

# A propriedade como liberdade pública e o Estado

MÁRCIO A. INACARATO  
Professor de Direito. 2º Curador  
de Massas Falidas da Capital.

## SUMARIO

- I — A propriedade e a filosofia político-social
- II — A propriedade no Direito comparado
- III — O conceito de propriedade como liberdade pública e suas transformações
- IV — A propriedade no Direito Constitucional brasileiro e a intervenção estatal

### I — *A propriedade e a filosofia político-social*

A propriedade, conceitua CRETELLA JR., projeção da personalidade humana no domínio das coisas, tem sido considerada por muitos como o mais importante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos outorgados ao indivíduo, e por muito tempo conservou a fisionomia individualística que lhe imprimiu o Direito romano.

É que, desde suas origens, é a expressão de uma natural tendência do espírito humano.

Como se originou e qual a função da propriedade?

A respeito, as correntes filosóficas vêm se digladiando no correr dos tempos, na tentativa de uma explicação racional e coerente com a ideologia professada.

Na explicação da real natureza do direito de propriedade, analisando as inúmeras teorias já formuladas, podemos reduzi-las a três correntes fundamentais:

A primeira, que se poderia denominar de *doutrina liberal*, enxerga a propriedade sob um prisma individualista, como um direito subjetivo oponível a todos, até mesmo perante o Estado.

Tratar-se-ia de um direito imprescritível (não sujeito, pois, ao usucapião) e inviolável (não passível nem mesmo de desapropriação pelo Estado).

LOCKE, em seu *Segundo Tratado sobre o Governo* (1) no Cap. V, esclarece a origem e a razão de ser de tal direito.

É que, “embora a terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens”, eis que “Deus nos deu de tudo ricamente” (I. TIM., VI, 17), não seria de supor-se que “tivesse em mente que devesse ficar sempre em comum e inculto”.

Assim, “o homem, pelo trabalho, a tira das mãos da natureza onde era comum e pertencia igualmente a todos, e dela se apropria para si mesmo”.

Contudo, a “mesma lei que nos dá por esse meio a propriedade, também a limita igualmente. . . A extensão da terra que o homem lavra, planta, cultiva, constitui a sua propriedade”.

Pelo trabalho, separa-a da propriedade comum.

Concluindo, a seguir: “A natureza fixou bem a medida da propriedade pela extensão do trabalho do homem e conveniências da vida”. Aí, os seus exatos limites.

Em conseqüência, é “inútil, tão bem como desonesto, separar em demasia ou tomar mais do que o necessário” (ob. cit., pág. 31).

Para LOCKE, “a grande arte do governo consiste no aumento das terras e no uso acertado delas”.

Uma segunda corrente que se formou, e oposta à primeira, é a *doutrina socialista*, que se iniciou com PROUDHON (2), e pela qual se enfatizou que a propriedade é um roubo, uma espoliação, uma apropriação individual da resultante de um trabalho coletivo.

A propriedade violaria o direito de igualdade entre os homens pela implantação do direito de exclusão e do favorecimento e substituição do livre arbítrio pelo despotismo.

É que, dentre as formas conhecidas de se roubar, encontra-se o roubo através da usura. E pratica tal roubo aquele que se utiliza de seu capital ou de sua propriedade para extorquir dinheiro dos demais. O direito de propriedade é um derivado do direito da força, e desse toda a sorte de injustiças conhecidas sobre a face da terra. Conclui que a propriedade conduz ao despotismo, pois é o direito de usar e abusar, e indaga: “Se cada proprietário é majestade soberana na esfera de sua propriedade, rei inviolável em toda a extensão de seu domínio, como um governo de proprietários não seria um caos e uma confusão? (ob. cit., pág. 218).

MARX e ENGELS, no “Manifesto Comunista” de 1848 (3), propugnaram pela abolição pura e simples da propriedade privada (ou

(1) LOCKE, *Segundo Tratado sobre o Governo*, Ed. Ibrasa, 1963.

(2) PROUDHON, “Première Mémoire”, 1840, “Qu'est-ce que la propriété?”.

(3) MARX e ENGELS, “Manifesto do Partido Comunista”, publicado em 1848, in *Os Marxistas*, de Wright Mills, Rio, Ed. Zahar.

“propriedade burguesa”) porque advinda da exploração de uns pelos outros, dos antagonismos de classe.

Na sociedade burguesa o trabalho não tem condições de criar a propriedade para o trabalhador: o operário só vive para aumentar o capital (que exige o esforço coletivo para expandir-se) e só vive na medida em que o exigem os interesses da classe dominante.

Afirmam que na sociedade burguesa a propriedade está abolida para nove décimos de seus membros, e que o comunismo visa justamente a abolir esta desigualdade, suprimir a classe burguesa e com ela a propriedade burguesa. Para eles, “o comunismo não retira a ninguém o poder de apropriar-se de sua parte dos produtos sociais, apenas suprime o poder de escravizar o trabalho de outrem por meio dessa apropriação” (ob. cit., pág. 65).

A terceira corrente, das mais significativas, é a *Doutrina Social da Igreja*.

Encontramo-la exposta na *Summa Theologica*, II, 66, 2, de SANTO TOMÁS DE AQUINO: A propriedade deriva do direito natural, tomado este não no sentido de poder absoluto pelo qual as coisas seriam *res nullius*, mas sim num “sentido primário”, conseqüência do domínio inicial do homem sobre todas as coisas, e num sentido “secundário”, derivado da divisão das coisas entre todos os homens.

Tal Doutrina evoluiu com LEÃO XIII, na *Rerum Novarum*, de 1891, pela qual se firmou, inicialmente, que a propriedade é fruto do trabalho e que a produção material e a distribuição racional são concomitantes.

Com PIO XI, na *Quadragesimo Anno* (1931), se acentuou o duplo caráter da propriedade: individualista, para atender ao interesse particular; social, visando ao bem comum. O Estado não deverá aboli-la, mas apoiá-la, condicionando seu uso ao bem comum.

Finalmente, com JOÃO XXIII, na *Mater et Magistra* (1961), tomou seus contornos definitivos. Foi reafirmado o direito de propriedade como garantia de liberdade: “A experiência e a história atestam que onde os regimes políticos não reconhecem aos particulares a posse dos bens de produção, as liberdades fundamentais ou são violadas ou suprimidas, pelo que fica provado que, nesse direito, elas encontram garantia e estímulo”.

Salientou-se a necessidade de sua maior difusão, e sua função social, para prover à subsistência de todos: “Mas é pouco estabelecer que todo homem tem o direito natural de possuir, privadamente, bens próprios, mesmo os de produção, se, ao mesmo tempo, não for feito tudo para que o uso desse direito se estenda a todas as classes sociais”.

Finalmente, ao Estado se reconheceu o direito de possuir bens de produção, mas observado o “princípio da subsidiariedade”, já formulado na *Pacem in Terris*, de 1963: “Só é lícito ao Estado aumentar sua propriedade quando a necessidade o exija, sem perigo de diminuição da propriedade privada”.

GEORGES BURDEAU, no capítulo "Le Droit de Propriété" em seu livro *Les Libertés Publiques* (4), faz interessantes críticas a essas três correntes, salientando que nenhuma delas oferece uma solução totalmente satisfatória.

## II — A propriedade no Direito comparado

No Direito comparado a Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER (5) encontra, igualmente, um tríptico tratamento do direito de propriedade.

Em primeiro lugar, as manifestações *liberais*, iniciadas com a "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", de 1789, que estabeleceu em seus artigos 2º e 17 ser tal direito inviolável e sagrado, ninguém podendo ser dele privado a não ser por necessidade pública, legalmente constatada, e mediante justa e prévia indenização.

O art. 16 da Constituição francesa de 1793 estipulou que "o direito de propriedade é aquele que pertence a todo cidadão de gozar e dispor de seus bens e dos frutos do seu trabalho e indústria".

O Código de Napoleão, ou Código Civil francês do século XIX, definiu a propriedade como "o direito de gozar e dispor das coisas de modo absoluto, contanto que isso não se torne uso proibido pelas leis ou regulamentos (art. 514)".

Ainda na fase liberal, a propriedade veio a ser amparada pela Constituição norte-americana de 1791, em sua V Emenda.

Numa segunda etapa, na *fase entre as duas Grandes Guerras Mundiais*, do lado socialista tivemos um novo enfoque da propriedade pela Constituição soviética de 1918: abolição da propriedade privada da terra, em seu art. 1º. A Constituição soviética de 1936 trouxe algumas mitigações à estatização da propriedade em seus arts. 9º e 10: admitiu pequenas economias privadas de camponeses individuais e artesãos, fundadas no trabalho pessoal e excluindo a exploração do trabalho de outrem, bem como a propriedade privada limitada às rendas do próprio trabalho, da casa de habitação, de objetos de uso pessoal.

O art. 4º estabeleceu que a base econômica da URSS é constituída pelo sistema socialista da economia e pela propriedade socialista dos instrumentos e meios de produção. Tal propriedade socialista, explicitou o art. 5º, se constitui pela propriedade do Estado e pela propriedade cooperativa e "kolkhoziana".

Paralelamente, do lado ocidental, tivemos a Constituição de Weimar, na Alemanha, e a Constituição mexicana, de 1917.

Finalmente, no após-guerra, surgiram as diversas Constituições modernas, como a italiana, de 1947, que tratou da propriedade nos seus

(4) GEORGES BURDEAU, *Les Libertés Publiques*, Paris, Ed. LGDJ, 1972.

(5) ADA PELLEGRINI GRINOVER, "O Direito de Propriedade e suas Garantias", Apostilas.

arts. 41/44, já prevista e sedimentada sua função social, inclusive quanto à reforma agrária, visando-se à eliminação dos latifúndios improdutivos.

No Brasil, como veremos, tivemos a Constituição democrática de 1946, encarando a propriedade sob esse novo prisma.

### III — O conceito de propriedade como liberdade pública e suas transformações

Liberdades públicas, na magistral definição de JEAN RIVERO, são “poderes de autodeterminação reconhecidos e organizados pelo Estado, pelos quais o homem, nos diversos domínios, escolhe o comportamento que pretende assumir”, ou, mais sinteticamente, “liberdades públicas são liberdades que o Direito positivo reconhece e organiza” (6).

Dissecando tal conceito, temos:

- a) são poderes de autodeterminação ou de comportamento, agindo-se de determinado modo, dentre os permitidos;
- b) reconhecidos e organizados pelo Estado, através do Direito positivo.

O direito à propriedade é uma liberdade pública dos cidadãos, nos regimes democráticos, usualmente previsto na Constituição. É visto mesmo como um dos direitos fundamentais do homem, na vida social.

Segundo o conceito misto de classificação das liberdades públicas proposto por RIVERO (sob o ângulo da titularidade e do objeto), as liberdades públicas classificam-se em:

- a) segurança ou liberdade individual;
- b) liberdades da pessoa física;
- c) liberdades da pessoa intelectual e moral;
- d) liberdades sociais e econômicas.

Situados nessa última posição temos a *propriedade*, o trabalho, a sindicalização, o comércio e indústria, a greve etc.

Trata-se, o direito de propriedade, de uma relação de direito privado, reconhecida e organizada pelo Poder Público.

O Direito Público, Constitucional e Administrativo, deverá ocupar-se da propriedade privada na medida em que os bens objeto do direito de propriedade interfiram com o interesse público, tendo em vista a idéia da “função social da propriedade”, consagrada na Constituição (art. 160, III, da Constituição Federal).

O direito de propriedade é, pois, visto sob dois enfoques: sob o *ângulo do direito privada*, como o direito de usar, gozar e dispor dos bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua (art. 524 do Código Civil), e sob a *ótica do direito público*, pela qual o proprietário se encontra em posição vertical, para menos, relativamente

(6) JEAN RIVERO, *Les Libertés Publiques*, Presses Universitaires, France, 1973.

ao Estado, que pode interferir na propriedade, por motivo de interesse público, mas ao mesmo tempo cria instrumentos eficazes para sua proteção.

Visto sob esta dupla consideração, verifica-se que o direito de propriedade não é tão absoluto assim, vindo a sofrer restrições de monta, até a eliminação total (países socialistas), conforme a filosofia político-econômica adotada.

Certo é que a propriedade tem sofrido profundas transformações quanto ao conceito, função e limites nos últimos decênios, face ao constante predomínio do interesse público sobre o interesse privado, tendência esta de âmbito universal, qualquer que seja o sistema político-econômico adotado.

Passou a ser “a função social do detentor dos capitais mobiliários ou imobiliários” (7); antes que o direito subjetivo dos indivíduos.

Ensina PONTES DE MIRANDA (8) que o Direito brasileiro sempre teve limitações ao uso da propriedade. O Código Civil mais as explicitou. Mas uma coisa são os limites ao seu “uso”, fixados no Código Civil, e outra bem diversa é sua “função social”, prevista na atual Constituição. Todo uso da propriedade que ofenda ao “bem-estar social” não é mais permitido, cumprindo ao Judiciário, em casos duvidosos, fixar os seus exatos limites.

Dentre as limitações ou restrições ao direito de propriedade encontramos a desapropriação, as requisições civis e militares, as servidões administrativas, as ocupações temporárias, as encampações, os confiscos, as disposições compulsórias, as inalienabilidades, intransferibilidades e indisponibilidades compulsórias, as transformações coativas da propriedade, os controles de abastecimento e tabelamentos de preços, as desconcentrações ou concentrações da propriedade, as quais, cada uma de per si, poderiam ser objeto de estudos posteriores.

#### IV — *A propriedade no Direito Constitucional brasileiro e a intervenção estatal*

Todas as Constituições brasileiras, desde a de 1824, garantiram o direito de propriedade; sempre uma dupla garantia: quanto à *conservação* (com as exceções relativas à possibilidade de desapropriação etc.), e quanto à *compensação* (exigência de determinado tipo de indenização, quando ofendido o direito de conservação).

Assim é que a Constituição do Império, de 25 de março de 1824, nossa primeira Carta Constitucional, em seu art. 179, inciso XXII, estatuiu:

“É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do

(7) ALFREDO BUZAID, *Da Ação Renovatória*, 1958.

(8) PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1969*, art. 160, III, Ed. Rev. dos Tribunais.

valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização."

De igual modo, a Constituição republicana de 1891:

"O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia" (art. 72, § 17).

A Constituição de 1934 acrescentou, em seu art. 113, inciso 17, mais uma exceção:

".....

Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior."

Trata-se das requisições civis e militares.

A Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937 transferiu à lei "que regular o exercício do direito de propriedade"... a definição de "seu conteúdo e seus limites" (art. 122, inciso 14).

A Constituição democrática de 18 de setembro de 1946, a par de retomar a linguagem da Constituição de 1934, previu ainda, no § 16 do art. 141 (que cuidou da garantia constitucional do direito de propriedade), a hipótese de desapropriação "por interesse social", ao lado da desapropriação por "necessidade ou utilidade pública", sempre "mediante prévia e justa indenização em dinheiro".

A Constituição de 24 de janeiro de 1967 tratou do direito de propriedade em seus artigos 150, § 22 (garantia constitucional clássica), 157, III (função social da propriedade), 157, § 1º (desapropriação para reforma agrária), e 158, V (participação nos lucros e excepcionalmente na gestão das empresas, dependendo de lei).

Semelhantemente, a atual Constituição da República Federativa do Brasil, de 17 de outubro de 1969 (Emenda Constitucional nº 1), cuidou da garantia do direito de propriedade e da intervenção estatal nesse direito em seus artigos 153, § 22; 160, III; 161; 165, V; e 153, §§ 24 e 25, o que veremos a seguir.

Assim é que o § 22 do art. 153, estabeleceu:

"É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior."

A novidade foi a faculdade de o expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária.

O art. 161, a que faz ressalva, instituiu a desapropriação da propriedade territorial rural, para fins de reforma agrária, incidindo sobre latifúndios localizados em "zonas prioritárias" (fixadas por decreto do Executivo), mediante pagamento de justa indenização em "títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis em vinte anos em parcelas anuais sucessivas".

Tal desapropriação é da competência exclusiva da União, e, consoante o § 4º, "o Presidente da República poderá delegar as atribuições para a desapropriação de imóveis rurais por interesse social".

O art. 160, em tratando "Da Ordem Econômica e Social", estabeleceu que "a ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: ... III — função social da propriedade".

Pergunta-se: como é tomado o conceito "propriedade" na Constituição? — No sentido de abranger todos os bens patrimoniais da pessoa, segundo a maioria dos doutrinadores, entre os quais PONTES DE MIRANDA (9). A propriedade individual no mais largo sentido, não se excluindo a desapropriação de bens que não consistam em direitos reais. O único limite à desapropriação é a imperdibilidade do direito.

A propriedade privada é instituto jurídico, é instituição. Não é, como a liberdade pessoal, somente um direito fundamental. É instituição a que "as Constituições dão o broquel da garantia constitucional" (9).

Ao legislador, ensina o mestre JELLINEK, só se impede de acabar, como tal e em geral, com o instituto jurídico da propriedade, mas não com seu conteúdo e limites, que podem sofrer modificações. PONTES DE MIRANDA, desenvolvendo tal raciocínio, entende que a própria lei ordinária pode modificar o conteúdo e os limites, bem como o modo de exercício do direito de propriedade (9).

Tomando a propriedade em seu sentido abrangente, o § 24 do art. 153 da Constituição cuidou de resguardar os direitos do inventor, assegurando-lhe o privilégio temporário de explorar o invento, bem como consagra o direito do autor de obras literárias, artísticas e científicas, e a propriedade das marcas de indústria e comércio, e a exclusividade do uso do nome comercial.

No § 25 consagrou o "direito de reprodução, transmissível por herança".

Finalmente, o art. 165, V, da Constituição assegurou aos trabalhadores o direito de "participação nos lucros e excepcionalmente, na gestão da empresa".

Eis, em linhas gerais, a apreciação, sob o prisma das liberdades públicas, da intervenção do Estado no direito de propriedade, organizando-o e regulamentando-o a nível constitucional.

(9) PONTES DE MIRANDA, ob. cit., págs. 364/368.