fosse débil, com os oprimidos sem meios para combatê-la.

Maurice Duverger¹⁷⁵ entende que essa opressão material típica da modernidade, acabou por tornar-se a sua marca registrada. Pode-se especular, portanto, que eleições e novas constituições não são suficientes sem o desenvolvimento de uma nova cultura democrática que não seja só procedimento¹⁷⁶.

A cultura democrática atual está afetada pela pobreza do debate público. A discussão sobre os princípios dos sistemas políticos,

¹⁷⁴ HELLER, Hermann. **Escritos políticos**. Madrid: alianza Universidad. 1985, p. 267 sgs.

¹⁷⁵ DUVERGER, Maurice. **La democracia sin el pueblo**. Madrid: Ariel. 1980, p. 219.

¹⁷⁶ MIGLINO, Arnaldo. **Democracia não é apenas procedimento**. Tradução Erica Hartmann. Curitiba: Juruá. 2006, p.20.

das visões gerais da Sociedade e de soluções para poder lidar com problemas sociais é, normalmente, substituída por imagens pictóricas dos candidatos, com posições extremamente vagas e apelos aos motivos mais emotivos. Existe, de acordo com Carlos Santiago Nino¹⁷⁷, uma marcada falta de seriedade em todo o processo e isto faz com que os candidatos eleitos não se sintam obrigados a seguir o resultado do debate público.

O sistema adotado pelas democracias ocidentais não é menos oligárquico o plebiscitário – ou referendário, como quis De Gaule na França – ou de partido único¹⁷⁸. As democracias, como todos os regimes de governo, são conversíveis em oligarquias, já que sujeitas às “partitocracias”, às quais já se referiu anteriormente. Assim, a soberania popular não passaria de uma falácia, exercida optando-se entre oligarquias partidárias e burocráticas.

O problema da Democracia Representativa é que, quando muito funciona para autorizar, mas não para prestar contas. A única possibilidade que se tem de exigir prestação de contas é na próxima eleição. A Democracia Participativa pode ser um aporte importante para que a exigência de prestação de contas seja feita aos partidos. Mas isto é sempre dialético e obriga aos movimentos e organizações também a prestarem contas e alguns destes movimentos e organizações, deve-se reconhecer, que muitas vezes não estão em melhor situação que os Partidos Políticos.

A implantação do sufrágio universal e a destruição dos obstáculos tradicionais para o “governo do povo” não estiveram à altura das expectativas que haviam despertado. O individualismo igualitário da teoria

¹⁷⁷ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: GEDISA. 1997, p. 222.

¹⁷⁸ AYUSO TORRES, Miguel. **Después del Levitán?** Sobre el estado y su signo. Madrid Editorial: Dykinson. 1998, p.109.

democrática radical foi superado pelo Estado Coletivista moderno e pelo poder político dos grupos organizados. Ele acabou desviando-se para acabar legitimando-se em diferentes regimes autoritários e seus herdeiros atuais, defensores da participação, ainda enfrentam o dilema original: o exercício do controle popular coletivo sobre os centros de poder existentes é compatível com o intento simultâneo de dispersão do poder?¹⁷⁹.

A Democracia de hoje, segundo Antonio Carlos Wolkmer, deve atender a um equilíbrio de poderes entre os legitimados pelos votos, os legitimados por suas iniciativas de base e os legitimados por seus conhecimentos técnico-profissionais. Nenhum deles, sozinho, pode pretender ter a verdade da vontade democrática¹⁸⁰.

Os partidos políticos, se não oportunizam a participação dos três segmentos, acabam numa situação de afastamento das suas bases e os outros movimentos, caso não adotem igual postura, podem acabar enredados por um populismo sem controle, assim como os grandes movimentos corporativos profissionais, sem a necessária abertura, podem acabar em tecnocracia, que também nega a essência democrática. Hoje existem experiências, ainda incipientes, de como articular essas três legitimidades. Trata-se de desenvolver esta lógica para aportar mais experiências criativas e dinamizadoras¹⁸¹.

Para dar respostas às velhas e novas questões, é oportuno ter em conta que o fato de que as inovações tecnológicas se manifestam numa fase histórica na qual as formas tradicionais da Democracia Representativa aparecem sempre mais claramente afetadas por um distanciamento crescente dos cidadãos, manifestado,

¹⁷⁹ ECCLESHALL, Robert et alii. **Ideologías políticas**. Madrid: Tecnos. 1998, p.183.

¹⁸⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p.95.

¹⁸¹ VILLASANTE, Tomás R. **Las democracias participativas**. Madrid: Ediciones HOAC. 2001, p.147.

principalmente, através da escassa participação eleitoral. Volta assim a necessidade de uma participação não intermediada, de uma intervenção direta dos cidadãos, que pode realizar-se através das novas tecnologias¹⁸².

Provavelmente, para superar os limites da Democracia Representativa, será necessário encontrar uma complementariedade com a Democracia Participativa. É assim que escreve Boaventura de Souza Santos¹⁸³, ao predizer que a Democracia Participativa será um campo para criar “alternativas de Sociedade”.

Corroborando esse pensamento Friedrich Muller, entendendo que a Democracia somente pode subsistir, isto é, continuar viva, como processo de democratização em ampliação permanente¹⁸⁴.

Como a Democracia Representativa tornou-se vulnerável demais aos interesses do mercado econômico e político, cada vez mais juntos e promíscuos, a Democracia Participativa pode trazer outros valores de cooperação e de solidariedade. O acesso à participação democrática, num cenário mundial de civilizações em conflito e multicêntrico remete a discussão a pontos muito distantes do modelo do Estado Constitucional Moderno. São questões profundas, inquietantes, sobre o modelo da maioria e de todo o sistema de voto para expressar preferências.

Em função dessa premissa é que se deve superar definitivamente os anacrônicos métodos do Estado Constitucional Moderno. A Democracia de Minorias – ou sem minorias ou majorias – deve revelar

¹⁸² BERGALLI, Roberto & RESTA, Eligio. **Soberania: um princípio que se derrumba**. Barcelona: Ediciones Paidós. 1996, p.34.

¹⁸³ SANTOS, Boaventura de Souza. **Globalización y democracia**. Bogotá: Palestra, sd. p. 09.

¹⁸⁴ MÜLLER, Friedric. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** Porto Alegre: Unidade Editorial. 2000, p.22.

diferenças muito mais que formar bases de maioria falsas ou forçadas, hipócritas, mercenárias, fraudulentas.

Outro modelo deve transformar tendências em maiorias e relativizar os termos do Estado Constitucional Moderno.

As elites governamentais sempre se beneficiaram com a Democracia Representativa na tentativa de determinar a vontade da Sociedade. A simplificação do “sim” ou “não”.

Não há Democracia sem participação, afirma Paulo Bonavides¹⁸⁵. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a Democracia e lhe ensinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder, bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político numa Sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesses. A renovação da teoria democrática assenta, antes de mais, na formulação de critérios democráticos de participação que não confinem esta ao ato de votar. Implica, pois, uma articulação entre democracia representativa e democracia participativa. Para que tal articulação seja possível é, contudo, necessário que o campo do político seja radicalmente redefinido e ampliado.

A teoria política liberal transformou o político numa dimensão setorial e especializada da prática social – o espaço da cidadania – e confinou-o ao Estado Constitucional Moderno¹⁸⁶. Do mesmo passo, todas as outras dimensões da prática social foram despolitizadas e, com isso, mantidas imunes ao exercício da cidadania. O autoritarismo e mesmo o despotismo das relações sociais “não políticas” (econômicas, sociais,

¹⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros. 2001, p.51.

¹⁸⁶ SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez. 1995, p. 271.

familiares, profissionais, culturais, religiosas) pôde assim conviver sem contradição com a democratização das relações “sociais políticas” e sem qualquer perda de legitimação para estas últimas.

Para Boaventura de Souza Santos¹⁸⁷, a nova teoria democrática deverá proceder à repolitização global da prática social e o campo político imenso que daí resulta, permitirá encontrar formas novas de opressão e de dominação, ao mesmo tempo que criará oportunidades para o exercício de novas formas de democracia e de cidadania.

Nessa perspectiva de repensar a democracia nos últimos anos, Jürgen Habermas propõe uma crítica discursiva da democracia, na qual debate sobre a validade da construção da imagem filosófica de mundo e sua proposta de fundação de uma filosofia crítica questionadora da própria forma de existência da filosofia enquanto ciência, frente à superação da dicotomia entre teoria e práxis. Nesse aspecto a teoria Habermasiana visa ampliar as perspectivas de mudanças sociais através do debate aos caracteres instrumentais da modernização da teoria funcionalista e seu enfoque no desenvolvimento do mercado econômico, como única fonte para evolução social, construindo um modelo de interpretação da Sociedade que tem como objetivo resgatar a ação humana como centro de potencialidade das estruturas comunicativas para superação das contradições da Sociedade capitalista. O diálogo, portanto ocupa lugar no centro de sua teoria, pois defende a ação comunicativa dos atores sociais que através da interação com outros indivíduos poderiam construir uma nova visão mundial¹⁸⁸.

¹⁸⁷ SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez. 1995, p. 271.

¹⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **Cuestiones y contracuestiones**. In: BERNSTEIN, Richard. (Organizador). *Habermas y la modernidad*. Madrid: Cátedra. 1988, p. 310-312.

Para concretizar esse processo de deliberação pública Jürgen Habermas sugere uma divisão de perspectiva, focada em princípios liberais de democracia e outra nos princípios republicanos, e salienta:

[...] na perspectiva liberal, o processo democrático se realiza exclusivamente na forma de compromissos de interesse. E as regras de formação de compromissos, que devem assegurar a equidade dos resultados, e que passam pelo direito igual e geral ao voto, pela composição representativa das corporações parlamentares, pelo modo de decisão, pela ordem dos negócios, etc., são fundamentadas, em última instância, nos direitos fundamentais liberais. Ao passo que a interpretação republicana vê a formação democrática da vontade realizando-se na forma de um auto-entendimento ético-político, onde o conteúdo da deliberação deve ter o respaldo de um consenso entre os sujeitos privados, e ser exercitado pelas vias culturais; essa pré-compreensão socialmente integradora pode renovar-se através da recordação ritualizada do ato de fundação da república¹⁸⁹.

Entende, portanto, que a proposta do autor no tocante ao modelo liberal está centrada na capacidade do Estado em mediar conflitos e administrar a Sociedade sob o ponto de vista das necessidades do mercado econômico, enquanto que a visão republicana de democracia tem como pano de fundo a construção de um sistema político global centrado na capacidade de articulação da Sociedade civil.

Em face de tais proposições Jürgen Habermas formula uma terceira alternativa de organização política da Sociedade, baseada nas anteriores e constrói um sistema baseado na teoria democrática discursiva, e propõe:

[...] a teoria do discurso conta com a intersubjetividade mais avançada presente em processos de entendimento mútuo que se cumprem, por um lado, na forma institucionalizada de aconselhamentos em corporações parlamentares, bem como, por outro lado, na rede de comunicação formada pela opinião pública

¹⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 v. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 18.

de cunho político. Essas comunicações sem sujeito, internas e externas às corporações políticas e programadas para tomar decisões, formam arenas nas quais pode ocorrer a formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de temas relevantes para o todo social e sobre matérias carentes de regulamentação. A formação de opinião que se dá de maneira informal desemboca em decisões eletivas institucionalizadas e em resoluções legislativas pelas quais o poder criado por via comunicativa é transformado em poder administrativamente aplicável¹⁹⁰.

A aplicação dessa teoria sobrepõe o modelo de democracia restrito às urnas e leva a uma democracia participativa, que possibilitaria uma transição entre os procedimentos democrático-comunicativos e os de efetiva gestão do Estado, uma vez que envolvem a participação tanto dos indivíduos de políticos e gestores do Estado.

Por tudo isso, a construção de um espaço sócio-político multicultural passa por lograr que as pessoas conquistem poderes democráticos onde vivam e trabalhem, na cidade, na escola, na empresa, no escritório, para que possam decidir sobre suas necessidades e estabeleçam outros tipos de vínculos sociais. Para isso, serão necessário que, antes, se defina os novos espaços públicos e privados, nos quais se assentarão os novos poderes públicos que venham a existir no (depois do) Estado Constitucional Moderno.

2.4 TEORIAS PARA SUPERAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO

Diante dessas transformações que assolam as Sociedades atuais, em especial ao modelo de Estado, face ao

¹⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola. 2002, p. 280-281.

esmaecimento da soberania e a crise da Democracia, surgem teorias que analisam o processo de superação do Estado Constitucional Moderno, ou até mesmo a reformulação do atual sistema estatal, posto que o atual vive uma crise sem precedentes.

Embora autores como Lenio Luiz Streck¹⁹¹ defendam que a atual forma de Estado não pode ser superada por não ter o Estado Democrático de Direito ainda cumprido as ações pretendidas, outros autores a exemplo de Peter Häberle¹⁹², entendem que um Estado sem sonhos, ou sem novas utopias¹⁹³ a serem alcançadas não tem mais razão de ser e por isso acredita que está se vivenciando outra forma de Estado, mas sem se descurar das características ou anseios do Estado superado.

Lenio Luiz Streck¹⁹⁴ entende que a noção de Estado Democrático de Direito está,

Indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. Mais que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas

¹⁹¹ Sobre esse pensamento ver: STRECK, Lenio Luiz. **Heremênutica Jurídica e (em) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5 ed. Porto alegre: Livraria do Advogado. 2004, p. 34-54.

¹⁹² HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Proceso Constituyente. Derechos fundamentales. Dignidad humana. Libertad cultural. Trabajo y propiedad. Interpretación y comparación de textos constitucionales. Influencias en América. Reforma de la Contitución. Estado Constitucional cooperativo. Traducción: Héctor Fix-Ferrero. Buenos Aires: Astrea. 2007, p. 448-454.

¹⁹³ Sobre utopias assim se manifesta Peter Häberle: “Las utopías constituyen un género literario y una forma científica y artística indispensables con el fin de asegurarse a uno mismo, en parte como legitimación, en parte como crítica. Las utopías ofrecen a los seres humanos unas veces experiencias y otras esperanzas, pues están fundamentadas iantropológicamente”. HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Proceso Constituyente. Derechos fundamentales. Dignidad humana. Libertad cultural. Trabajo y propiedad. Interpretación y comparación de textos constitucionales. Influencias en América. Reforma de la Contitución. Estado Constitucional cooperativo. Traducción: Héctor Fix-Ferrero. Buenos Aires: Astrea. 2007, p. 451.

¹⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Heremênutica Jurídica e (em) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5 ed. Porto alegre: Livraria do Advogado. 2004, p. 39.

anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e garantia dos direitos humanos fundamentais.

O referido autor entende que, em que pese serem essas as funções da atual forma de Estado, ele ainda não atingiu todas as metas a que se propôs, máxime ao se referir ao Brasil, e diante disso, não há como se falar em superar tal concepção, pois a mesma somente poderia ser superada após ter atingido todos os fins a que se destinava¹⁹⁵.

Por outro norte Peter Häberle entende que, embora o Estado atual não tenha atingido todos os objetivos propostos, ou seja, que nem todas as Nações conseguiram garantir os direitos sociais ou fundamentais, novas utopias necessitam surgir para impulsionar o normal desenvolvimento da humanidade¹⁹⁶.

Ressalta o autor que as utopias são imprescindíveis ao desenvolvimento do direito e do próprio Estado, pois estimulam um desenvolvimento constitucional frutífero à medida que nutrem esperanças de melhor garantir direitos e os novos anseios da Sociedade. Para tanto exemplifica o autor que o Estado Social de Hermann Heller¹⁹⁷ o era em 1930, e que atualmente já não o é, assim como entende que existem utopias positivas e negativas, entretanto destaca que ambas são necessárias, a medida que as positivas angariam melhoras ao Estado

¹⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (em) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5 ed. Porto alegre: Livraria do Advogado. 2004, p. 21-32.

¹⁹⁶ “Puesto que la historia enseña que el Estado constitucional, en especial, se ha convertido en “conquista cultural” también gracias a las utopías, las “fantasías”, las “visiones” y sueños de sus clásicos, debe haber apertura en lo futuro para nuevas utopías o para las utopías clásicas transformadas como “catalizadores” o “fermentos”. [...]”. HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Processo Constituyente. Derechos fundamentales. Dignidad humana. Libertad cultural. Trabajo y propiedad. Interpretación y comparación de textos constitucionales. Influencias en América. Reforma de la Contituición. Estado Constitucional cooperativo. Traducción: Héctor Fix-Ferrero. Buenos Aires: Astrea. 2007, p. 451-455.

¹⁹⁷ “. HELLER, Hermann. **Teroria del Estado**. México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Economica. 1955.

enquanto que as negativas propiciam experiências que de igual forma fornecem subsídios para concretizar as melhoras almejadas¹⁹⁸.

Ricardo Sidicaro¹⁹⁹ leciona que a crise do Estado pode ser definida a partir de diferentes dimensões empíricas, que comprovam a debilidade de suas capacidades políticas e administrativas imprescindíveis para realizar suas funções normais. Trata da debilidade do poder legislativo baseado na deterioração do poder legislativo e na escassa racionalidade e idoneidade para tratar das questões a ele inerentes, o mesmo verifica ocorrer nas funções de justiça, que perde autoridade na preservação da defesa dos direitos adquiridos, e ainda a crise das funções estatais de polícia, quando deixam de assegurar níveis normais de proteção das pessoas, da propriedade e da ordem pública. O Estado não supre mais as suas metas legais e sociais, enumerando algumas como falta de garantia da saúde, higiene pública, educação, política social, controle migratório, máxime ao se tratar da soberania nacional e ainda a falta de organização das capacidades militares para defesa do território, e controle fiscal²⁰⁰.

¹⁹⁸ Sobre a importância das utopias assim se manifesta Peter Häberle: “Las utopías pueden, e incluso deben, “desasosegar” a los seres humanos; y lo mismo es válido para el Estado constitucional. Pero también lo pueden “tranquilizar” porque y en la medida en que sean satisfechos por él y lo confirmen en su libertad de pensamiento. Téngase presente el mandato de la “dignidad humana”, alguna vez utópico, así como su centenaria historia cultural y su actual *idealidad y realidad* en el Estado constitucional”. HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Proceso Constituyente. Derechos fundamentales. Dignidad humana. Libertad cultural. Trabajo y propiedad. Interpretación y comparación de textos constitucionales. Influencias en América. Reforma de la Constitución. Estado Constitucional cooperativo. Traducción: Héctor Fix-Ferrero. Buenos Aires: Astrea. 2007, p. 454.

¹⁹⁹ Ricardo Sidicaro analisa em sua obra a crise do Estado a partir da situação da Argentina, entretanto, conforme se verifica no presente trabalho, a crise estatal que esta se vivenciando atinge os Estados Nacionais de forma geral.

²⁰⁰ Assim escreve o autor: “Desde la perspectiva conceptual expuesta, cabe definir la crisis del Estado a partir de distintas dimensiones empíricas que manifiestan la pérdida o debilitamiento de las capacidades políticas, burocráticas y administrativas necesarias para realizar normalmente las funciones sistematizadas en la caracterización de Weber. En las funciones legislativas se puede observar la crisis cuando se deteriora el respeto a la división de poderes o cuando los cuerpos legislativos revelan escasa racionalidad e idoneidad. La función de la justicia evidencia su crisis cuando pierde autoridad para preservar la defensa de los derechos adquiridos. La crisis de las funciones estatales de policía se reconocen en la declinación de los niveles normales de protección de la seguridad de las personas, de la propiedad y del orden público. Las funciones de los estados encargadas de la salud, la higiene pública, la educación,

Por fim, destaca, o autor, que essa crise leva à necessidade de realização dessas funções estatais à esfera privada, o que agrava as deficiências do Estado²⁰¹.

Ainda sobre a crise dos Estados, Sabino Cassese, leciona que tal discussão remonta o início do século XX, surgindo as primeiras ponderações a respeito com a aparição dos organismos potentes que colocaram em dúvida a soberania interna do Estado, tais como sindicatos e grupos industriais, e sucessivamente indicaram o progresso dos poderes públicos internacionais e acabaram, embora instituídos pelos Estados individualmente, sobrepujando seus poderes²⁰².

Afirma ainda o autor, que a crise do Estado, perpassa uma teoria que defende o fim do Estado, “adotada em anos recentes para indicar a diminuição das atividades estatais, com as privatizações e a delegação, aos particulares, de entidades anteriormente estatais”, entretanto alega o autor que tal não se verifica, ao contrário, novos paradigmas estão surgindo para que os Estados passem por uma reformulação²⁰³.

la política social, para limitarnos a la enumeración weberiana, por cierto ampliable registran crisis al no alcanzar las metas estimadas, legal y socialmente, como normales. [...]”.SIDICARO, Ricardo. **La crisis del Estado**: y los actores políticos y socioeconómicos en La Argentina. 1 ed. Buenos Aires: Eudeba. 2003, p. 10-15.

²⁰¹ “[...] las situaciones de crisis del Estado presentan entre sus datos observables más simples el hecho de que algunas de las funciones no realizadas por los aparatos burocráticos públicos pasan a ser asumidas por actores o asociaciones permanentes o temporarias creadas en la sociedad civil. [...]”. SIDICARO, Ricardo. **La crisis del Estado**: y los actores políticos y socioeconómicos en La Argentina. 1 ed. Buenos Aires: Eudeba. 2003, p. 11.

²⁰² CASSESE, Sabino. **La crisis del Estado**. 1 ed. Traducción Pascual Caiella y Juan González Moras. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2003, p. 31.

²⁰³ Nesse sentido afirma o autor: “Existe, luego, otra acepción, aunque más semántica, de la fórmula. Ésta indica la crisis del término Estado, que se ha alargado hasta definir demasiadas entidades y, por ello, devenido, como todo término polisémico, inservible. Finalmente, la expresión fue adoptada en los años recientes para indicar la disminución de las actividades estatales, con las privatizaciones y la delegación, a manos de particulares, de entidades anteriormente estatales”. CASSESE, Sabino. **La crisis del Estado**. 1 ed. Traducción Pascual Caiella y Juan González Moras. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2003, p. 31.

Não se descurando dos aspectos históricos, e dos fenômenos que levaram a formulação do Estado Constitucional Moderno, a exemplo da Revolução Francesa, na qual a luta pelos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade foi o marco do Estado Moderno, atualmente, principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, a luta pauta-se para a Soberania dos Estados Nacionais. Tal situação decorre da atual organização dos Estados em comunidades internacionais, via das quais se vinculam a obrigações externas, seja por conta de tratados bilaterais, convenções, ou atos internacionais, e, por conseguinte debatem-se para conciliar a sua Soberania²⁰⁴.

Essas alianças externas firmadas entre diferentes Estados confluem para um grande debate dos teóricos que explicam suas teses com base no pensamento dos filósofos clássicos, aduzindo que estes já previam que o mundo caminha em direção do Estado Universal^{205,206}.

Peter Häberle²⁰⁷ por sua vez, preconiza o Estado Cooperativo, sucedâneo ao Estado Constitucional Moderno, o qual, para o

²⁰⁴ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá. 2001, p. 247.

²⁰⁵ Nesse sentido tem-se o pensamento de Immanuel Kant, que em sua Paz Perpétua preconizava o Estado Universal. KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 1995, p. 70. Mais recentes comentários também: NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2004 e SAINT-PIERRE, Abbe. **Projeto para tornar perpétua a paz na Europa**. Tradução de Sérgio Duarte. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2003.

²⁰⁶ Para uma verificação mais profunda ver: MARTINS, Ives Gandra. **O direito do Estado e o Estado de direito**. São Paulo: J. Bushatsky, 1977. E em recente a reafirmação dessa doutrina Ives Gandra: "Hoje, com a Constituição européia, que principia a ser referendada pelos 25 países da comunidade, tem-se o gérmen de tal Estado, visto que não só seus seis órgãos de administração supranacional (Parlamento europeu, comissão, conselho, Tribunal de Contas, Tribunal Europeu e Banco Central) como o próprio direito comunitário prevalecem sobre o direito nacional no que diz respeito aos interesses comuns. Tenho dito, há anos, que a União Européia já não é mais uma confederação de países, mas uma federação deles, experiência inédita na história mundial." (Falas Presidenciais. Folha de São Paulo, São Paulo, 05 de maio - 2005, p. A3). Sobre a discussão em torno do reconhecimento de uma Constituição para a Europa vide: CANOTILHO, J. J. Gomes. **A Constituição européia: entre o programa e a norma**. Disponível em: www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/canotilhon.pdf. Acesso em: 10 de janeiro de 2008.

²⁰⁷ HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro Del Estado constitucional**. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998.

autor, deita suas raízes na Revolução Francesa, e a partir de seus princípios é que surge uma nova formulação estatal, ou seja, para Häberle, assim como não se pode voltar ao passado, não há como se avançar para uma nova realidade renunciando todas as conquistas e princípios que fundamentaram o presente²⁰⁸.

O Estado Constitucional Cooperativo proposto por Peter Häberle²⁰⁹ pressupõe a participação dos demais Estados Nacionais na formulação de seus princípios e regras, para tanto propõe ainda um novo método de interpretação constitucional, o comparativo, através do qual o intérprete teria como marco metodológico as demais Constituições, tendo em vista que se apresenta como a via mediante a qual as diversas Constituições podem se comunicar entre si, possibilitando que se adquira para cada uma e todas elas uma maior eficácia, e assim a conformação do tipo único de Estado, o Estado Constitucional Cooperativo²¹⁰.

Novas reformulações para superar a questão do esmaecimento da Soberania em face da internacionalização dos Estados,

²⁰⁸ Nesse sentido afirma Häberle: "Los derechos del hombre y su fundamento, a dignidad humana (desde Kant y Schiller), la separación de poderes(Locke y Montesquieu), así como la democracia (gracias a Rousseau y al Federalista) conforman barreras culturales que no permiten el paso atrás y fundan elementos básicos de cualquier avance constitucional hacia el futuro". HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad**: 1789 como historia, actualidad y futuro Del Estado constitucional. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998, p. 87-92.

²⁰⁹ HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura**. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000, p. 159 e sgs; HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad**: 1789 como historia, actualidad y futuro Del Estado constitucional. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998. p. 160-161; HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002. p. 109; HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. Sociedade aberta de intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., 1997, p. 13; HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Proceso Constituyente. Derechos fundamentales. Dignidad humana. Libertad cultural. Trabajo y propiedad. Interpretación y comparación de textos constitucionales. Influencias en América. Reforma de la Constitución. Estado Constitucional cooperativo. Traducción: Héctor Fix-Ferrero. Buenos Aires: Astrea. 2007, p. 162.

²¹⁰ Importante destacar que a teoria do autor, vale-se como pano de fundo os Estados Europeus, assim sendo parte de um pressuposto já caracterizado, qual seja, uma comunidade internacional (União Européia).

não é o único objetivo ou “utopia” almejado pela atual realidade estatal, pois, conforme observa Paulo Márcio Cruz²¹¹:

Os avanços tecnológicos se produzem, como nunca, a uma velocidade vertiginosa. O que valia há algum tempo atrás, agora parece inservível. Deve-se ressaltar que a globalização se manifesta de forma diferente conforme as pessoas, grupos ou situações. Para alguns, é um processo apaixonante e vivem com otimismo o presente, tratando de situar-se na nova ordem e de rentabilizar todas as oportunidades oferecidas. Outros se encontram desorientados e desnordeados diante de mudanças tão rápidas e olham com receio o presente, que parece apontar para um futuro incerto. Finalmente há quem contempla com medo o presente e o futuro e busca segurança tentando voltar a um passado que já não existe, com o risco constante de voltar-se para posições anacrônicas, obsoletas.

Essas realidades e receios que assolam os indivíduos levam às discussões acerca da falta de condições do Estado Constitucional Moderno dar respostas precisas e seguras que garantam a tranquilidade da Nação quanto ao futuro democrático da humanidade, e que o Poder Público seja capaz de encarar e superar essas mudanças sem esmaecer.

A crítica situação que vive a Sociedade atual e a crise democrática leva a descrença ao Estado, verificando-se, por conseguinte debates e correntes, em especial a anarquista²¹², que defendem o fim do Estado.

²¹¹ CRUZ, Paulo Márcio. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado Constitucional Moderno. *In: Novos Estudos Jurídicos*. v.11. n.1. Jan-Jun. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí. 2006, p. 42.

²¹² Anarquismo, para Nicola Abbagnano é a “doutrina segundo a qual o indivíduo é a única realidade, que deve ser absolutamente livre e que qualquer restrição que lhe seja imposta é ilegítima; de onde, a ilegitimidade do Estado. Costuma-se atribuir a Proudhon (1809-65) o nascimento do anarquismo. Sua principal preocupação foi mostrar que a justiça não pode ser imposta ao indivíduo, mas é uma faculdade do eu individual que, sem sair do seu foro interior, sente a dignidade da pessoa do próximo como a sua própria e, portanto, adapta-se à realidade coletiva mesmo conservando a sua individualidade. [...]”. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes. 2000, p. 59.

Defendendo a impossibilidade de tal fato ocorrer, Dalmo Dalari, explica que no presente não existem elementos que confluam ou possibilitem afirmar ou supor que o mundo caminha para a extinção do Estado, além do que, para ele, um mundo sem estados não é razoável, e se mostra apenas como utopia sem qualquer fundamento na realidade²¹³.

Boaventura de Souza Santos²¹⁴, ao se referir à crise da democracia que vem assolando a Sociedade atual, segue a corrente que defende a teoria de superação democrática do Estado Constitucional Moderno e propõe, a partir da internacionalização da democracia, a construção político-jurídica-estatal, fundamentada em um novo contrato social que preserve o espaço público da Sociedade mundializada²¹⁵.

As teorias contratualistas do Estado Moderno, entende Niklas Luhmann, não mais sustentam as reflexões atuais, seja com relação ao conceito de Estado, seja com relação aos objetivos desse estado a ser superado, daí a necessidade de se discutir novas teorias que reflitam a realidade atual²¹⁶.

No que tange a essa proposta de um novo Contrato Social, Paulo Marcio Cruz entende que um novo Contrato Social diferia muito do Contrato Social Moderno, pois seria muito mais inclusivo, tendo em vista que iria abranger também a natureza e a ecologia, entretanto

²¹³ DALARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 95

²¹⁴ SOUZA SANTOS, Boaventura. **Reinventar La democracia, reinventar El estado**. Madrid: Sequitur. 1999, p. 29.

²¹⁵ O contrato social proposto pelo autor deve ser muito diverso daquele proposto na modernidade. Deveria, segundo ele, ser mais inclusivo que englobe, não so todos os homens e grupos sociais, mas também a natureza. Deve ainda ser um contrato cuja inclusão deve ser promovida segundo critérios tanto de igualdade como de diferença e, que o objetivo final seja a construção do espaço-tempo da deliberação democrática. E, por ultimo, o novo contrato não se baseia numa evidente distinção entre Estado e Sociedade, entre economia, política e cultura ou ente publico e privado: a deliberação democrática não tem sede nem forma institucional específicas. SOUZA SANTOS, Boaventura. **Reinventar La democracia, reinventar El estado**. Madrid: Sequitur. 1999, p. 29.

²¹⁶ LUHMANN, Niklas. **Teoria política en el estado de bienestar**. Madrid: Alianza. 1993, p. 150.

entende que seria preciso por em ação quatro novos pré-contratos, que seriam os pilares da Democracia Internacionalizada, e seriam eles:

[...] um pré-Contrato Social para erradicar a pobreza; um pré-Contrato Social Ambiental para preservar o meio ambiente, um pré-Contrato Social Cultural para garantir educação a todos ao longo da vida e um pré-Contrato Social Ético que volte a dar sentido e perspectiva à aventura humana²¹⁷.

Esses quatro pré-Contratos Sociais, para o autor, ao final formariam um “Contrato Social global” que seria capaz “de prever toda uma série de elementos complexos, próprios do momento atual em que se vive”²¹⁸.

Além dessa idéia de um novo Contrato Social, Paulo Márcio Cruz, entende que para uma verdadeira superação do Estado Constitucional Moderno, mister se faz profundas reformas dos fundamentos do capitalismo, em especial, o capitalismo moderno necessita de uma democratização, pois neste residem as bases para essa superação²¹⁹.

No mesmo raciocínio Boaventura de Souza Santos, entende que o atual sistema é fruto do capitalismo industrial transnacional, que integra em si tanto setores pré-industriais, como pós-industriais, e assim a utopia de uma Sociedade mais justa e igualitária, enquanto utopia é tão necessária quanto o próprio capitalismo²²⁰.

²¹⁷ CRUZ, Paulo Márcio. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado Constitucional Moderno. In: **Novos Estudos Jurídicos**. v.11. n.1. Jan-Jun. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí. 2006, p. 43.

²¹⁸ CRUZ, Paulo Márcio. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado Constitucional Moderno. In: **Novos Estudos Jurídicos**. v.11. n.1. Jan-Jun. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí. 2006, p. 43.

²¹⁹ CRUZ, Paulo Márcio. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado Constitucional Moderno. In: **Novos Estudos Jurídicos**. v.11. n.1. Jan-Jun. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí. 2006, p. 44.

²²⁰ SOUZA SANTOS, Boaventura. **Pela mão de Alice: o social e o político nas pós-modernidade**. São Paulo: Cortez. 1995, p. 277.

Assim sendo, para uma efetiva superação do Estado Constitucional Moderno, Paulo Márcio Cruz, destaca que a democracia também precisa de uma nova concepção, e assim propõem o autor os conceitos das Democracias: Ecológica²²¹; a Ciberdemocracia ou Democracia eletrônica²²²; Econômica²²³.

A teoria sustentada por Paulo Márcio Cruz, entende que a democracia desde que amparada nesses alicerces, seria o arrimo para superar as diferenças que surgirão com a Sociedade globalizada. A par disso, destaca que “a aceitação ou não de uma soberania da comunidade política internacional constitui uma verdadeira prova de fogo para a consolidação de uma concepção pós-moderna de Democracia”²²⁴.

²²¹ “Diz-se democracia ecológica ao direito a entender, a participar, a poder apresentar reclamações e a ser atendidos a todos os que participam do debate ambiental: a população, os grupos comunitários, os defensores do meio ambiente, os empresários, os trabalhadores e empregados, os governos e os representantes eleitos e todos os representantes de segmentos sociais”. CRUZ, Paulo Márcio. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado Constitucional Moderno. *In: Novos Estudos Jurídicos*. v.11. n.1. Jan-Jun. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí. 2006, p. 45.

²²² “Um dos desafios impostos ao novo Estado que surgiria da superação do Estado Constitucional Moderno seria a democratização dos meios de comunicação, que hoje estão a serviço, muitas vezes, de interesses escusos. O novo Estado estaria conectado com as possibilidades originadas com o surgimento da telefonia, da televisão digital, da informática e do conjunto de novos mecanismos de comunicação a distância. A “ciberdemocracia” poderia ser experimentada e outras formas de participação e mecanismos representativos poderiam ser propostos. Atualmente é muito fácil organizar consultas rápidas à população sobre temas de interesse imediato e que requeiram um pronunciamento de relativa urgência. Plebiscitos e referendos não teriam porque serem casos excepcionais na vida social e política. Ao menos tecnologicamente já não há mais desculpas. O novo Estado deverá ter nos meios de comunicação um de seus principais instrumentos de exercício democrático, e não o contrário, como se pode observar atualmente”. CRUZ, Paulo Márcio. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado Constitucional Moderno. *In: Novos Estudos Jurídicos*. v.11. n.1. Jan-Jun. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí. 2006, p. 45.

²²³ “[...] a criação de novas instituições internacionais ou mundiais democráticas capazes de regular e controlar com efetividade a atividade econômica e financeira dos mercados deverá ajudar a ajustar a padrões humanitários esse grande cassino em que se converteu o atual mercado financeiro.” CRUZ, Paulo Márcio. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado Constitucional Moderno. *In: Novos Estudos Jurídicos*. v.11. n.1. Jan-Jun. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí. 2006, p. 48.

²²⁴ CRUZ, Paulo Márcio. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado Constitucional Moderno. *In: Novos Estudos Jurídicos*. v.11. n.1. Jan-Jun. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí. 2006, p. 55.

Há evidências, portanto, para a superação de um dos modelos de Estado, ou seja, do atual Estado Constitucional Moderno, pois não é escopo do presente trabalho discutir o fim do Estado, mas tão somente analisar os fatores que refletem mudanças no espaço público nacional e transnacional.

E finalizando, acrescenta Paulo Márcio Cruz que os “destinos da Democracia e do Estado estão intimamente ligados, porque ambos implicam o que de essencial tem a humanidade: a aspiração por liberdade, por justiça e o poder criativo da consciência coletiva”²²⁵.

Por conseguinte, têm-se as teorias que tratam da superação do Estado Constitucional Moderno, destacam as transformações vivenciadas pela atual formulação de Estado, e as antigas teorias que fizeram emergir e a conclusão de que essa forma de estado não responde mais aos anseios da Sociedade, máxime aos anseios capitalistas.

Nesse contexto, conforme já anunciado no primeiro capítulo do presente trabalho, a propriedade é fator que muito contribui para que essa evolução ou transformação ocorra, senão for a propriedade a mola propulsora das atuais transformações, dado o caráter transnacional que auferiu.

A propriedade, além do caráter privado garantido constitucionalmente, apresenta na atual conjectura, diversos caracteres, ora emergindo com o caráter de função social, ora coletivo, e mais recentemente com o caráter transnacional, no qual se inclui a inserção social. Assim sendo, é sobre esses novos caracteres da propriedade ou novos paradigmas da propriedade que se dedicará o terceiro capítulo, tendo

²²⁵ CRUZ, Paulo Márcio. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado Constitucional Moderno. *In: Novos Estudos Jurídicos*. v.11. n.1. Jan-Jun. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí. 2006, p. 55.

em vista a crise do Estado frente às transformações mundiais, em especial as múltiplas organizações em múltiplos níveis estatais.

CAPÍTULO 3

OS NOVOS APORTES TEÓRICOS DA PROPRIEDADE

3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Tendo até então se abordado sobre as bases históricas da propriedade e do Estado, bem como os caracteres e teorias que tratam da crise do Estado, da crise da Democracia, da crise da Soberania, e das teorias que abordam a superação do Estado Constitucional Moderno, e considerando ainda, o objeto de análise do presente estudo, passa-se a verificar os novos aportes teóricos da propriedade frente às novas realidades da Sociedade.

Salienta-se que os temas sobre as crises e fatores que assolam o Estado Constitucional Moderno serão constantemente trazidos ao debate, tendo em vista estarem intimamente ligados às transformações que se operam no campo do instituto da propriedade.

Conforme esboço histórico traçado no primeiro capítulo, a propriedade a partir do Estado Moderno, em especial após Revolução Francesa, também chamada pelos socialistas, como adverte Norberto Bobbio²²⁶, de Revolução Burguesa, alcançou a categoria de direito nuclear da era Moderna em seu contexto jurídico e político.

Essa nova forma de Estado adverte Ricardo Aronne, “exige uma nova gama de direitos fundamentais, que, ao contrário de

²²⁶ “Quanto à propriedade, que o último artigo da Declaração considera um “direito inviolável e sagrado”, ela se tornará o alvo das críticas dos socialistas e irá caracterizar historicamente a Revolução de 1789 como revolução burguesa”. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992, p. 94.

anteriormente, quando visavam apenas à garantia de liberdades individuais, garantam direitos sociais e difusos”²²⁷.

Continuamente, de acordo do Fernanda de Salles Cavedon, na Época Contemporânea surge uma revisão da postura não intervencionista do Estado, e, por conseguinte, emerge a “contestação da propriedade marcadamente individualista, produto da Ideologia liberal da Época Moderna”²²⁸.

A partir da inclusão, nos textos constitucionais, dos direitos sociais, e, por conseguinte do comprometimento dos Estados em garantir tais direitos, eclodiu uma reformulação da propriedade privada, que a partir de então se compromete com o interesse público, através de limitações das liberdades individuais.

Nesse sentido adverte Raimundo Alves de Campos Júnior que “a função social é um princípio que age dentro do próprio conteúdo do direito de propriedade, razão pela qual não pode ser confundida com as limitações externas”, as quais finaliza o autor, “são restrições posteriores à constituição do direito”²²⁹.

Corroborando Francisco Garrido Peña entende que além da função social, à propriedade aliam-se outras preocupações e ponderações, tais como a preservação ambiental, ou seja, o proprietário deve usar, gozar e dispor (poder) de sua propriedade de modo que não

²²⁷ ARONNE, Ricardo. **Por Uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados**: das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar. 2001, p. 422.

²²⁸ CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visualbooks. 2003, p. 22.

²²⁹ CAMPOS JUNIOR, Raimundo Alves de. **O conflito entre o Direito de Propriedade e o Meio Ambiente**: e a questão da indenização das áreas de preservação florestal. 4.ed. Curitiba: Juruá. 2008, p. 152-153.

cause perigo à liberdade dos demais indivíduos (dever), ou às condições ecológicas do meio ambiente²³⁰.

Noutro viés, porém com a mesma perspectiva, o comércio mundial não mais reconhece fronteiras geográficas, tão pouco respeita as particularidades locais, os territórios físicos, quando o assunto é internet. Cedem-se espaços aos endereços eletrônicos na internet violando-se os limites proprietários, em especial no que pertine a propriedade intelectual²³¹.

Neste contexto Luiz Otávio Pimentel²³² destaca não ser difícil encontrar “mega-empresas com mais capitais acumulados que o PIB de muitos países”, com filiais instaladas em diversos continentes, com mercados fornecedores de mão-de-obra barata, de onde remetem seus “lucros e royalties para as respectivas matrizes no exterior, obviamente situadas em países considerados desenvolvidos, como Estados Unidos, Reino Unido, Alemanha, França, Itália, Suíça e Japão”.

A Propriedade Industrial no âmbito da Organização Mundial do Comércio asseguram aos Países do Norte a manutenção do monopólio tecnológico e da exclusividade dos mercados onde atuam, com base em acordos Internacionais. A proteção à propriedade imaterial, oriunda da criatividade e inventividade humana, poderá ocorrer por

²³⁰ “La propiedad privada es una institución que esta íntimamente vinculada con el concepto del sujeto moderno y la representación de la libertad como ilimitada, característica también de la modernidad. Aquello que se tiene en propiedad se puede gozar y usar sin límites, sin más límites que la voluntad del propietario. Las libertades de los otros y los recursos naturales se ven amenazados por una institución que hace de cada propietario un soberano y un déspota. Es necesario pues limitar esta institución hasta la línea en que ponga peligro las libertades de los otros o las condiciones ecológicas de reproducción de la vida”. PEÑA, Francisco Garrido. **De como la Ecología Política Redefine Conceptos Centrales de la Ontología Jurídica Tradicional: Libertad y Propiedad**. In: VARELLA, Marcelo Dias & BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (Organizadores). O Novo em Direito ambiental. Belo Horizonte: Del Rey. 1998, p. 219.

²³¹ A Propriedade Intelectual é o gênero que trata das espécies: Direito de Autor e Propriedade Industrial.

²³² PIMENTEL, Luiz Otávio. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento**. In: Propriedade Intelectual. CARVALHO, Patrícia Luciane de. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 42-43.

períodos de até vinte anos, conforme a Lei de Propriedade Industrial²³³, período este no qual o titular da carta patente, poderá proibir que terceiros sem sua autorização produzam a invenção sem seu prévio consentimento. De modo muito freqüente, todavia, essa exclusão acaba sendo por um período superior ao inicialmente previsto, uma vez que as empresas conseguem produzir melhoramentos e modificações (modelos utilidades), que geram novas proteções que prolongam o monopólio e exclusividade sob o bem protegido, sem que haja uma preocupação com a função social desta propriedade.

Na mesma dimensão de idéias, durante o período protegido podem ocorrer alguns abusos de direito pelos proprietários, como a elevação do preço ou, ainda, a diminuição da produção como forma de reduzir a oferta e ocasionar o conseqüente aumento dos preços, prejudicando sobremaneira o direito de uma gama muito grande de pessoas, dependendo do bem que se está tratando.

A concepção contemporânea de propriedade, portanto, busca imprimir ao instituto sua função social, não se aplicando apenas para os tradicionais bens imóveis, incidindo, por exemplo, aos bens do patrimônio cultural, meio ambiente, tecnológicos, patrimônio genético e bens imateriais. Trata-se de um reordenamento do sistema jurídico que inseriu obrigações positivas e negativas²³⁴ aos proprietários em relação à coletividade, superando ainda antiga concepção publico/privado, emergindo novas formulações e paradigmas aliados às novas concepções estatais.

Uma das principais transformações verificadas, no que diz respeito à propriedade, e que a humanidade, não raro está preocupada,

²³³ Lei de propriedade Industrial, é a Lei brasileira que regula as relações inerentes a propriedade industrial, fundamentada nos acordos que é signatário o Brasil, a exemplo do TRIPS.

²³⁴ As obrigações positivas estão relacionadas à função social da propriedade e as negativas os limites e restrições dadas às propriedades.

é o meio ambiente, que passa a assumir um papel preponderante nas atuais legislações.

3.2 A ECOLOGIZAÇÃO DA PROPRIEDADE

O interesse coletivo compõe a essência da função social e ambiental da propriedade²³⁵, dado que a todos é garantido em termos constitucionais, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Sendo este um bem de uso comum do povo deve, pois, ser preservado, não só pelos particulares ou pela coletividade, como também pelo Poder Público, que deve defender e preservar o meio ambiente, não só para a presente geração, mas também para as futuras.

Esse novo caráter de preservação da propriedade baseado no direito da coletividade, influencia o caráter de direito individual do instituto, o qual é sobreposto por aquele, ou seja, o caráter individualista da propriedade deve atender além da função social, ao direito coletivo e quiçá difuso que ora abrange a propriedade.

De acordo com Antonio Augusto Cançado Trindade, “o desenvolvimento da Sociedade e a proteção ambiental caminham juntos, de modo indivisível e integrado,” e dessa forma, continua o autor, “não podem ser considerados em isolamento um do outro, e ambos são tidos

²³⁵ Sobre função social e ambiental da propriedade assim se manifesta Fernanda de Salles Cavedon: “[...] a propriedade de cunho eminentemente individualista, no Direito Contemporâneo, adquire uma Função social e ambiental, atribuindo-se ao proprietário o poder-dever de exercer seu direito em consonância com os interesses maiores da Sociedade e com os princípios de proteção ao Meio Ambiente. O reconhecimento do Meio Ambiente como bem jurídico a ser necessariamente tutelado pelo Direito Positivo, inserindo a noção de patrimônio ambiental comum cuja fruição se dará de forma igualitária por todos os cidadãos, influenciou diretamente na configuração da Propriedade, impondo-lhe limitações de ordem ambiental. Dessa forma, as esferas Pública e Privada são colocadas em confronto, buscando-se desenvolver uma idéia de meio-termo na proteção do patrimônio do cidadão individualmente considerado e do patrimônio ambiental da coletividade”. CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visualbooks. 2003, p. 01.

hoje como sendo conjuntamente do interesses comum a humanidade”²³⁶. Para Laécio Noronha Xavier “a identificação das necessidades humanas, o arquétipo infra-estrutural e a isonomia dos espaços para a diversidade da Sociedade devem ser as marcas do planejamento urbano e ambiental”²³⁷.

Nesse contexto observa Guilherme José Purvin de Figueredo²³⁸:

[...] dentro desse cenário, a biodiversidade e a fitomassa das florestas tropicais constituem bens jurídicos valiosíssimos, mas que não podem, por si, minimizar os problemas provocados pela geração dos resíduos sólidos. Vemos, aqui, um corte do diagrama do Direito ambiental, que cuida tanto da conservação do ecossistema como do controle de todas as formas de poluição. Deve-se buscar, na regulamentação do uso dos recursos ambientais, uma solução de equilíbrio entre direito de propriedade individual e a defesa da qualidade de vida de toda a coletividade.

A propriedade, portanto, como núcleo do capitalismo que influencia sobremaneira na evolução das Sociedades atuais, pugna por adequações às necessidades históricas da civilização, ajustando-a as novas realidades econômicas em constante mutação, o que leva as legislações, máxime as Constituições, a garantir uma convivência harmônica e sadia a todos, não só na atualidade como para as gerações futuras.

Ao escrever sobre os benefícios da constitucionalização da proteção do meio ambiente Antônio Hermam Benjamin destaca que um destes benefícios foi a "ecologização da propriedade e da sua função social", pois na atual constituição "o direito de propriedade aparece

²³⁶ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Fabris. 1993, p. 166.

²³⁷ XAVIER, Laécio Noronha. *Cosntrução do future Intelectual das Cidades e Meio Ambiente*. In: **Temas de Direito Ambiental**. Org. Joyceane Bezerra de Menezes. Fortaleza: Universidade de Fortaleza. 2006, p. 260.

²³⁸ FIGUEREDO, Guilherme José Purvin de. **A Propriedade no Direito Ambiental**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 28.

ambientalmente qualificado", "[...] no intuito de, a um só tempo, instituir um regime de exploração limitada e condicionada (=sustentável) da propriedade e agregar a função social da propriedade, tanto urbana como rural, um forte e explícito componente ambiental"²³⁹.

A par disso, Antonio Hermann Benjamim, ainda salienta que essa tendência de prever garantias ao meio ambiente nas Constituições, já se mostra como prática comum internacionalmente falando²⁴⁰.

Nesse norte caminha o entendimento de Arnaldo Miglino²⁴¹ em seu artigo “Uma Comunità Mondiale per la tutela dell’Ambiente”, ao defender a criação de organismos internacionais para proteção do meio ambiente, aos quais os Estados Nacionais participantes de tais organismos delegariam quotas de sua soberania em favor de tais autoridades²⁴².

²³⁹ BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira**. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. Direito constitucional ambiental brasileiro. p. 72 e 73.

²⁴⁰ BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira**. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. Direito constitucional ambiental brasileiro. 2007, p. 71.

²⁴¹ Artigo escrito em homenagem a Paulo Márcio Cruz, autor brasileiro que sustenta a teoria de superação democrática do Estado Constitucional Moderno. MIGLINO, Arnaldo. **Uma Comunità Mondiale per la tutela dell’Ambiente**. V. CCXXVII – Fascicolo IV 2007. Roma: Mucchi Editore. 2007, p. 577-579.

²⁴² “L’attuale situazine ambientale rende necessaria la creazione di un’autorità mondiale per la tutela ecologica che operi mediante poteri a carattere transnazionale e sussidiario, con effetto vincolante e diretto nei confronti degli stati e delle persone. Le controversie fra autorità, stati e persone, dovrebbero essere regolate da una corte di giustizia. L’autorità deve organizzarsi ed agire secondo i principi democratici di legittimazione, partecipazione e controllo popolare e di redistribuzione delle resorse. [...] È chiaro che, per gli stati membri partecipanti a tali organizzazioni, che avessero deciso di abbandonare quote di sovranità in favore di un’autorità mondiale per la tutela ecologica, in senso giuridico nemmeno si pone un vero e proprio problema di coordinamento dell’eficacia dei diversi tipi di atti: i provvedimenti vincolanti dell’autorità mondiale prevarrebbero sempre rispetto ad atti che, per loro stessa conformazione, vincolanti non sono. Un particolare coordinamento dovrebbe invece essere previsto in relazione agli atti della. [...]”.MIGLINO, Arnaldo. **Uma Comunità Mondiale per la tutela dell’Ambiente**. V. CCXXVII – Fascicolo IV 2007. Roma: Mucchi Editore. 2007, p. 577-578.

Destaca que as transformações atuais demonstram a necessidade e o encorajamento de criação de um organismo ou autoridade com poder supranacional capaz de proteger e reger a proteção do meio ambiente com eficácia em todo o planeta²⁴³.

Essas preocupações com a crise ambiental nos últimos anos, para Antonio Herman Benjamin, decorrem dos modelos anteriores de domínio, em que “à míngua de determinações legais explícitas restritivas da exploração predatória e não sustentável dos recursos naturais, preconizava-se que ao proprietário tudo era permitido”, tendo o proprietário apenas que respeitar alguns limites mínimos com relação aos interesses também individuais de seus vizinhos e “das normas de polícia sanitária”²⁴⁴.

Em um esboço histórico da efetividade da aplicação da função social da propriedade, máxime ao tratar da preservação do meio ambiente, destaca Antonio Hermann Benjamin²⁴⁵:

[...] É certo que mesmo as Constituições editadas na primeira metade do século XX atribuíam ao direito de propriedade uma função social. Não bastou, seja porque o Judiciário e a doutrina civilística nunca investiram muito na concretização dessa destinação social, seja porque a própria idéia de função social não levava, necessária e claramente, a uma maior sensibilidade com a fragilidade da natureza. Fazia-se necessário contrabalançar a hiper-ênfase no direito de propriedade.

²⁴³ “Quaeste parole sono di grande incoraggiamento per un’azione tesa a superare l’attuale estado de cose. Ma un nuovo organismo che si occupi a livello mondiale dei problemi ecologici in tanto sarà efficace in quanto i suoi poteri non siano conformati secondo i principi del diritto internazionale ‘classico’, Istituto specializzato dell’O.N.U., è necessario concepire i poteri del nuovo ente in senso comunitario e sopranazionale. In questo scritto si è provato ad indicare una delle vie possibili; In questo scritto si è provato ad indicare una delle vie possibili; sicuramente altri autori ne concepiranno di migliori”. MIGLINO, Arnaldo. **Uma Comunità Mondiale per la tutela dell’Ambiente**. V. CCXXVII – Fascicolo IV 2007. Roma: Mucchi Editore. 2007, p. 579.

²⁴⁴ BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira**. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Moratto. Direito constitucional ambiental brasileiro. 2007, p. 71.

²⁴⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira**. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Moratto. Direito constitucional ambiental brasileiro. 2007, p. 71.

Daí que, até a década de 70, imaginava-se que, como expressão renovadora do conteúdo do direito de propriedade, a função social genérica serviria de ponto de partida e apoio ao ajustamento conclamado pelas novas demandas sociais abrigadas pelo Estado Social, aí se incluindo o meio ambiente. Em tal ótica, mesmo sem um reconhecimento explícito do meio ambiente como tal no quadro constitucional, uma releitura interpretativa (legislativa e judicial) da função social bastaria para legitimar um novo regime jurídico da natureza, agregando aspectos ecológicos ao uso (e abuso) da propriedade.

Ante essa premente necessidade de se efetivar a criação e aplicação de regras que garantissem de fato um crescimento sustentável, é que surge a “ecologização do direito de propriedade”, que segundo Antonio Hermann Benjamin, eleva a tutela ambiental ao nível de um direito fundamental.

Todavia ressalta que essa constitucionalização apresenta determinados riscos²⁴⁶:

De um lado, fala-se nos perigos da constitucionalização de conceitos, direitos, obrigações e princípios insuficientemente amadurecidos, mal-compreendidos ou até incorretos ou superados (p. ex. a noção de equilíbrio ecológico). A idéia aqui é que a Constituição é recinto para institutos e conceitos maduros, que gozem de ampla aceitação política e científica. Em outras palavras, a Constituição não seria lugar para experimentos de políticas públicas e muito menos para noções ainda em formação ou em teste nas suas disciplinas de origem.

De outra parte, decorrência das garantias previstas na própria Constituição, há, como já notado, todo um procedimento mais rigoroso para modificação da norma constitucional, o que dificulta sua atualização e retificação. Como é curial, o meio ambiente, os seus componentes, as ameaças degradadoras do processo eletrônico e o conhecimento tecnológico são dinâmicos, sempre em permanente transformação e evolução. Não é por outra razão que as leis ambientais são conhecidas exatamente pela sua

²⁴⁶ BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira**. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Moratto. Direito constitucional ambiental brasileiro. 2007, p. 72-73.

mutabilidade; nelas, segurança jurídica e sinônimo de contínua adaptação e alteração, ao contrário do que se dá e se espera em outras esferas da regulação jurídica²⁴⁷.

De sorte, observa-se nessa linha de pensamento, rente a importância de se proteger constitucionalmente a propriedade em suas características e influências sobre o meio ambiente, há que se ter o cuidado de prever modificações e transformações que demandem uma adequação na legislação e acompanhem as mudanças de uma Sociedade globalizada que evolui muito rapidamente.

Ainda alerta Gianpaolo Rossi, que a noção de ambiente em senso não jurídico é de existência efêmera, de sorte que tudo é reconduzido ao habitat humano e natural, isto é, às condições ecológicas do globo ou de suas peças em particular. Todavia se tal sentido (ambiente lato senso) torna-se objeto de um direito subjetivo, contendo delimitação de poderes, não pode vir a ser esse “todo” objeto do direito, deve, pois, ter uma acepção mais restrita (ambiente em sentido estrito) para então ser objeto do direito²⁴⁸.

A partir daí, Giampaolo Rossi entende que a estrutura das estruturas organizacionais que passariam a atuar sobre o meio ambiente poderá ser caracterizada por uma especial complexidade horizontal (entre administrações no mesmo nível territorial) ou vertical (entre as administrações dos diferentes níveis territoriais), necessitando, pois, se definir como a atuação dos organismos ocorreria a fim de garantir o meio

²⁴⁷ BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira**. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Moratto. Direito constitucional ambiental brasileiro. 2007, p. 81-82

²⁴⁸ ROSSI, Giampaolo. **Diritto Dell’Ambiente**. A cura di Giampaolo Rossi. Torino: G. Giappichelli Editor. 2008, p. 25-26.

ambiente equilibrado, sem ferir a autonomia nos diversos âmbitos de atuação desta proteção²⁴⁹.

As transformações que se verificam nas Sociedades atuais para Anthony Giddens, são mudanças profundas fora do Estado, as quais se desenvolvem nos domínios do que se convencionou chamar de “subpolítica” tendo essas transformações acarretado na necessidade de alterações tanto no atual modelo de Estado como nas regras que regulam as relações da Sociedade globalizada²⁵⁰.

Um desses câmbios que se operam diz respeito à propriedade, não só por esta ser o símbolo do capitalismo ou do poder, conforme já mencionado, mas também, conforme destacado neste item, a propriedade é necessária à sobrevivência da espécie humana. Ao se tratar do meio ambiente, destaca-se ainda mais a preocupação com a propriedade, posto que o acelerado crescimento da população mundial, os avanços tecnológicos e outros efeitos da globalização levam o homem, a cada vez mais degradar a natureza, gerando uma ameaça à vida de todos.

Diante dessas “novas” preocupações, de uma Sociedade Pós-Moderna, é que surgem pioneiras discussões a fim de chegar-se a um consenso e buscar um equilíbrio nas legislações que proteja a todos indistintamente, pois a destruição do meio ambiente não atinge apenas a Sociedade local, mas sim todo o planeta.

²⁴⁹ “l'assetto delle strutture organizzative che esercitano competenze in materia ambientale è caratterizzato da una particolare complessità sia orizzontale (fra amministrazioni facenti parte dello stesso livello territoriale) sia verticale (fra amministrazioni di livelli territoriali diversi) anche a questo proposito c'è da chiedersi se, e in che misura, si tratti di una specificità del "settore" ambientale o invece reflitta una vicenda di carattere generale. [...] deve essere riconosciuta alle discipline di settore, le sole cui può essere demandata la scelta concreta in ordine al punto nel quale fissare l'equilibrio tra le contrapposte esigenze di unitarietà ed autonomia, in relazione ai diversi ambiti nei quali si attua la tutela dell'ambiente”. ROSSI, Giampaolo. **Diritto Dell'Ambiente**. A cura di Giampaolo Rossi. Torino: G. Giappichelli Editor. 2008, p. 51-61.

²⁵⁰ GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social Moderna. São Paulo: UNESP, 1995. e GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

Pois, paralelo ao avanço tecnológico, se vê o desmando sobre florestas, rios, jazidas, entre outros bens, sem preocupação com a sustentabilidade do planeta, fazendo emergir a necessidade de uma reestruturação da propriedade, incluindo-se uma nova consciência: a da Propriedade Coletiva ou Difusa.

Destarte, vê-se o surgimento de um direito processual coletivo, deixando a margem os conceitos operacionais e categorias inerentes ao direito material específicos da propriedade, os quais dariam sustentabilidade àquele. Salvo o meio ambiente, as demais espécies de propriedade não estão previstas como objeto de tutela do Direito Processual Coletivo²⁵¹. Assim sendo, justifica-se a necessidade de acrescentar ao direito processual coletivo novas categorias de propriedade a serem tuteladas, como também verificar a possibilidade de não só a coletividade estar legitimada a postular judicialmente tal proteção, como também individualmente qualquer habitante do planeta, independentemente de sua nacionalidade ou condição jurídica.

Nesse sentido, José Isaac Pilati, propõe uma reflexão, suplantando as barreiras do tempo e retornando a antiguidade, tendo como supedâneo o direito Romano, o qual identificava três espécies de propriedade, quais sejam: a Propriedade Privada, a Propriedade Pública e a Propriedade Coletiva, verifica que já naquele tempo havia uma consciência de um bem inalienável e irrenunciável, qual seja, a Propriedade Coletiva²⁵².

As mudanças que se operam na propriedade, portanto, são irreversíveis, e conforme alerta Edson Luiz Peters, “ao contrário de ser uma ameaça à própria existência futura da propriedade enquanto instituição

²⁵¹ PILATI, José Isaac. **Função social e tutelas coletivas**: contribuição do direito romano a um novo paradigma. Seqüência. Florianópolis, n. 50, jul. 2005.

²⁵² PILATI, José Isaac. **Função social e tutelas coletivas**: contribuição do direito romano a um novo paradigma. Seqüência. Florianópolis, n. 50, jul. 2005.

ou idéia que representa” ao se fazer uma primeira leitura, “a crise deverá provocar, isto sim, a transformação, por meio de mudanças experimentadas nos campos social e econômico”²⁵³.

Dado a essas mudanças e transformações nos Estados Nacionais, além do debate sobre a proteção do meio ambiente, outros fatores que dizem respeito diretamente a propriedade estão de igual forma tomando espaço na doutrina, como por exemplo, no que tange à propriedade intelectual.

3.3 A PROPRIEDADE INTELECTUAL E OS NOVOS APORTES

Como visto no item anterior, o instituto da propriedade, de forma geral, tem sofrido evoluções em seus caracteres ao longo do tempo. Como atributo mais premente a função social da propriedade. Tal princípio altera a própria noção da propriedade, retirando-lhe o caráter absolutista oriundo do direito romano, que foi inserido em grande parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais a partir da Revolução Francesa.

A função social impõe ao proprietário um dever, uma obrigação positiva em relação à coletividade que o impede de exercer o seu direito de forma egoísta ou, ainda, de maneira que prejudique terceiros. Aliado a essa função social tem-se ainda a função ambiental, que, como visto, é a obrigação que o proprietário tem em relação à coletividade que o proíbe de desmatar, de poluir as águas, o solo e o ar, preservando o meio ambiente para as gerações presentes e futuras, mesmo que isto signifique restrições no uso de sua propriedade.

Essa nova postura exigida dos proprietários se revela como um dos novos paradigmas da propriedade contemporânea, que em

²⁵³ PETERS, Edson Luiz. **Meio ambiente & Propriedade Rural**. Curitiba: Juruá. 2006, p. 67.

se tratando da propriedade intelectual não se mostra diferente, pois conforme afirma Ana Carolina Lamego Balbino Portella, é incontestável que a função social da propriedade aplica-se também à propriedade intelectual, uma vez que a Constituição não a excepcionou²⁵⁴.

Ao se referir à propriedade intelectual²⁵⁵ é importante destacar que esta, somente passou a ter interesse por parte do capitalismo a partir de sua utilização no processo de produção de bens, e geração de riquezas. Nas Sociedades pré-capitalistas a produção destinava-se ao consumo imediato, enquanto que o capitalismo caracteriza-se pela acumulação do capital, baseado na troca de produtos. O trabalho passou a ser diferenciado, entre útil e produtivo e conforme elucida Antonio Luiz Figueira Barbosa, a “apropriação imaterial, tem origem nos trabalhos tecnológicos, ou seja, em trabalhos intelectuais destinados a desenhar um processo ou um produto de utilidade para a produção capitalista, trabalhos considerados produtivos”, emergindo a partir de então a propriedade intelectual²⁵⁶.

Atualmente na Sociedade pós-moderna, a propriedade imaterial adquiriu assaz importância, eis que o principal meio de produção é o conhecimento, e não mais o capital. O produto econômico, e, por conseguinte a economia derivada da propriedade imaterial, em inúmeros casos supera a propriedade material. Luiz Otávio Pimentel ao analisar tal episódio comenta:

²⁵⁴ PORTELLA, Ana Carolina Lamego Balbino. A função social e a propriedade industrial. In: Revista de Direito da ADVOCEF – Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. Londrina: ADVOCEF, nº 3. 2006, p. 163.

²⁵⁵ Propriedade Intelectual de acordo com Bruno Canísio Kich: “[...] é toda a criação do espírito humano capaz de proporcionar utilidade, benefício, gozo, lazer ou alguma espécie de satisfação interior.” KICH, Bruno Canísio. A Propriedade na Ordem Jurídica Econômica e Ideológica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004. p. 48.

²⁵⁶ BARBOSA, Antonio Luiz Figueira. **Sobre a propriedade do trabalho intelectual**: uma perspectiva crítica. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999.

[...] hoje, em plena era da informação, a incorporação da tecnologia às atividades econômicas produz impacto na Sociedade, devido aos avanços tecnológicos das últimas décadas – esses superaram tudo o que o homem havia acumulado ao longo da sua existência no planeta em termos de conhecimentos, com toda a gama de conseqüências que transformam cotidianamente as vidas e o comportamento das pessoas.²⁵⁷

Essa relação com o conhecimento experimentado a partir da Segunda Guerra Mundial, e, sobretudo depois dos anos setenta, é radicalmente nova, na medida em que as informações e o conhecimento passaram a constar entre os bens econômicos primordiais²⁵⁸. O homem percebendo então, essa riqueza e poder proporcionados pelo conhecimento, passa a criar formas de proteção, emergindo a idéia da propriedade intelectual.

Nesse sentido, tem-se o entendimento de Luiz Otavio Pimentel por propriedade intelectual:

[...] as diversas produções da inteligência humana e alguns institutos afins são denominadas genericamente de *propriedade imaterial ou intelectual*, dividida em dois grandes grupos, no *domínio das artes e das ciências*: a propriedade literária, científica e artística, abrangendo os direitos relativos às produções intelectuais na literatura, ciência e artes; e no *campo da indústria*: a propriedade industrial, abrangendo os direitos que têm por objeto as invenções e os desenhos e modelos industriais, pertencentes ao campo industrial.²⁵⁹

A propriedade imaterial ou propriedade intelectual é, para Bruno Canísio Kich, toda a criação do espírito humano capaz de

²⁵⁷ PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito Industrial – As Funções do Direito de Patentes**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 26.

²⁵⁸ LÉVY, Pierre. **O que é virtual**. Tradução de Paulo Neves. 3 reimpr. São Paulo: Ed.34, 1999. p. 54.

²⁵⁹ PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito Industrial – As Funções do Direito de Patentes**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 126.

proporcionar utilidade, benefício, gozo, lazer ou alguma espécie de satisfação interior²⁶⁰.

Segundo o artigo 2º da Convenção da OMPI²⁶¹ propriedade intelectual é:

a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

Sintetizando, Denis Borges Barbosa entende que a noção de propriedade intelectual, portanto, abrange o campo da Propriedade Industrial, os direitos autorais e outros direitos sobre bens imateriais de vários gêneros²⁶².

Esses direitos intelectuais se referem à relação entre os homens e os produtos de seu intelecto, expressos sob determinadas formas, a respeito dos quais detém verdadeiro monopólio. Esse monopólio, em função do grau de interesses desses bens a coletividade, é combatido através de Tratados e Convenções Internacionais, que passaram a fixar prazo para explorar esse monopólio por parte do proprietário (criador).

Jose Isaac Pilati trata da busca em prol da limitação dos monopólios, abordando sobre a função social da propriedade intelectual,

²⁶⁰ KICH, Bruno Canísio. **A Propriedade na Ordem Jurídica Econômica e Ideológica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004. p. 48.

²⁶¹ OMPI - Organização Mundial da Propriedade Intelectual, estabelecida através da Convenção de Estocolmo de 1967 e alterada em 1979.

²⁶² BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2.^a ed, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2003. p. 01.

pois, para o autor, não só a propriedade imóvel deve servir para diminuir desigualdades, mas também e fundamentalmente a propriedade intelectual, eis que esta atinge interesses coletivos maiores como a saúde, a cultura, e o meio ambiente²⁶³.

No Brasil, conforme escreve Denis Borges Barbosa, a função social da propriedade intelectual está prevista Constitucionalmente, e o mecanismo jurídico de proteção aos direitos intelectuais a ser criado deverá, em estrito atendimento aos preceitos Constitucionais, atender o interesse social e desenvolvimento econômico e tecnológico do País²⁶⁴.

A propriedade intelectual tem abrangência dúplice, ora protegendo os direitos do autor, ora da produção ou industrialização de determinado produto por seu criador. Assim sendo, no produto intelectual resguardam-se mais os interesses do autor, com os reflexos econômicos e sociais daí decorrentes, enquanto que no produto industrial o objetivo último é o aproveitamento, pela coletividade, da utilidade daí resultante, seja via multiplicação ou inserção no processo produtivo, ou o impedimento da prática da concorrência desleal²⁶⁵.

A industrialização de produtos, em razão de seu caráter monopolista, gera ao seu proprietário, um acúmulo de poder econômico que poderia tornar-se nocivo à comunidade em geral. Com o intuito de evitar essa ameaça até mesmo à sua Soberania, é que o Estado mobiliza-se para contrapor os anseios do *imperium* da área privada, limitando o

²⁶³ PILATI, Isaac. **Propriedade intelectual e globalização**. Disponível em <www.revistanexus.com.br>, Acesso em 10.01.2006.

²⁶⁴ BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2. ed, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2003. p. 118-119.

²⁶⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 5.

prazo de exploração monopolista, bem como exigindo que seja cumprida a função social da propriedade industrial²⁶⁶.

A preocupação com a função social da propriedade intelectual conduz a sua nova leitura há muito reivindicado, que ocorreu segundo Denis Borges Barbosa, em razão da insatisfação com o sistema de patentes, que se baseava, segundo o autor, “na velha noção romana do direito de propriedade – noção que estendia ao proprietário o direito ao abuso da propriedade – o que reforçava os privilégios dos titulares de patentes”²⁶⁷.

Surgem a partir daí, novos paradigmas da propriedade intelectual, pois a soberania de um Estado no mundo globalizado, que não conhece fronteiras físicas nem geográficas, constrói-se com o conhecimento acerca da sua cultura e riquezas naturais, preservando-as e respeitando-as nas suas particularidades e diferenças que compõem os direitos da Sociedade multicultural.

Nessa mesma linha de pensamento emerge a necessidade de novos conceitos operacionais para a categoria propriedade, a fim de garantir uma convivência harmônica entre diferentes Estados, pois o fenômeno da transnacionalização na evolução da Sociedade contemporânea faz emergir uma preocupação com a Propriedade que é atualmente tratada tão somente como sendo pública ou privada.

Assim sendo, os novos aportes teóricos da propriedade, pressupõem novas discussões acerca da dicotomia Público/Privado, para

²⁶⁶ BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2 ed, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2003. p. 82.

²⁶⁷ BARBOSA, Denis Borges. Comércio Internacional, desenvolvimento econômico e social e seus reflexos na ordem internacional da propriedade intelectual. In: **Propriedade Intelectual**. CARVALHO, Patrícia Luciane de. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 21.

então verificar as atuais formações do instituto, que segundo a doutrina, está suplantando antigos conceitos.

3.4 A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA PÚBLICO E PRIVADO

Observando-se a trajetória da propriedade a partir da Idade Moderna, verifica-se que a mesma no pensamento dos contratualista é tida como um dos cernes para a formação do Estado e a partir do Estado Contemporâneo toma um caráter ainda mais proeminente, emergindo como Direito Fundamental.

Já no século passado alguns autores, a exemplo Luigi Ferrajoli²⁶⁸, passaram a contrapor-se a esse pensamento sustentando que o direito de propriedade não guarda características de fundamental, embasando sua teoria na dicotomia público e privado e não ao *terstius* coletivo.

Tal dicotomia decorre da existência de uma Carta Constitucional, encarregada de estabelecer limites aos poderes do Estado perante o cidadão (direito público) e o que não se destinasse a normatizar tais limitações era pertinente ao direito privado²⁶⁹.

René David, entretanto, ao tratar da dicotomia assim se manifesta:

[...] a distinção entre direito público e direito privado se apóia numa idéia que parece evidente aos olhos dos juristas da família romano-germânica: as relações entre governantes e governados geram problemas específicos, de natureza absolutamente diversa daqueles oriundos das relações de pessoas privadas entre si,

²⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Garantias**: La Ley Del Más Débil. Trotta: Madrid.1999.

²⁶⁹ FRANZONI, Denise Paulus de Campos. Público e Privado: Divisão, Dicotomia e realidade *in* **Teoria Jurídica das Relações Interpessoais**. Coordenação: OLIVEIRA, Álvaro Borges de & PASOLD, César Luiz. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 90.

quando mais não seja porque o interesse geral e os interesses particulares não podem ser pesados na mesma balança²⁷⁰.

Nas palavras de Norberto Bobbio dicotomia ocorre quando a distinção pode advir da divisão de um universo em duas esferas conjuntamente exaustivas e reciprocamente exclusivas²⁷¹, e assim afirma a existência da dicotomia público/privado, por entender que a esfera de um acaba quando começa a do outro, sem espaço para uma terceira esfera.

Ocorre que, a definição dos termos não é matéria uníssona, tanto que Gustav Radbruch, apesar de reconhecer que nem todos os sistemas jurídicos apresentam conteúdo de classe privada e classe pública, e que não há uma fronteira uniforme entre os termos, acredita que a idéia de Direito necessita da compreensão do Direito Público e do Direito Privado, por serem conceitos jurídicos *a priori*²⁷².

Na antiguidade, segundo Arnold Wald, cada termo da dicotomia público/privado tinha seu espaço bem definido. Os assuntos políticos e jurídicos referentes ao interesse de toda população nacional eram discutidos publicamente enquanto os assuntos privados eram exclusivamente tratados na casa dos indivíduos. No Direito Romano o direito público era aquele que se referia aos interesses do Estado, e o direito privado como sendo o referente aos interesses particulares; relações de direito público seriam, então, aquelas em que o Estado intervém, e as de direito privado, aquelas travadas entre particulares²⁷³.

Essa divisão, porém, baseada no critério do “interesse”

²⁷⁰ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 2 ed. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 67.

²⁷¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**; por uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p.13.

²⁷² RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Marlene Holzhausen; revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 182.

²⁷³ WALD, Arnold. **Novas Dimensões do Direito de Propriedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, v.665, ano 80. p.03.

acabou por ser criticada, eis que em face de o interesse do Estado ser composto pelos interesses dos indivíduos há uma impossibilidade de se determinar qual o interesse protegido²⁷⁴.

No entender de Ruy Cirne Lima a dificuldade desta distinção entre Público e Privado reside na determinação do que pode e deve ter-se como respeitante à essência do Estado, pois “[...] nem tudo que respeita à essência do Estado, respeita à pessoa do Estado, pois nem todos os atos do Estado, como pessoa, são, na verdade, essencialmente estatais”²⁷⁵.

Assim, a determinação do que é essência do Estado vai depender do momento histórico-social vivido, e não há como se falar em categorias estanques e autoexcludentes. Norberto Bobbio adverte que o direito privado regula as relações entre Sociedades iguais, diante de contrato, e resulta numa justiça comutativa, já o direito público regula as relações entre Sociedades desiguais, mediante lei e resulta numa justiça distributiva²⁷⁶.

Por outro lado, Anacleto de Oliveira Faria enfatiza que a corrente que trata do direito público com desigualdade nas relações e com o primado da justiça distributiva e do direito privado com partes iguais e subordinadas ao princípio da justiça comutativa, seria imprópria, tendo em vista excluir alguns ramos do direito, por exemplo, o direito internacional que é entre iguais, mas trata-se de direito público²⁷⁷.

²⁷⁴ FRANZONI, Denise Paulus de Campos. **Público e Privado: Divisão, Dicotomia e realidade** in Teoria Jurídica das Relações Interpessoais. Coordenação: OLIVEIRA, Álvaro Borges de & PASOLD, César Luiz. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 86.

²⁷⁵ LIMA, Ruy Cirne. **Direito Público e Direito Privado**. Revista Jurídica, n.1. Porto Alegre: Sulina, jan-fev/1953, ano I, p.8.

²⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**; por uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p.15-20.

²⁷⁷ FARIA, Anacleto de Oliveira. **Instituições de Direito**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p.22.

Na busca de um critério formal de distinção, surgiram várias construções, como a que identifica o direito público à obrigatoriedade (limitadora do arbítrio individual) e o direito privado à liberdade, proporciona ao sujeito um espaço de licitude²⁷⁸. Contudo, no Início da Modernidade, com as relações humanas bem divididas e a necessidade de fortalecer o papel do Estado, ressurgiu a necessidade de separação e entendimento distinto do público e o privado.

No trânsito à Modernidade, segundo Gregório Peces-Barba Martínez, a Sociedade concebe o Direito Público como aquele que organiza o Estado e defende os interesses privados frente ao Estado. Direitos Privados, como a propriedade, a segurança e a liberdade. Por sua vez, destaca o autor, o jusnaturalismo impulsionou a distinção entre Direito Público e Direito Privado, colocando este último em situação de superioridade, e por fim a dialética Direito Público/Direito Privado será um reflexo da dialética geral do mundo moderno entre indivíduo, por um lado e poder político ou Estado por outro²⁷⁹.

Hodiernamente, na visão de Norberto Bobbio, o Direito Público é considerado o termo forte, ao passo que o Direito Privado é definido, mediante exclusão, como aquilo que não é público. E esta diferenciação surge para deixar sobressair a tese da supremacia da esfera do público sobre o privado, fortalecendo o Estado²⁸⁰.

Dessa forma, a divisão em Direito Público e Direito Privado não mais significa exclusividade, mas predominância e

²⁷⁸ SILVEIRA, Michele Costa da. **As Grandes Metáforas da Bipolaridade** in *Reconstrução do direito Privado*. Organização: MARTINS-COSTA, Judith. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 23.

²⁷⁹ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Tránsito a la modernidade y Derechos Fundamentales**. In *História de los Derechos Fundamentales*, tomo I: Tránsito a la Modernidad Siglos XVI y XVII. Madrid: Editorial Dykinson, 2003. p. 246-247.

²⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**; por uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p.15-20.

coexistência. Porém, para compreender o fenômeno de complementaridade das duas esferas deve-se ter em mente os limites de cada uma, ou seja, deve-se aceitar a dicotomia conceitual para se reconhecer a invasão, interferência ou algo semelhante entre os termos.

Verifica-se que não se poder eleger apenas um critério para distinguir o termo público e privado, as barreiras que dividiam a dicotomia clássica caem e surgem espaços de entrelaçamento e interação, os termos não se afastam, mas coexistem para regular todas as relações jurídicas de maneira a preservar a dignidade da pessoa humana.

Para Marcos de Campos Ludwig, a dicotomia tradicional está superada, pois é insuficiente para retratar a realidade complexa da Sociedade contemporânea. A noção contemporânea de ordem pública é amplíssima, permeia todo o ordenamento jurídico restringindo-o ou controlando-o, introduzindo-se num campo que pertence às relações privadas²⁸¹.

Bobbio destacou que ocorrem simultaneamente dois processos paralelos: a privatização do público e a publicização do privado, que estão sempre em confluência.²⁸² Toda vez que se tratar da primazia do público sobre o privado, fala-se em publicização do privado, quando valorizada a supremacia do privado sobre o público, estar-se-ia diante da privatização do público.

Diante da realidade social contemporânea, é necessário, para proteger uns e desarmar outros, chamar o Estado para intervir nas relações privadas entre os homens. O direito privado, por seu

²⁸¹ LUDWIG, Marcos de Campos. **Direito Público e Direito Privado: A Superação da Dicotomia** in *Reconstrução do direito Privado*. Organização: MARTINS-COSTA, Judith. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 100.

²⁸² BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**; por uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p.20.

turno, cede espaço às regras de direito público. A publicização é o meio de tornar o direito mais social e possibilitar, senão impedir, que o principal fator de evolução da Sociedade, no caso a propriedade, atinja seus fins sociais, e conseqüentemente não só a convivência humana seja mantida em harmonia, quanto impeça que o desenvolvimento da humanidade não culmine com seu fim²⁸³.

Gianpaolo Rossi, sobre o tema, e analisando sob o prisma da economia dos Estados, destaca que até meados dos anos oitenta, os Estados eram fortemente interventores na economia, seja direta ou indiretamente através de entidades da Administração Indireta. Tal realidade se mostrava necessária a fim de se manter a equidade social, evitando a monopolização de setores da economia e fomentando as regiões menos desenvolvidas. A partir da década de oitenta, portanto, tem início um refluxo desta tendência com o fim ou compressão da publicização de vários setores econômicos, até mesmo o de serviços públicos²⁸⁴.

As razões desta tendência foram sucintamente enumeradas por Alexandre Santos Aragão em análise ao pensamento de Gianpaolo Rossi como: mudanças no sistema de produção, com a

²⁸³ Sobre a publicização do direito privado tem-se as palavras de Rafael Colina Garea que assim destaca: "En definitiva, como consecuencia del incremento de las leyes especiales y, por lo que a nosotros nos interesa, debido a la constitucionalización del Derecho Privado, los Códigos Civiles pierden el monopolio de la reglamentación normativa de la vida jurídico-privada, pues ya no representan el Derecho exclusivo de las relaciones privadas, sino el derecho común es decir, la disciplina de los supuestos de hechos más amplios y generales. Con base en estos acontecimientos, no han sido pocos los autores que se han apresurado en calificar al código Civil como normativa totalmente desfasada, caduca e insuficiente para responder a las nuevas situaciones sociales que el surgir del Estado Social va imponiendo. Así, y durante los últimos tiempos se ha hablado reiteradamente de la <<crisis del código civil>>, de <<la edad de la descodificación>>, o incluso de <<la muerte del Código Civil>> [...] No obstante, al contrario de las consideraciones expuestas,, estimamos que la creciente intervención de los poderes públicos, (favorecida por la proliferación de leyes especiales y la constitucionalización de las relaciones ente particulares) no implica que el Derecho Privado se vea totalmente expropiado por el derecho Público, ni muchos menos la crisis del Derecho Civil". GAREA, Rafael Colina. **La Función Social de la Propiedad Privada en la Constitución Española de 1978**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor. 1997, p. 52-53.

²⁸⁴ ROSSI, GIAMPAOLO. **Pubblico e Privato Nell' Economia Di Fine Secolo**. Extrato al volume: Le Transformazioni Del Diritto Amministrativo. Milão: Giuffré Editore. 1995, p. 229-242.

desvalorização do setor primário, principalmente da agropecuária, e valorização de emergentes setores técnico-especializados; aceleração e desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, o que acarretou o fim de alguns monopólios naturais até então inevitáveis; a globalização da economia que, potencializada pela evolução da informática, mitigou bastante os empecilhos econômicos e materiais para as trocas internacionais e inter-regionais; as mudanças na sociedade pluriclasse, com os sujeitos deixando de se organizar preponderantemente pela posição que ocupam na cadeia produtiva (capital – trabalho), ocupação, por sinal, crescente instável e cambiante, para reunirem-se em grupos sociais de variados substratos (idade, lazer, religião, formação cultural, etnia, etc.); erosão do conceito clássico de soberania do Estado, que vem perdendo espaço, tanto para entidades internacionais (ONU, OMC, EU, etc.) e poderosas organizações econômicas transnacionais, como para organizações sociais locais e setoriais, o que tem causando sensível alteração na teoria das fontes do direito (fontes emergentes, de caráter internacional, privado, corporativo, comunitário, técnico, deontológico, etc.); e, por estes motivos a diminuição da importância da política estatal *stricto sensu*²⁸⁵.

Observa, contudo, Giampaolo Rossi que, da mesma forma que o direito não pode ficar adstrito às alterações da conjuntura econômica e social, não há como esta se abstrair do direito para reger-se apenas por suas regras infra-sistêmicas e, após expor o insucesso das tentativas em desajustar a economia, afirma que, grande parte da atividade reguladora vem sendo confiada à autoridades administrativas

²⁸⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes:** uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/junho/julho. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>> Acesso em: 12 de janeiro de 2008, às 11:20

independentes e especializadas, que segundo expressão sua: “surgem como cogumelos depois do sereno no outono”²⁸⁶.

Mais especificamente em relação à propriedade, e às mudanças de concepções quanto à dicotomia público e privado nesse setor, Ricardo Aronne pontifica:

[...] a resistência da noção tradicional do direito das coisas, como direitos absolutos, na esteira da sacralização da propriedade, assenta-se na sofisticada separação entre o público e o privado, que não admite a intervenção do Estado nas titularidades, enquanto expressão da própria personalidade dos indivíduos. Esse véu ideologicamente tecido pelo liberalismo, de muito puído, foi rompido pelo Estado Social²⁸⁷.

A atual concepção da propriedade perpassa o compromisso transformador do Estado atual, e assim, ensina Ricardo Aronne, “publiciza o Direito Civil, com vistas à sua “repersonalização”, pelos mecanismos normativos do sistema”, e com isso a concretização dos valores passa a ser constitucionalizados²⁸⁸.

José Issaac Pilati, ao analisar a propriedade atual, propõe o resgate de uma taxionomia advinda do Direito Romano, no caso a propriedade coletiva, distintivo da dicotomia proposta pela maioria das legislações²⁸⁹.

Ante esta classificação dicotômica, afirma José Isaac Pilati que se podem flagrar na Constituição da República Federativa do

²⁸⁶ “Gran parte dell’attività regolativa viene affidata ad autotitá amministrative indipendenti, che sorgono come i funghi dopo la pioggia in autunno”. ROSSI, GIAMPAOLO. **Pubblico e Privato Nell’ Economia Di Fine Secolo**. Extrato al volume: Le Transformazioni Del Diritto Amministrativo. Milão: Giuffré Editore. 1995, p. 238.

²⁸⁷ ARONNE, Ricardo. **Por Uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados**: das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar. 2001, p. 87.

²⁸⁸ ARONNE, Ricardo. **Por Uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados**: das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar. 2001, p. 88.

²⁸⁹ PILATI, José Isaac. **Função social e tutelas coletivas**: contribuição do direito romano a um novo paradigma. Seqüência. Florianópolis, n. 50, p. 49-69, jul. 2005.

Brasil de 1988 e na legislação infraconstitucional brasileira²⁹⁰, identificam-se dois Brasis: um individualista que reluta em desaparecer e outro novo, de democracia participativa, que não consegue se afirmar. E afirma: “este só será realidade se forem criados os conceitos e categorias de direito material e direito processual indispensáveis ao resgate jurídico do coletivo”²⁹¹.

Nesse norte novas teorias surgem propondo novas categorias e novas classificações para a propriedade, visando contribuir com a identificação dos bens coletivos, a par dos bens públicos e privados, identificando de igual forma o sujeito de direito coletivo, em face da criação de um processo civil coletivo. Essas propriedades, afirma Alvaro Borges de Oliveira, não só asseguram o efetivo cumprimento da Inserção Social²⁹², como devolvem ao coletivo os bens “estadualizados” pelo velho constitucionalismo liberal.

Na sua revisão histórica, a propriedade concebida nos parâmetros do Estado Constitucional Moderno, sustentado pelas teorias do Poder Constituinte²⁹³, da tripartição do Poder, da Democracia Representativa e firmada com as Constituições Mexicana e de Weimar, nasce com as revoluções burguesas do Século XVIII. A partir do Estado Moderno, portanto é referendada pelos contratualistas, Thomas Hobbes²⁹⁴, John Locke²⁹⁵, e Jean Jaques Rousseau²⁹⁶, como elemento de sua

²⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 271p.

²⁹¹ PILATI, José Isaac. **Planejamento Urbano: o povo constitucional e a tarefa teórica de resgate do coletivo: contribuição do direito romano a um novo paradigma**. Seqüência. Florianópolis, n. 50, p. 49-69, jul. 2005.

²⁹² OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **A Função f(x) dos Direitos das Coisas**. Revista Novos Estudos Jurídicos. Itajaí: Univali. p. 29, 2006.

²⁹³ GIDDENS, Anthony. **A Terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia**. Tradução de M. L. X. de A. Borges. Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 1999. 173p.

²⁹⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou a matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. 2 ed. Tradução Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000. 487p.

²⁹⁵ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. São Paulo, Abril cultural, Coleção Os Pensadores, 1973.

formação, e, em seguida se apresenta como Direito Fundamental no Estado Democrático de Direito²⁹⁷, concepção esta de Direito Fundamental conforme Robert Alexi²⁹⁸ e Konrad Hesse²⁹⁹.

Sem reservas a propriedade, atualmente apresenta novas facetas das quais não suporta a pretérita idéia da dicotomia³⁰⁰ público e privado, a exemplo do meio ambiente, bem estar das cidades e jazidas, propriedade intelectual, entre outros. Necessita-se assim elevar estes bens à Propriedade Coletiva, além de previsão expressa na legislação infraconstitucional, de forma a permitir que existam instrumentos processuais para a defesa de tal interesse, seja próprio do direito processual coletivo, seja de defesa de interesse individual.

A interpretação dos institutos do Direito Processual Coletivo, tratada por autores como Gregório Assagra de Almeida em suas obras Direito Processual Coletivo³⁰¹ e Codificação do Direito Processual Coletivo³⁰², Ada Pellegrini Grinover³⁰³, Luiz Manoel Gomes Junior³⁰⁴, Teori Albino Zavascki³⁰⁵ e Eduardo Oteiza³⁰⁶, necessita ser menos restritiva do

²⁹⁶ ROUSSEAU, Jean Jaques. **O Contrato Social**. Tradução Antonio de Pádua Danesi. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 186p.

²⁹⁷ ACOSTA SÁNCHEZ, José. **Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional**. Fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998. 378p.

²⁹⁸ ALEXI, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid. Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

²⁹⁹ HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

³⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para um teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 9 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001. 173p.

³⁰¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: um novo ramo do direito processual. Editora: Saraiva, 2003, 665p.

³⁰² ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro**. Editora: Del Rey. 2007, 174p.

³⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, WATANABE, Kazuo. **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**.

³⁰⁴ GOMES JR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. Editora Forense. 2005, 293p.

³⁰⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva**. Editora Revista dos Tribunais. 2ª ed., 2007. 303p.

que a interpretação dos institutos do processo privado, devendo conduzir à efetividade do direito material em causa. Neste processo, nessa nova visão global, a Propriedade Coletiva, exclusiva a propriedade privada e pública, por serem inerentes ao Estado Constitucional, encaixa-se como sendo uma das novas concepções de propriedade. Atualmente a leitura da propriedade não mais pode ser feita a partir apenas de uma visão civilista, mas sim a partir dos anseios da Sociedade em equacionamento ao interesse individual do proprietário, conforme alerta Roberto Wagner Marquesi³⁰⁷.

Ao tratar do futuro do Estado, Dalmo Dallari³⁰⁸ prediz que a idéia de um mundo sem Estados é o anarquismo e que não há elementos suficientes para dizer que o mundo está caminhando para sua extinção, daí afirmar que o mundo sem Estados não é plausível, sendo apenas um ideal utópico e sem apoio na realidade.

É nesse contexto que surgem pensadores que apontam para um novo Contrato Social o qual poderá recuperar o espaço público perdido³⁰⁹. Neste rasto Paulo Cruz³¹⁰ ressalta que é fundamental encontrar alternativas de sociabilidade que neutralizem e previnam os riscos oriundos da obsolescência do Estado Constitucional Moderno³¹¹ e desbravem o caminho a novas possibilidades democráticas. Todavia, alerta Boaventura de Souza Santos³¹² que não é simples saber, com clareza e convicção, em

³⁰⁶ OTEIZA, Eduardo (Coord). **Procesos Colectivos**. Asociación Argentina de Derecho Procesal. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni. 2006.

³⁰⁷ MARQUESI, Roberto Wagner. **Direitos Reais Agrários & Função Social**. 1 ed. Curitiba: Juruá. 2001, p. 88-89.

³⁰⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do estado**. p. 94. Editora Saraiva. 2001.

³⁰⁹ PEÑA, Francisco Garrido. **La ecología política como política del tiempo**. p.336 e 341.

³¹⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para superação democrática do Estado Constitucional Moderno**. Novos Estudos Jurídicos, v. 11, p. 41-62, 2006.

³¹¹ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

³¹² SANTOS, Boaventura de Souza. **Reinventar la democracia, reinventar el estado**. Madrid: Ediciones Sequitur, p.29, 1999.

nome do que e de quem resistir, inclusive supondo que se conheça aquilo contra o qual se resiste o que também não é tarefa fácil.

O objetivo final seria a construção de um novo Contrato Social, muito diferente do da modernidade. Um contrato mais inclusivo e que abarque não só os homens e os grupos sociais, mas também a natureza³¹³.

Neste momento é que se realça a teoria de José Isaac Pilati³¹⁴, ao explicar que há a necessidade da identificação de bens coletivos a par dos bens públicos e privados.

Para fundamentar tal idéia parte do Direito Romano, pois, explica ele, Roma não era república de Roma, mas dos romanos, pois ao tempo da república, Roma era a soma dos cidadãos, e o Estado eram eles próprios, reunidos como povo. Os bens coletivos em Roma não eram do Estado, que tinha lá os seus bens, mas dos romanos, que deles só poderiam dispor coletivamente. As decisões eram tomadas em assembleias e o interesse público era tutelado por ações populares, na alçada de qualquer cidadão.

Os romanos trabalhavam com a figura da corporação, tanto no espaço público, como no privado, destoadado da figura jurídica atual de Estado³¹⁵. As codificações modernas é que substituíram a corporação romana por essa figura revolucionária que é a pessoa jurídica. No lugar da

³¹³ CRUZ, Paulo Márcio. **Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para superação democrática do Estado Constitucional Moderno**. Novos Estudos Jurídicos, v. 11, p. 41-62, 2006.

³¹⁴ PILATI, José Isaac. **Planejamento Urbano: o povo constitucional e a tarefa teórica de resgate do coletivo**.

³¹⁵ PILATI, José Isaac. **Por uma nova ágora perante o desafio da globalização**. Revista Jurídica, nº 19, p. 9-30, jan/jun. 2006. p. 3/4.

soma de indivíduos, dita em Roma *universitas*, foi criada a pessoa jurídica, com a mesma prerrogativa da pessoa natural³¹⁶.

Nesse contexto inovador da propriedade está como já referido, inserida a função social da propriedade, que por vezes é entendida como a própria razão de ser do instituto³¹⁷.

Por fim adverte, Denis Lerrer Rosenfield, que com relação às novas concepções sociais de propriedade, há que se terem determinadas precauções ao pugnar pela aplicação da função social em seus ulteriores termos, tendo em vista que o discurso da função social, atualmente transmudou-se, e não há como se admitir que pessoas que nada contribuem para a aquisição de seus direitos, o recebam gratuitamente em detrimento do esforço e trabalho alheio, sob a bandeira da Função Social³¹⁸.

As realidades da Sociedade atual, frente às teorias que defendem a superação Democrática do Estado Constitucional Moderno, pugnam por novos conceitos aos antigos e importantes institutos do ordenamento jurídico, nestes incluída a propriedade. Isso se verifica, dado que os novos paradigmas assumidos pela propriedade são um dos fatores que levaram a essa superação. Além da propriedade, tem-se conforme já

³¹⁶ PILATI, José Isaac. **Por uma nova ágora perante o desafio da globalização**. Revista Jurídica, nº 19, p. 9-30, jan/jun. 2006. p. 4.

³¹⁷ Nesse sentido as palavras de Cássia Celina Paulo Moreira da Costa, ao se referir ao Princípio da Função Social da Propriedade: “[...] referido princípio constitucional, dotado de eficácia plena e imediata, enquanto norma de direito, impõe ao exercício do direito de propriedade uma função social, sem que esteja discriminada sua definição; e exatamente em decorrência de tal silêncio é que, diante do contexto ideológico-constitucional atual, deduz-se que a propriedade contemporânea não *tem* uma função social, mas *é* uma função social, e sendo assim, sua abrangência é ampla, genérica, ilimitada. Por conseguinte, a propriedade, conquanto funcionalizada no sistema jurídico atual, no rol dos direitos fundamentais e reafirmada como princípios de ordem econômica, constitui-se simultaneamente, como um direito (por ser considerada uma liberdade individual) e uma garantia (não será confiscada a propriedade se o titular do domínio não desperdiçar a potencialidade do bem)”. MOREIRA DA COSTA, Cassia Celina Paulo. **A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2003, p. 196-197.

exposto, a Democracia, a Soberania, a Globalização, entre outros, sendo que todos esses fatores estão interligados ente si e, por conseguinte conjuntamente sustentam essa mudança social.

³¹⁸ ROSENFELD, Denis Lerrer. **Reflexões sobre o Direito à Propriedade**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação teve como objeto a análise doutrinária das teorias sobre a superação do Estado Constitucional Moderno e os novos paradigmas da Propriedade.

Ante ao exposto, no decorrer da pesquisa, verificou-se que o Estado Constitucional Moderno vem passando por transformações que influenciam e clamam por mutações em sua estrutura. Diversos autores já discutem a necessidade de formalizar um novo contrato social, dentre outras espécies de Estado sugeridas.

Para se chegar ao pretendido foi necessária a construção de três capítulos, cada qual com seus próprios objetivos. O primeiro dispunha dois objetivos a serem alcançados, os quais foram perquiridos de forma científica. Foi através dos clássicos que se chegou ao entendimento do Estado e sua evolução histórica, partindo-se do Estado Moderno e com base no pensamento dos contratualistas, dando ênfase à propriedade. Esta compreensão de Estado e de Propriedade foi propedêutico para a análise perquirida, da influência da propriedade na superação do Estado Constitucional Moderno, procedeu-se assim, uma definição jurídica deste tema, de forma a subsidiar os itens subseqüentes.

Definido o marco teórico da evolução do Estado e da propriedade, com o referente sempre em mente, foram descritos, no segundo Capítulo, os caracteres do Estado Constitucional Moderno, da Democracia, bem como os fatores que induzem uma crise na democracia pugnando por novas teorias sobre as conjecturas de Estado, pois sem o conhecimento destes tópicos não se atingiria o alvejado, isto é, a análise dos novos paradigmas da propriedade. Neste norte, foi descrito, no terceiro capítulo os fatores que levam a doutrina a repensar os atuais conceitos de propriedade que dado a globalização, ao avanço tecnológico, a degradação

ambiental e a superação da dicotomia público e privado com relação a propriedade não se poderia repensar os efeitos destes para a reconstrução da propriedade na atual concepção de Estado.

Sob determinada ótica, a propriedade é um dos fatores, senão o principal, que induz o repensar do Estado. Assim, iniciou-se o terceiro Capítulo abordando sobre as teorias que sustentam que a propriedade assume características que até então não eram relevantes, ou num outro norte, que a propriedade pugna por novos conceitos e quebra de paradigmas até então assumidos pelo instituto e que orientam para uma nova conjectura no repensar do atual Estado Constitucional Moderno.

No fim do Terceiro Capítulo, o referente proposto e aglutinado de forma que se verificou a necessidade de fixação de novas categorias para a propriedade a partir da evolução da Sociedade e das influencias desta para organização e pacificação social, conclui-se com algumas considerações que se entenderam relevantes para embasar o entendimento ora defendido.

Terminado o trabalho proposto, isto é, a descrição dos capítulos, entende-se não só por conveniência, mas também, pelo prumo metodológico, ressaltar alguns itens que correspondem aos problemas e as hipóteses que se formularam na introdução.

Tinha-se como primeiro problema: Qual a contribuição da propriedade para a superação democrática do Estado Constitucional Moderno? Como resposta a este problema elegeu-se a seguinte hipótese: Entende-se que a propriedade sempre influenciou a evolução da Sociedade e por conseqüência na do Estado, nesse sentido, hodiernamente a realidade não se mostra diferente, sendo por conseguinte, a propriedade, um dos fatores que não só contribuem para a superação do Estado Constitucional Moderno como é o que impulsiona tal fenômeno. Verifica-se

neste momento que a hipótese foi confirmada, eis que a propriedade em face de sua importância e influência na Sociedade globalizada é determinante para a defesa das teorias que afirmam estar-se frente a uma crise do Estado Constitucional Moderno e que a sua superação é patente.

Assim, pode-se afirmar que a propriedade desde os primórdios da história da humanidade foi um fator determinante para eclodir o Estado e este evoluir até os dias atuais. Os bens são a mola propulsora das Sociedades capitalistas, determinam o poder e conduzem a necessidade cada vez mais premente de os homens buscarem uma maior pacificação mundial, preservado democraticamente o interesses de todos os Estado Nacionais, e de toda a população mundial.

Por sua vez o segundo problema que se tinha era: há necessidade de criação de novos atributos à propriedade ante as novas formulações ou superação do Estado? Sobre o questionamento pensava-se: dado que a propriedade induz à evolução do Estado, tal fenômeno ocorre, assim como ocorreu no passado, em razão das novas nuances que apresenta o instituto, dessa forma, em face das novas realidades sociais que emergem da Sociedade globalizada, a propriedade pugna por novos paradigmas a fim de acompanhar as recentes formulações estatais máxime no que tange a sua superação.

Esta hipótese também foi confirmada, já que conforme verificado, a evolução da propriedade sempre esteve aliada à evolução do Estado, e tendo em vista o surgimento de teorias que entendem necessária a reformulação do Estado, que supere o atual Estado Constitucional Moderno, à propriedade emerge a necessidade de novos conceitos operacionais para acompanhar as transformações e atuais realidades que perpassam as Sociedades atuais. A esse respeito, foi transcrito no terceiro Capítulo alguns novos paradigmas da propriedade, que demonstram a

necessidade de novos conceitos operacionais ao instituto do novo Estado que vivencia a atual Sociedade globalizada.

Estas são as considerações que se julgam oportunas a apresentar. O que se verifica é que, dada às teorias que defendem a superação democrática do Estado Constitucional Moderno a propriedade, como um dos fatores que não só contribuíram pra essa superação como também a induziram, necessita de novas reformulações, novos paradigmas, para acompanhar essas transformações sociais e estatais tão prementes.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

ACOSTA SÁNCHEZ, José. **Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional**. Fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998

ALEXI, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid. Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro**. Editora: Del Rey. 2007

_____. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual**. Editora: Saraiva, 2003

AQUINO, Santo Tomás de. **Escritos políticos de Santo Tomás de Aquino**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural. 1999

ARISTÓTELES. **A política**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural 1999.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/junho/julho. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>> Acesso em: 12 de janeiro de 2008, às 11:20

ARONNE, Ricardo. **Por Uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados: das raízes aos fundamentos contemporâneos**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001

ATCHE, Elusa Cristina Costa Silveira. **Rousseau e Benjamin Constant: participação e representação política.** In: WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução à história do pensamento político. 2003. p. 202.

AYUSO TORRES, Miguel. **Después del Levitán?** Sobre el estado y su signo. Madrid Editorial: Dykinson. 1998

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado.** São Paulo: Globo. 2003

BARBOSA, Antonio Luiz Figueira. **Sobre a propriedade do trabalho intelectual:** uma perspectiva crítica. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999.

BARBOSA, Denis Borges. Comércio Internacional, desenvolvimento econômico e social e seus reflexos na ordem internacional da propriedade intelectual. In: **Propriedade Intelectual.** CARVALHO, Patrícia Luciane de. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 21.

_____. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual.** 2.^a ed, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2003. p. 01.

BARRETO, Vicente. Ética, liberalismo e capitalismo. **Revista Brasileira de Filosofia.** São Paulo, v.2. fasc. 180, out/Nov/dez 1995

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2001

BECK, Ulrich. A Reinvenção da Política. In: BECK, Ulrich,; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. (Organizadores) **Modernização Reflexiva:** Política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: UNESP. 1997

BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira.** In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. Direito constitucional ambiental brasileiro. p. 72 e 73.

BERGALLI, Roberto & RESTA, Eligio. **Soberania: um princípio que se derruba**. Barcelona: Ediciones Paidós. 1996

Biblioteca virtual de Direitos Humanos da USP. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. França, 26 de agosto de 1789. Disponível em: WWW.direitoshumanos.usp.br Acesso em: 05 de novembro de 2007, às 08:30.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994

_____. **Doutrinas e filosofias políticas** – contribuições para a história da ciência política. São Paulo: Atlas. 2002

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992

_____. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 1997. p. 41.

_____. **Estado, Governo, Sociedade**: para um teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 9 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001

_____. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. et. al. coord. trad. João Ferreira. rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacaís. Brasília: Universidade de Brasília. 12 ed. 2004

_____. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004

_____. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Tradução: Marcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros. 2001

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus. 2001

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAMPOS JUNIOR, Raimundo Alves de. **O conflito entre o Direito de Propriedade e o Meio Ambiente: e a questão da indenização das áreas de preservação florestal**. 4.ed. Curitiba: Juruá. 2008

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A Constituição europeia: entre o programa e a norma**. Disponível em: www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/canotilhon.pdf . Acesso em: 10 de janeiro de 2008.

Direito Constitucional e Teoria Constitucional. 1999, p. 90

CASSESE, Sabino. **La crisis del Estado**. 1 ed. Traducción Pascual Caiella y Juan González Moras. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2003, p. 31.

CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visualbooks. 2003

CERQUEIRA, Marcelo. **A Constituição na História: origem e reforma: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan. 2006

CHEVALLIER, Jean-Jaques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 1990, p. 194.

CÍCERO, Marco Túlio. **Da república**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural. 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e Deveres Fundamentais em matéria de propriedade**. Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal. v.1. n. 3. Brasília. 1997,

CORTIANO JUNIOR, Erouths. **O discurso jurídico da Propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do Direito de Propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro. 2001

CRETELLA Jr. José. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense. 1997

CRUZ, Paulo Márcio. **Democracia e Pós-Modernidade**. Estudos Jurídicos (UNISINOS), v. 40. São Leopoldo: UNISINOS. 2007, p. 88-99.

_____ **Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado Constitucional Moderno**. *In*: Novos Estudos Jurídicos. v.11. n.1. Jan-Jun. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí. 2006

_____ **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá. 2001

_____ **Parlamentarismo em Estados contemporâneos: os modelos da Inglaterra, de Portugal, da França e da Alemanha**. 3 ed. Itajaí:UNIVALI. 2007.

_____ **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo.** 3 ed. Curitiba: Juruá. 2002

_____ Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica. V. 41. Janeiro a Junho de 2007. Bauru: Edite. *In. Soberania e superação do Estado Constitucional Moderno.* 2007

DAHL, Robert. **La Poliarquia.** Barcelona: Paidós. 1989

_____ **Sobre a Democracia.** Tradução: Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília. 2001

DALARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado.** São Paulo: Saraiva. 2001, p. 95

_____ **Elementos de teoria geral do estado.** 2000

DANICH, Victor Alberto. **Paradigmas da globalização.** Joinvile: Jornal a Notícia de 05/04/2003.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo.** 2 ed. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DIDEROT, Denis. **Obras I – Filosofia e Política.** Tradução Jacó Guinsburg. São Paulo: Perspectiva. 1 ed. 2000.

DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito.** Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: ícone. 1996

_____ **Lãs Transformaciones Del Derecho – Publico y Privado.** Tradução Adolfo G. Posada e Ramón jaés. Buenos Aires: Editorial Heliasta, s/d

DUVERGER, Maurice. **La democracia sin el pueblo.** Madrid: Ariel. 1980

ECCLESHALL, Robert et alii. **Ideologías políticas.** Madrid: Tecnos. 1998

ENGELS, Friederich. **A origem da Família, da Propriedade e do Estado**. Trad. H. Chaves. São Paulo: Presença. 1984

_____ **Princípios Básicos do Comunismo, outubro/novembro de 1847**. Tradução Alvaro Pena et.alii. Lisboa: Avante. 1978

EROLTHS, Cortiano Junior (coord.). MEIRELLES, Jussara Maria Leal; FACHIN, Luiz Edson. **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. Curitiba: Juruá. 2008

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Critica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 2000

FARIA, Anacleto de Oliveira. **Instituições de Direito**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Garantias: La Ley Del Más Débil**. Trotta: Madrid.1999.

FIGUEREDO, Guilherme José Purvin de. **A Propriedade no Direito Ambiental**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008

FRANCO JUNIOR, Hilário. **O Feudalismo**. São Paulo: Brasiliense. 1997

FRANZONI, Denise Paulus de Campos. Público e Privado: Divisão, Dicotomia e realidade *in* **Teoria Jurídica das Relações Interpessoais**. Coordenação: OLIVEIRA, Álvaro Borges de & PASOLD, César Luiz. Florianópolis: Momento Atual, 2004

FUKUYAMA, Francis. **O Fim da História e o Ultimo Homem**. Tradução Aulyde Soares Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco. 1992.

GAREA, Rafael Colina. **La Función Social de la Propiedad Privada en la Constitución Española de 1978**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor. 1997

GIDDENS, Anthony. **A Terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia**. Tradução de M. L. X. de A. Borges. Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 1999.

_____. BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social Moderna**. São Paulo: UNESP, 1995. e GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

GILLISEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de Antonio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003

GOMES JR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. Editora Forense. 2005

GRINOVER, Ada Pellegrini. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, WATANABE, Kazuo. **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**.

GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel: as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci**. Tradução: Dario Canali. 11ed. Porto Alegre: L&PM, 1986

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Proceso Constituyente. Derechos fundamentales. Dignidade humana. Libertad cultural. Trabajo y propiedad. Interpretación y comparación de textos constitucionales. Influencias en América. Reforma de la Contituición. Estado Constitucional cooperativo. Traducción: Héctor Fix-Ferrero. Buenos Aires: Astrea. 2007

_____. **Hermenêutica constitucional. Sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e**

procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., 1997

_____ **Libertad, igualdad, fraternidad:** 1789 como historia, actualidad y futuro Del Estado constitucional. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998.

_____ **Pluralismo y Constitución:** estúdios de Teoria Constitucional de la sociedad abierta. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002

_____ **Teoria de la Constitución como ciencia de la cultura.** Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola. 2002.

_____ **Cuestiones y contracuestiones.** *In:* BERNSTEIN, Richard. (Organizador). Habermas y la modernidad. Madrid: Cátedra. 1988

_____ **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. 2 v. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

HARDT Michael; NEGRI, Antonio. **Império.** Tradução de Berilo Vargas. 6. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2004

HELLER, Hermann. **Escritos políticos.** Madrid: alianza Universidad. 1985

_____ **Teroria del Estado.** México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Economica. 1955

HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** Tradução Rosina D'Angina. Consultor jurídico Thelio de Magalhães. São Paulo: Ícone. 2000

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem.** 21 ed. Rio de Janeiro: LTC. 1986

JELLINEK, Georg. **Teoria general del estado.** Buenos Aires: Albatrozss. 1970

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos.** Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 1995

KICH, Bruno Canísio. **A Propriedade na Ordem Jurídica Econômica e Ideológica.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004

LÉVY, Pierre. **O que é virtual.** Tradução de Paulo Neves. 3 reimpr. São Paulo: Ed.34, 1999.

LEVY, Jean Philippe. **História da Propriedade.** Tradução Fernando Guerreiro. Lisboa: Estampa, 1973

LEYDET, Dominique. Crise da representação. O modelo republicano em questão. In: CARDOSO, Sérgio (Org.). **Retorno ao republicanismo.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004

LIMA, Ruy Cirne. **Direito Público e Direito Privado.** Revista Jurídica, n.1. Porto Alegre: Sulina, jan-fev/1953, ano I

LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo Civil e outros escritos.** Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo Costa. Petrópolis/RJ: Vozes. 1994

_____ **Segundo tratado sobre o governo.** São Paulo: Abril cultural, Coleção Os Pensadores, 1973.

LOS MOZOS, José Luis de. **El derecho de propiedad: crisis y retorno a La tradición jurídica.** Madrid: Edersa. 1993

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

LUDWIG, Marcos de Campos. **Direito Público e Direito Privado: A Superação da Dicotomia** *in* Reconstrução do direito Privado. Organização: MARTINS-COSTA, Judith. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

LUHMANN, Niklas. **Teoria política en el estado de bienestar.** Madrid: Alianza. 1993

MACHADO HORTA, Raul. **Constituição e Direitos Individuais.** Revista de Informação Legislativa, Brasília: Editora do Senado Federal, a. 20, n. 79. 1983

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Direitos Humanos:** sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2000

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe** – comentado por Napoleão Bonaparte. 2003

MARQUESI, Roberto Wagner. **Direitos Reais Agrários & Função Social.** 1 ed. Curitiba: Juruá. 2001

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **O Tempo e a política no pensamento de Maquiavel.** In: WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução à História do Pensamento Político. 2003, p. 83.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Tránsito a la modernidade y Derechos Fundamentales.** In História de los Derechos Fundamentales, tomo I: Tránsito a la Modernidad Siglos XVI y XVII. Madrid: Editorial Dykinson, 2003

MARTINS, Ives Gandra. **O direito do Estado e o Estado de direito.** São Paulo: J. Bushatsky, 1977

MARX, Karl. **A origem do capital – a acumulação primitiva**. Tradução Walter S. Maia. São Paulo: global. 1979

_____ ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista (1848)**. Tradução: Sueli Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: LPM. 2006

MIGLINO, Arnaldo. **Democracia não é apenas procedimento**. Trad. Erica Hartmann. Curitiba: Juruá, 2006

MIGUEL, Luiz Felipe. Teoria democrática atual: esboço de mapeamento. **BIB: Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em ciências sociais**. n. 59. São Paulo: ANPOCS, 2005

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachto. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOREIRA DA COSTA, Cassia Celina Paulo. **A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2003

MÜLLER, Friedric. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** Porto Alegre: Unidade Editorial. 2000

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: GEDISA. 1997

NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2004

OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **A Função f(x) dos Direitos das Coisas**. Revista Novos Estudos Jurídicos. Itajaí: Univali. 2006.

OTEIZA, Eduardo (Coord). **Procesos Colectivos**. Asociación Argentina de Derecho Procesal. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni. 2006.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. Florianópolis: OAB/SC Editora. co-edição Editora Diploma Legal. 3 ed. 2003

_____ **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003

PEÑA, Francisco Garrido. **De como la Ecología Política Redefine Conceptos Centrales de la Ontología Jurídica Tradicional**: Libertad y Propiedad. *In*: VARELLA, Marcelo Dias & BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (Organizadores). O Novo em Direito ambiental. Belo Horizonte: Del Rey. 1998

_____ **La ecología política como política del tiempo**

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. e.d. Madrid: Tecnos, 2005

PETERS, Edson Luiz. **Meio ambiente & Propriedade Rural**. Curitiba: Juruá. 2006

PILATI, Isaac. **Propriedade intelectual e globalização**. Disponível em <www.revistanexus.com.br>, Acesso em 10.01.2006.

_____ **Função social e tutelas coletivas**: contribuição do direito romano a um novo paradigma. Seqüência. Florianópolis, n. 50, jul. 2005.

_____ **Planejamento Urbano**: o povo constitucional e a tarefa teórica de resgate do coletivo: contribuição do direito romano a um novo paradigma. Seqüência. Florianópolis, n. 50, p. 49-69, jul. 2005.

_____ **Por uma nova ágora perante o desafio da globalização**. Revista Jurídica, nº 19, p. 9-30, jan/jun. 2006

PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito Industrial – As Funções do Direito de Patentes**. Porto Alegre: Síntese, 1999

_____ **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento.** In: Propriedade Intelectual. CARVALHO, Patrícia Luciane de. Curitiba: Juruá Editora, 2006

PORTELLA, Ana Carolina Lamego Balbino. **A função social e a propriedade industrial.** In: Revista de Direito da ADVOCEF – Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. Londrina: ADVOCEF, nº 3. 2006

PRADO, Luiz Carlos Delorme. **Globalização:** notas sobre um conceito controverso. Disponível em: www.ie.ufrj.br, acesso em 20/05/2007, às 16:24.

PROUDHON, Pierre Joseph. **O que é a propriedade?** São Paulo: Martins Fontes. 1988.

_____, Pirre Joseph. **A propriedade é um roubo:** e outros escritos anarquistas. Tradução Suely Bastos. Porto Alegre: LPM. 1998.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito.** Trad. Marlene Holzhausen; revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado.** São Paulo: Martins. 2000

RICARDO, DAVID. **Princípios de economia política e tributação.** Apresentação Paul Singer e Tradução Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Abril Cultural. 1982.

ROSENFELD, Denis Lerrer. **Reflexões sobre o Direito à Propriedade.** Rio de Janeiro: Elsevier. 2008.

ROSSI, GIAMPAOLO. **Pubblico e Privato Nell' Economia Di Fine Secolo.** Extrato al volume: Le Transformazioni Del Diritto Amministrativo. Milão: Giuffré Editore. 1995.

_____. **Diritto Dell'Ambiente**. A cura di Giampaolo Rossi. Torino: G. Giappichelli Editor. 2008,

ROUSSEAU, Jean Jaques. **O contrato Social**. Ensaio sobre a origem das Línguas. Tradução Antonio de Padua Danesi. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996

_____. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Coleção Os Pensadores. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural. 1983

SAINT-PIERRE, Abbe. **Projeto para tornar perpétua a paz na Europa**. Tradução de Sérgio Duarte. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Globalización y democracia**. Bogotá: Palestra, sd.

_____. **Reinventar la democracia, reinventar el estado**. Madrid: Ediciones Sequitur, 1999

_____. **Crítica da razão indolente: contra o desperdícios da experiência**. São Paulo: Cortez. 2000

_____. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez. 1995

SANTOS. Sidney Francisco Reis dos. **A concepção do despotismo democrático em Aléxis de Toqueville**. In WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução à História do Pensamento Político. 2003, p. 276.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006

_____ **O Novo Código Civil e a Constituição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

SARTORI, Giovanni. **A teoría da democracia revisitada.** Sao Paulo: Ática. 1994

SEIXAS, Paulo H. G. de. **O desejo e a Contradição Humana:** um estudo aproximativo entre Hobbes e Freud. 2003, p. 34

SIDICARO, Ricardo. **La crisis del Estado:** y los actores políticos y socioeconómicos en La Argentina. 1 ed. Buenos Aires: Eudeba. 2003

SIEYÈS, Emanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa:** (*Qu'est-ce que le tiers état?*). Tradução Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986

SILVEIRA, Michele Costa da. **As Grandes Metáforas da Bipolaridade in** Reconstrução do direito Privado. Organização: MARTINS-COSTA, Judith. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações.** Tradução Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

SODRÉ, Ruy Azevedo. **Função Social da Propriedade Privada.** São Paulo: Revista dos Tribunais. s/d

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (em) Crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5 ed. Porto alegre: Livraria do Advogado. 2004

TIGAR, Michel e LEVY, Madeleine. **O direito e a ascensão do capitalismo.** Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1978

TOBEÑAS, Castan. **Derecho civil espanhol y foral.** 9 ed. Madrid: Montecorvo. 1957

TOQUEVILLE, Aléxis de. **A Democracia na América**. 1977, P. 52

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Fabris. 1993

TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Peirópolis. 2002

VIANA, Marco Aurélio S. **Tutela da Propriedade Imóvel**. São Paulo: Saraiva. 1982

VILLASANTE, Tomás R. **Las democracias participativas**. Madrid: Ediciones HOAC. 2001

VOLTAIRE. François Marie Arouet Le Jeune. **Cartas Filosóficas**. Tradução Renata Maria Pereira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora. 2001.

WALD, Arnold. **Novas Dimensões do Direito de Propriedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, v.665, ano 80

WOLKMER, Antonio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1990

_____ **Ideologia, Estado e Direito**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003

XAVIER, Laécio Noronha. Construção do futuro Intelectual das Cidades e Meio Ambiente. *In: Temas de Direito Ambiental*. Org. Joyceane Bezerra de Menezes. Fortaleza: Universidade de Fortaleza. 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: **Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva**. Editora Revista dos Tribunais. 2ª ed., 2007

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)