

A propriedade como direito fundamental

Breves notas introdutórias

Roger Stiefelmann Leal

Sumário

1. Introdução. 2. Noções preliminares. 3. Propriedade e direitos fundamentais. 4. Propriedade e Constituição. 5. Aspectos conceituais do direito de propriedade. 6. Propriedade e lei. 7. Propriedade e função social. 8. Propriedade e indenização. 9. Conclusões.

1. Introdução

A afirmação do direito de propriedade como direito fundamental é encontrada, nos dias de hoje, em diversos textos constitucionais e tratados internacionais. Cumpre observar, no entanto, que tal condição, assim como o sentido e o alcance que lhe são conferidos, constitui questão que integra o cerne do debate político-constitucional de maior repercussão do século XX.

Possivelmente, nenhum outro direito fundamental sofreu tamanha contestação. Afirmou-se que seu exercício constituía *roubo e injustiça* (PROUDHON, 2008, p. 252). Propôs-se firmemente sua abolição como solução para todos os males e todas as alienações (ARON, 2003, p. 171 et seq.). Outros, por sua vez, sustentaram sua plena subordinação ao *interesse coletivo* (BURDEAU, 1966, p. 375).

A forte objeção que recaiu sobre o direito de propriedade não foi, porém, suficiente para prejudicar ou afastar sua condição de direito fundamental da pessoa humana. Seu sentido e alcance, contudo, não resta-

Roger Stiefelmann Leal é doutor em Direito do Estado pela USP. Professor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da USP. Procurador da Fazenda Nacional.

ram imunes a tais críticas. Assim, diversos textos constitucionais passaram a dispor sobre o cumprimento da *função social da propriedade*. Outros deixaram de incluir a propriedade entre os direitos individuais para inscrevê-la na seção dedicada aos direitos econômicos e sociais (FAVOREU, 2002, p. 201; MIRANDA, 2000, p. 525). Tal deslocamento pode – dependendo da via interpretativa adotada – determinar mudanças no perfil e no regime jurídico aplicável ao próprio direito¹.

Sobretudo em face da expressiva controvérsia que marcou o século passado, faz-se oportuno examinar os fundamentos que tradicionalmente suscitaram o reconhecimento da condição de direito fundamental à propriedade, com a finalidade de não apenas compreender sua inserção no âmbito do constitucionalismo, mas também verificar que elementos de seu conteúdo remanescem nos dias atuais. Nessa perspectiva, o presente trabalho pretende discutir algumas noções conceituais sobre o assunto. Inicialmente, a análise recairá sobre os principais aspectos referentes à concepção do direito de propriedade como direito fundamental no contexto do constitucionalismo liberal. Cuidar-se-á, em seguida, de algumas questões relativas à definição constitucional da propriedade. E, numa terceira parte, o estudo será dedicado ao papel desempenhado pelo legislador na disciplina do direito de propriedade, bem assim à sua função social e ao dever de indenizar que dele decorre. Em diversos desses pontos, especial atenção será conferida à disciplina reservada ao tema pela Constituição brasileira e à interpretação que lhe confere o Supremo Tribunal Federal.

¹ Exemplo dessa questão é a disciplina normativa da Constituição portuguesa, que reserva a cláusula de aplicação imediata apenas aos direitos, liberdades e garantias. Outro caso é o da Constituição espanhola que, ao assegurar a propriedade como direito econômico e social, não o inclui entre aqueles tutelados por instrumentos específicos de proteção das liberdades, como o recurso de amparo (FAVOREU, 2002, p. 201; FERNÁNDEZ-SEGADO, 1994, p. 231).

2. Noções preliminares

A noção de propriedade enquanto direito fundamental encontra raízes na própria ideia de liberdade (BURDEAU, 1966, p. 375; ISRAEL, 2005, p. 596-597). Mais precisamente, no raciocínio que reconhece a liberdade do homem pelo natural domínio que exerce sobre seu corpo, sobre si mesmo. Segundo John Locke (1963, p. 20) – para muitos o primeiro autor moderno a proclamar os direitos do homem (OTERO, 2007, p. 187) –, “cada homem tem uma propriedade em sua própria pessoa; a esta ninguém tem qualquer direito senão ele mesmo.”²

Segue-se, então, a ideia de que o trabalho exercido pelo homem constitui sua propriedade, assim como os frutos que dele obtiver. É primariamente a partir do trabalho que o homem consegue sair de sua carência inercial para alcançar bens que saciem suas necessidades básicas. Constitui, portanto, atividade inerente ao seu *processo vital* (ARENDRT, 2004, p. 122-123). Mais que liberdade, é *condição da vida humana* (LOCKE, 1963, p. 24).

Desse modo, infere-se que o resultado que o homem obtém mediante o legítimo emprego de sua força de trabalho é seu, é sua propriedade. Ou seja, *o trabalho de seu corpo e a obra de suas mãos, pode dizer-se, são propriamente dele e nenhum outro homem pode ter direito ao que foi conseguido* (LOCKE, 1963, p. 20), ao menos sem o consentimento do proprietário. O direito de propriedade, em sua origem, importa no domínio sobre o resultado obtido pelo trabalho.

Assim considerada, a garantia da propriedade acaba por configurar o principal móvel e estímulo à produção e, portanto, ao desenvolvimento econômico. Em termos jurídicos, sua segurança e estabilidade promovem, nessa linha, a necessária valorização do trabalho enquanto atividade

² Segundo Hanna Arendt (2004, p. 123), *Locke fundamentou a propriedade privada naquilo cuja propriedade é a mais privada de todas, “a propriedade (do homem) no tocante a si mesmo”, ou seja, o seu próprio corpo.*

humana. Trabalho e propriedade, sob essa perspectiva, são tomados como aspectos inerentes à *conditio humana*, à *liberdade pessoal* e à *dignidade dos direitos humanos* (HÄRBELE, 2007, p. 393).

3. Propriedade e direitos fundamentais

Em contraposição aos regimes despóticos imperantes nos séculos XVII e XVIII, irromperam, na Europa e na América, importantes movimentos revolucionários inspirados em ideais de defesa e proteção da liberdade. Decorre daí o surgimento do *constitucionalismo*, cuja plataforma consistia, em linhas gerais, na introdução de princípios e mecanismos voltados à limitação ou contenção do poder estatal de modo a assegurar as liberdades básicas do homem (OTTO Y PARDO, 1987, p. 12).

Nesse sentido, o constitucionalismo supera a ideia oriunda da Idade Média de que os direitos constituem prerrogativas, privilégios e regalias decorrentes de determinados estamentos, castas ou categorias (GRIMM, 2006, p. 78; MIRANDA, 2000, p. 14, 19). Passa-se a reconhecer a existência de direitos que derivam da própria natureza humana. Seriam direitos universais, pois (a) inatos à condição de pessoa humana e (b) fundantes da constituição do Estado (GRIMM, 2006, p. 78-79).

Tais noções encontram-se claramente consagradas nas principais declarações de direitos que marcaram os aludidos movimentos revolucionários. Nessa linha, o art. 1º da Declaração de Direitos da Virgínia (*Virginia Bill of Rights*), de 12 de junho de 1776, dispõe que *todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade*. A mesma concepção informa, ainda, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 4 de julho de 1776, ao afirmar que *todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida,*

a liberdade e a busca da felicidade. Também a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*), de 26 de agosto de 1789, adotou semelhante orientação. Logo em seu art. 1º estabelece que *os homens nascem e são livres e iguais em direitos*. E, no art. 2º, preceitua que *a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem*. Cumpre observar, ainda, que tais documentos são denominados “declarações” pois não estariam a instituir ou criar direitos. Sua finalidade resume-se a declará-los, reconhecê-los, na medida em que emanam da própria natureza humana, constituindo realidade preexistente ao Estado e à sociedade (FERREIRA FILHO, 2006, p. 22).

A propriedade é inserida justamente no âmbito desses direitos. Considerada, a partir das lições de John Locke (1963), como direito vinculado às ideias de liberdade e de trabalho, a propriedade passou a constar de tais declarações como direito fundamental, inato à pessoa humana. Assim, a Declaração da Virgínia, ao anunciar, em seu art. 1º, os *direitos certos, essenciais e naturais do homem*, indica o *direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança*. Por seu turno, o art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao discriminar os *direitos naturais e imprescritíveis do homem*, estabelece: *esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão*. Já o art. 17 da mesma Declaração reitera a mesma ideia, agregando, ainda, a seguinte disposição: *como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado (...)*.

Tal orientação concebe a propriedade, a exemplo da liberdade, como direito do homem – pois inerente à condição humana – precedente, portanto, ao Estado. Comporia o conjunto de direitos que se encontram na base da ordem política, que constituem seu fundamento, seus direitos fundamentais. Ou ainda, segundo a doutrina contratualista em

voga à época, integra a propriedade o resíduo de liberdade natural que restou ao homem em face da liberdade sacrificada para a construção do Estado (RUFFIA, 1984, p. 517). Consiste em direito anterior às instituições políticas, que, reconhecido formalmente, cumpre-lhes o dever de assegurar e proteger. Ou seja, conforme assinala Locke (1963, p. 77), *o grande e principal objetivo, portanto, da união dos homens em comunidades, colocando-se sob governo, é a preservação da propriedade.*

A garantia de tais direitos, ademais, busca impor, segundo os pressupostos do constitucionalismo liberal, um dever de abstenção, pois determina uma esfera de autonomia privada imune à interferência estatal ou de terceiros. Segundo a clássica lição de Rivero (2006, p. 9), são direitos que *repercutem nos outros negativamente*. No entanto, a proteção das liberdades perante terceiros (particulares) *supõe necessariamente a intervenção do estado, que a impõe por sua legislação e a sanciona por suas jurisdições* (RIVERO, 2006, p. 10). Ou seja, *são direitos de libertação do poder e, simultaneamente, direitos à proteção do poder contra os outros poderes* (MIRANDA, 2000, p. 105).

4. Propriedade e Constituição

Outra solução concebida no âmbito do constitucionalismo liberal foi a definição dos direitos fundamentais, bem como dos demais princípios de limitação do poder estatal, em texto normativo formal e solene: a Constituição. E, com a finalidade de impedir seu comprometimento ou violação por outros diplomas e atos normativos, foram estabelecidos procedimentos especiais mais gravosos para a alteração das cláusulas constitucionais do que os adotados na elaboração das demais leis. Trata-se do modelo de Constituição *rígida*³.

³ É, mais especificamente, o que Pontes de Miranda (1987, p. 236) denominou *rigidez técnica*, pois, para o ilustre jurista pátrio, há de se perquirir a propósito de uma segunda modalidade de rigidez constitucional promovida por razões de *mentalidade primitiva ou paleopsíquica*, ideológicas ou até religiosas. Configuraria,

Assim, pretende-se que os poderes públicos, de ordinário, passem a ter o dever de observar os direitos assegurados em sede constitucional. Sua eventual modificação ou superação somente teria cabimento quando tais procedimentos especiais fossem estritamente observados, formalizando genuína reforma constitucional.

Desse modo, conferiu-se, na maior parte dos países do mundo ocidental, estatura constitucional ao direito de propriedade, atribuindo-lhe nível hierárquico superior aos demais atos legislativos. Na Constituição brasileira de 1988, a inviolabilidade do direito à propriedade é proclamada no *caput* do art. 5º. O inciso XXII do mesmo artigo, por seu turno, preceitua: *é garantido o direito de propriedade*. O art. 170, ainda, insere a propriedade privada entre os princípios da ordem econômica.

Isso não significa, todavia, que a propriedade assume, em face da ordem constitucional, caráter absoluto, que inadmita restrições. A exemplo de diversos direitos fundamentais, o direito de propriedade comporta limitações e abrandamentos em sua aplicação em nome de outros valores também tutelados pelo texto constitucional. Da mesma forma, muitos princípios constitucionais também admitem restrição em face do direito de propriedade⁴. A colisão entre princípios constitucionais, mormente no caso de direitos fundamentais, requer que uns tenham moderada sua aplicação em face de outros.

Sublinhe-se, no entanto, que eventual limitação ou o seu cabimento deve ter apoio no texto constitucional. Não há restrição a direito fundamental sem base constitucional (ALEXY, 1993, p. 277; MIRANDA, 2000,

segundo o autor, espécie de sentimento de conservação e manutenção de determinado ordenamento constitucional arraigado na cultura de uma comunidade.

⁴ Sobre a estruturação dos direitos fundamentais em *princípios*, isto é, espécie normativa que admite variação de grau em sua aplicação, ver, dentre outros, Robert Alexy (1993, p. 89); também Gustavo Zagrebelsky (1992, p. 171) e J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 1056).

p. 307). Significa dizer que eventual abrandamento, restrição ou privação da propriedade somente é admissível se houver inequívoco fundamento na Constituição.

Tais limitações podem advir, desse modo, (a) de previsão expressa do texto constitucional ou mesmo (b) da própria proteção constitucionalmente atribuída a outro bem jurídico (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER; OTTO Y PARDO, 1988, p. 108). As restrições podem, ainda, ser (I) diretamente fixadas pelo texto constitucional – *restrições diretamente constitucionais* – ou (II) impostas por lei infraconstitucional devidamente autorizada, expressa ou tacitamente, pela Constituição – *restrições indiretamente constitucionais*⁵.

As *restrições diretamente constitucionais* são as decorrentes de normas de nível constitucional que estabelecem, sem a necessidade de complementação normativa, restrições ao direito fundamental (ALEXY, 1993, p. 277). A limitação, nesse caso, não requer mediação por nenhuma outra norma ou ato, além do próprio preceito constitucional. O texto constitucional de 1988 apresenta, é certo, restrições dessa natureza ao direito de propriedade, a exemplo do disposto no art. 243, que determina o confisco – expropriação imediata, sem direito à indenização – *das glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas*.

As *restrições indiretamente constitucionais por expressa reserva legal*, por sua vez, caracterizam-se pela atribuição ao legislador do poder de limitar o exercício do direito. Verifica-se, no caso, cláusula constitucional expressa em que se autoriza o Poder Legislativo a estabelecer normas restritivas ao exercício de determinado direito fundamental. Submete-se o direito de propriedade a essa modalidade de restrição, por exemplo, ao se autorizar o legislador, nos

termos do art. 190 da Constituição, a regular e limitar a *aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira*, bem como a estabelecer os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional.

Mesmo sem expressa autorização constitucional, cabe à legislação impor limitação a direito fundamental em razão de outro preceito constitucional, que, inclusive, pode ser conformador de outro direito constitucionalmente assegurado. Nesse caso, o legislador acaba por exercer juízo de ponderação entre um direito fundamental e outros valores constitucionais que se lhe oponham, optando por solução que aplique em maior grau os valores contrapostos e em menor grau o direito (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER; OTTO Y PARDO, 1988, p. 108). Institui, assim, *restrição indiretamente constitucional em face de outros bens constitucionalmente tutelados*. O direito de propriedade não fica, por certo, imune a essa categoria de restrições. Esse é o caso do disposto no art. 1.285 do Código Civil, que, em nome do direito à liberdade de locomoção (art. 5º, XV, da Constituição), reconhece *ao dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto o direito de constranger o vizinho a lhe dar passagem, mediante pagamento de indenização cabal*. Determina, ainda, o § 1º do art. 1.285 que *sofrerá o constrangimento o vizinho cujo imóvel mais natural e facilmente se prestar à passagem*. Desse modo, a lei, com fundamento em outro direito fundamental, impõe regime restritivo específico à propriedade.

5. Aspectos conceituais do direito de propriedade

A propriedade constitui – cumpre destacar – modalidade de direito real com definição e regime jurídico determinados pela legislação civil. No caso do ordenamento brasileiro, o art. 1228 do Código Civil estatui os elementos nucleares da propriedade, definindo-a como *a faculdade de usar,*

⁵ Esta última classificação de restrições a direitos fundamentais – *restrições diretamente constitucionais e indiretamente constitucionais* – é adotada por Robert Alexy (1993, p. 276 et seq.)

gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Nos termos do direito civil, em regra, é titular da propriedade em sua plenitude aquele que detém o poder para exercer todos os atributos definidos no preceito legal: *ius utendi, fruendi et abutendi* (PEREIRA, 2008, p. 92).

Indaga-se, porém, se a definição civilista de propriedade condiciona ou limita o âmbito de proteção da norma constitucional que assegura o direito fundamental de propriedade. Isto é, a proteção do art. 5º, XXII, da Constituição de 1988, alcança apenas a propriedade tal como definida no art. 1.228 do Código Civil ou estende-se, também, a outros direitos de natureza patrimonial?

Há, certamente, quem entenda – com bons argumentos – haver identidade entre a definição do direito civil e o alcance da norma constitucional. Nesse sentido, afirma-se que *as normas de direito privado devem ser compreendidas de conformidade com a disciplina que a Constituição lhe impõe* (SILVA, 2003, p. 273), para concluir que *é, assim, o direito positivo, a lei ordinária mesma, que fixa o conteúdo desse direito que é institucionalmente garantido pela Constituição* (art. 5º, XXII) (SILVA, 2003, p. 271). Segundo Jorge Miranda (2000, p. 258),

“uma coisa é o princípio da capacidade patrimonial privada ou da suscetibilidade de, salvo algumas exceções, os particulares serem titulares de direito patrimonial; outra coisa seria erigir em direitos fundamentais todos os tipos de direitos patrimoniais que, com maior ou menor relevância e mais ou menos duradouramente a lei ordinária tenha instituído ou venha a instituir.”

Entretanto, tem majoritariamente prevalecido via interpretativa diversa que confere maior alcance ao direito fundamental de modo a abranger não apenas a definição de propriedade constante na legislação civil, mas também outros direitos de conteúdo patrimonial (BASTOS, 2000, p. 207-208;

CORREIA, 1998, p. 477, 530; FERREIRA FILHO, 2008, p. 309; MENDES, 2004, p. 150-151) ou, como ensina Hesse (1998, p. 341), *o aproveitamento privado de um direito de valor patrimonial*. Desse modo, compreende-se o direito inscrito no art. 5º, *caput* e inciso XXII, da Constituição, de forma mais alargada, como *o direito fundamental de não ser alguém despojado de direitos de seu patrimônio, sem justa indenização* (FERREIRA FILHO, 2008, p. 309). A própria doutrina civilista clássica, como aponta Caio Mário da Silva Pereira (2008, p. 89), também exprimia concepção mais generosa sobre o tema, considerando a propriedade como *todos os direitos que se traduzem numa expressão pecuniária*.

A interpretação que reconhece maior extensão à noção constitucional de propriedade encontra, ainda, desenvolvimento no âmbito da própria legislação brasileira. É o que se depreende, por exemplo, de algumas disposições do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66). Ao estabelecer normas gerais sobre os impostos incidentes sobre a propriedade – especificamente o IPTU (art. 156, I, da Constituição) e o ITR (art. 153, VI, da Constituição) –, o Código define como sua base tributária a *propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel* (arts. 29 e 32 do CTN). Ou seja, ao considerar a expressão *propriedade* constante do texto constitucional, o legislador conferiu-lhe interpretação abrangente, encontrando apoio na literalidade constitucional para estender a tributação a diferentes categorias de direitos reais segundo a legislação civil⁶.

A divergência sobre o significado constitucional do direito de propriedade também

⁶ Sobre a questão, Aliomar Baleeiro (1999, p. 237, 238) acolhe expressamente a noção ampla de propriedade nos seguintes termos: *não nos parece que a interpretação deva ser restritiva, afinal, a posse é atributo da propriedade e deve ser incluída no conceito desta para efeitos do Direito Fiscal*. E, mais adiante, arremata: *o ocupante e o foreiro desses bens públicos ficam sujeitos ao imposto territorial rural, do mesmo modo que os chamados “posseiros” de terras do domínio particular, podendo o legislador, neste último caso, por mera conveniência administrativa, escolher o proprietário ou o possuidor*.

encontra repercussão nos julgados do Supremo Tribunal Federal. Ao examinar, na ADI nº 1.715-3/DF, a constitucionalidade de ato normativo que fixava prazo para reclamação de valores depositados em conta corrente por pessoas que não efetuaram o devido recadastramento, debateu-se sobre o alcance do direito fundamental constante do art. 5º, XXII, da Constituição. Isso porque, segundo a legislação civil, o direito sobre as quantias depositadas em instituições bancárias deixa de ter natureza real para assumir caráter creditício⁷.

Assim, parte dos membros da Corte manifestou-se no sentido de que a garantia constitucional da propriedade não alcança outros direitos de conteúdo patrimonial como o crédito decorrente de depósitos bancários. Segundo ressalta o Ministro Nelson Jobim, *não se trata de direito de propriedade, mas de contrato de depósito de bem fungível. Se fôssemos falar em direito de propriedade, acrescenta, teríamos como tal as cédulas depositadas, portanto, seria inviável ao banco operar com aqueles valores*⁸. A mesma orientação é adotada pelo Ministro Maurício Corrêa, ao afirmar que *a relação do depositante com a instituição depositária é de direito pessoal no que concerne ao crédito de que é titular, ao contrário do que acontece com o detentor do direito constitucional de propriedade*⁹. Para ele, *o depósito bancário, stricto sensu, não caracteriza direito de propriedade na forma como o conceitua o artigo 5º, inciso XXII, muito menos como está posto no seu caput*¹⁰.

A via interpretativa que reconhece maior alcance ao direito de propriedade

⁷ Ver, a propósito, os votos proferidos pelos Ministros Nelson Jobim e Maurício Corrêa na ADI nº 1.715-3/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, in DJU de 30.04.2004.

⁸ Voto proferido pelo Ministro Nelson Jobim na ADI nº 1.715-3/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, in DJU de 30.04.2004.

⁹ Voto proferido pelo Ministro Maurício Corrêa na ADI nº 1.715-3/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, in DJU de 30.04.2004.

¹⁰ Voto proferido pelo Ministro Maurício Corrêa na ADI nº 1.715-3/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, in DJU de 30.04.2004.

também foi sufragada pelo voto de significativa parcela dos Ministros. Ao manifestar seu entendimento sobre a questão, o Ministro Sepúlveda Pertence sustentou precisamente que *propriedade para os fins constitucionais é sinônimo de patrimônio*, e que os direitos de crédito se situam *no campo normativo da proteção constitucional à propriedade*¹¹. Também o Ministro Carlos Velloso perfilhou orientação semelhante. Para ele, *a disposição constitucional garantidora do direito de propriedade não fica somente no direito real, ou não deve ser interpretada em sentido estrito, abrangendo também, numa interpretação extensiva (...), a titularidade do crédito, ou o direito de crédito, dado que essa titularidade implica em ser, de certa forma, proprietário*¹².

A questão dividiu a Corte. A solução do caso acabou ocorrendo em face de outros fundamentos, mantendo, portanto, acesa a controvérsia sobre o tema em sede jurisprudencial.

6. Propriedade e lei

O direito de propriedade, ainda que inserido no âmbito dos direitos de liberdade, requer específica atuação do legislador. Diferentemente de algumas liberdades que, *prima facie*, dispensam intervenção legislativa específica para determinação de sua configuração jurídica e consequente exercício (ANDRADE, 2004, p. 208; SILVA, 2003, p. 267), a propriedade exige complementação normativa voltada à sua conformação. Trata-se de garantia institucional que demanda do legislador a promulgação *de complexo normativo que assegure a existência, a funcionalidade, a utilidade privada desse direito* (MENDES 2004, p. 155; PONTES DE MIRANDA, 1987, p. 396). Em boa medida, cabe à legislação estabelecer o regime jurídico do direito, impondo *normas sobre a criação e a finalização da posição de propriedade*,

¹¹ Voto proferido na ADI nº 1.715-3/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, in DJU de 30.04.2004.

¹² Voto proferido na ADI nº 1.715-3/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, in DJU de 30.04.2004.

assim como normas que vinculam consequências jurídicas a esta posição (ALEXY, 1993, p. 192-193). O âmbito de autonomia confiado, nesse particular, ao legislador não é, porém, ilimitado. Descabe-lhe, a título de disciplinar o exercício do direito, desnaturar seu conteúdo por *excesso de regulamentação* (FAVOREU et al, 2002, p. 206).

Como anteriormente salientado, as restrições à propriedade, caso não estabelecidas expressa e diretamente pela Constituição, também ficam submetidas à atuação legislativa. Ainda que em face de outro preceito constitucional, verifica-se a possibilidade de o legislador ponderar o direito de propriedade e outros valores constitucionais que com ele colidam segundo determinadas circunstâncias.

Tais restrições acabam por sujeitar-se, nesse ponto, ao princípio da reserva legal. Ou seja, somente à lei – elaborada pelos representantes do povo – cabe dispor sobre tais questões, sendo vedada a imposição de limitações à propriedade por atos normativos de índole infralegal. Trata-se de exigência – que remonta à Magna Carta de 1215 – que requer embasamento em lei formal, devidamente aprovada pelos representantes da população, como pressuposto de eventual restrição ou privação da propriedade. A Declaração de Direitos da Virgínia, em seu art. 7º, também consagra cláusula no mesmo sentido: *nenhuma parte da propriedade de um vassalo pode ser tomada, nem empregada para uso público, sem seu próprio consentimento, ou de seus representantes legítimos; e o povo só está obrigado pelas leis, da forma por ele consentida para o bem comum*. O texto constitucional brasileiro conserva tal conquista do constitucionalismo clássico, estabelecendo, além do art. 5º, II, diversas outras cláusulas específicas de reserva legal. Desse modo, a restrição à propriedade imposta, sem fundamento legal, mediante atos de natureza administrativa contempla grave violação da Constituição, não devendo subsistir nem produzir efeitos.

7. Propriedade e função social

A reação ao avanço do liberalismo econômico que marcou, sobretudo, o início do século XX, acabou por ensejar profunda revisão sobre o alcance e o significado do direito de propriedade. Com a introdução do sufrágio universal, o processo político passou a sofrer mais intensamente a influência de outras correntes de pensamento, como o socialismo, a socialdemocracia e o socialcristianismo. E, nessa perspectiva, muitos de seus ideólogos encaravam a propriedade como instrumento de opressão de massas e fonte de crescente desequilíbrio social (BURDEU, 1966, p. 378; FERREIRA FILHO, 1982, p. 32).

Decorre daí a ideia de impor limitações à propriedade no sentido de que ela, além de atender os desejos e interesses de seu titular, pudesse também responder e servir às necessidades da sociedade (BURDEU, 1966, p. 378; FERREIRA FILHO, 1982, p. 32). Ou seja, cumprir sua função social. Desse modo, como esclarece Burdeau (1966, p. 378), tornar-se-ia *uma propriedade moralizada e humanizada que não mais corre o risco de degenerar num poder opressivo*.

Tal concepção ganhou foro constitucional ainda na primeira metade do século XX. Foi expressamente consagrada pela Constituição alemã de 1919. Emblematicamente, o mesmo art. 153, que, de início, estabelece que *a Constituição garante a propriedade*, consagra, ao final, a seguinte cláusula: *a propriedade obriga. Seu uso constituirá, também, um serviço para o bem comum*. Outros textos constitucionais adotaram orientação semelhante, ainda que com redações diversas. A Constituição brasileira de 1988 assegura, no inciso XXIII do seu art. 5º, que *a propriedade atenderá a sua função social*. Inscreve, ainda, a *função social da propriedade* (art. 170, III, da Constituição) entre os princípios que informam a ordem econômica. Exibe, ademais, dispositivos específicos voltados a definir a função social da propriedade de imóveis urbanos (art. 182, § 2º, da Constituição) e rurais (art. 186 da Constituição).

A afirmação constitucional da função social da propriedade suscitou, naturalmente, interpretações variadas quanto ao seu alcance e significado. Para alguns, sua imposição implica o acréscimo de aspecto essencial ao conteúdo do direito de propriedade, sem o qual fica afastada sua garantia jurídico-constitucional por desfiguração do instituto. Ou seja, tal corrente considera que *o bem apropriável, mas que desatenda à função social a que se destina, não é objeto de direito constitucionalmente protegido* (ROCHA, 2003, p. 577; GRAU, 2003, p. 214). Não se enquadraria, em última análise, no conceito constitucional de propriedade.

Levada tal concepção às últimas consequências, a inobservância da função social poderia admitir a tomada injustificada do bem, inclusive mediante invasão forçada, pois não estaria mais abrangido pelo direito de propriedade em virtude da ausência de aspecto elementar essencial.

O texto constitucional, no entanto, permite cogitar de solução diversa. O descumprimento da função social da propriedade não descaracteriza o direito de propriedade, mas determina a imposição de penalidades, podendo resultar, inclusive, em desapropriação (BASTOS, 2000, p. 210). No caso do imóvel rural, o art. 184 da Constituição sujeita o bem à desapropriação para fins de reforma agrária caso não seja observada a função social da propriedade. Em relação ao imóvel urbano, o art. 182, § 4º, do texto constitucional, comina em face do descumprimento da função social a aplicação sucessiva das seguintes penalidades: (I) parcelamento ou edificação compulsórios; (II) IPTU progressivo no tempo; e (III) desapropriação. Em ambos os casos, determina-se a observância de procedimentos específicos, regulados em sede legislativa, que, no máximo, podem culminar com a expropriação do imóvel e a respectiva indenização, ainda que em títulos públicos resgatáveis, conforme o caso, em até dez ou vinte anos.

Em outras palavras, se o descumprimento da função social constituísse fundamento suficiente para afastar o alcance da proteção jurídico-constitucional, descaberia a adoção de tais procedimentos, bem como o dever de indenizar que – como decorrência da garantia constitucional da propriedade – tem a finalidade de reparar o prejuízo patrimonial sofrido, muito embora seu pagamento não ocorra como nas demais espécies de desapropriação. A observância de tais exigências contempladas no texto constitucional constitui imposição que decorre justamente da proteção conferida à propriedade¹³.

8. Propriedade e indenização

A privação ou ablação, ainda que parcial, da propriedade gera, como regra geral, o dever de indenizar. A reparação financeira pela limitação da propriedade constitui garantia que já encontrava fundamento no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Ao contemplar, em caráter excepcional, a possibilidade de privação da propriedade *quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir manifestamente*, o art. 17 da Declaração define como condição o pagamento *de justa e prévia indenização*.

Nessa mesma perspectiva, a Constituição brasileira de 1988, em seu art. 5º, XXIV, autoriza o legislador a estabelecer *o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos pelo próprio texto constitucional*. Ao dispor

¹³ Nesse sentido, manifestou-se, no julgamento do MS nº 25.493/DF, o Ministro Celso de Mello ao asseverar que *não se pode perder de perspectiva, por mais relevantes que sejam os fundamentos da ação expropriatória do Estado, que este não pode - e também não deve - desrespeitar a cláusula do "due process of law", que condiciona qualquer atividade do Estado tendente a afetar, dentre outros direitos, aquele que concerne à propriedade privada* (cf. voto proferido no MS nº 25.493/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, sessão de 19.05.2010).

sobre o instituto da requisição administrativa, o art. 5º, XXV, do texto constitucional permite que, em *caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.*

A imposição do dever de indenizar em face de privação do direito de propriedade tem encontrado guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É o que se extrai do julgamento do RE nº 134.297-8/SP, em que se analisou a interdição administrativa de remoção parcial de cobertura arbórea em propriedade rural abrangida pela Estação Ecológica de Juréia-Itatins. No caso, produtores rurais foram impedidos, pelo órgão ambiental competente, de implantar projeto de cultura de cacau com aproveitamento dos recursos naturais existentes na área, consoante recomendações de estudo de viabilidade econômica que fizeram realizar. Em seu voto, que conduziu o julgamento, asseverou o Ministro Celso de Mello que *a circunstância de o Código Florestal (Lei nº 4.771/65) definir como bens de interesse comum tanto as florestas existentes no território nacional quanto as demais formas úteis de vegetação que revestem as áreas por elas ocupadas não impede que se reconheça a obrigação de o Poder Público indenizar o proprietário do solo naquelas hipóteses em que as limitações administrativas, suprimindo ou reduzindo a possibilidade de exploração dos recursos naturais da terra, venham a virtualmente esterilizar, em seu conteúdo essencial, o direito de propriedade*¹⁴. Ou seja, as limitações administrativas à propriedade – ainda que de caráter ambiental – que impliquem redução ou esvaziamento de seu conteúdo econômico impõem ao poder público o dever de indenizar, como forma de assegurar minimamente o direito definido no art. 5º, XXII, da Constituição.

A mesma orientação presidiu o julgamento da ADI nº 3.112/DF que examinou a constitucionalidade da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento). Ao decidir

¹⁴ Cf. RE nº 134.297-8/SP, Rel. Min. Celso de Mello, in DJU de 22.09.95.

sobre a impugnação, por violação do direito de propriedade, do preceito legal que determinava a entrega de armamentos e munição em face da ausência de renovação periódica de licença, o Supremo Tribunal Federal definiu que *o direito do proprietário à percepção de justa e adequada indenização, reconhecida no diploma legal impugnado, afasta a alegada violação ao art. 5º, XXII, da Constituição Federal*¹⁵. Ou seja, o dispositivo legal que determinava a reparação financeira em face da entrega de armas e munições constitui, segundo a interpretação da Corte, imposição decorrente do direito fundamental à propriedade.

Também em observância ao direito de propriedade, a Lei nº 9.985, de 2000 (que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências) determina a desapropriação – com a respectiva prévia e justa indenização – de áreas particulares que recaem sobre unidades de conservação que, segundo a lei, devem ser de posse e domínio públicos. É o que estabelece, entre outros, o § 1º do art. 17 (Florestas Nacionais), o § 1º do art. 19 (Reserva de Fauna), o § 2º do art. 20 (Reserva de desenvolvimento sustentável) e o § 1º do art. 9º (Estação Ecológica). Ou seja, a interdição da propriedade decorrente da decretação de tais unidades de conservação requer necessariamente regular processo expropriatório, com a devida reparação financeira exigida em nome do direito inscrito no art. 5º, XXII, da Constituição.

A ação que tenha por finalidade privar o proprietário de seu bem, expropriando-o sem o pagamento de indenização, constitui confisco. Trata-se de penalidade admitida excepcionalmente em face da prática de determinadas infrações. O texto constitucional – como se viu acima – autoriza, em seu art. 243, o confisco das *glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas*. Determina, ainda, a mesma medida para *qualquer bem*

¹⁵ Cf. ADI nº 3.112/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, in DJU de 25.10.2007.

de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (art. 243, parágrafo único).

A legislação penal também contempla hipóteses de confisco. O art. 91 do Código Penal determina a perda em favor da União – com a ressalva dos legítimos direitos do lesado e do terceiro de boa-fé – *do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática de fato criminoso, além dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso ou detenção constitua fato ilícito*. Disciplina semelhante é, ainda, encontrada no art. 7º, I, da Lei nº 9.613, de 1998, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores.

O confisco constitui, portanto, penalidade excepcional de privação da propriedade sem o pagamento de indenização, que somente cabe ser aplicada mediante expressa previsão em lei. Descabe, assim, em face de atividade lícita, desempenhada nos termos da lei. A execução de medida confiscatória sem base legal ou conotação punitiva constitui expropriação que requer, em face do direito de propriedade, devida reparação financeira.

9. Conclusões

A propriedade não assume contornos de direito absoluto. Ainda que considerada como direito fundamental inato à condição humana, a propriedade submete-se a diversos condicionamentos e restrições. Muitos decorrentes de outros direitos e princípios também tutelados pelo texto constitucional.

Isso não significa dizer que a propriedade deve ser relativizada a ponto de inviabilizar o seu exercício. A ordem jurídica vigente certamente assegura aos titulares desse direito um conjunto de garantias contra eventuais violações. Duas delas merecem especial destaque. A primeira garantia é a decorrente do princípio da reserva legal, que exige expressa previsão em lei das restrições ao direito de pro-

priedade, sendo vedado à administração pública determinar unilateralmente – sem deliberação dos representantes eleitos pelo povo – limitações ao seu exercício. Em segundo lugar, cumpre destacar o dever de indenização decorrente da privação, total ou parcial, do bem sob domínio. Descabe ao poder público causar prejuízos ou mesmo expropriar bens particulares sem justa e devida reparação financeira. A interdição da propriedade sem indenização é confisco, medida admitida apenas em casos excepcionais, como penalidade a específicas e determinadas infrações.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- ARENDET, Hanna. *A condição humana*. 10. ed. São Paulo: Forense, 2004.
- ARON, Raymond. *O marxismo de Marx*. São Paulo: Arx, 2003.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BURDEAU, Georges. *Les libertés publiques*. 3. ed. Paris: LGDJ, 1966.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CORREIA, Maria Lúcia C. A. Amaral Pinto. *Responsabilidade do Estado e dever de indenizar do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1998.
- FAVOREU, Louis et al. *Droit des libertés fondamentales*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2002.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La dogmática de los derechos humanos*. Lima: Juridicas, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- _____. A propriedade e sua função social. *Revista de Direito Agrário*, Brasília, v. 9, n. 8, p. 29-36, jul./dez. 1982.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006.
- HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Ástrea, 2007.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- ISRAEL, Jean-Jaques. *Direito das liberdades fundamentais*. Barueri: Manole, 2005.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. São Paulo: IBRASA, 1963.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1988.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.
- OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007.
- OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1987.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- PROUDHON, Pierre-Joseph. *What is property: an inquiry into the principle of right and of government*. Teddington: Echo, 2008.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da função social da propriedade. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2, jul/dez de 2003.
- RIVERO, Jean. *As liberdades públicas*. São Paulo, Martins Fontes, 2006.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Direito constitucional: instituições de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. 6 v.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge diritti giustizia*. Torino: Einaudi, 1992.