

Direito de propriedade: nas Constituições brasileiras e do Mercosul

Simone Nunes Ferreira

Mestra em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub)

Resumo: Este artigo busca analisar a importância do instituto da propriedade para o direito, expressa pela existência de disposições sobre o tema em todos os textos constitucionais brasileiros, desde o Império. Também são apresentadas as disposições sobre direito de propriedade existentes nas constituições dos Estados membros do Mercosul.

Palavras-chave: propriedade; direitos e garantias; Constituição; Mercosul.

Sumário: 1 Introdução - 2 Teorias sobre a origem do direito de propriedade - 3 Direito de propriedade nas Constituições brasileiras - 3.1 Constituição de 1824 - 3.2 Constituição de 1891 - 3.3 Constituição de 1934 - 3.4 Constituição de 1937 - 3.5 Constituição de 1946 - 3.6 Constituição de 1967 e 1969 - 3.7 Constituição de 1988 - 4 Direito de propriedade no direito comparado - 4.1 Constituição da Argentina - 4.2 Constituição do Uruguai - 5 Conclusão

1 Introdução

O direito de propriedade é o mais importante e sólido de todos os direitos subjetivos, tendo importância não só para o direito mas também para a filosofia, sociologia e economia política. As origens, a história, o regime e as relações decorrentes da propriedade sempre foram assunto de interesse entre os filósofos, historiadores, juristas, economistas e religiosos. Algumas das mais antigas referências à propriedade da terra podem ser encontradas em várias passagens da Bíblia Sagrada, no Velho Testamento.

A preocupação com o instituto da propriedade tem se concentrado em sua relação com a política, com a ética, com a economia e com a psicologia. O argumento político a favor da propriedade sustenta que (salvo quando distribuída de uma maneira grosseiramente injusta) ela promove a estabilidade e limita o poder do governo. Contra a propriedade, costuma-se dizer que a desigualdade que necessariamente a acompanha gera instabilidade social. Do ponto de vista moral, costuma-se dizer que a propriedade é legítima porque todos têm direito aos frutos de seu trabalho. A isto críticos respondem que muitos proprietários não se esforçam para adquirir o que possuem e que a mesma lógica requer que todos tenham as mesmas oportunidades para adquirir propriedades. A linha econômica sustenta que a propriedade é o meio mais eficiente de produzir riqueza, enquanto seus oponentes afirmam que a atividade econômica direcionada pela busca do ganho pessoal leva a uma competição destrutiva. A defesa psicológica da propriedade sustenta que ela estimula a consciência de identidade e a auto-estima. Outros afirmam que ela corrompe a personalidade, contaminando-a com a cobiça (PIPES, 2001).

Desde tempos imemoriais e do ponto de vista fundamental da forma como os bens se relacionam com as pessoas, o mundo foi palco da luta entre duas ideologias antagônicas. Uma, apologista da “propriedade comum”, ideologia essa que, nos limites da História, incluiu personalidades tão célebres como Platão, Rousseau, Proudhon e Marx. A outra, instituidora e defensora da “propriedade privada” que, nos mesmos limites, vem desde Aristóteles aos criadores do Direito Romano, aos redatores da Magna Carta, aos juristas ingleses, de Lock a Blackstone, a Adam Smith, pai da Economia como ciência, aos “Founder Fathers” da Constituição Americana, até aos economistas neo-liberais da Escola de Chicago. Nem no domínio religioso deixam de se contar adeptos desta corrente, como o foram, por exemplo Confúcio e, no campo da Cristandade, toda uma série de “doutores da Igreja” cuja posição ficou documentada desde as “Confissões” de S. Agostinho à encíclica *De Rerum Novarum*.

Nesse sentido, as diferenças entre Platão e Aristóteles prenunciavam o curso do pensamento sobre esse tema nos 2.500 anos seguintes: a continua controvérsia entre o idealismo ético e o realismo utilitário (PIPES, 2001).

2 Teorias sobre a origem do direito de propriedade

As explicações sobre a origem do instituto remontam ao processo de sedentarização do ser humano, embora argumente-se que os nômades conheciam a propriedade na forma de posse de objetos de uso pessoal ou de animais de transporte. As principais teorias sobre a origem da propriedade privada são: (i) razão natural e revelação divina; (ii) trabalho como fundamento e fator de valorização econômica da propriedade: Locke; (iii) politeísmo greco-romano: Coulanges; e, (iv) concepção materialista: Engels e Marx.

A teoria de Lei Natural é utilizada para justificar a propriedade na obra de Jean Bodin, Os seis livros da República (1576), o primeiro tratado político sistemático dos tempos modernos. O tratado de Bodin formulou o princípio fundamental da teoria e da prática políticas ocidentais, já incipiente nas discussões do final da Idade Média, em que o rei reivindicava os bens da Igreja e o governo não tinha direito sobre a propriedade privada. O soberano, por mais poderoso que seja, não pode se apropriar dos pertences de seus súditos. Ele não pode confiscar os bens de seus súditos nem taxa-los sem o consentimento deles (a taxação arbitrária equivalendo a confisco), porque a lei divina diz que “ninguém pode espoliar o que é propriedade de outro”. Ele tampouco pode alienar qualquer parte do domínio real, que lhe foi dado somente para uso, não como propriedade (PIPES, 2001).

Outro teórico influente a insistir na santidade da propriedade com argumentos retirados da Lei da Natureza foi o jurista holandês Hugo Grotius. O tratado pioneiro de Grotius, Sobre o direito da guerra e de paz (1625), amplamente reconhecido por ter lançado os fundamentos da lei internacional, trata principalmente das relações entre os estados soberanos, mas no processo discute também os direitos civis. Sua principal premissa sustenta que os homens tem a obrigação de “preservar a paz social” e que a principal condição para uma comunidade pacífica é o respeito pelos direitos dos outros”, sendo proeminente entre eles o direito à propriedade (PIPES, 2001).

Além de certas semelhanças com as idéias de Aristóteles, no que se refere à apropriação dos bens e à sua utilização, encontramos, nas explicações de Locke, alguns rudimentos de economia. Outros dados importantes da doutrina de Locke referem-se, ao trabalho como fundamento da propriedade. O direito divino ou a revelação poderiam explicar a sua origem (VAZ, 1993). Considera-se que as origens e os fins do Estado consistiram, unicamente, na defesa e na conservação da propriedade, sendo o motivo determinante das revoluções a violação daquele direito por parte do próprio Estado (LOCKE, 1983). A justificação da apropriação individual ou da propriedade privada, sem nenhuma controvérsia quanto ao direito e à extensão, advêm do trabalho, que o homem, “senhor de si próprio e proprietário de sua pessoa e de suas ações”, emprega sobre a natureza.

A justificativa de Locke para a criação da sociedade civil é a preservação da propriedade, quer usada no sentido lato – de vida, de liberdade – quer no sentido estrito – de riqueza, de bens materiais. Se o termo for tomado no sentido lato, de vida, ele engloba todos os indivíduos que participam da sociedade civil, se tomado no sentido estrito de bens, inclui apenas os proprietários, com a consequência de que só esses seriam considerados cidadãos plenos e interessados na tal preservação. No entanto, o uso da forma mais ampla ou mais restrita do termo vai depender das instâncias do desenvolvimento da propriedade, se tomado o termo no sentido do que é próprio do homem. De qualquer sorte, há uma equalização desconcertante, no valor atribuído à propriedade enquanto vida e enquanto bens, contida na aceção ampla (MOTTA, 1997).

Diferentemente de Hobbes, que considera o direito de propriedade possível somente sob tutela estatal, pois no seu estado de natureza todos teriam posse sobre tudo e só o Estado pode garantir, “com sua força superior à força conjunta de todos os indivíduos, que o que é meu me pertença exclusivamente, assegurando assim o sistema de propriedade individual” (HOBBS, 1983); Locke defende que o direito de usufruir de algo, com exclusão dos demais, forma-se na esfera das relações privadas, independentemente do Estado, sendo este constituído para proteger o direito de propriedade privada anterior ao pacto civil (LOCKE, 1983), a sociedade não cria direitos. Por conseguinte, o estado civil só legitima os direitos trazidos do estado de natureza que, como direito natural, são presumivelmente derivados da lei natural.

A teoria do politeísmo greco-romano considera que nos primórdios dessas civilizações, com a inamovibilidade dos túmulos e a inviolabilidade dos marcos, o recinto sagrado tornava-se a propriedade perpétua da família. Nesse sentido, quem primeiramente garantiu e tutelou o direito de propriedade não foram as leis escritas, mas a religião e os costumes (COULANGES, 2002). Assim, conclui-se que o direito de propriedade seria inalienável, intransferível por compra, venda, permuta, doação, empréstimo ou usucapião.

Essa conexão entre a propriedade e a religião é assinalada também por Filomusi Guelfi entre os antigos hindus: no direito indiano Brama é o senhor de tudo e os seus representantes são proprietários nominais e honorários de todas as coisas. O furto e o roubo eram severamente punidos pelas leis de Manu (MARTINS, 1999).

A concepção materialista nos oferece uma teoria sobre as origens da propriedade privada inteiramente diversa da sugerida por Coulanges. O Estado foi criado para assegurar a propriedade da terra, que foi a principal riqueza conhecida até o aparecimento do capitalismo moderno. Sob a ótica econômica, a propriedade seria uma resposta à escassez. A desigualdade de riquezas, decorrente da divisão social do trabalho, do surgimento da moeda e da usura, proporcionou a concentração da propriedade do solo nas mãos de uma minoria, que passou a exercer o controle cada vez maior sobre os meios de produção. Surgiram novos institutos, como os grandes latifúndios, a hipoteca e a disponibilidade dos bens imóveis. A nova sociedade, decorrente dessas condições econômicas, dividiu-se em homens livres e escravos, em exploradores ricos e explorados pobres. Surge então a figura do Estado, destinado a suprimir as lutas de classe e que, embora nascido com o propósito de conter os antagonismos sociais, converte-se em instrumento de exploração e de opressão da classe economicamente dominante (ENGELS, 1987).

Assim, se a detenção provisória ou a posse permanente são anteriores às leis do Estado, a propriedade, tal como hoje é conhecida, é uma criação da lei, porque só esta assegura que a propriedade se conserva quando o proprietário perdeu a posse da coisa: a propriedade seria, pois, uma concessão da lei, isto é, do Estado instituído sobre um território já ocupado (MARTINS, 1999).

A discussão sobre a propriedade ser anterior ou posterior à formação do Estado apresenta seguidores importantes dentre os filósofos clássicos. Hobbes, Bossuet, Mirabeau, Benjamin Constant, Bentham e Montesquieu defenderam que a propriedade é instituição de direito civil, ou melhor, concessão do direito positivo, posteriormente denominado como Teoria da Lei (MONTEIRO, 1993).

A propriedade privada não derivava da natureza mas do consentimento, visto que o estado natural era uma condição na qual os bens pertenciam a alguém e a competição por eles produzia uma “guerra de todos contra todos”. A propriedade privada é a criação do Estado que protege os proprietários das transgressões de seus semelhantes. (HOBBS, 1983).

O direito de propriedade evoluiu conforme as legislações o garantiram, sendo entendido classicamente como o direito de usar, gozar e dispor da coisa, bem como de reavê-la de quem a detenha injustamente. O direito de usar – *jus utendi* - compreende o de exigir da coisa todos os serviços que ela pode prestar, sem alterar-lhe a substância. O direito de gozar – *jus fruendi* - consiste em fazer frutificar a coisa a auferir-lhe os produtos. O direito de dispor – *jus abutendi* - consiste no poder de consumir a coisa, de aliená-la, de gravá-la de ônus e de submetê-la ao serviço de outrem.

Na Grécia antiga, vigorava a chamada propriedade familiar, consoante a prática da divisão e atribuição de terras entre os clãs, limitando-se a propriedade individual aos bens móveis. Somente com o aparecimento da economia monetária é que se expande a propriedade plena individual.

Os juristas romanos foram os primeiros a formular o conceito de propriedade privada absoluta, que eles chamaram de *dominium*, e a aplicaram aos imóveis e aos escravos – um conceito ausente do vocabulário grego. Para ser qualificado como *dominium*, um objeto tinha de satisfazer a quatro critérios: deveria ter sido obtido legalmente, ser exclusivo, absoluto e permanente. A definição de lei romana mais conhecida descrevia *dominium* como “o direito de usar e consumir uma determinada coisa de acordo com a lei” (*jus utendi et abutendi re sua quatenus iuris natio patitur*) (PIPES, 2001).

Importante assinalar que a expressão *proprietas* surgiu somente na fase romano-bizantina. Na fase antiga, utilizava-se unicamente domínio. Alias, ao não diferenciar o direito com a coisa sobre a qual ele recai, admitia-se o domínio tão somente sobre coisas materiais. Também as conhecidas expressões, *iuris utendi, fruendi et abutendi* não foram mencionadas pelos antigos romanos, mas sim propostas por comentadores posteriores (LOUREIRO, 2003).

À medida que o território romano se expandiu ao redor do mar Mediterrâneo, eles formularam uma Lei das Nações (*jus gentium*) que sintetizava as normas adotadas por todas as nações então conhecidas. Sob a influência da filosofia estoica, a Lei das Nações gradualmente fundiu-se com a Lei da Natureza (*jus naturale*); o processo foi concluído no início do século III da nossa era, quando a cidadania romana estendeu-se a todos os súditos do império. Passou então a existir um postulado fundamental do pensamento ocidental: o certo e o errado não são conceitos arbitrários, mas normas fundamentadas na natureza e portanto concernentes a toda a humanidade; problemas éticos devem ser resolvidos com base na lei da natureza, que é racional e supera a lei positiva (*jus civile*) das sociedades de indivíduos.

Um elemento essencial da Lei da Natureza é a igualdade do homem, especificamente igualdade perante a lei, e o princípio dos direitos humanos, inclusive os direitos à propriedade, os quais precedem o Estado, e por isso independem dele. Nas palavras de Cícero: “o governo não deveria interferir na propriedade privada, porque havia sido criado com a finalidade de protegê-la”. Mil e quinhentos anos depois, essas idéias forneceriam a pedra angular filosófica da democracia ocidental (PIPES, 2001).

As invasões bárbaras provocaram profundas modificações no sistema proprietário romano. Os povos germânicos não tinham um conceito de propriedade exclusiva similar ao romano e a concebiam como uma relação de gozo com a coisa, que se exprimia pelo termo *gewere*, equivalente, em latim, a vestidura, ou a investidura, ou algo semelhante a um direito parcial de usufruto. Viável, para eles, o fracionamento da propriedade em tantas relações de gozo possíveis sobre uma coisa, como, por exemplo, sobre árvores separadas da terra. Essa nova noção de múltiplos domínios foi aceita e aplicada pelos juristas do renovado direito romano, sob os conceitos de domínio útil e domínio direto (LOUREIRO, 2003).

Após perder o caráter divino do direito antigo, a propriedade ganhou novo fundamento no século XVIII, que inspirou o constitucionalismo liberal. Transformou-se na garantia fundamental de liberdade do cidadão, contra a intervenção do Estado, nos termos do contrato social de Rousseau. Nesse sentido, tanto a Bill of Rights da Virgínia de 1776, quanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, elevam a propriedade, juntamente com a liberdade e a segurança, como direitos naturais, inerentes e imprescritíveis da pessoa humana (LOUREIRO, 2003).

O direito de propriedade tem sido a base de nossa vida social, o mais internacional e o menos regionalista dos direitos. Desde as origens gregas da filosofia política os mais eminentes pensadores assinalaram a estreita relação existente entre as instituições econômicas e as idéias políticas. Em a República, Platão preconiza o seu desaparecimento e, bem assim, Tomas Campanella em A Cidade do Sol, na qual viveriam todos sob a égide do Estado; do mesmo modo Tomas Morus combateu na Utopia o despotismo, o luxo, a venalidade dos cargos e a propriedade individual. Outros, entretanto, como Aristóteles, entenderam ser a propriedade privada indispensável à vida dos indivíduos e das coletividades. A Escola Histórica de Cujacio e Vico, reconhecia na essência do direito de propriedade, a lenta evolução dos costumes; a prova de sua necessidade nos era oferecida pela História, porque a propriedade foi sempre mantida nas legislações através dos séculos (MARTINS, 1999).

3 Direito de propriedade nas Constituições brasileiras

Ainda que se possa remontar à antiguidade clássica na busca das raízes da idéia de constituição, quer no pensamento greco-romano, que na época medieval, o uso de termos correlatos não corresponde à noção de lei fundamental enquanto limites pré-constitutivos do Estado. Mesmo que o conceito histórico-universal atribua a toda sociedade politicamente organizada, quaisquer que sejam suas estruturas legais, formas de ordenação capazes de serem designadas por constituição, o instituto é criação da época moderna (CANOTILHO, 1992).

Na evolução histórica do constitucionalismo brasileiro, é possível distinguir três fases distintas, cada uma das quais marcada por influência de valores políticos, jurídicos e ideológicos diversos na formalização das instituições em geral – e da propriedade em particular – embora seja inegável a existência de uma incorporação cumulativa dos diferentes influxos. A primeira fase está ligada aos padrões constitucionais inglês e francês do século XIX; a segunda, ao modelo norte-americano; a terceira, ao constitucionalismo de origem alemã vigente no século XX (BONAVIDES, 1993)

3.1 Constituição de 1824

A concepção clássica da propriedade contida no texto da Carta Imperial estava ligada à noção de um direito abstrato de caráter perpetuo, usufruído independentemente do exercício desse direito, sem possibilidade de perda pelo não-uso. A temática incluída no Título 8º - Das disposições gerais, e das garantias dos direitos civis, e políticos dos cidadãos brasileiros -, em linha evidentemente liberal, dispunha:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle previamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

Interessante salientar que o reconhecimento e, conseqüentemente a proteção à propriedade intelectual, constam de nosso texto constitucional desde sua primeira edição. Nesse sentido dispunha o artigo 179, XXVI:

Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarisação.

Nossas constituições anteriores afirmaram a propriedade como direito inviolável, na esteira do artigo 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789:

“Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade publica legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de previa e justa indenização.”

3. 2 Constituição de 1891

A constituição republicana de 1891, em sua Seção II – Declaração de Direitos -, no artigo 72 também garantia, em termos similares, o direito de propriedade, marcado pelo individualismo: “a Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade”.

Seguindo tal idéia, ditava o parágrafo 17 do artigo 72: “O direito de propriedade mantem-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade publica, mediante indenização previa. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria”.

Claramente influenciada pelo liberalismo norte-americano, o texto constitucional ampliou a proteção à propriedade intelectual, estabelecendo:

§ 25 - Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilegio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento.

§ 26 - Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

§ 27 - A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica.

3.3 Constituição de 1934

A constituição de 1934 trouxe importante inovação, ao afirmar, ainda que de modo indireto, a função social da propriedade. Seu artigo 113, 17, dispunha:

É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade publica far-se-á mediante previa e justa indenização. 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.

A legislação complementar, que daria efetividade à vedação do exercício da propriedade contra o interesse social ou coletivo, jamais foi editada. Inegável, porem, a influencia das constituições mexicana (1917) e alemã (1919) na nossa Carta, ao inserir a subordinação do interesse individual ao coletivo e social.

A Constituição de 1934, em seus artigos 113, 118, passou a considerar as minas e demais riquezas do solo, bem como as quedas-d'água, como propriedade distinta da do solo para efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

Novamente a temática da propriedade intelectual é citada no texto constitucional, no Capítulo II – Dos direitos e das garantias individuais -, no artigo 113, resguardando os seguintes direitos:

18) Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou concederá justo prêmio, quando a sua vulgarização convenha à coletividade.

19) É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do uso do nome comercial.

20) Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas é assegurado o direito exclusivo de produzi-las. Esse direito transmitir-se-á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar.

3.4 Constituição de 1937

A constituição de 1937 marcou um retrocesso em relação ao texto anterior. No artigo 122, nº 14, apenas assegurou o direito à propriedade e fez vaga referência que seu conteúdo e limites seriam definidos nas leis que regulassem o seu exercício.

A Constituição de 1937, manteve em seu artigo 143 as minas e demais riquezas do solo, bem como as quedas-d'água, como propriedade distinta da do solo para efeito de exploração ou aproveitamento industrial. Introduzindo a necessidade de autorização federal para sua exploração, ainda que de propriedade privada.

Em relação à propriedade intelectual, o texto constitucional não assegurou expressamente sua garantia, limitando-se a estabelecer no artigo 16, XXI, como competência privativa da União o poder de legislar sobre “os privilégios de invento, assim como a proteção dos modelos, marcas e outras designações de mercadorias”.

3.5 Constituição de 1946

Apesar da diversidade de correntes de pensamento representadas na Constituinte de 1946, predominavam as idéias conservadoras às progressistas ou socialistas (MOTTA, 1997). A composição social e profissional de seus membros, “congregava maciçamente titulares de propriedades. Mais de 90% dos constituintes eram pessoalmente proprietários, ou vinculados por seus parentes próximos – pais e sogros – à propriedade, sobretudo imobiliária. Compreende-se que desse corpo coletivo jamais poderia brotar texto oposto à propriedade” (BALEIRO, 1997).

A constituição de 1946, após a omissão da Carta de 1937, estabeleceu, de modo explícito, em seu artigo 147, que “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A Lei poderá, com observância do disposto no artigo 141, parágrafo 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”. O preceito supra constitui um marco jurídico, porque prevê a desapropriação por interesse social e, sobretudo, aponta um norte à legislação infraconstitucional, no sentido de assegurar a justa distribuição e igual oportunidade de acesso à propriedade. Pela primeira vez, em nosso ordenamento, passou-se a exigir do proprietário não somente uma abstenção, um não-fazer, mas uma teia de atos positivos, concretos, de exploração econômica do imóvel rural. A propriedade passou a ser um direito-dever, em nosso direito positivo (LOUREIRO, 2003).

A limitação do direito de propriedade em relação às minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial continuou expressa no texto constitucional, o qual regulava:

Art 153 - O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal na forma da lei.

§ 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País, assegurada ao proprietário do solo preferência para a exploração. Os direitos de preferência do proprietário do solo, quanto às minas e jazidas, serão regulados de acordo com a natureza delas.

§ 2º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida.

§ 3º - Satisfeitas as condições exigidas pela lei, entre as quais a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer nos seus territórios a atribuição constante deste artigo.

§ 4º - A União, nos casos de interesse geral indicados em lei, auxiliará os Estados nos estudos referentes às águas termominerais de aplicação medicinal e no aparelhamento das estâncias destinadas ao uso delas.

A proteção à propriedade intelectual é reintroduzida no texto constitucional, no Capítulo II – Dos direitos e das garantias individuais -, no artigo 141, resguardando os seguintes direitos:

§ 17 - Os inventos industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio.

§ 18 - É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do uso do nome comercial.

§ 19 - Aos autores de obras literárias artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar.

3.6 Constituição de 1967 e 1969

As constituições de 1967 e 1969, não obstante o ambiente político em que foram geradas, consignaram, explicitamente, como finalidade da ordem social realizar o princípio da função social da propriedade (art. 157, III), regulando inclusive a desapropriação da propriedade territorial rural. A propriedade teve, mais uma vez, posição de destaque, elencada no artigo 153 como direito inviolável da pessoa humana, ao lado dos direitos à vida, à liberdade e à segurança. Pela primeira vez, efetivamente a propriedade é tratada tanto no capítulo dos direitos e garantias individuais quanto no título da ordem econômica e social, o que representa uma mudança profunda no conceito do instituto.

A limitação do direito de propriedade em relação às minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial continuou nos mesmos termos da Constituição de 1946, inovando ao assegurar ao "proprietário do solo a participação nos resultados, da lavra; quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização."

A proteção à propriedade intelectual permanece no capítulo dos direitos e garantias individuais, nos seguintes termos:

§ 24 - A lei garantirá aos autores de inventos Industriais privilégio temporário para sua utilização e assegurará a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do nome comercial.

§ 25 - Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.

3.7 Constituição de 1988

A constituição de 1988 novamente reafirma o direito à propriedade privada e à sua função social, agora arrolados, de modo significativo, entre os direitos fundamentais. *In verbis*:

Art. 5º Todos são 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, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Ao tratar, no Título VII, da ordem econômica e financeira, a Constituição Federal põe como fundamento a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, e como função (a fim de assegurar a todos [...]) a existência digna, observados os ditames da justiça social. Entre os princípios que regem e garantem a ordem financeira, aparecem, mais uma vez, a propriedade privada (inciso II) e a função social da propriedade (inciso III).

Em diversos outros dispositivos, trata a Carta Política da propriedade, especialmente tomado o termo em seu sentido amplo, não limitado aos bens materiais. Vê-se, assim, que no próprio caput do artigo 5º garante a inviolabilidade do direito à propriedade, lado a lado com outros direitos fundamentais. Outras disposições sobre propriedade na constituição: artigos 5º (XXIV a XXIX, XXX e XXXI), 6º, 20, 26, 170 a 181, 182, 183, 184 a 191, 222, 225 e 231.

Nossa constituição atual, numa simbiose de Cartas puramente liberais e de índole social, inseriu a propriedade não só como uma liberdade fundamental, como também ligada ao interesse social e valores da ordem econômica. Afastou-se de outros modelos, como as Constituições italiana e portuguesa, que se limitam a tratar do tema nos capítulos das relações econômicas (LOUREIRO, 2003).

Pode-se entender, inicialmente, que o preceito significa a máxima tutela, contrapondo a liberdade do indivíduo à intervenção autoritária do Estado, exaltando-se o aspecto da garantia, mediante destaque de um núcleo essencial proprietário, que não pode ser comprimido e nem abolido pela legislação inferior. Segundo tal linha de pensamento, qualquer ofensa a tal núcleo, consubstanciado no poder de utilização dos bens privados, deve ser precedida de prévia e justa indenização. Afirma-se, em posição intermediária, que a garantia constitucional diz respeito a um elemento essencial *minimum* da propriedade, que permite apenas reconhecer que se está diante de propriedade e não de instituto diverso, sem definição, contudo, do conteúdo exato dos poderes proprietários. Não se admite, portanto, a falta dos elementos essenciais da propriedade, de tal modo que o instituto se desnature. Em pólo oposto, defende-se a tese de que a garantia da propriedade privada esteja subordinada à atuação da função social, não se podendo identificar um núcleo essencial da propriedade. Em outras palavras, a Constituição Federal garante a existência da propriedade privada, mas não estabelece o conteúdo que deve corresponder a tal instituto. Arremata Pietro Perlingieri que, embora não possa a propriedade privada ser esvaziada, como se fosse um mero título de nobreza, não há um conteúdo mínimo a ser preservado, mas sim vários conteúdos mínimos, relativos a cada estatuto proprietário, a serem individualizados em cada situação concreta (LOUREIRO, 2003).

A propriedade intelectual é assegurada nos seguintes termos:

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

4 Direito de propriedade no direito comparado

Dita o Código Napoleônico de 1804 que propriedade é o direito de gozar e de dispor das coisas de maneira absoluta, desde que seu uso não viole leis ou regulamentos. Ninguém pode ser forçado a desistir de sua propriedade a menos que seja para o bem público e por meio de justa e previa indenização.

A Constituição de Weimar, de 1919, adotou a função da propriedade como condicionada ao bem da sociedade. O artigo 153 do referido diploma legal estabeleceu, em apenas três palavras, um princípio que se tornou intensamente difundido: A propriedade obriga. E acrescenta: Seu uso constitui, conseqüentemente, um serviço para o bem comum. Já era evidente que o cultivo e a exploração da terra representam um dever para com a comunidade

O regime da propriedade é colocado em primeiro plano no sistema soviético, ate porque a doutrina marxista considera que o direito é condicionado pelas estruturas econômicas da sociedade. Dai decorrem importantes conseqüências. Integram o direito de propriedade não so as regras de apropriação e transferência dos bens, mas sobretudo as operações de gestão e exploração, que para nos são típicas do direito obrigacional. Por isso, a classificação tradicional do sistema romano-germanico, que divide os bens em moveis e imóveis, tem pouco interesse ao sistema soviético, que prefere sublinhar a distinção entre os bens de produção e os bens de consumo (LOUREIRO, 2003, p. 31).

Nos regimes socialistas, prevalece o sistema de propriedades coletivas, embora persistam de modo tênue os demais sistemas, como, por exemplo, o individual e o familiar. A constituição soviética de 1936 reconheceu quatro tipos de propriedade na URSS, dois socialistas e dois pessoais: a) como propriedades socialistas: a do Estado e as das cooperativas kholkozianas; b) como pessoais: a familiar e a individual. Nos regimes socialistas, a noção de propriedade não esta legada ao conceito de direito real, porque todo o direito é feito para regular as relações entre homens, sendo inconcebível na concepção marxista um direito que ligue a pessoa à coisa (LOUREIRO, 2003, p. 30).

O artigo 4º da Lei Fundamental (Constituição) da União Soviética estabelecia: “A base econômica da URSS é constituída pelo sistema socialista de economia e pela propriedade socialista sobre os instrumentos e meios de produção, firmemente assentados como resultado da liquidação do sistema capitalista de economia, da abolição da propriedade privada sobre os instrumentos e meios de produção e da supressão da exploração do homem pelo homem” (MARTINS, 1999, 5).

4.1 Constituição da Argentina

A atual constituição argentina entrou em vigor em 22 de agosto de 1994, inseriu a temática da propriedade logo em sua parte primeira, capítulo primeiro – declarações, direitos e garantias. O artigo 14 estabelece que todos os habitantes gozam dos direitos de usar e dispor de sua propriedade, conforme as leis que o regulamentem. O artigo 17 determina a inviolabilidade da propriedade, dispondo que nenhum habitante pode ser privado dela senão em virtude de sentença fundada na lei. Esse mesmo artigo segue garantindo o direito de propriedade em situações específicas como a desapropriação por utilidade pública, a qual deve ser prevista em lei e previamente autorizada. Determina ainda que somente o

congresso pode impor impostos sobre a propriedade, bem como que nenhum serviço pessoal é exigível senão em virtude de lei ou sentença fundada em lei. Exclui do Código Penal argentino o confisco de bens, bem como veda às forças armadas fazer requisições ou exigir auxílios de nenhuma espécie.

A constituição argentina também menciona a propriedade intelectual ao assegurar ao autor ou inventor a propriedade exclusiva sobre sua obra, invento ou descobrimento, pelo tempo que lhe conceda a lei.

4.2 Constituição do Uruguai

A constituição uruguaia entrou em vigor em 1967, sendo emendada em 26 de novembro de 1989, em 26 de novembro de 1994, em 8 de dezembro de 1996 e, recentemente, em 31 de outubro de 2004. O direito de propriedade é declarado na Seção II – direitos, deveres e garantias. O artigo 7º estabelece que ninguém deve ser privado deste direito senão conforme as leis que se estabelecem por razões de interesse geral.

O artigo 32 determina a inviolabilidade da propriedade, sujeitando-a ao disposto em leis estabelecidas por razões de interesse geral. Dispõe que ninguém será privado do direito de propriedade senão em casos de necessidade ou utilidades públicas, as quais devem ser previstas em lei. A indenização a ser paga pelo Tesouro Nacional deverá ser previa e justa. Estabelece ainda que nesses casos de desapropriação, os proprietários serão indenizados pelos danos e prejuízos que porventura sofram em razão da duração do procedimento expropriatório, se consume ou não a desapropriação, inclusive os que derivem da variação do valor da moeda.

A propriedade também garante o direito à cidadania legal, bem como ao sufrágio, em determinadas situações. A constituição uruguaia determina que o trabalho intelectual, o direito de autor, do inventor ou do artista serão reconhecidos e protegidos pela lei.

Como expõe Eros Roberto Grau, a evolução da propriedade plena in re potestas para a idéia de propriedade-função consubstancia a “revanche da Grécia sobre Roma, da filosofia sobre o direito: a concepção romana, que justifica a propriedade por sua origem (família, dote, estabilidade de patrimônios), sucumbe diante da concepção aristotélica, que a justifica por seu fim, seus serviços, sua função” (LOUREIRO, 2003, 105).

Há uma ligação íntima entre garantias públicas de propriedade e liberdade individual: enquanto a propriedade de certa forma existe sem a liberdade, o contrário é inconcebível (PIPES, 2001, 15).

5 Conclusão

Não obstante a antiguidade de suas origens, a propriedade individual íntegra, ainda em nossos dias, todo o sistema econômico, financeiro, social, político e jurídico das principais nações do Ocidente, derivando do Direito das Coisas os demais ramos do Direito Privado, como o Direito das Obrigações e o das Sucessões, inter-relacionando-se ainda aquele primeiro direito com o próprio Direito Público.

Nos últimos anos, os benefícios da posse privada tanto para a liberdade como para a prosperidade têm sido reconhecidos como jamais foram nos últimos duzentos anos. Por outro lado, tem ocorrido um crescente abrandamento da propriedade privada, com vistas à harmonização dos interesses socialmente considerados, ou seja: sem abolir a propriedade privada, abrir caminho para que muitos a conquistem.

Os modernos códigos tem se modelado nesta linha de orientação, buscando equilibrar o interesse do indivíduo com o da sociedade, numa concepção de forças contingente.

O direito à propriedade por si só não garante as liberdades e direitos civis. Mas, falando em termos históricos, este tem sido o único dispositivo eficiente para assegurar ambos, porque cria uma esfera autônoma na qual, por mutuo consentimento, nem o Estado nem a sociedade podem cometer transgressões: traçando-se uma linha entre o público e o privado, ela faz do proprietário um co-soberano, como se ele o fosse. Há uma ligação íntima entre garantias públicas de propriedade e liberdade individual: enquanto a propriedade de certa forma existe sem a liberdade, o contrário é inconcebível.

Como expõe Eros Roberto Grau, a evolução da propriedade plena *in re potestas* para a idéia de propriedade-função consubstancia a “revanche da Grécia sobre Roma, da filosofia sobre o direito: a concepção romana, que justifica a propriedade por sua origem (família, dote, estabilidade de patrimônios), sucumbe diante da concepção aristotélica, que a justifica por seu fim, seus serviços, sua função” (LOUREIRO, 2003). Resta-nos saber se Aristóteles triunfou sobre Platão.

Abstract: This article analyze the importance of the property institute for the right, express for the existence of disposals on this subject in all the Brazilian constitutional texts, since the Empire. Also the disposals on property right existing in the constitutions of the Mercosul States members are presented.

Key words: property; rights and guaranties; constitution; Mercosul.

Notas explicativas

(*) Trabalho apresentado como requisito para conclusão da disciplina Direito Constitucional Comparado do curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Referências

AQUINO, Santo Tomas de. **Summa Theologica II**. Nova York: 1947.

_____. **Summa Theologica III**. Nova York: 1948.

ARISTOTELES. **Coleção os Pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

BALEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das formas de governo na história do pensamento político**. 3. ed. Brasília: UNB, [2000?.]

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

CÍCERO. **De Officiis**. New York: Loeb Classical, 1913.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Curitiba: Juruá, 2002.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987.

HENGEL, M. **Property and riches in the early church**: aspects of a social history of early christianity. Philadelphia: Fortress, 1974.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores).

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o Governo**. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores).

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARTINS, Rodrigo Baptista. **A propriedade e a ética do capitalismo**: uma teoria sobre os fundamentos do direito à propriedade e uma teoria sobre as origens do capitalismo. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MOREIRA, Aroldo. **A propriedade sob diferentes conceitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MOTTA, Maria Clara de Mello. **Conceito constitucional de propriedade**: tradição ou mudança? Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

PIPES, Richard. **Propriedade e liberdade**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

RYAN, Alan. **Property**. Stony Stratford, Inglaterra, 1987.

Revista Jurídica

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm

Artigo recebido em 28/02/2007 e aceito para publicação em 31/03/2007

A Revista Jurídica destina-se à divulgação de estudos e trabalhos jurídicos abrangendo todas as áreas do Direito.

Os originais serão submetidos à avaliação dos especialistas, profissionais com reconhecida experiência nos temas tratados. Todos os artigos serão acompanhados de uma autorização expressa do autor, enviada pelo correio eletrônico, juntamente com o texto original.