

BREVE ESTUDO SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CONCEITUAL E O CONTEÚDO DA PROPRIEDADE PRIVADA

Francisco Luciano Lima Rodrigues*

1. Introdução

O estudo da propriedade privada, seja quanto ao aspecto da sua evolução histórica, seja quanto à investigação de seu conteúdo, tem ocupado, durante muitos anos, a atenção dos juristas.

Para o entendimento do conceito atual de propriedade privada, marcado pelo condicionamento ao cumprimento da função social, faz-se indispensável a verificação de todos os movimentos políticos, econômicos e filosóficos que contribuíram para a sua formação, bem como a influência destes movimentos na produção legislativa a respeito do assunto.

É, ainda, necessária à compreensão conceitual de propriedade a verificação da sua abrangência pelo texto constitucional, o

* *Doutor em Direito pela UFPE. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFC. Professor do Curso de Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Unifor). Juiz de Direito no Ceará.*

alcançe de sua condição de direito e garantia fundamental, bem como a dissecação de seus aspectos institucional e individual para esclarecer a possibilidade de imposição de limites ao seu exercício, com base nos princípios da igualdade e da proporcionalidade, investigando, por fim, a possibilidade de compatibilização do seu exercício com outros direitos fundamentais e, até mesmo, a viabilidade de, em dadas circunstâncias, quando exigir o interesse coletivo, ver-se retraído em favor de um outro direito também fundamental, como, por exemplo, o direito ao patrimônio cultural preservado.

2. Evolução histórica do conceito de propriedade privada

A origem da propriedade como instituição é justificada por meio de teorias que atribuem sua criação desde a vontade divina, passando pela valorização econômica até uma concepção materialista.

Acerca da origem da propriedade, Vidal¹ assevera que a terra, no princípio, havia sido cultivada de forma comum e que, com o passar do tempo, passou-se a atribuir a cada família integrante da tribo uma porção de terra onde cada uma deveria trabalhar para garantir seu sustento. A ocasião em que a área a ser utilizada pela família era dividida variava por períodos mais ou menos largos, como, por exemplo: o povo judeu repartia as suas terras a cada cinquenta anos — momento em que se denominava de ano sabático.

Com o passar dos tempos, a prerrogativa dada a cada família para que desfrutasse a terra foi ficando perpétua e, muitas vezes, o titular de todos os bens era o cabeça da família.

A sociedade greco-romana foi responsável por um considerável legado deixado às sociedades que a sucederam no tocante às regras de direito privado, sendo que a visão romana da propriedade deve ser apreciada, sem se perder de vista sua ligação a questões familiares e religiosas.

1 VIDAL, Marina Mariani de. *Curso de Derecho Reales*, tomo I, Buenos Aires, Zavalia Editor, 1990, p. 197.

Fustel de Coulanges² considera que a idéia de propriedade privada na sociedade romana estava situada na própria religião, pelo fato de que cada família tinha o local de residência e de seus antecedentes como um lugar sagrado, onde os espíritos dos antecedentes protegiam os atuais moradores.

A família romana, individualmente, possuía seus próprios deuses, representados por seus ancestrais, que protegiam tão-somente os entes de uma determinada família. O local de moradia era sagrado e nela não podiam penetrar pessoas estranhas à família. Esse caráter sagrado levou o romano a considerar a propriedade como inalienável, transmitindo-se, tão-somente, para a descendência do proprietário, excluindo qualquer outra forma de alienação.

Isabel Vaz³, acerca da visão romana de propriedade, acentua que a concepção religiosa do romano entendia a idéia de propriedade como sendo familiar e, dessa forma, se sobrepondo ao caráter individualista, como meio de garantir o direito à família, após a morte do proprietário, de continuar a utilizá-la como local sagrado para manifestações religiosas.

A expansão do império romano operou o surgimento de novas formas de propriedade, motivada pelas suas sucessivas conquistas territoriais. As terras conquistadas pelo império romano eram, em parte, utilizadas pelo próprio império e, também, colocada à exploração por pessoas que deveriam pagar pelo direito de exercer a referida exploração. Surgia, assim, um novo conceito de propriedade que, perdendo sua característica familiar e religiosa, era marcado pelo individualismo em seu exercício.

No entender de Vidal⁴, os vínculos familiares em Roma se afrouxaram após a adoção da concepção individualista da propriedade, tendo ocorrido o reconhecimento de certas limitações à pro-

2 COULANGES, Numa Demis Fustel. *A Cidade Antiga*, tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca, São Paulo, Hemus, 1975, p. 56.

3 VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1992, p. 32.

4 VIDAL, Marina Mariani. *Curso de Derechos Reales*, tomo I, Buenos Aires, Zavalia Editor, 1991, p. 197. "el aflojamiento de los vínculos familiares alumbó posteriormente la propiedad individualista, como la conocemos actualmente. Y si bien es cierto que reconocía ciertas limitaciones inspiradas em el interés de la comunidad,

priedade baseadas no interesse da coletividade, bem como restrições impostas aos imóveis que eram conhecidas por servidão e que deveriam ser suportadas pelo sucessor do proprietário, que manteria com a coisa uma relação de compartilhamento de prerrogativas. Daí a nomenclatura, hoje utilizada, de prédio serviente, na hipótese de servidão predial.

A queda do império romano demarca, para alguns estudiosos⁵, o início da idade média. Para outros⁶, teria sido o Tratado de Verdum, elaborado pelos descendentes do Imperador Carlos Magno, no qual foi dividido o império romano em parte oriental e ocidental, o marco inicial deste período histórico.

O início da Idade Média é marcado na Europa pelos grandes movimentos de migração de povos e pela circunstância de que a fé e a cultura eram guardadas pelos monges e religiosos nos conventos e mosteiros.

No aspecto jurídico, um marco também considerável foi a compilação do direito bárbaro, que enalteceu a fase denominada Baixa Idade Média, na qual se pode distinguir com maior evidência o feudalismo.

O feudalismo provocou a repartição do poder dos reis sobre a terra, uma vez que a propriedade foi bifurcada em domínio direto e domínio útil. O domínio direto era aquele exercido pelo senhor feudal e outro, o útil, aquele exercido pelos vassalos. Essa relação entre o senhor feudal e seus vassalos consistia em que este, para

también lo es que toda comun resticción privada por la cual los inmuebles, era considerada como una 'servidumbre' y la heredad que la suportaba tenia una condición semejante a la de un esclavo (de aallí la denominación de fundo servinte)".

- 5 ADROUGUE, Manuel I. *El derecho de propiedad en la actualidad*, Buenos Aires, Alelado-Perrol, 1991, p. 24. "La caída de Roma, a manos de los bárbaros (año 476 d.c), provoca el derrumbe del Império Romano de Occidente y abre las puertas de la Edad Media".
- 6 VIDAL. Marina Mariani. Obra citada, p.198. "Lo que da una característica especial ao régimen de la propiedad in mueble — con mucho la más importante en ese momento — no se desarrolla en toda ella, sino que abarca un período determinado, que se designa con el nombre de época feudal o feudalismo, que se inicia más o menos el año 843, cuando se firma el Tratado de Verdún, por el cual los nietos del Emperador Carlomagno se dividen el Imperio: aparecen los señores feudales compartiendo la soberanía con los reys, que no eran más que *primus inter pares*".

explorar e utilizar a terra, pagava ao senhor feudal prestações que poderiam ser *in natura* ou em espécie.

Na Idade Média ocorreu um processo de desintegração do conceito unitário de propriedade, resultando em desdobramentos de suas faculdades entre o titular do domínio e o efetivo possuidor e usufrutuário, propiciando o aparecimento de outras formas coletivas ou comuns de propriedade, conforme ensina Viana.⁷

Ao lado da existência dos feudos, em que o domínio era compartilhado entre senhor e vassalos, existiam as terras onde ainda predominava o princípio romano do absolutismo e do exclusivismo, denominados de terras alodiais. Nessas terras vigorava o princípio de que “*não há senhor sem título*”. Assim sendo, as terras alodiais eram possuídas sem encargos e sem gravames. A existência dessas terras, que se multiplicavam, e também o crescimento dos burgos, que eram povoados existentes além dos muros do castelo feudal, enfraqueceram o poder do senhor feudal e contribuíram para o aumento das cidades livres.

A decadência do período feudal, no que tange ao aspecto jurídico relativo à propriedade, contou com a ajuda de juristas que atribuíram ao domínio útil (aquele exercido pelo vassalo) características jurídicas semelhantes às atribuídas à propriedade romana. Concluíram esses juristas que o domínio advinha da concessão permitida pelo senhor feudal e que os gravames que fortaleciam o domínio direto (aquele exercido pelo senhor feudal) eram vistos como insuportáveis, porquanto retiravam os direitos daqueles que realmente trabalhavam e faziam a terra render economicamente, conforme discorre Vidal⁸.

7 VIANA, Marco Aurélio S. *Tutela da Propriedade Imóvel (doutrina, jurisprudência)* Editora Saraiva, São Paulo, 1982, p. 12.

8 VIDAL, Marina Mariani de. Obra citada, p.198-199 “*Poco a poco los señores feudales fueron perdiendo su primacía, debido a la importancia creciente de las ciudades o ‘burgos’, y al aumento del poder de los reys. También tuvieron su parte los juristas quienes — insperados en el Derecho Romano, cuyo estudio había vuelto a florecer — trataron de hacer del dominio útil un derecho semejante a la propiedad romana y si bien jurídicamente aquél había nacido como una concesión consentida por el señor feudal, los gravámenes que concretaban el dominio directo o eminente, empezaron a verse con un privilegio insorpotable, como una usurpación a los titulares del dominio útil queeran quienes, en verdad, lo trabajaban y hacían rendir ecoómicamente*”.

Atribui-se ao direito utilizado pelos bárbaros (direito dos costumes) e também ao cristianismo a utilização de restrições à propriedade no período feudal da Idade Média.

A Idade Média produziu um conceito de propriedade que, rejeitando o exclusivismo, marca da idade romana, admitiu uma superposição de domínios coexistentes sobre o mesmo objeto. A bipartição do domínio, ocorrida entre o senhor feudal e o vassalo, teria sido a fórmula encontrada pelo senhor feudal para manter o poder político que estava estritamente relacionado com a propriedade das terras.

Acerca das mudanças ocorridas no conceito de propriedade, afirma Adroque⁹ que o Iluminismo e as novas correntes do pensamento econômico, bem como a reforma religiosa e a concreta situação de servidão que atingia boa parte da população europeia, prepararam o caminho para a Revolução Francesa, que provocou uma mudança abrupta em toda a ordem jurídica, resultando na queda do regime feudal.

A Revolução Francesa marcou a história da humanidade e provocou mudanças no conceito de propriedade. Teria a Revolução de 1789 trazido de volta o conceito romano de propriedade, definindo-a como direito sagrado, individualista e absolutista.

As mudanças sociais, políticas e jurídicas ocorridas durante a Revolução Francesa desencadearam a instituição do Código Civil Francês em 1804, também denominado Código de Napoleão, que definiu as atribuições relativas ao proprietário.

A respeito da influência da Revolução Francesa na formação do conceito de propriedade, defende Adroque¹⁰ que este período fez do proprietário uma espécie de soberano e da propriedade um

9 ADROUGUE. Manuel I. Obra citada, p. 27. *“El Iluminismo, las nuevas corrientes del pensamiento económico, la Reforma (religiosa), y la concreta situación de servidumbre y estancamiento en que se hallaba buena parte de la población de Europa, prepararon el camino de la Revolución Francesa que provocó un cambio abrupto en todo ese orden de cosas. Posiblemente un régimen como el feudal, consolidado como estaba, no hubiera podido caer sino a consecuencia de un sacudimiento político y social de las proporciones de qué que estamos hablando”.*

10 ADROUGUE. Manuel I. Obra citada, p. 29. *“Se hizo del propietario una especie de soberano y la propiedad fue considerada un derecho sagrado e inviolable. Era la salvaguardia de la libertad. La simplificación de la propiedad y su organización de base estrictamente individual (no familiar) era, además, instrumento ordenado a la*

direito sagrado e inviolável. A simplificação da propriedade e a sua organização com base estritamente familiar era a forma encontrada para a supressão das classes sociais. As palavras liberdade, igualdade e fraternidade eram as expressões mágicas que simbolizavam o ideal daquela época. Existia naquele momento histórico uma idolatria da propriedade, fundada também nos ideais de igualdade, fraternidade e liberdade, tomados como forma de resistência à opressão da classe dominante.

O Código de Napoleão, em seu artigo 544, define as prerrogativas do proprietário como “o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que não se faça dela uso proibido pelas leis e regulamentos”.

Ainda, na mesma definição das prerrogativas inerentes ao proprietário, elaborada pelo Código de 1804, vêem-se expressões contraditórias, pois não é possível que um direito seja gozado de forma absoluta e ao mesmo tempo possa ser limitado por normas e regulamentos.

Alguns autores¹¹ defendem a idéia de que a concepção romana da propriedade restabeleceu-se no século XVIII, afirmando que na França, após a Revolução, a propriedade aparece na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como um direito inviolável e sagrado. A preocupação em assegurar a liberdade individual e a igualdade dos homens e a reação ao regime feudal levaram a uma concepção individualista exagerada de propriedade, caracterizada como direito absoluto, exclusivo e perpétuo, não sendo admitidas, inicialmente, outras restrições, senão as decorrentes das normas sobre vizinhança, que determinavam algumas obrigações ao proprietário.

O posicionamento dos juristas no sentido de entender a propriedade, no período da Revolução Francesa, como uma reedição do conceito absolutista da idade romana, encontra contestadores que propugnam pela existência de diferenciações básicas entre o

supresión de las clases sociales (lease, la nobreza). Libertad, igualdad, fraternidad, eram las mágicas palabras que simbolizaban estas ideas. la propiedad era idolatrada, junto con la libertad, la igualdad e el derecho de resitência a la opresión”.

11 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Servidão Administrativa*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 12-13.

conceito de propriedade nos dois momentos históricos indicados. Nesse sentido, Adrogue¹² afirma que a Revolução Francesa suprimiu o regime feudal da propriedade, restabeleceu a estrutura da propriedade romana em seus aspectos técnico-jurídicos. Entretanto, assevera o autor que, ideologicamente, a propriedade foi entendida de forma diferente nos referidos períodos históricos, pois na concepção romana a propriedade era evidenciada pelo autoritarismo, tinha conotação militar, religiosa e política, sendo utilizada para assegurar a supremacia das famílias romanas. A propriedade na era Napoleônica foi resultado da união de pequenos e médios possuidores com a burguesia em oposição ao rei e a nobreza, com a pretensão de separar o poder político do poder econômico.

O conceito de propriedade individualista e absoluta, surgida após a Revolução Francesa, foi, na segunda metade do século XIX, alvo de questionamentos, motivados pelo surgimento de entendimentos no sentido de que a propriedade deveria atender ao bem-estar da coletividade.

Entretanto, apesar das reações contrárias às idéias patrocinadas pela Revolução Francesa, a propriedade foi vista até a metade do século XIX como um instituto individualista, passando, com os movimentos sociais, políticos e econômicos ocorridos na Europa, a partir da segunda metade daquele século, notadamente a expansão das idéias do filósofo Karl Marx, a sofrer uma fragilização em seu aspecto individualista, tão evidente na época.

A respeito das mudanças sociais e políticas alcançadas nos meados do século XIX e suas conseqüências na conceituação da

12 ADROUGUE, Manuel I. Obra citada, p. 31. *“La Revolución Francesa, al suprimir el régimen feudal de la propiedad, restableció la estructura de la propiedad romana en sus aspectos técnicos-jurídicos. Fueron esos los momentos, en el cuadro de la evolución histórica de nuestra institución, en que la propiedad reunió los mayores atributos. Pero la ideología que inspiraba a la propiedad, en uno y outro caso, era indudablemente diversa. La concepción romana evidenciaba un autoritarismo, de connotación militar, religioso y político, que aseguraba la supremacía de las familias descendientes e los fundadores de Roma. La propiedad napoleónica, hija de la Revolución Francesa, que fue el resultado de la unión de los pequeños y medianos terratenientes con la burhiesia en contra del rey y la nobleza, pretende separar el poder político del poder económico, por via de reconocer aquél ao pueblo y éste ao ciudadano”.*

propriedade, Vidal¹³ defende que o liberalismo, motivado por suas concepções de Estado, propiciou grandes abusos por parte dos detentores de riqueza. Argumenta, ainda, que o industrialismo originou uma massa de proletários, cuja única riqueza eram seus braços e cuja mercadoria — assim era considerado o trabalho humano — estava sujeita às variações da procura e da oferta. Enfatiza a autora que as idéias liberais do século XIX oportunizaram o nascimento do anarquismo, como ideologia política, traduzido no entendimento de que a propriedade era um roubo, advogando a sua extinção.

Dessas ebulições políticas ocorridas a partir do século XIX surgem duas posições acerca da propriedade. Uma resultante das idéias nascidas da Revolução Russa que desejava transformar a propriedade individual em propriedade coletiva e, em contrapartida, uma outra corrente política que intencionava manter o *status quo* da propriedade da época, acrescidas de restrições que atendessem ao interesse social.

No tocante à propriedade privada, não há deixar de fazer referência ao pensamento marxista e sua concepção de propriedade, já que para a “teoria social marxista, o conceito de propriedade e algumas categorias correlatas (relações de propriedade, formas de propriedade) têm significado fundamental”¹⁴.

Na sua obra “A Ideologia Alemã” de 1845/46, Karl Marx e Friedrich Engels já assumem a importância do conceito de propriedade privada tanto para a crítica às concepções filosóficas a respeito da natureza do Estado, como para o que virá mais tarde a ser a crítica do modelo capitalista de produção. Para esses autores, as distintas formas de divisão do trabalho já representariam formas distintas de propriedade privada, segundo o desenvolvimento histórico.

13 VIDAL, Marina Mariani de. Obra citada, p.199. “*El liberalismo, com su concepción del Estado gendarme y el principio del laissez faire, laissez passer, dio lugar a grandes abusos por parte de los poseedores de la riqueza. El industrialismo originó la masa de los proletarios cuya única riqueza eram sus brazos e cuya mercancia — que así era considerado el trabajo humano — estaba sujeto a los avatares de la oferta y la demanda*”.

14 BOTTMORE, Tom (editor). *Dicionário do Pensamento Marxista*, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1983, p. 304, verbete “propriedade”.

“Assim, ‘a primeira forma de propriedade é a propriedade tribal. Ela corresponde àquele estágio rudimentar da produção em que um povo se alimenta da caça e da pesca’ [...] A segunda forma de propriedade é a propriedade comunal e propriedade do Estado, encontrada na antigüidade e proveniente, sobretudo, da reunião de várias tribos em uma única cidade, por contrato ou por conquista e na qual subsiste a escravidão. A terceira forma é a propriedade feudal, ou a dos diversos estamentos”¹⁵.

Especificamente no que diz respeito à terceira forma de propriedade, os autores afirmam que o modelo descritivo de propriedade somente se aplica à experiência ocidental, que se organizou sob a forma pré-capitalista de feudalismo.

Essa observação conduziu os mesmos autores a se dedicarem ao modo de produção e propriedade nas sociedades asiáticas, por exemplo, mais tarde quando da elaboração e publicação, em 1867, da obra “O Capital”, escrita por Karl Marx.

Confirmando a importância do conceito de propriedade na obra de Karl Marx, anteriormente ao trabalho “A Ideologia Alemã”, preocupações eram presentes, no instante em que, embora com uma perspectiva distinta, surgem os “Manuscritos Econômicos e Filosóficos”¹⁶, em 1844. Nesse trabalho, a associação entre propriedade privada e trabalho é clara:

“A *essência subjectiva* da propriedade privada, a propriedade privada enquanto atividade para si própria, como sujeito, como pessoa, é o trabalho. É evidente, portanto, que só a economia política, a qual reconhecia o trabalho como seu princípio (*Adam Smith*) e já não reputava a propriedade privada como simples *condição* externa ao homem, se pode considerar ao mesmo tempo como um produto, uma energia real e do movimento da propriedade privada, como um produto da *indústria* moderna e uma força que acelerou e intensificou o dinamismo e o desenvolvimento da *indústria*, até fazer deste um poder da consciência”¹⁷.

15 MARX, Karl e Friedrich Engels. *A Ideologia Alemã*. Livraria Martins Fontes Editora, São Paulo, 1989, p. 15-17.

16 MARX, Karl. *Manuscritos Econômicos e Filosóficos*, Edições 70, Lisboa, 1989, p. 183 e ss.

17 Ob. cit., p. 183.

Para a crítica marxista, a propriedade privada é um poder em si a determinar uma consciência. Nesse sentido, uma segunda categorização para Marx entra em cena: a da alienação, materializada pela mais-valia, ou seja, o lucro do capitalista que é explorador da força de trabalho de quem não é detentor do poder da consciência e promotor do desenvolvimento econômico — o capitalismo. A ausência da consciência conduz, pois, à alienação dos que necessitam se sujeitar ao modo de produção capitalista criando assim critérios profundamente injustos de distribuição da riqueza social. Dessa maneira, somente o fim da alienação, a ser promovido por uma classe organizada, poderia desencadear um processo de superação e uma sociedade de classes, em que a natureza do homem poderia ser alterada, já que o argumento sobre a imutabilidade das qualidades do homem é produto das condicionantes materiais de suas épocas históricas, donde se conclui que o homem pode ser transformado.

O que interessa para o presente trabalho é a constatação de que a concepção marxista de propriedade privada, articulada a partir das limitações ao direito de propriedade privada, denuncia claramente a tensão política existente entre os conceitos e sua implementação empírica. Se por um lado a propriedade privada é assegurada, observadas as exigências do capitalismo mundial, por outro lado, a complexidade das situações de sociabilidade dos grupos políticos da atualidade, absorve o lado emancipatório das idéias de Karl Marx e peleja para um razoável sucesso em torno de sua agenda de reivindicações, pelo menos formalmente. Outra não poderia ser a constatação do papel assumido pelos setores sociais ligados à defesa do patrimônio ambiental, histórico, cultural e arqueológico. Tal fato é confirmador dos limites da democracia burguesa, mas, por outro lado, no esteio do pensamento marxista, é elemento futuro a possibilitar uma emancipação de maior envergadura nas sociedades.

Tem-se, então, hoje um conceito de propriedade que, influenciado pela ideologia do Estado Social, despreendeu-se do seu aspecto individualista, característica do Estado Liberal, e é marcada pelo exercício de prerrogativas, por parte do proprietário,

submetidas a limitações tendentes que condicionam seu exercício a interesses coletivos.

No campo da teoria do Direito Civil atual, merece nota a reflexão elaborada por Luiz Edson Fachin, que incorpora parâmetros das exigências da atualidade. Nas palavras de Fachin, a bipolaridade da relação do direito de propriedade — um pólo que possui e um outro constituído pela subjetividade — é a justificativa para sua existência:

“Tal acontecimento é compreendido a partir da idéia de que há, também, nas titularidades e nos direitos reais uma relação jurídica, pelo fato de ser intrínseca a eles uma subjetividade. Isso significa dizer que se não houver o outro, não há sentido na construção de toda esta ficção jurídica que se deu no direito real de propriedade. E face dos terceiros é que se edifica a eficácia *erga omnes*, a formalidade registral, a seriação imobiliária e assim sucessivamente”¹⁸.

Decorrendo do referido pensamento, parece procedente que se desenvolva a idéia de que a relação entre o direito de propriedade e a proteção do bem como valor cultural, ante a nova perspectiva de uma teoria do Direito Civil, possui como fundamento tanto a base objetiva — a bipolaridade da relação — como a subjetiva, caracterizada no sentimento do outro pólo — a sociedade — em direção ao bem sobre o qual recai inexoravelmente um direito de propriedade concreto. Correto o mencionado autor, na medida em que não há aceitar, do ponto de vista racional, que a Constituição Federal tenha protegido o bem cultural, com a intensidade e especialidade que o fez, partindo de um simples diletantismo proveniente de embates caprichosos da sociedade. Na verdade, a proteção ao patrimônio histórico e cultural resulta de uma exigência de um dos pólos que, segundo as novas concepções civilistas (aqui representada pela afirmação de Fachin), preenche os requisitos da subjetividade a possibilitar a materialização da ficção jurídica prevista normativamente.

18 FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro/São Paulo, Editora Renovar, 2000, p. 112.

3. Conteúdo da propriedade privada

No Brasil tem-se por preceito constitucional explícito a qualificação do direito de propriedade como um direito e garantia fundamental, na forma contida no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal.

A inclusão do direito de propriedade no catálogo dos direitos e garantias fundamentais denota, sem maiores indagações doutrinárias, a natureza jurídica do direito de propriedade como um direito fundamental que, por sua qualidade, espalha-se por todo o tecido constitucional e, também, infraconstitucional.

A consideração do direito de propriedade como direito e garantia fundamental na forma tratada pela Constituição Federal brasileira não é a mesma atribuída por outras ordens constitucionais como, por exemplo, a portuguesa que inclui tal direito no catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A ordem constitucional portuguesa considera o direito de propriedade como direito análogo aos direitos e garantias fundamentais e a este respeito, afirma Fernandez¹⁹ que só mediante a consideração do direito de propriedade privada como um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, será possível submeter este direito ao regime específico de proteção que vigora para esta espécie de direitos fundamentais positivado no artigo 18º da Constituição da Republica Portuguesa²⁰ que os considera como auto-aplicáveis.

É indiscutível que o direito de propriedade é um direito fundamental e, no caso da ordem constitucional brasileira, um direito

19 FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. *Direito ao ambiente e propriedade privada* (aproximação ao estudo da estrutura e das conseqüências das “leis-reserva” portadoras de vínculos ambientais), Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 167-170.

20 “Artigo 18º (Força Jurídica). 1. os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

fundamental explícito, constante do catálogo descrito no artigo 5º da Constituição Federal.

No entanto, a respeito desse direito fundamental, é corriqueiro o questionamento sobre conteúdo do direito de propriedade. A questão orbita entre a possibilidade de a Constituição, ao estabelecer o direito de propriedade como direito fundamental, proteger apenas a titularidade do direito ou, também, garantir o seu conteúdo.

O conteúdo do direito de propriedade traduz-se pela marca da sua extensão, pela definição de seu objeto e compõe-se dos poderes e faculdades, com afirma Ferreira²¹, resultando em exercício de direito os atos e fatos praticados pelo proprietário.

A Constituição Federal ao dispor sobre a propriedade privada como direito fundamental não faz qualquer alusão expressa à garantia de conteúdo.

A esse respeito, tratando da ordem jurídica portuguesa, Fernandez²² defende a idéia de que na Constituição Portuguesa também não haveria referência expressa à garantia do conteúdo do direito de propriedade e que a constituição carece de um conceito de propriedade privada, e que, por isso, ela mesma remeteria, por inteiro, ao legislador ordinário a fixação do conteúdo daquele direito. Nessas circunstâncias, complementa Fernandez, a lei teria competência para disciplinar por completo a propriedade, porque a Constituição careceria de um critério preceptivo capaz de exigir e determinar um dado comportamento por parte do legislador.

Analisando a ordem constitucional italiana, no artigo 42º da Carta Política Italiana²³, Gianinni²⁴ defende que a expressão cons-

21 FERREIRA, Sérgio Andréia. *O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 5.

22 Obra citada, p. 172-173.

23 Art. 42º. *La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale. La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità.* Fonte: www.associb.org.br/constituz.html. Acesso em 27 mar. 2003.

24 GIANINNI, Severo Massimo. *Basi Costituzionali dellaproprietà privata*, Política e Diritto, Milano, 1971, pp. 443 e seguintes.

titucional referente à propriedade privada surtiria dois efeitos: o primeiro, seria relacionado com a preclusão do legislador ordinário vir a suprimir o direito de propriedade privada do ordenamento jurídico; e o segundo, estaria relacionado à possibilidade da intervenção normativa e administrativa no direito de propriedade, consubstanciada na reserva de lei.

Defende ainda Gianinni²⁵ que o direito de propriedade é de configuração legal total, tendo o legislador ampla liberdade para regular o conteúdo desse direito, limitado, no entanto, pela imposição de dois fins: a função social e o princípio da igualdade na acessibilidade de todos os cidadãos, bem como pela impossibilidade de supressão do direito de propriedade garantido pela Constituição.

A partir desse entendimento elaborado por Gianinni, pode-se afirmar que o direito de propriedade, apesar de sua qualidade de direito fundamental, não estaria impedido de ser submetido à conformação, limitação, regulação ou restrição pelo legislador infraconstitucional.

A respeito da garantia constitucional da propriedade, afirmam os autores Karl Nüssgens, Karlheinz Boujong, Werner Waber, que a doutrina e a jurisprudência alemãs apontam a existência de uma dupla função para tal garantia: — garantia institucional, a propriedade privada como instituto jurídico (*Rechtsinstitut*); — garantia da posição jurídica, garantia da existência ou garantia individual (*Rechtsstellungs, Bestands, Individual-garantie*) que protege como direito fundamental a posição jurídica de valor patrimonial que se encontra nas mãos do proprietário particular²⁶.

Haveria na Lei Fundamental alemã, conforme asseveram Werber Hoppe e Werner Ernst, uma dupla garantia: de um lado, a garantia do direito fundamental da liberdade da propriedade (*Eigentumsfreiheitsrecht*) e, do outro lado, a garantia da instituição

25 GIANINNI, Severo Massimo. *Basi Costituzionali della proprietà privata*, Política e Direito, Milano, 1971, p. 443 e seguintes.

26 *Apud*, ALVES CORREIA, Fernando. *O plano urbanístico e o direito de propriedade do solo*, Coimbra, Livraria Almedina, 1989, p. 302.

jurídica objetiva “propriedade” (*Garantie der objektiven Rechtseinerichtung*)²⁷.

Na interpretação do artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal — direito de propriedade como direito fundamental — constata-se a consagração da garantia institucional e individual da propriedade privada, dois lados da mesma moeda.

O aspecto da garantia institucional ou dimensão objetivo-institucional²⁸ diz respeito exclusivamente ao legislador, impondo-lhe a proibição de exarar normas tendentes a abolir o direito de propriedade e o dever de produzir normas que permitam caracterizar um direito individual como “propriedade privada”, possibilitando a sua acessibilidade para todos, bem como a existência e a capacidade funcional, quer do ponto de vista material, quer do ponto de vista processual²⁹.

Nesse aspecto, é de ressaltar que tanto a proibição quanto o dever atribuído ao legislador, no que se refere à garantia institucional, não se restringe aos atos do poder legislativo; ao contrário, além desses, também inclui os atos regulamentares que, de qualquer forma, conformam o direito de propriedade.

A dimensão objetivo-institucional da propriedade que proíbe a expedição de normas legais tendentes a abolir a “*propriedade privada*” não tem o condão de submeter toda e qualquer propriedade a um domínio privado. Ao contrário, a proibição do legislador em exarar normas atinentes à eliminação da propriedade privada e a garantia da propriedade como instituto jurídico não impedem a existência de certos tipos ou classes de bens insusceptíveis de apropriação privada.

É possível, ainda, quanto à dimensão objetiva-institucional da propriedade, estabelecer uma relação entre o direito de pro-

27 *Apud*, ALVES CORREIA, Fernando. *O plano urbanístico e o direito de propriedade do solo*, Coimbra, Livraria Almedina, 1989, p. 302 e 303.

28 FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. *Direito ao ambiente e propriedade privada aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das “leis-reserva” portadoras de (vínculos ambientais)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 178.

29 ALVES CORREIA, Fernando. *O plano urbanístico e o direito de propriedade do solo*, Coimbra, Livraria Almedina, 1989, p. 302-304 e MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do estado por atos legislativos*, Coimbra, Livraria Almedina, 1992, p. 270-272.

priedade e a liberdade como direito fundamental. Essa ligação tem sido verificada pelo Tribunal Federal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) no sentido de que na estrutura global dos direitos fundamentais, a garantia da propriedade privada, tem a função de assegurar ao titular do direito um espaço de liberdade (*Freiheitsraum*) no âmbito jurídico-patrimonial, através do reconhecimento de direitos de decisão, de utilização e de domínio, possibilitando-lhe, desse modo, uma conformação da sua vida, estribada numa responsabilidade pessoal³⁰.

Na dimensão subjetiva-individual o direito de propriedade pretende assegurar ao titular dos bens o exercício das faculdades inerentes ao direito de propriedade — usar, gozar, dispor e reaver.

Estaria, assim, o proprietário no direito de exercer suas prerrogativas inerentes à propriedade, de forma plena, de acordo com a conformação estipulada pela legislação ou, ao contrário, na impossibilidade de exercê-los, ter ao seu alcance as garantias processuais e patrimoniais para favorecer o exercício de suas prerrogativas ou, no caso extremo, a garantia da justa indenização.

Verificada a existência dessa dupla face do direito de propriedade — a dimensão objetiva ou institucional e a subjetiva-individual —, carece, a partir de agora, de uma análise no conteúdo propriamente dito do direito de propriedade.

O artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, ao definir o direito de propriedade como um direito fundamental, não apresentou, de forma explícita, o conteúdo do direito de propriedade. Limitou-se, no inciso XXIII do mesmo artigo, a dizer que propriedade deve atender a sua função social. Não existe, ao contrário da Constituição Portuguesa, referência no sentido de que a propriedade privada será garantida “*nos termos da Constituição*”³¹, desautorizando, assim, interpretação que desconheça que o exercício das prerrogati-

30 ALVES CORREIA, Fernando. *O plano urbanístico e o direito de propriedade do solo*, Coimbra, Livraria Almedina, 1989, p. 306.

31 “Artigo 62º. 1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e a sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição. 2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização”.

vas pelo proprietário se dará dentro de limites e nos termos previstos pela ordem jurídica.

A respeito da ausência de norma constitucional explícita que autorize o legislador a definir o conteúdo e os limites do direito de propriedade, pode-se entender que a ausência de uma explícita reserva de lei restritiva não impede que a lei possa determinar restrições mais ou menos profundas ao direito de propriedade³², seja por meio de específicas remissões constitucionais expressas ou por efeito de concretização de limites imanentes e, sobretudo, por colisão com outros direitos fundamentais.

Com respeito à ordem constitucional brasileira, pode-se afirmar que compete ao legislador ordinário a definição do conteúdo e dos limites do direito de propriedade, com iniciativa legislativa privativa da União, na forma do artigo 22 da Constituição Federal.

Ainda quanto aos limites, seria possível afirmar que sobre a propriedade urbana e a propriedade rural o constituinte teria determinado um conteúdo mínimo, no caso, as regras para o cumprimento da função social, ao tratar da política urbana e da política agrícola e fundiária e da reforma agrária, nos termos dos artigos 182 a 186 da Constituição Federal.

O conceito de propriedade elaborado sob a égide do Estado Liberal, marcado por sua característica absoluta, explicado neste capítulo, no item relativo à evolução do conceito de propriedade privada, é incompatível com a possibilidade, hoje pacífica, de que o conteúdo do direito de propriedade possa ser conformado pelo legislador de maneira a ampliá-lo ou comprimi-lo, movido pelas concepções de ordem econômica, social e política.

A possibilidade de conformação do direito de propriedade contraria o entendimento de que tal direito possa ser conceituado como algo fixo, invariável. O conceito de propriedade, afirmado anteriormente, sofre influências de ordens várias, sendo, assim, um conceito dinâmico na proporção que poderá, com relação às suas prerrogativas, ser diminuído ou ampliado.

32 CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v. 1, 2. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1984-1985, p. 334.

Na determinação do conteúdo e limites do direito de propriedade, afirma Alves Correia³³, estaria o legislador submetido a várias restrições, dentre elas, respeitar o conteúdo fundamental da garantia da propriedade, nas suas vertentes — institucional e individual — e, ainda, observar os princípios da proporcionalidade e da igualdade.

A observação pelo legislador do princípio da proporcionalidade na determinação do conteúdo e limites do direito de propriedade merece destaque na medida em que a atividade do legislador poderá ocasionar o conflito entre o direito fundamental à propriedade privada e outros direitos fundamentais, especialmente aquele que garante o patrimônio cultural preservado.

O princípio da proporcionalidade, afirma Guerra Filho³⁴, teria como objetivo a resolução do grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve obediência, por serem da mesma posição hierárquica. A tentativa de resolução de conflitos entre princípios, todos da mesma natureza, estaria na aplicação do princípio da proporcionalidade, o “*princípio dos princípios*”, cuja grande contribuição para minimizar o conflito consistiria em uma “*solução de compromisso*” pela qual se respeitasse mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o outro no mínimo possível, mantendo intacto o seu núcleo central situado na dignidade da pessoa humana.

O princípio da proporcionalidade estaria dividido em três subprincípios: *a necessidade* traduzida pela existência de um bem juridicamente protegido e de uma circunstância que imponha intervenção ou decisão, ou seja, equivale à exigibilidade dessa intervenção ou decisão; *a adequação* que significaria a providência que se mostra adequada ao objetivo almejado, destina-se ao fim contemplado pela norma, e não a outro, envolvendo, pois, correspondência de meios e fins; e, por fim, *a proporcionalidade em sen-*

33 Obra citada, p. 313.

34 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da proporcionalidade e teoria do direito*. In: Direito Constitucional — Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Org.), São Paulo, Editora Malheiros, 2001, p. 269.

tido estrito, ou, como também pode ser definida, racionalidade *strictu sensu*, que implicaria na justa medida, e não ficaria além ou aquém do necessário. Traduzir-se-ia, esse subprincípio, por tratar de limites, de restrições e de suspensão de direitos fundamentais, em uma proibição do excesso ou do arbítrio³⁵.

Ainda no tocante ao subprincípio — *proporcionalidade em sentido estrito*, merece realce o fato de que tal aspecto consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção de uma medida restritiva³⁶, denotando a valorização da idéia de equilíbrio entre valores e bens³⁷.

Respeitante, ainda, ao sopesamento entre direitos fundamentais conflitantes, cujo aspecto da proporcionalidade em sentido estrito parece ser a solução justa, aponta o Tribunal Constitucional Alemão três critérios, a partir dos quais faz a ponderação dos meios e dos fins, ao tratar de direitos fundamentais: 1) quanto mais sensível revelar-se a intromissão da norma na posição jurídica do indivíduo, mais relevantes hão de ser os interesses da comunidade que com ele colidam; 2) do mesmo modo, o maior peso e preeminência dos interesses gerais justificam uma interferência mais grave; 3) o diverso peso dos direitos fundamentais pode ensejar uma escala de valores em si mesmo, como ocorre na

35 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, 2. ed., Coimbra, Editora Coimbra, 1998, p. 218-219. Ver no mesmo sentido GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da proporcionalidade e teoria do direito*. In: *Direito Constitucional — Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Org.), São Paulo, Editora Malheiros, 2001, p. 270-271.

36 SILVA, Luís Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. In: *Revista dos Tribunais*, ano 1991, vol. 798, abril de 2002, p. 23 a 50.

37 BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2ª ed., Brasília, Brasília Jurídica, 2000, p. 83.

esfera jurídico-penal (o direito à vida teria preferência ao direito à propriedade)³⁸.

O princípio da igualdade na determinação do conteúdo e do limite do direito de propriedade tem ligação com o princípio da proporcionalidade, especialmente com relação ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, porquanto a limitação, restrição ou suspensão de direitos, ainda que respeitando a proporcionalidade, não poderá atentar contra o princípio da igualdade, contido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

A igualdade e a proporcionalidade, como princípios constitucionais, não coincidem, ao contrário se completam, tendo a igualdade relação com a distribuição de direitos e deveres, de vantagens e de encargos, de benefícios e de custos inerentes à pertença à mesma comunidade ou a vivência da mesma situação. A proporcionalidade, por sua vez, como já visto anteriormente, é uma medida de valor a partir da qual se procede a uma ponderação³⁹.

Verificando-se a necessidade de uma análise, mesmo que sumária, a respeito do sentido de igualdade, pode-se fazer uso do entendimento proposto por Jorge Miranda que, acolhido por grande parte da doutrina, assinala os pontos indispensáveis a uma abordagem do assunto, quais sejam: a) que a igualdade não é identidade e igualdade jurídica não é igualdade natural; b) que igualdade significa intenção de racionalidade, em último termo, intenção de justiça; c) que a igualdade não é uma “ilha”, encontra-se conexa a outros princípios, tem de ser entendida — também ela — no plano global dos valores, critérios e opções da Constituição material⁴⁰.

A igualdade, como princípio, não pode ser analisada apenas pela ótica da impossibilidade de diferenciações, de privilégios ou de discriminação.

38 PENALVA, Ernerto Pedraz. *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, Akal, 1990, p. 299.

39 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, 2. ed., Coimbra, Editora Coimbra, 1998, p. 216.

40 Obra citada, p. 213.

Entender o princípio da igualdade contido no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, que diz serem “todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”, apenas como uma forma de proibir discriminações, seria atribuir uma interpretação restritiva ao disposto constitucional, ou, simplesmente, constatar apenas o sentido negativo do princípio, que procura evitar a diferenciação e a discriminação entre cidadãos.

Ao contrário desse sentido negativo, teria o princípio da igualdade um sentido positivo, traduzido por um comportamento tendente a tratar igual as situações iguais e desigual as situações desiguais, desde que substancial e objetivamente desiguais, fundado em diversidade de circunstâncias ou pela natureza das coisas, não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador, e, também, dar tratamento desigual que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em obrigação. Ainda num sentido positivo do princípio da igualdade, pode-se ter o tratamento igual ou semelhante, em moldes de proporcionalidade, das situações desiguais relativamente iguais ou semelhantes, como também, o tratamento das situações não apenas como existem, mas como *devem* existir, de harmonia com os padrões da constituição material, favorecendo pela igualdade perante a lei uma verdadeira igualdade através da lei⁴¹.

Pode-se asseverar que não há com relação ao princípio da igualdade uma proibição de que a lei estabeleça distinções. Não se acolhe, como já afirmado anteriormente, o tratamento desigual pela lei baseado em situações em que as diferenciações de tratamento ocorrem sem fundamento material, sem justificativa razoável, segundo critérios de valor objetivo constitucionalmente relevantes, como, também, não cumprem o princípio da igualdade o tratamento igual para situações essencialmente desiguais, sendo ainda, incompatível com o princípio constitucional da igualdade as

41 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, 2. ed., Coimbra, Editora Coimbra, 1998, p. 214-215.

diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjetivas⁴².

Estabelecida uma conceituação mínima dos princípios da proporcionalidade e da igualdade, volta-se a tratar do conteúdo da propriedade privada, destacando, novamente, que o conteúdo do direito de propriedade, no aspecto institucional, seria atribuição da Constituição, cabendo ao legislador regular o aspecto individual que se refere ao conteúdo, propriamente dito, e os limites do direito de propriedade. Ressalta-se que a existência de duas dimensões — institucional e individual — não permite a formulação do entendimento de que o direito de propriedade garantido pela Constituição seja de duas espécies, ao contrário, o direito de propriedade é único com a particularidade da existência de duas vertentes que funcionam como um todo.

Há entendimento de que a Constituição, ao garantir o direito à propriedade privada, teria excluído qualquer referência quanto ao conteúdo desse direito, havendo, tão-somente, a salvaguarda da existência do direito à propriedade⁴³, e que qualquer tentativa de fixação de um conteúdo mínimo estaria condenada a dissolver-se numa posição metajurídica, estritamente ideológica e insustentável em face da Constituição⁴⁴.

Num sentido contrário, defende Fernandez⁴⁵, referindo-se à ordem constitucional portuguesa, que o direito de propriedade, configurado na Constituição, é um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, com um conteúdo próprio por ser dotado de preceptividade, assume-se como um direito de configuração constitucional, só carecendo da intervenção legislativa para abastecer-se de uma maior dose de exequibilidade que lhe permita, mediante a interposição do legislador, tornar-se veículo de prote-

42 Acórdão n. 39/1988 do Tribunal Constitucional Português.

43 MEDEIROS, Rui. Ensaio sobre a responsabilidade civil do estado por ato legislativo, Coimbra, Livraria Almedina, 1992, p. 129-130.

44 PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982, p. 192-193.

45 FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. *Direito ao ambiente e propriedade privada* (aproximação ao estudo da estrutura e das conseqüências das “leis-reserva” portadores de vínculos ambientais), Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p.179.

ção de outros interesses jurídico-constitucionalmente protegidos, como, por exemplo, o direito ao patrimônio cultural protegido.

A ordem constitucional brasileira teria adotado a corrente doutrinária que entende ser o direito de propriedade direito fundamental, com seu conteúdo e limites estabelecidos pelo legislador infraconstitucional, ficando, no entanto, garantido o direito à propriedade privada, desde que atendida a sua função social.

O aspecto da função social, objeto de estudo no próximo capítulo, por apresentar-se como um condicionador do próprio direito de propriedade, conforme prescreve o artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal, ao estabelecer que “a propriedade atenderá a sua função social”, é também defendido como um conteúdo mínimo do direito de propriedade definido pela Constituição.

Sendo o direito de propriedade um direito fundamental, cujo conteúdo tem dupla face — aspecto institucional e aspecto individual —, consoante abordagem anterior, pode-se dizer que não seria incompatível com a sua qualidade de direito fundamental a definição do conteúdo desse direito pelo legislador ordinário, com a imposição de limites e condicionamentos ao seu exercício, desde que estritamente necessários para salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos⁴⁶.

Em termos conclusivos, pode-se dizer que referentemente ao direito do patrimônio cultural, entendido como direito análogo aos direitos e garantias fundamentais, seria possível delinear o conteúdo e os limites do direito de propriedade com o estabelecimento de condicionamentos e limitações atinentes à preservação dos bens de interesses do patrimônio cultural.

Por fim, afirma-se que a delimitação do conteúdo do direito de propriedade por meio de condicionamentos e limitações favorece, no tocante aos bens de interesse do patrimônio cultural, a uma compatibilização entre os dois direitos fundamentais — o de propriedade e do patrimônio cultural —, resultando na imposição

46 CANOTILHO, J.J. Gomes e MACHADO, Jônatas. Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa. *In: Revista do Ministério Público*, ano 16, Outubro-Novembro 1995, n. 64, 1986, p. 11-38.

de restrições ao exercício das faculdades inerentes à propriedade em nome da proteção dos bens de interesse cultural⁴⁷.

4. Conclusões

— A origem da propriedade como instituição é justificada por meio de teorias que atribuem sua criação desde a vontade divina, passando pela valorização econômica até uma concepção materialista.

— Procede a idéia de que a relação entre o direito de propriedade e a proteção do bem como valor cultural, ante a nova perspectiva de uma teoria do Direito Civil, possui como fundamento tanto a base objetiva — a bipolaridade da relação — como a subjetiva, caracterizada no sentimento do outro pólo — a sociedade — em direção ao bem sobre o qual recai inexoravelmente um direito de propriedade concreto.

— É preceito constitucional explícito o direito de propriedade como um direito e garantia fundamental, na forma contida no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, qualidade que se espalha por todo o tecido constitucional e infraconstitucional.

— Na interpretação do artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal — direito de propriedade como direito fundamental — constata-se, com relação a esse direito, a existência de uma garantia institucional e individual da propriedade privada.

— O aspecto da garantia institucional ou dimensão objetivo-institucional diz respeito exclusivamente ao legislador, impondo-lhe a proibição de abolir o direito de propriedade e o dever de produzir normas que permitam caracterizar como um direito individual a “propriedade privada”, possibilitando a sua existência, o acesso a todos e a capacidade funcional, quer do ponto de vista material, quer do ponto de vista processual.

— É fato que tanto a proibição quanto o dever atribuído ao legislador, no que se refere à garantia institucional, não se res-

47 MORENO, Alfonso Pérez. *El postulado constitucional de la promoción y conservación del patrimonio histórico artístico*. In: *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 119, 1990, p. 13 a 43.

tringe aos atos do poder legislativo, ao contrário, além desses, também inclui os atos regulamentares que, de qualquer forma, conformam o direito de propriedade.

— A dimensão objetivo-institucional da propriedade, que proíbe a expedição de normas legais tendentes a abolir a “*propriedade privada*”, não tem o condão de submeter toda e qualquer propriedade a um domínio privado, uma vez que a proibição do legislador em exarar normas atinentes à eliminação da propriedade privada e à garantia da propriedade como instituto jurídico não impedem a existência de certos tipos ou classes de bens insusceptíveis de apropriação privada.

— A dimensão subjetiva-individual, o direito de propriedade, pretende assegurar ao titular dos bens o exercício das faculdades inerentes ao direito de propriedade — usar, gozar, dispor e reaver —, favorecendo ao proprietário o direito de exercer suas prerrogativas inerentes à propriedade, de forma plena, de acordo com a conformação estipulada pela legislação ou, ao contrário, na impossibilidade de exercê-las, ter ao seu alcance as garantias processuais e patrimoniais para garantir o exercício de suas prerrogativas ou, no caso extremo, a garantia da justa indenização.

— O legislador deve respeitar o conteúdo fundamental da garantia da propriedade, nas suas vertentes — institucional e individual — e, ainda, os princípios da igualdade e da proporcionalidade na determinação do conteúdo e limites do direito de propriedade que possam ocasionar o conflito entre o direito fundamental à propriedade privada e outro qualquer direito fundamental como, por exemplo, o que garante o patrimônio cultural preservado.

BIBLIOGRAFIA

ADROUGUE, Manuel I. *El derecho de propiedad em la actualidad*, Buenos Aires, Aleledo-Perrol, 1991.

ALVES CORREIA, Fernando. *O plano urbanístico e o direito de propriedade do solo*, Coimbra, Livraria Almedina, 1989.

- BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2. ed., Brasília, Brasília Jurídica, 2000.
- BOTTOMORE, Tom (editor). *Dicionário do Pensamento Marxista*, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1983.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MACHADO, Jônatas. Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa. In: *Revista do Ministério Público*, ano 16, out./nov. 1995, n. 64, 1986.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v. I, 2. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1984-1985.
- COULANGES, Numa Demis Fustel. *A Cidade Antiga*, tradução de Jonas Camarco Leite e Eduardo Fonseca, São Paulo, Hemus, 1975.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro/São Paulo, Editora Renovar, 2000.
- FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. Direito ao ambiente e propriedade privada (aproximação ao estudo da estrutura e das conseqüências das “leis-reserva” portadoras de vínculos ambientais), Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- FERREIRA, Sérgio Andréia. *O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- GIANINNI, Severo Massimo. *Basi Costituzionali dell'proprietà privata*, Política e Diritto, Milano, 1971.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da proporcionalidade e teoria do direito*. In: *Direito Constitucional — Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Org.), São Paulo, Editora Malheiros, 2001.
- MARX, Karl. *Manuscritos Econômicos e Filosóficos*, Edições 70, Lisboa, 1989.
- MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*, Livraria Martins Fontes Editora, São Paulo, 1989.
- MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por atos legislativos*, Coimbra, Livraria Almedina, 1992.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, 2. ed., Coimbra, Editora Coimbra, 1998.

- PENALVA, Ernerto Pedraz. *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, Akal, 1990.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Servidão Administrativa*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. In: Revista dos Tribunais, ano 91, volume 798, abril de 2002.
- VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1992.
- VIANA, Marco Aurélio S. *Tutela da Propriedade Imóvel (doutrina, jurisprudência)* Editora Saraiva, São Paulo, 1982.
- VIDAL, Marina Mariani de. *Curso de Derecho Reales*, t. I, Buenos Aires, Zavalia Editor, 1990.
- VIDAL, Marina Mariani. *Curso de Derechos Reales*, t. I, Buenos Aires, Zavalia Editor, 1991.