

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -  
CURITIBA**

**DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS V**

**GUSTAVO RABAY GUERRA**

**DAVID AUGUSTO FERNANDES**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

D598

Direitos e garantias fundamentais V [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: David Augusto Fernandes, Gustavo Rabay Guerra – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-355-9

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS V

---

### **Apresentação**

Com o término da Segunda Guerra Mundial a sociedade internacional passou a ver o ser humano de forma diferente, favorecendo a maturação de vários direitos, que anteriormente existiam, mas não possuíam efetividade. Entre estes direitos estão aqueles que compõem o núcleo rígido e irreduzível de direitos e garantias fundamentais, que a cada dia se sedimentam no ambiente social com maior vigor. Muitos desses, por vezes, ainda em fase de enunciação teórica, jurisprudencial e, até mesmo, de sua legalidade constitutiva.

Neste XXV Congresso do CONPEDI Curitiba, no Grupo de Trabalho de Direitos e Garantias Fundamentais V, o tema em comento irradiou a ilação de vários operadores do Direito, que neste evento participaram, tendo eles disponibilizado destacado tempo de pesquisa para produzi-los, buscando trazer a luz suas visões e reflexões alusivas aos Direitos e Garantias Fundamentais, objetivando uma maior divulgação do mesmo, estando neste momento a disposição de todos os interessados para sua livre apreciação e análise.

Os temas apresentados refletiram o que há de mais atual na percepção da adequada dimensão político-constitucional dos direitos fundamentais, espraiando-se por diferentes perspectivas, muitas delas opostas em seu sentido mais evidente, mas intimamente unidas quando debatidos de modo essencial as razões afirmativas e pressupostos dos direitos e garantias postos na ordem jurídica nacional e internacional. Especial atenção se teve com a imensa diversidade de campos de formação e atuação dos participantes, com destaque para aqueles oriundos da academia, da advocacia, do Ministério Público, dos órgãos jurisdicionais e até da alta judicatura nacional (STJ).

Seja por meio de discussões em torno da teoria geral dos direitos e garantias fundamentais, da função da jurisdição constitucional, inclusive do ativismo crescente, os trabalhos apresentados perpassaram novos e antigos dilemas práticos e teóricos, tais como aqueles que envolvem valores centrais do Estado democrático – dignidade humana, saúde, propriedade, intimidade, honra, privacidade, liberdade de consciência religiosa, meio ambiente equilibrado, direito à origem genética, igualdade, solidariedade – e discussões incrivelmente recentes, como a questão do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, a questão do direito ao esquecimento, a natalidade e encarceramento feminino no Brasil, o acesso dos refugiados aos esportes, e, finalmente, a corrupção e a restrição dos direitos fundamentais.

A transversalidade dos temas assegurou um rico debate e a possibilidade de se olhar de forma múltipla, dinâmica e, ao mesmo tempo, consubstanciada, para diversos matizes sociais, econômicos, culturais e, claro, jurídico-dogmáticos relacionados aos Direitos e Garantias Fundamentais. Em síntese, estudos edificantes e muitas questões levantadas para construções e interlocuções. Que se sigam outros tão bons quanto o vertente!

David Augusto Fernandes - Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Portugal, Doutor e Mestre em Direito. Professor Adjunto do Instituto de Ciências da Sociedade da Universidade Federal Fluminense/Macaé. Líder do grupo de pesquisa denominado “Direito Penal Internacional: seus crimes, sua incidência na sociedade brasileira e os Direitos Humanos”, da UFF/Macaé. Delegado de Polícia Federal. Email: davidaf@id.uff.br.

Gustavo Rabay Guerra - Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto da Universidade Federal da Paraíba. Professor da Faculdade Internacional da Paraíba (FPB). Líder dos grupos de pesquisa do Laboratório Internacional de Investigação sobre Transjuridicidade, Justiça e Política, ambos da UFPB. Sócio do Rabay, Bastos e Palitot Advogados. Email: grabay@rbpadvogados.com.br.

**DIREITO DE PROPRIEDADE E A SUA POSITIVAÇÃO NO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL**

**PROPERTY RIGHTS AND ITS POSITIVATION IN BRAZILIAN LAW AS A  
FUNDAMENTAL RIGHT**

**Ana Paula Goldani Martinotto Reschke  
Maria Cristina Cereser Pezzella**

**Resumo**

O artigo trata da positivação desse direito no ordenamento jurídico brasileiro, como um direito fundamental, enfatizando a origem da propriedade e seus significados, numa perspectiva pública e privada. Constrói-se uma breve análise histórica da transformação do direito de propriedade, abrangendo desde a concepção de lar para as sociedades primitivas da espécie humana, bem como analisando os principais sistemas econômicos e o significado de propriedade em cada um deles. Busca-se, assim, investigar o caráter jurídico assumido pela propriedade, tendo em vista o contexto social, econômico e político de cada período.

**Palavras-chave:** Direito de propriedade, Ordenamento jurídico brasileiro, Direito fundamental

**Abstract/Resumen/Résumé**

The article briefly deals with the history of the property and positivization that right in the Brazilian legal system, as a fundamental right, emphasizing the origin of the property and their meanings, a public and private perspective. Build up a brief historical analysis of the evolution of property rights, ranging from the design of home to primitive societies, as well as analyzing the main economic systems and the property of meaning in each. Search is, therefore, investigate the legal character assumed the property, in view of the social, economic and political context of each period.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Right to property, Brazilian juridic planning, Fundamental right

## I INTRODUÇÃO

O direito de propriedade assumiu, ao longo dos séculos, diferentes feições até chegar à compreensão atual, vinculada ao cumprimento de uma função social. Essa concepção evoluiu juntamente com a sociedade, que resgata cada vez mais a compreensão da propriedade voltada ao interesse coletivo, dotando-a de um intrínseco papel social, mitigando, assim, seu caráter relativo e passando por um processo histórico de relativização.

O artigo trata brevemente sobre a história da propriedade e a positivação desse direito no ordenamento jurídico brasileiro, como um direito fundamental, enfatizando a origem da propriedade e seus significados, numa perspectiva pública e privada. Constrói-se uma breve análise histórica da evolução do direito de propriedade, abrangendo desde a concepção de lar para as sociedades primitivas, bem como analisando os principais sistemas econômicos e o significado de propriedade em cada um deles. Busca-se, assim, investigar o caráter jurídico assumido pela propriedade, tendo em vista o contexto social, econômico e político de cada período.

Com toda a transformação da sociedade, o direito de propriedade se encontra, atualmente, como um direito fundamental, reconhecimento pelo Estado, através de lei, na visão positivista.

Assim, mostra-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 na Constituição, mas também verificar que elementos de seu conteúdo possuem reflexos nos dias atuais. Nessa perspectiva, o presente trabalho pretende discutir algumas noções históricas, evolutivas e conceituais sobre o assunto, utilizando-se das lições dos doutrinadores e dos principais filósofos que abordam ou abordaram o tema.

Nesse sentido, o presente estudo tem por objetivo se debruçar sobre o direito de propriedade concebido como uma garantia de direito fundamental desde que cumpra com a sua função social, conforme artigo 5º c/c artigo 170 da Constituição Federal de 1988.

### 2.1 DIREITO DE PROPRIEDADE NA ERA PRIMITIVA DA ESPÉCIE HUMANA

No sistema econômico e político primitivo o ser humano vivia em grandes grupos dentro da selva, com a intenção de ajudar uns aos outros nas situações de perigo enfrentadas. Todos trabalhavam unidos, tanto na plantação como na colheita, na caça e na pesca. Cada um era responsável por cuidar do seu pedaço de terra, não podendo deixá-lo à deriva, pois corria o risco de perdê-la por não estar cumprido com a função social ditada na época.

Nesse período, os ditames do direito natural não permitiam que alguém fosse proprietário de tudo o que pudesse ser objeto de apropriação, pois com isso a união das famílias da época se perderia, contexto do qual emerge a ideia de propriedade coletiva. (REALE, 1956).

Após esta era tão primitiva, as tribos passaram a ser compostas por *Clãs*, formando os seus

grandes grupos através de afinidades ou graus de parentesco. Mas, nesta época, a propriedade ainda era coletiva; todos trabalhavam conjuntamente, até mesmo a moradia era coletiva. Como as tribos dos Clãs eram grandes, poderia ocorrer de mais de 700 pessoas viverem sob o mesmo teto (ENGELS, 1974).

Tem-se como notável marco jurídico o Código de Hamurábi, século XVIII antes de Cristo, o qual também possuía disposições relativas ao direito de propriedade, dentre as quais se destaca a regra de que a propriedade deveria cumprir com a sua função social e que os seus proprietários ou locatários que não dessem a ela uma função adequada deveriam responder por não estarem cumprindo o que estava descrito no código regulamentador da época. Afinal, na época, as prestações de contas eram realizadas com base na lei de Talião (regra do “olho por olho, dente por dente”). Ou seja, a utilização indevida da propriedade geraria um confronto, pois outros tentariam tomar a propriedade que não estivesse cumprindo com sua função (MOREIRA, 1986)

Há três instituições que desde antiguidade mais remota se encontram fundadas e solidamente estabelecidas: a religião, a família, e a propriedade (MOREIRA, 1986).

Foi entre o fim do século VII e início do século VI a.C. que presumidamente iniciou-se a consolidação do princípio da propriedade privada. Isso é, com a civilização grega é que a propriedade passou a ter caráter individualista (PAGANINE, 2009).

## **2.2 DIREITO DE PROPRIEDADE NO IMPÉRIO ROMANO**

A propriedade sob o prisma do Direito Romano ainda era muito obscura e envolta de muitas dúvidas, sendo difícil traçar exatamente o que acontecia com os imóveis da época e como eles eram regulamentados.

Na época do Direito Romano o direito de propriedade estava fortemente concretado com os elementos de perpetuidade e exclusividade e com tanta consistência que até se diz que nessa época se consolidou seu caráter de absoluto (PACHECO, 1959). O caráter absoluto significava que não existiam condições para que existisse determinada propriedade, pois dela o homem tinha direito para possuir e dar dignidade a sua família. Nesse ponto, cabe lembrar os ditames de Emanuel Kant (2008, p. 106), segundo quem o homem constitui um fim em si mesmo, conceito que, aplicado na sociedade da época, permite dizer que o indivíduo, enquanto possuidor de direitos, deve usufruí-los da melhor forma, conforme as suas necessidades.

Acreditava-se que o direito à propriedade fazia parte da dignidade daquele povo, na qual toda família tinha direito a uma moradia e esta moradia seria a sua propriedade, podendo ela ser disposta com plenitude. Como consequência dos atributos da propriedade à época, estabeleceu-se um complexo de mecanismos de interditos, visando a tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais (GOMES, 1953).

Em 451 a.C ocorre o advento da Lei das Doze Tábuas, ocorrendo após muitas tentativas do povo menos favorecido, pois as leis existentes na época não eram públicas, trazendo uma desigualdade muito grande para a plebe, ou seja, para as pessoas de menor privilégio econômico. A Lei das Doze Tábuas possui este nome porque foi escrita em doze pedaços de madeira e pendurada no Foro Romano, para que toda a população tivesse acesso e pode ser considerada a lei que estabeleceu a liberdade, a propriedade e a proteção aos direitos do cidadão (MONTEIRO, 1987).

Na sexta tábua foi tratado sobre o direito da posse e da propriedade (*De dominio et possessione*). Nesta tábua estavam todas as regras referentes à posse e à propriedade vigentes no período. Referia-se que a palavra do homem era muito importante nos contratos: “Quando alguém faz um juramento, contrato de compra ou venda, anunciando isso oralmente em público, deverá cumprir sua promessa”. Nesse documento também constava a regra de que se os frutos caírem sobre o terreno vizinho, o proprietário da árvore terá o direito de colher esses frutos (GOMES, 1953).

Nesse período o direito à propriedade privada passou a ser praticado entre o grupo itálico, talvez adquirido da antiga cultura grega, apesar de na Grécia antiga acontecer completamente ao contrário, onde a colheita era obrigatória, os produtos eram distribuídos e consumidos coletivamente e, no que tangia à propriedade, esta era mais sua do que o próprio cultivo que nela eram produzidos (COULANGES, 2007).

Rui Carlos Machado Alvim (1953), por sua vez, refere que a primeira manifestação completa a respeito da propriedade privada foi o *heridium*: lote de terra atribuído a cada chefe de família, com área de meio hectare, onde ali podiam cultivar e morar.

Durante muito tempo os Patrícios, povo nobre do Império Romano, eram quem dominava o controle jurídico da época, possuindo total poder de repressão e manipulação sobre os plebeus (ALVES, 1987). Em relação às demais pessoas, ao invés da titularidade da propriedade, a eles cabia o *mancipium*, direito soberano exercido pelo chefe de família de caráter potestativo e não patrimonial, que tinha por objeto simultaneamente as coisas e as pessoas, os escravos ou os homens livres, colocados sob a sua autoridade (MALUF, 2011).

Com o passar do tempo, três tipos de propriedade se destacam no Império Romano: a quirítária, a pretoriana, e a *ius gentium*.

Em relação à propriedade quirítária, esta jamais poderia pertencer a alguém que não fosse romano. Era uma prática que acontecia entre grupos familiares e não entre indivíduos. O direito romano ignorava, para outros, qualquer direito de propriedade. Trata-se de direito que jamais ultrapassava o quadro pessoal e territorial da cidade do Império Romano (MALUF, 2011).

Para que uma propriedade quirítária fosse adquirida, era necessária uma cerimônia com gestos e palavras solenes, na presença de testemunhas, utilizando-se de bronze e balança. Este modo solene e formal de aquisição era excluído somente para o usucapião: “As terras são adquiridas por



usucapião depois de dois anos de posse; as coisas móveis depois de um ano” (PILATI, 2013).

Pode-se dizer que a propriedade quirítária era um direito de conveniência, pois não atendia os interesses de outro território ou região, apenas os dos romanos, tendo em vista que para possuir terras dentro de Roma era necessária a cidadania romana, o acordo e a publicidade do ato, conforme antes exposto. Caso algum peregrino tentasse forjar a sua cidadania para conseguir terras, responderia por meio de uma ação reivindicatória (PILATI, 2013).

Posteriormente, o pretor, tendo piedade do povo estrangeiro, outorgou a cidadania *ad hoc* e decretou o usucapião em favor daquele povo. Portanto, dizer que o Direito Romano foi o berço do individualismo moderno seria um tanto quanto contraditório, dado que o próprio apresentou transformações em relação ao conceito de propriedade (MALUF, 2005).

Quanto à propriedade pretoriana ou bonatária, esta foi criada para que o comércio fosse protegido, jurisdicionada pelo pretor, que tentava proteger o adquirente (no caso um plebeu comerciante) de uma *res mancipi* (eram todas as coisas de grande importância para os romanos: imóveis, animais, escravos, cargas de mantimento etc.), contra quem havia transferido por meio de todos os atos solenes (MALUF, 2005).

Do mesmo modo o pretor defendia o adquirente do que não era o dono por *ius civili* (conjunto de normas jurídicas aplicadas ao cidadão romano), mas só por ter direito em decorrência das disposições do próprio direito pretoriano (MALUF, 2005).

A *ius civili* referia que a propriedade era um direito comum que cada povo constitui para si mesmo. Dessa forma, com o aval do pretor, o adquirente poderia reivindicar a propriedade por usucapião, fingindo ter permanecido sobre o bem o tempo necessário para tornar-se dono por direito dos quirites (CORREIA, 1988).

No período do século V a.C, Roma passa por uma das suas piores crises, enfrentada tendo em vista que a classe mais pobre buscava por terras para a sua sobrevivência, ocasionando então uma grande reforma agrária, sendo esta a única forma de acalmar os ânimos da plebe, fosse com terras dentro do território romano ou em províncias conquistadas.

Também com as batalhas vencidas por estes peregrinos, quando voltavam a Roma e recebiam as suas terras, estas passavam a ter o mesmo valor e importância de uma propriedade quirítária (MALUF, 2011).

A propriedade *ius gentium*, assim, era um direito de todos os homens. Era um direito público, sem envolvimento do estado legislando a respeito (PILATI, 2013).

A propriedade encontra algumas restrições no Império Romano, quando este dispõe que o proprietário não pode construir uma oficina que libere gases tóxicos ou escorra água para os terrenos do vizinho em quantidade anormal (LIMBERT, 1966). Ou seja, percebe-se, novamente, que o conceito de função social da propriedade vem sendo delineado desde então.

Outra forma de direito sobre a propriedade romana era a *quiritária*, na qual os *quiritários* gozavam de imunidade fiscal completa. De qualquer modo, esta imunidade tributária foi ocasionada por um acidente histórico (MALUF, 2005): “Os romanos, ofuscados pelo tesouro de Macedônia, que tinham capturado na batalha de Pidna (167 a.C) suprimiram todo o imposto imobiliário sobre seus bens” (LÉVY, 1973).

Na época cunhou-se o chamado direito de propriedade exclusivo, pelo qual se defendia que sobre o mesmo solo não podia haver mais de uma propriedade, embora pudesse haver mais de um proprietário. Não se pode esquecer que outros direitos reais restringiam a exclusividade (MALUF, 2005). Esta forma de pensamento foi exatamente para tentar dissolver a ideia da Idade Média, na qual a propriedade era dividida entre o proprietário de fato e o de direito. Ou seja, entre o *real proprietário* do solo e aquele que nele plantava para a sua subsistência, dividindo a sua colheita com o proprietário principal.

O regime que o substitui vai retornar o conceito unitário da propriedade, provindo de Roma, segundo o qual cada causa tem apenas um dono, de direito e de fato (GOMES, 1955). No contexto do direito perpétuo sobre a propriedade o povo romano não poderia adquirir terras somente para um período específico, provisório ou sob condições de uso ou prazo de devolução. Contudo, essa forma de aquisição da propriedade era restringida através de outros direitos reais, como o usufruto, a venda ou a retrovenda, podendo o vendedor perceber o imóvel de volta pelo mesmo valor acertado inicialmente.

O confisco destas propriedades era permitido por sanções penais, na qual o possuidor que cometia determinado ato ilícito era punido também com o confisco, bem como pela expropriação por utilidade pública e pelo fato de as propriedades se tornarem improdutivas por desídia do produtor rural (PILATI, 2013)

Assim, do mesmo modo que se referiu que os autores que criticavam a propriedade romana não a conheciam, verifica-se que conheciam apenas aquilo que os juristas do século XIX faziam questão de encontrar, principalmente os juristas alemães. Assim, pode-se dizer que se é verdade que o direito romano nunca foi um direito socialista, também é certo que não pode ser responsável pelos exageros que os juristas burgueses do século XIX, em seu nome, cometeram (LÉVY, 1973).

Algumas regras da Lei das Doze Tábuas evoluíram no período pós-clássico, isto comparando com aquelas do período pré-clássico e clássico. Exemplo disso era que no período clássico as minas pertenciam ao proprietário do terreno onde se encontram. Já no pós-clássico ele estava obrigado a admitir escavações feitas por estranhos, cabendo-lhe um décimo do produto obtido (SQUITI, 1901).

Devido à queda do Império Romano e à problemática enfrentada pela propriedade no início do século IV d.C, decorrente da invasão dos povos Bárbaros (todos aqueles que não falavam

Grego ou Latim), o conceito de propriedade sofreu alterações que marcaram a sua história (SQUITI, 1901).

A chegada de tantas pessoas no Império fez com que os grandes proprietários feudais tivessem que libertar o grande número de escravos que trabalhavam em suas terras e substituir o sistema escravista pelo colonato. Tal fato acarretou uma queda brutal para a economia que estava concentrada nas mãos da classe favorecida economicamente. Isso porque, a partir do colonato, os que antes eram escravos passam a ter direito à posse de uma parte das terras dos Imperadores feudais e, assim, direito sobre maior quantidade da produção. Antes, o direito de uso da propriedade dos menos favorecidos era apenas em troca de comida e proteção (LÉVY, 1973).

Além disso, o sistema do colonato fez com que as pessoas fossem residir nas áreas rurais, gerando uma grande crise financeira ao sistema de comércio nos centros urbanos (GIBBON, 1989)

### **2.3 PROPRIEDADE NA IDADE MÉDIA**

Na era medieval, aproximadamente no ano de 484 d.C, com as invasões dos povos bárbaros nas províncias romanas e o conseqüente declínio deste Império, instituiu-se um sistema senhorial representado pelo feudalismo. No Estado feudal o poder concentrava-se na mão do monarca. O Estado era o rei e este estava vinculado ao Papa. Ou seja, Estado e religião seguiam juntos, impondo a separação entre soberano e vassalo (PAGANI, 2009).

Assim, foi realizada uma forte aliança do Estado com a Igreja Católica, o que proporcionou o fortalecimento do povo franco ou bárbaros (tribos germânicas que adentraram no Império Romano) e a sua unificação. Com a troca de terras entre a Igreja e este povo, o processo de ruralização foi bem vasto neste período. As religiões tornaram-se o centro de formação de opinião e reflexões filosóficas sobre a ideia de propriedade, principalmente o Cristianismo (PAGANI, 2009).

No pedestal da sociedade estava o rei e na base da sociedade estavam os camponeses. Nesse momento a propriedade foi dividida em domínio eminente pelo soberano, domínio direito pelo Senhor Feudal e domínio útil pelos vassalos (PAGANI, 2009).

A soberania colocava regras sob a propriedade e os camponeses que cultivavam a terra em troca de alimentos, moradia e roupas haviam de acatá-las.

Na Idade Antiga e Média, o ser humano não representava nada fora da polis (comunidade, cidade), sendo valorizado apenas pela sua condição social. Direitos subjetivos individuais não existiam, assim como não eram admitidas ideias que possibilitassem a liberdade do ser humano, que se limitava à liberdade da comunidade. O indivíduo e seu patrimônio estavam completamente submissos às normas e regras do Estado (PAGANI, 2009).

Na época a terra era símbolo de grande importância, pois o plantio e a colheita davam sustentação para a sociedade e economia do período feudal. Assim, as pessoas que não tinham

direito à posse deveriam plantar nas terras do Senhoril.

Dentre as diferentes características do feudalismo, duas possuem destaque. A primeira é o grande número de servos que viviam sob servidão nas terras dos senhores feudais, o chamado *mansos servis*, que era uma pequena porção de terras destinadas aos camponeses para que plantassem para o seu sustento, mas como pagamento da renda pelo uso da terra e a sua proteção, deveriam destinar parte de suas colheitas para os senhores feudais. A outra característica era a *reserva* para o Feudo, onde os servos possuíam suas casas, celeiros, moinhos, estábulos e a sua parte de terra para o próprio cultivo (MOREIRA, 1986)

Entretanto, sendo do senhorio o privilégio de ter a posse das terras, era ele que possuía o poder durante a Idade Média. Os senhores feudais tinham um papel de autoridade máxima na época, cabendo a eles o poder de cobrança de impostos e a aplicação da justiça (COSTA, 1977).

Nesse período os proprietários de pequenas propriedades se colocavam à disposição dos senhores feudais, tornando-se assim *vassalos*. As terras eram cedidas do feudo para este povo menos favorecido, que em troca tinha o gozo e a fruição da propriedade (MALUF, 2005).

No início desta prática esta cessão era temporária, podendo terminar com a morte do vassalo ou do senhor feudal. Mas, posteriormente, passou a ser hereditária, fazendo com que os descendentes do feudo pudessem adotar à prática novamente, após a morte do seu antecessor (COSTA, 1977).

As principais características da propriedade medieval, como forma de produção, e como bem imóvel, eram tê-la como o bem de maior importância, tendo em vista que ela é a fonte de subsistência social, pois a sociedade precisava do seu cultivo para o seu sustento (GOMES, 1953).

Este bem gozava de uma importância social, tornando-a um regime de propriedade um direito singular, pois aqueles que trabalhavam nas terras não eram os proprietários e sim os posseiros, fazendo com que estes possuíssem o direito por obrigação, por isso se pode dizer que estes possuíam o direito real e não a propriedade (MALUF, 2005), assim, constava na Lei maior que os feudais construiriam a propriedade e os demais bens eram tratados como posse.

Estas propriedades eram resguardadas pelas famílias nobres, as quais não exerciam as atividades agrícolas.

Portanto, existiam duas classes de proprietário: os que tinham o domínio do bem e os que ali plantavam. Em suma, isso caracterizava o regime de fragmentação da propriedade (GOMES, 1953).

A propriedade fundiária feudal teve início quando a mesma terra passou a ter vários proprietários, subordinados uns aos outros, assim como poderes com mais ou menos importância (GROSSI, 2006).

No período da Idade Média ocorreu uma confusão muito grande entre a diferenciação de

soberania e o *dominium*, sendo introduzido um elemento jurídico no direito de usar, gozar e dispor. Nessa linha, o soberano tinha a integral propriedade do território nacional, tendo o domínio integral e iminente (GROSSI, 2006).

A propriedade medieval era uma entidade muito complexa e composta. Existiam muitos poderes autônomos e imediatos sobre a coisa, cada qual entendido como proprietário ou dominador do bem. Com tantas pessoas possuindo direitos sobre as terras, foi necessário que se dividisse em frações ideais para cada interessado, ocasionando, assim, o desmembramento da propriedade coletiva (GROSSI, 2006).

O feudalismo surgiu das grandes divisões administrativas da monarquia, entre os membros da igreja e os grandes poderosos economicamente na época, onde os condes (condados) e os ricos (ducados) poderiam se apropriar das terras e ter preferência pelos cargos políticos (MARTINS, 1898).

Diante disso, entende-se que a sociedade feudal era composta pelos senhores feudais ou vassallos, pelos servos e pelos vilões, tendo se originado o direito ao imóvel vitalício, intransmissível e inalienável.

Mas, com o crescimento e evolução daquela sociedade, cada vez mais competitiva e questionada, esse direito à propriedade se tornou alienável e hereditário.

Cumprido, antes de avançar para o próximo período histórico, referir o pensamento de alguns dos expoentes doutrinários da época.

Rousseau não atribui a propriedade como um direito natural, assim como o direito à vida. O direito à propriedade ocorre por um ato unilateral do primeiro ocupante no estado de natureza, ou seja, sem que tenha sido estabelecido numa lei que o regulamente. Segundo Rousseau a desigualdade entre os homens teve origem quando a propriedade deixa de ser um direito natural e passa a ser determinada pelo ato de um terceiro. O autor entende essa interferência como desnecessária, pois caberia aos indivíduos, de forma autônoma, determinar a propriedade de cada um (ROSSEAU, 2007).

São Tomás de Aquino era contra ao caráter individualista da propriedade, conceito herdado da civilização romana, acreditando que a propriedade individual deveria atender aos interesses coletivos (ALTAVILA, 1963).

No entendimento dos renascentistas, a Idade Média foi um período de retrocesso milenar no sentido de evolução cultural, intelectual e econômica da humanidade, mas não se pode esquecer que nesse período as ideias de uma sociedade baseada na fé, na família, na educação e no Estado eram muito fortes e deixaram forte influência, sentida até a atualidade (GROSSI, 2006).

Com a queda do feudalismo as ideias de direito divino dos reis foram superadas. O crescimento populacional urbano, o fortalecimento da burguesia, o desenvolvimento econômico e a

fundação de universidades acarretam o surgimento de novas ideias. Foi neste período que grandes filósofos da Era Renascentista começaram a doutrinar com base nos fundamentos de liberdade e igualdade/desigualdade entre os homens, acabando então com o sistema feudal, dando origem ao Estado-Nação, ou seja, um território com a sua própria organização política, constituído por um governo soberano. (GAZOLA, 2008).

## **2. 4 DIREITO DE PROPRIEDADE NO ESTADO LIBERAL**

A Revolução Francesa com o seu lema “liberdade, igualdade e fraternidade” foi o berço do Estado liberal no século XVIII como reação ao poder centralizado na figura do rei, o absolutismo. Deve-se destacar que no absolutismo a monarquia detinha o controle das atividades econômicas mais importantes do país, utilizando-se da prática dos monopólios, e a alta tributação sobre os serviços e mercadorias, fatores que contrariavam os interesses da burguesia que ansiava por maiores possibilidades de desenvolvimento econômico (GOMES, 1953).

Após este longo período de Eras discutindo sobre o direito de propriedade, chegou-se a um novo tempo. O tempo de lançar aos ventos novos posicionamentos sobre a questão, valorizando os bens materiais, a propriedade e à liberdade (GOMES, 1953).

O surgimento do Iluminismo no século XVII, tendo seu auge no século XVIII, com filósofos burgueses e de alto entendimento intelectual, levavam em sua bandeira a universalidade, a individualidade e a autonomia. Universalidade porque idealizavam direitos iguais para todos, individualidade no sentido de que os direitos individuais de cada cidadão deveriam ser respeitados e a autonomia se referia a liberdade de cada um decidir suas intenções sem a intervenção estatal (PAGANI, 2009).

Essas grandes ideias surgiram primeiramente na Inglaterra e na Holanda, mas foi na França, em meio a uma grande turbulência do absolutismo, que as genialidades iluministas se tornaram grandes mandamentos na questão social e política (PAGANI, 2009).

Para Rousseau (2004, p. 11), todos os homens nascem livres e renunciar a liberdade é renunciar toda a própria qualidade do homem. Os doutrinadores renascentistas seguem tal linha, isto é, acreditavam que o princípio da liberdade era inalienável, assim o homem deveria usar a sua liberdade para as suas conquistas.

Na visão de John Locke, o homem nasce com o direito de propriedade privada, pois sem ela o ser humano não seria livre para viver e produzir os seus mantimentos. Acreditava também que a propriedade era fruto do trabalho do cidadão que almejava o seu crescimento. Dessa forma, dizia que a propriedade coletiva, deveria ser deixada de lado para que somente à propriedade privada tivesse espaço em um caráter universal (CINTRA, 2009).

Neste mesmo sentido, dizia que com o fruto do trabalho, que seria o dinheiro, o homem estava apto a adquirir seus bens e usufruir da forma que melhor lhe conviesse, pois o dinheiro foi a ferramenta que fez com que a evolução social acontecesse, tendo em vista que com o dinheiro, fruto do trabalho, a concorrência entre as mercadorias, incluindo a propriedade, começou a crescer (CINTRA, 2009).

A Revolução aguçou a ideia de ir em busca de liberdade, igualdade e fraternidade e percebeu que o direito de propriedade era um privilégio, acreditando que quem possuísse propriedade também deveria ter poder. Dessa forma, a propriedade ganhou status de direito inviolável e sagrado passando a fazer parte da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e influenciando a Constituição da França (FACHIN, 1988).

Caio Mário da Silva Pereira aduz que o Código de Napoleão deu status ao direito de propriedade, por ser um direito inviolável e sagrado do homem:

“A Revolução Francesa pretendeu democratizar a propriedade, aboliu privilégios, cancelou direitos perpétuos. Desprezando a coisa móvel, concentrou a sua atenção na propriedade imobiliária, e o Código por ele gerado – Code Napoléon – que serviria de modelo a todo um movimento codificador no século XIX, tamanho prestígio deu ao instituto, que com razão recebeu o apelido de “código da propriedade”, fazendo ressaltar acima de tudo o prestígio do imóvel, fonte de riqueza e símbolo de estabilidade. Daí ter-se originado em substituição à aristocracia de linhagem uma concepção nova de aristocracia econômica, que penetrou no século XX.” (2008).

Napoleão acreditava que com a propriedade a sociedade era capaz de produzir um crescimento maior, dando a cada proprietário uma ampla dignidade, no sentido de colher desta o seu sustento e de sua família e conseqüentemente aprimorar o crescimento e desenvolvimento do comércio em geral (LEAL, 1998).

No Código Civil Napoleônico, após a Revolução Francesa, em 1804, o conceito de propriedade passa a ser unitário, possibilitando ao proprietário utilizar o seu patrimônio de forma ampla e sem ter a necessidade de dar satisfação para a sociedade ou para o Estado de como usufruiu a coisa. A propriedade, então, deixou de ser um direito político e social e passou a ser um direito civil, passando a fazer parte do rol dos Direitos Fundamentais do homem, podendo ser comprovado através do artigo 17 da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, no qual estava disposto que toda a pessoa, individual ou coletivamente, tem direito à propriedade e que ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade. Esse dispositivo devia ser atendido livremente desde que não ferisse os direitos alheios (LEAL, 1998).

O jusnaturalismo ou o direito natural do ser humano acabou sendo abandonado com o Estado de Direito Liberal. Os ditames de Hans Kelsen mostram a ideia de querer implantar no Estado um sistema normativo perfeito, no qual todas as decisões judiciais deveriam ser previsíveis e os direitos fundamentais atendidos com naturalidade. Entendeu-se que neste período o direito

passou a se confundir com a legalidade e se separa da justiça. Bastava o Estado emanar a lei, não necessitando ela ser justa (GAZOLA, 2008).

Com a chegada do governo civil a propriedade privada passou a ser o sistema mais adequado no ponto de vista de John Locke, pois os direitos naturais seriam preservados e a propriedade em si teria uma preservação e reconhecimentos mais eficientes (CINTRA, 2010).

Dessa forma, é conveniente afirmar que o governo civil veio para institucionalizar e garantir materialmente a igualdade dos direitos entre os homens, mesmo que ainda não era o suficiente para garantir totalmente os interesses da classe social dos proprietários, pois ainda havia resistência por parte de correntes que não concordavam com o estado liberal. Tentavam implantar a ideia de que nenhum governo poderia tirar toda ou em parte a propriedade de seu proprietário sem o consentimento deste.

O governo civil, criado a partir do Estado liberal, na visão de Locke, apareceu para proteger a propriedade e a classe dos trabalhadores que lutavam em busca de uma propriedade para ter onde morar ou mesmo para a sua produção primária (CINTRA, 2010).

Locke defendeu que o indivíduo já era coproprietário de tudo que existia na natureza, afinal a propriedade não possuía uma certidão de nascimento, e o que faltava para transformar o homem em proprietário era o processo de individualização realizado pelo labor de cada um (CINTRA, 2009).

Nesse período, muitas leis foram criadas para que os direitos naturais fossem atendidos e respeitados, mas isso não significa que de fato elas tiveram eficácia, tendo em vista que os homens agem muitas vezes de forma irracional e em desacordo com a lei.

## **2. 5 HISTÓRIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE NO BRASIL**

A história territorial brasileira começa com a ocupação do solo pelos portugueses. Segundo o magistério de Luiz Edson Fachin:

A propriedade começou pela posse, geralmente posse geradora da propriedade, isto é, a posse para uso usucapião. Vinculada à propriedade a posse é um fato com algum valor jurídico, mas, como conceito autônomo, a posse pode ser aceita como um direito. A posse qualificada levando-se em conta sua competência em instaurar nova situação jurídica é a causa e a necessidade do direito de propriedade. Seria um grande contrassenso garantir um direito constitucional em um grande latifúndio improdutivo ou a propriedade usada por grupo acionário para especulação imobiliária. Referidas situações, que ensejam mais deveres e responsabilidades fundamentais do que direitos, são reversos dos direitos humanos (FACHIN, 1988, p. 13).

Depois das terras serem ocupadas pelos europeus, a divisão era feito pelo sistema de sesmaria, que era um sistema jurídico adotado pelos portugueses para acabar com a crise na



agricultura, onde cada agricultor receberia uma porção de terras devolutas ou abandonada

Que fazia a divisão e distribuição das terras eram as capitânicas hereditárias, entregando as terras para aqueles que se dispusesse a cultivá-las. Aqueles que recebiam as terras deveriam pagar uma “pensão” ao Estado, de regra era a sexta parte dos frutos ((MALUF, 2011). A resolução nº 76, de 17 de julho de 1822, extinguiu oficialmente as sesmarias.

Em 18 de setembro de 1850, foi editada a Lei nº 601, conhecida como a Lei das Terras, que ratificou formalmente a posse concedida pelas sesmarias sobre o terreno ocupado com cultura efetiva, extinguindo o regime jurídico das posses sem cultura efetiva e resguardando o direito dos adquirentes, com títulos legítimos, reconhecendo-lhes o domínio das terras.

Essa lei tornou possível distinguir as terras do Estado e as terras dos particulares, assim como identificar as terras devolutas.

As terras devolutas eram aquelas áreas que não se encontravam em domínio de particulares por qualquer título legítimo, por sesmarias ou por qualquer outro meio de concessão por meio do governo geral ou provincial, ou seja, as terras que não eram de ninguém, nem de particulares, nem do Estado ((MALUF, 2011).

Com a edição da Lei nº 601, foi possível perceber que a preocupação com o interesse público já existia. Exemplo disso foi a determinação por parte do legislador em cessão do terreno privado para estradas públicas de um povoado a outro para um porto de embarque, a servidão gratuita aos vizinhos para acesso a uma estrada pública, etc. A norma legal reservou, também as terras para a colonização dos indígenas, para a fundação de povoação, abertura de estradas e quaisquer outras servidões e assento de estabelecimentos públicos (MALUF, 2011).

Nos primórdios do constitucionalismo o direito de propriedade passou a ter destaque nos textos fundamentais, principalmente no texto jurídico burguês. A partir do Estado Social, que criou a constituição econômica, a propriedade passou a ter mais destaque em sede constitucional.

A Constituição brasileira de 1824 e 1891 trataram da propriedade com sua feição liberal. A Constituição de 1824 seguiu as ideias da Revolução Francesa, consagrando o direito de propriedade em sua plenitude, e a de 1891 manteve a ideia. Somente na Constituição de 1934 é que veio a fazer referência a função social da propriedade, assim como o seu exercício em prol do interesse social e coletivo. Em 1937, foi inserida na Constituição a desapropriação por interesse social, já evidenciando uma concepção funcional da propriedade.

A Constituição de 1946 condicionou o uso da propriedade ao bem-estar social. A de 1967 consagrou expressamente o princípio da função social. E com a iniciação do Estado Democrático de direito, a Constituição de 1988 configurou a propriedade como um direito fundamental, colocando-a no capítulo de garantias e direitos fundamentais.

O conjunto de normas constitucionais sobre propriedade mostra que não se pode mais

considerá-la um direito individual, nem instituição de direito privado. Embora prevista como um direito individual (artigo 5º, XXII, da CF/1988), o seu conceito e significado foram minorados em razão do seu fim, o de assegurar uma exigência digna a todos, de acordo com os princípios da justiça social (RODRIGUES, 2002).

Diante do exposto percebe-se que a Constituição vigente trouxe muitas modificações a ideia do direito de propriedade. Deixou de atender a propriedade como um direito natural, absoluto e imprescritível, passando então a ser um direito relativo e atribuído legalmente a uma pessoa, que por sua vez deve cumprir com a função social, podendo dela, usar, gozar, dispor de seus bens, respeitando os deveres de vigilância e restrições de ordem pública. O direito de propriedade trata de um direito social de natureza subjetiva.

### III DIREITO DE PROPRIEDADE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

#### 3.1 CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL

Para Ingo W. Sarlet, direitos fundamentais são todas aquelas disposições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância, integrados ao texto Constitucional e, portanto retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (2009, p. 77).

A definição de direitos fundamentais para Carl Schmitt, segundo o qual os direitos fundamentais são apenas aqueles direitos que constituem o fundamento do próprio Estado e que, por isso e como tal, são reconhecidos pela constituição daquele Estado (SCHMITT, 1973).

Robert Alexy define direitos fundamentais como sendo aquelas posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão relevantes, que seu reconhecimento ou não-reconhecimento não pode ser deixado à livre disposição do legislador ordinário (ALEXY, 2015).

Através das ideias doutrinárias supramencionadas, pode-se dizer que direito fundamental é tudo aquilo que pertence ao ser humano antes mesmo da existência de um Estado, fundada na ideia de que a liberdade e a igualdade são condições legitimadoras da origem de um Estado, de tal maneira que os direitos de liberdade e igualdade vinculam e limitam o exercício de poder estatal.

#### 3.2 CONCEITO DE PROPRIEDADE

Se faz necessário verificar a origem da palavra propriedade. Para alguns doutrinadores o vocábulo vem do latim *proprietas*, derivado de *proprius*, designado o que faz menção a uma pessoa. Com esse conceito a propriedade indicaria em entendimento amplo toda redação jurídica de apropriação de certo bem **corpórea ou incorpórea**. Portanto, para alguns o termo propriedade é oriundo de *domare*, que significa sujeitar ou dominar, correspondendo à ideia de *dominus*. Assim

fica claro que o domínio seria o poder que se exerce sobre as coisas que lhe estiverem sujeitas. (DINIZ, 2007).

### **3.3 A PROPRIEDADE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL**

É possível afirmar que o trabalho exercido pelo homem proporciona a ele a oportunidade de adquirir sua propriedade, assim como os frutos que dele obtiver e os acessórios que nela possuírem. É primariamente a partir do trabalho que o homem consegue sair de sua carência inercial para alcançar bens possam suprir as suas necessidades básicas. Constitui, portanto, atividade inerente ao seu processo vital (ARENDETT, 2004).

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. Passa-se a reconhecer a existência de direitos que derivam da própria natureza humana. Seriam direitos universais, por serem inatos à condição de pessoa humana e fundantes da constituição do Estado (MIRANDA, 2000, p. 14, 19).

Assim, a Declaração da Virgínia, ao anunciar, em seu artigo 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 artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao discriminar os direitos naturais e imprescritíveis do homem, estabelece que são direitos a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Já o artigo 17 da mesma Declaração reitera a mesma ideia, agregando, ainda, à propriedade como um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado.

Quanto ao Código Civil de 1916, ditava que os direitos reais eram aqueles definidos pelo legislador como tal e, portanto não era lícito ao particular pela sua simples disposição de vontade, dar a este caráter de direito real (RODRIGUES, 2002).

Quando todos os elementos constitutivos da propriedade estiverem reunidos em uma só pessoa titular da propriedade plena. Porém, se ocorrer um desmembramento, passando um ou alguns deles a serem exercidos por outra pessoa, diz-se que a propriedade é limitada. É o que ocorre no caso do direito de usufruto real, em que o direito de usar, gozar da coisa passam para o usufrutuário, permanecendo o nu-proprietário somente com os de dispor de reivindicá-lo (GONÇALVES, 2006).

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). Ou seja, são direitos de libertação do poder e, simultaneamente, direitos à proteção do poder contra os outros poderes (MIRANDA, 2000, p. 105).

Os fundamentos para a intervenção estatal na propriedade tem como base a ideia de proteção

do Estado aos interesses da comunidade. Assim o bem-estar dos habitantes das cidades é assegurado pela política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, que têm por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, de acordo com o artigo 182 da Constituição Federal de 1988.

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 (MIRANDA, 2000). Dessa forma, entende-se que a função social da propriedade não é somente mantê-la limpa, mas sim fazer com que ela contribua para o desenvolvimento daquela sociedade.

Na Constituição brasileira de 1988, a inviolabilidade do direito à propriedade é proclamada no caput do art. 5º. O inciso XXII do mesmo artigo, 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. Da mesma forma, muitos princípios constitucionais também admitem restrição em face do direito de propriedade. 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, 2011, 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 constitucionais, por sua vez, caracterizam-se pela atribuição ao legislador do poder de limitar o exercício do direito. O Poder Legislativo é expressamente autorizado por meio da Constituição Federal 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.

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 constringer 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.

O direito de propriedade necessita da atuação do legislador, pois 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 (MIRANDA, 1987).

Nesse sentido, o direito de propriedade está diretamente ligado 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.

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).

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.

A privação ou a restrição ainda que parcial, da propriedade gera, o dever de indenizar. 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 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.

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 público. 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 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.

#### **IV CONCLUSÃO**

Com o levantamento histórico de determinados períodos, percebeu-se que o direito de propriedade vive em constante transformação, tendo em vista que está ligado diretamente à subsistência do ser humano e intimamente ligada à própria evolução do direito.

É difícil impôr limitações a esse direito, pois em cada período evolutivo se acrescentam novos pensamentos sobre o tema, dependendo da situação política, econômica e social da época.

Aliás, como o direito de propriedade está relacionado com ramos do direito (direito tributário, ambiental, civil, administrativo, constitucional, etc.), a evolução e modificação destes acaba atingindo aquele.

Na Idade Média, com o surgimento do renascimento e o início dos estudos do direito, a propriedade perdeu o status de unitária e passou a ser estudada de forma a atender as necessidades de várias pessoas ao mesmo tempo.

Já no Estado Liberal, a propriedade passou a ser um direito fundamental, permitindo que o proprietário a usufruísse da forma que melhor fosse conveniente, cortando o cordão umbilical com o Estado, que até então decidia como esta terra deveria ser utilizada.

Portanto, a função social é algo intrínseco ao direito de propriedade, pois em todos os períodos da evolução desse direito a função social devia, de uma forma ou de outra ser atendida.

A propriedade não é um direito absoluto. Ainda que considerada como direito fundamental inato à condição humana, a propriedade submete-se a diversos condicionamentos e restrições.

Mesmo tendo a informação de que o direito de propriedade não é absoluto, não significa dizer que o proprietário não possui garantias sobre os seus bens. O ordenamento jurídico brasileiro assegura muitas formas de proteção do patrimônio particular.

Pode-se trazer aqui alguns exemplos: o princípio da reserva legal, que exige expressa previsão em lei das restrições ao direito de propriedade, sendo vedado à administração pública determinar unilateralmente deliberação do poder legislativo, ou seja, a atuação desse poder possui limites. Em segundo lugar, cumpre destacar o dever de indenização decorrente da privação, total ou parcial, do bem sob domínio. Não é permitido 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 BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVIM, Rui Carlos Machado. Análise das concepções romanas da propriedade e das obrigações: reflexos no mundo moderno. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, 1953, p. 38.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano, Ed. Forense, 1987. p. 122.

Carlos Alberto Dabus Maluf – Limitações ao Direito de Propriedade, editora revista dos tribunais, p. 27. 2011.

ARENDR, Hanna. A condição humana. 10. ed. São Paulo: Forense, 2004.

BARROS, Washington de Monteiro. Curso de direito civil – Direito das coisas, Editora Saraiva 1987, p. 89.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998

CINTRA, Rodrigo Suzuki. Liberalismo e natureza: A propriedade em John Locke. Ateliê Editorial, 2010, p. 16, 54, 68, 96.

COULANGES, Fustel de. A cidade Antiga. Tradução de Jean Melville, Ed. Afiliada, 2007. p. 65 e 66.

CORREA, Alexandre e Gaetano Sciascia. Ed. Imprensa, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 07 de novembro de 2015

DABUS, Carlos Alberto Maluf. Limitações ao Direito de Propriedade, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 39.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

ENGELS, Friedrich – A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado, Lisboa, Ed. Presença, 1974, p. 227-228.

FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e da propriedade contemporânea. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Curso de direito constitucional. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 64 Revista de Informação Legislativa. A propriedade e sua função social. Revista de Direito Agrário, Brasília, v. 9, n. 8, p. 29-36, jul./dez. 1982.

GOMES, Orlando. Evolução contemporânea do direito de propriedade, v. 149, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1953, p. 9.

GOMES, Orlando. A crise do direito, São Paulo, Ed. Max Limonad, 1955, n. 9, p 146-147.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2006

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003

GROSSI, Paolo. História da propriedade e outros ensaios. Ed. Renovar, 2006, p. 66.

IMBERT, Jean. O direito antigo e a sua projeção no direito moderno, Coimbra, Ed. Almedina, 1966.

KARL, Marx e Engels Friedrich. A Ideologia Alemã, Ed. Engels Friedrich, 1932, p 111 e 112.



LÉVY, Jean Philippe. História da propriedade. Tradução de Fernando Trigueiro. Lisboa, Ed. Estampa, 1973, p. 125.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil. São Paulo: IBRASA, 1963.

MATOS, José Carlos de Peixoto. Curso de Direito Romano, Editora Haddad, Rio de Janeiro 1960, p 18.

MARTINS, Izidoro Júnior. Compêndio de história geral do direito, Recife, Ed. Costa, 1898, p. 13-185.

MATIAS, João Luis Nogueira. Repensando o direito de propriedade, [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/reconst\\_da\\_dogmatica\\_joao\\_luis\\_matias\\_e\\_afonso\\_rocha.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/reconst_da_dogmatica_joao_luis_matias_e_afonso_rocha.pdf), acessado em 20/08/2015.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda no 1 de 1969. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MOREIRA, Aroldo. A propriedade sob diferentes conceitos, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1985. p. 5.

PACHECO, Cláudio. Tratado Constitucional Brasileiro, Ed. Freitas Bastos, volume X, 1959. p. 221.

PAGANI, Elaine Adelina. O direito de propriedade e o direito à moradia, editora Edipucrs, Porto Alegre, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

PILATI, José Isaac. Propriedade e a Função Social na Pós-modernidade, Ed. Lumem Juris, 2013. p. 97.

REALE, Miguel. Horizontes do Direito e da História, Ed. Saraiva, São Paulo, 1956, p. 111.

RIVERO, Jean. As liberdades públicas. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

ROSSEAU, Jean-Jacques. Direito de Propriedade, 2007, p. 222.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. Direito constitucional: instituições de direito público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. 6 v.

SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009, p. 77.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCHIMITT, Carl. Teoria de la constitución. Madri: Alianza Editorial, 1996

SQUITI, Baldassare, Proprietà Diritti romano, Enciclopedia giuridica italiana, Milano, Società Editrice, 1901, v. 5, p. 693 e ss.

XAVIER, Narciso Leandro Baez. A morfologia dos direitos humanos fundamentais e a sua transnacionalidade, Ed. Unoesc, Joaçaba, 2013.