



## **20º Congresso de Iniciação Científica**

# **O DIREITO DE PROPRIEDADE E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE SOB A ÓTICA DO CAPITALISMO HUMANISTA: UMA ANÁLISE DO CASO PINHEIRINHO**

### **Autor(es)**

---

ARTHUR KAPTEINAT LIMA

### **Orientador(es)**

---

FERNANDA CRISTINA COVOLAN

### **Apoio Financeiro**

---

IC-UNASP

### **1. Introdução**

---

Segundo dados do último censo (2010) realizado pelo IBGE, 84,35% da população brasileira vive em situação urbana, isso representa mais de 160 milhões de pessoas, das quais 11,4 milhões vivem em aglomerados subnormais, sendo 2,7 milhões só no estado de São Paulo. De acordo com a mesma pesquisa, são mais de 16 milhões de brasileiros vivendo em extrema pobreza, ou seja, com um salário nominal de até R\$ 70.

Em contrapartida, no início do ano foi noticiada por diversos meios de comunicação a desapropriação, em cumprimento à ordem judicial, do terreno conhecido como pinheirinho, em São José dos Campos, onde viviam 1,3 mil famílias.

Em entrevista à Folha de São Paulo, Nahas disse que o problema da habitação no Brasil é uma questão de governo, não dele. Na mesma ocasião, a juíza Márcia Loureiro, que decretou a reintegração, declarou que pouco importam as condições das partes, o direito de moradia não se sobrepõe ao de propriedade, mas estão no mesmo nível.

Ora, compreender o raciocínio por trás desta decisão, e seus problemas ideológicos, de uma forma crítica e reflexiva é propósito deste trabalho.

Assim, pergunta-se: A concepção ideológica a fundamentar a sentença se adéqua às necessidades e aos anseios sócio-jurídicos e econômicos da população brasileira? Há identificação desta mesma concepção com a principiologia constitucional? Contribui para a concretização dos direitos humanos? Há construção teórica alternativa?

Indaga-se, ainda, o conteúdo do princípio da função social da propriedade, sua interpretação e aplicação de forma a atender às necessidades e anseios supracitados.

Para tal estudo, tomam-se por base BALERA, BUSTAMANTE, SAYEG, entre outros.

## 2. Objetivos

---

Identificado o tema a ser estudado, escolhido um objeto fático de análise no cenário sócio-jurídico, e identificadas as correntes teóricas conflitantes para a análise do objeto, passa-se a reflexão primária, a saber, a construção teórica de sustentação da sentença objeto de análise e a contraposição teórica necessária.

Assim, primeiramente é preciso alcançar o conteúdo significativo do princípio da função social, especialmente no que tange os bens de produção, reconhecendo o direito de propriedade como um direito natural, mas relativizando-o de forma a torná-lo aplicável na concretização dos direitos humanos e da justiça social.

A seguir, analisar-se-á o caso do terreno pinheirinho observando aspectos axiológicos da decisão que concluiu pela reintegração de posse, buscando, a todo tempo, verificar as implicações socioeconômicas da mesma.

No entanto, neste breve artigo, a proposta é seguir uma análise histórica, com viés econômico, em virtude da influência das correntes de matiz liberal na sentença proferida.

## 3. Desenvolvimento

---

Quanto à metodologia, a pesquisa é do tipo bibliográfico, baseada na análise da literatura já publicada, principalmente na forma de reportagens, livros, artigos de periódicos científicos, teses e dissertações.

Utilizar-se-á do método de investigação dialético, sob a lente do capitalismo humanista como marco teórico mais adequado à solução da tensão entre liberdade e democracia, ou, no plano socioeconômico, entre capitalismo liberal e capitalismo intervencionista, capaz de equilibrar interesses econômicos e sociais, contribuindo, assim, para a concretização dos direitos humanos em todas as suas dimensões e da justiça social.

## 4. Resultado e Discussão

---

Como já referido, em que pese a escolha do objeto de estudo fático, a saber, a aludida sentença, este trabalho apresenta inicialmente a discussão teórica que serve como sustentação da hipótese do trabalho, ao final enunciada.

Notadamente em um processo de globalização acelerado, a população urbana excede em muito a rural, sendo travada nas cidades uma intensa luta por sobrevivência e moradia. Nesse contexto, assumem papéis centrais o direito à propriedade e o direito à moradia, fundamentais à cidadania, todavia, a convivência entre estes muitas vezes se apresenta permeada por conflitos entre o individual e o coletivo.

Não resta dúvida que o direito à moradia é direito fundamental, inserido no artigo 6º da Constituição. Na mesma condição o direito de propriedade, com previsão constitucional no artigo 5º, XXII, sendo no inciso XXIII, e no artigo 170, III da Constituição proclamada sua relativização sob a função social.

Juridicamente não existe hierarquia entre princípios fundamentais constitucionais. Também não ocorre sobreposição ou sucessão entre as gerações ou dimensões de direitos humanos, mas sim adensamento em torno de um núcleo essencial, a dignidade da pessoa humana.

Em face disso, havendo colisão entre dois direitos fundamentais o que acontece é que devido a certas circunstâncias, a serem observadas no caso concreto, um terá precedência ao outro, naquele caso, sem jamais desprezá-lo, mas buscando a consecução mais harmônica possível dos fins colimados pela Constituição.

De acordo com a jurisprudência do STF em um sem número de decisões, parece acolhido expressamente o princípio da proporcionalidade para solucionar tais conflitos.

Tal princípio a ser aplicado a cada caso concreto onde se observar a colisão de direitos humanos pode ser subdividido em três outros subprincípios, adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação.

Cabe ressaltar que tais subprincípios não se aplicam todos simultaneamente. Às vezes, soluciona-se a questão com o uso da adequação, ou sendo esta insuficiente, recorre-se à necessidade e, por fim, à ponderação, pois neste último caso apenas um dos princípios será realizado no caso concreto, devendo o operador do direito sopesar qual tem o maior peso relativo. (GERRA, 2006, p. 64-65).

Este terceiro subprincípio caracteriza-se pela ideia de que os meios escolhidos devem manter-se razoáveis com o fim perseguido. Isto quer dizer que o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benefício por ela produzido. Trata-se da verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, do equilíbrio entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. (CAMPOS, 2004, p. 29)

Bonavides (2002, p. 397) afirma, neste sentido, que poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito.

Observa-se que a proporcionalidade em sentido estrito somente permite controlar a restrição e a otimização de princípios depois que o intérprete tenha atribuído os pesos específicos relativos aos princípios colidentes (BUSTAMANTE, 2006, pg. 89).

O direito de propriedade sofreu diversas alterações em sua concepção. No artigo 17 da declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789, o direito de propriedade foi consagrado como um direito inerente à natureza do homem, por sua vez, o código civil francês de 1803 conceituou, em seu artigo 544, a propriedade como direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, contanto que não se faça dela um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos. (VAZ, 1992, p. 61)

O direito de propriedade sofreu diversas alterações em sua concepção. No artigo 17 da declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789, o direito de propriedade foi consagrado como um direito inerente à natureza do homem, por sua vez, o código civil francês de 1803 conceituou, em seu artigo 544, a propriedade como direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, contanto que não se faça dela um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos. (VAZ, 1992, p. 61)

Segundo Sayeg e Balera (2011, p. 153) são dois os regimes capitalistas clássicos, o capitalismo liberal, configurado pela economia de mercado, onde o Estado mínimo tem a menor intervenção possível na economia e o capitalismo de Estado, caracterizado pela economia capitalista de comando central, onde o Estado do bem estar social tem atuação controladora, sem, contudo, rejeitar a propriedade privada.

Para os autores (SAYEG E BALERA, 2011, p. 160), a teoria do Estado de bem-estar social perdeu hegemonia no final do século XX por, basicamente, dois fatores: (1) nos países centrais do capitalismo porque a pujança econômica permitiu o encolhimento do Estado e gerou naturalmente, por causa da prosperidade geral, os benefícios em prol da população e (2) nos Estados periféricos, porque estes não conseguiam pagar suas dívidas externas e internas, simultaneamente aos custos das demandas associadas às externalidades negativas.

Assim, o capitalismo liberal retoma o domínio da economia, passando a ser chamado neoliberalismo.

No entanto, tal entendimento avilta os avanços realizados no campo dos direitos humanos, suprimindo suas dimensões ao considerar apenas os direitos individuais, agredindo a dignidade humana.

Reflete-se tal concepção, no que importa a este trabalho, na grande dificuldade em se relativizar o direito de propriedade, ponderando-o diante de outros direitos fundamentais ou mesmo aplicando-se o princípio da função social.

Assim, para Sayeg e Balera (2011 p. 172-173) impõe-se ao capitalismo avançar a partir do neoliberalismo e, ao direito, restrições na aplicação teórica da análise econômica do direito, atentando para o desequilíbrio horizontal dos direitos individuais.

Os autores do Capitalismo Humanista relembram, na busca de uma reflexão conceitual, que a proposta teórico-filosófica de Locke, inclusive, não dava apoio a forma tomada pelo direito de propriedade: "o direito subjetivo natural de propriedade é inato ao gênero humano, mas sofre relativização pelo próprio direito natural. Em conseqüência, autoriza-se a positivação a atribuir-lhe uma disciplina jurídica própria admitindo relativizá-lo, mas sem aviltar seu núcleo essencial". (SAYEG; BALERA, 2011, p. 150).

É exemplo a CF brasileira, que em seu artigo 170, II, reconhece a propriedade privada, para logo no inciso seguinte, assinalar a sua

função social com a expressa finalidade de garantir a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. O constituinte realmente caminhou nessa direção, pois no caput do artigo 5º garantiu a inviolabilidade da propriedade, também no inciso XXII do catálogo dos respectivos direitos fundamentais, ressaltando-se novamente, no inciso XXIII, que a propriedade atenderá a sua função social. (SAYEG; BALERA, 2011, p. 150).

Ensina Gilmar Mendes (2004, p. 20-24) que as limitações impostas ou as novas conformações conferidas ao direito de propriedade hão de observar especialmente o princípio da proporcionalidade, todavia, nota-se a tendência dos operadores do direito de dar prevalência a tal direito quando do considerar seu peso relativo em um caso concreto.

Maritain apud Sayeg e Balera (2011 p. 136) aborda o assunto asseverando que: "o remédio aos abusos do individualismo no uso da propriedade deve ser procurado não na abolição da propriedade privada, bem ao contrário, na generalização, na popularização das projeções de que ela mune a pessoa. A questão é dar a cada pessoa humana a possibilidade real e concreta de ascender".

É preciso considerar os direitos humanos em todas as suas dimensões que segundo Sayeg e Balera (2011 p. 117) são três: a liberdade inata; a igualdade inata e o valor consubstancial do homem e de todos os homens, que implica em fraternidade inata.

A fraternidade atua como fator de adensamento, ou seja, como solução à tensão dialética entre a liberdade e a igualdade (SAYEG; BALERA, 2011, p. 32).

Dworkin apud Sayeg e Balera (2011 p. 98) introduz dois princípios, o princípio da igual importância e o princípio da responsabilidade especial, "que a um só tempo acentuam que cada qual deve assumir a responsabilidade por seu próprio bem assim como a responsabilidade pelo bem do próximo e em ultima ratio pelo bem do planeta. Não se trata nem de individualismo nem de coletivismo, mas da dignidade humana e planetária, de quem e para quem dirigir a fraternidade. Não se deve abrir mão da responsabilidade pelo próprio bem em prol da responsabilidade pelo bem dos demais, mas também não se pode abrir mão da responsabilidade pelos outros e por tudo e por todos a responsabilidade para com o próprio bem".

Como elucida Trindade apud Sayeg e Balera (2011, p. 126) não se busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades na medida em que afetam os direitos humanos.

Assim, toma-se o capitalismo humanista para análise do conflito principiológico identificado no cerne da decisão judicial objeto deste trabalho, tendo como hipótese que: o contraste da decisão do caso pinheirinho os anseios da população e aos objetivos da constituição se dá, pois, tal decisão ainda guarda muito da ideologia protecionista dos interesses individuais a todo custo, ainda que em detrimento dos sociais, sem considerar a fraternidade e a misericórdia no juízo de ponderação, desta forma afastando-se da concretização multidimensional dos direitos humanos e da garantia à dignidade humana.

## 5. Considerações Finais

---

No momento que se encontra a pesquisa têm-se indicativos de que a decisão proferida no caso em análise contradiz as necessidades e os anseios sócio-jurídicos e econômicos da população brasileira, afastando-se da realidade nacional e dos objetivos da república trazidos pela Constituição.

Ao tutelar, no caso concreto, interesses econômicos e especulativos individuais em detrimento dos direitos sociais, exclui-se de uma gama da população a possibilidade concreta de ascender, mantendo-a à margem da cidadania.

Dessa forma, caminha-se em sentido contrário ao da concretização multidimensional dos direitos humanos, desconsiderando a fraternidade e por consequência a misericórdia ante a miséria.

Entende-se que a propriedade, direito inato do indivíduo, cumpre sua função social quando contribui para a construção da cidadania e para o desenvolvimento humano.

## Referências Bibliográficas

---

- 
- ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria de justificação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? Revista de direito constitucional e internacional, v.14, n.54, p.76-107, jan./mar. 2006.
- CAMPOS, Helena Nunes. Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais. Cadernos de pós-graduação em direito político e econômico. v. 4, n.1, p. 23-32, 2004.
- GODOY, Luciano de Souza. Direito agrário constitucional. O regime de propriedade. São Paulo: Atlas, 1998.
- GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a "Fórmula do Peso" de Robert Alexy: significância e algumas implicações. Revista de processo, v.31, n.141, p.53-71, nov. 2006.
- IBGE. Dados do censo 2010. Disponível em: . Acesso em 25 de ago. 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SAYEG, Ricardo Hasson; BALERA, Wagner. O capitalismo humanista. 1. ed. São Paulo: KBR, 2011.
- VAZ, Isabel. Direito econômico das propriedades. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.