

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

Volume 2

Out / Dez 2014

Doutrina Nacional / Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho / Eroulths Cortiano Júnior / Guilherme Calmon Nogueira da Gama / João Gabriel Madeira Pontes / Pedro Henrique da Costa Teixeira / José Fernando Simão

Doutrina Estrangeira / Neil Andrews

Pareceres / Arnaldo Wald / Gustavo Tepedino

Atualidades / Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Resenha / Fabiano Pinto de Magalhães

Vídeos e Áudios / Gustavo Tepedino

SEÇÃO DE DOCTRINA: Doutrina Nacional

A PROPRIEDADE PRIVADA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Private property in the Federal Constitution

EroulthsCortiano Junior

Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da UFPR

Resumo: Trata este artigo de revelar e demonstrar sistematicamente os dispositivos constitucionais que têm como objeto a propriedade privada, colaborando para a compreensão do instituto em sua dimensão constitucional. Para tanto, a propriedade privada é apresentada como um instituto jurídico e não como uma categoria conceitual, com todos os riscos iminentes a esta abordagem. A visão institucional da propriedade irá permitir a sua compreensão integral no plano do direito civil-constitucional.

Palavras-chave: Direito Civil; Propriedade privada, Constituição Federal; Direito de propriedade.

Abstract: The following article intends to reveal and systematically scrutinize the constitutional provisions concerning private property in Brazilian Law, thereby collaborating to a wide comprehension of such right in its constitutional dimension. Private property is thus presented as a legal institution, rather than as a conceptual category, despite the risks inherent to this approach. The understanding of property rights as legal institutions allow its holistic comprehension, in a civil-constitutional perspective.

Keywords: Civil law; Private property; Federal Constitution; Property.

Sumário: 1. Os institutos civis – 2. A Constituição Federal e o direito civil – 3. As normas fundamentais da propriedade privada na Constituição de 1988 – 4. A propriedade privada, a renda e a tributação – 5. Limitação, perdimento, desapropriação, expropriação da propriedade privada – 6. Competência legislativa em tema de direito de propriedade – 7. Propriedade privada e propriedade pública – 8. As normas instrumentais para defesa do direito de propriedade – 9. Síntese

1. Os institutos civis

Enquanto a dogmática jurídica trabalha com regras e princípios, o refinamento teórico vale-se de instrumentos específicos de construção do conhecimento, tais como as *categorias* e os *institutos* jurídicos. Estes instrumentos, além de otimizadores da construção do conhecimento, são extremamente úteis para a aplicação prática do direito.

No que diz respeito às categorias, o processo cognitivo do cientista identifica, diferencia e classifica objetos, organizando-os em grupos, classes ou categorias, com um determinado propósito específico. No caso do jurista, a organização dos elementos jurídicos (normativos ou não) em categorias jurídicas, permite, além da reflexão epistemológica em si, a operação do direito na praxis.

Nos termos colocados por LIPARI, a categorização conceitual é uma operação mental de classificação da experiência, voltado a agilizar o resultado interpretativo, de maneira funcional a um efeito aplicativo¹. Os nexos construídos pelo jurista, a partir da observação da realidade social (vista na sua evolução cultural e histórica) e dos enunciados técnicos (os dados legais, doutrinários e jurisprudenciais), permitem-lhe criar, com racionalidade e razoabilidade, um esquema de pensamento que se constitui em instrumento notável de conhecimento da realidade e de operação do direito.

No mesmo sentido, os institutos jurídicos apresentam-se como instrumentos úteis para a tomada de decisões jurídicas concretas a partir da integração de normas, princípios e regras. Como diz MENEZES CORDEIRO, o instituto é “*um conjunto concatenado de normas e princípios que permite a formação típica de modelos de decisão*”². O jurista constrói os institutos jurídicos a partir da sistematização de normas que, em um mesmo ordenamento, digam respeito a um determinado e destacado objeto. Não se trata, porém, de apenas somar e agregar as normas que venham a compor o instituto: este exige uma articulação normativa sistemática, construída com forte unidade interna, apta a permitir a tomada de decisões concretas. A partir da qualidade de sua construção e de sua aceitação pela doutrina, um instituto tende a tornar-se ponto histórico de referência que repercute, por sua vez, em toda a cultura jurídica, para o presente e para o futuro.

¹ N. LIPARI. *Le categorie del diritto civile*. Milano: Giufrè, 2013, p. 21. A respeito da utilização dos conceitos e das categorias jurídicas para a compreensão da lógica normativa, sugere-se, também, D. MESSINETTI. *Per un'ecologia dellamodernità: il destino dei concetti giuridici. L'apertura di R. Nicolò a situazioni complesse. Rivista Critica del Diritto Privato*. Mar/2010, p. 23-38 e D. CARUSI. *Principio di differenziazione e categorie giuridiche (l'Unione Europea, l'eguaglianza, il paradigma della legge)*. *Rassegna di diritto civile* 3/2010, p. 731 e ss.

² CORDEIRO, Antonio Menezes. *Teoria geral do direito civil*. 1º volume, 2ª edição revista e actualizada, Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1994, p. 294.

Tanto as categorias conceituais como os institutos jurídicos constituem uma proposta interpretativa e um princípio de orientação para a aplicação do direito, o que envolve, nitidamente, a prática social.

Por outras palavras, as categorias e os institutos jurídicos, por ordenarem e organizarem a realidade jurídica, são instrumentos metodológicos imprescindíveis para a atuação do jurista teórico e prático, na medida em que permitem, de forma consistente e coerente, a tomada de decisões.

Por se tratarem, as categorias e os institutos, de instrumentos juscientíficos, nada obsta que haja uma coincidência terminológica entre alguns deles. Exemplo disto é a propriedade privada. Para além de um direito subjetivo, a propriedade foi construída pela teoria como uma categoria conceitual e também como um instituto jurídico. É deste último sentido – a propriedade privada como instituto, ou o conjunto sistemático normativo da propriedade privada – que se cuida neste texto.

2. A Constituição Federal e o direito civil

A Constituição se integra ao direito civil – e no direito civil – por seu valor posicional dentro da hierarquia normativa, por sua eficácia direta e pelos mecanismos de integração e aplicação da própria norma civil³. O método civil-constitucional, construído e em construção, se apresenta ao direito brasileiro e abre novos caminhos interpretativos⁴.

Nesta perspectiva, parece importante verificar e sistematizar a base constitucional do instituto jurídico da propriedade privada (até porque esta base não se resume aos incisos XXII e XXII do artigo 5º e aos dispositivos que referem a sua função social). A concatenação da normativa constitucional pode revelar, por suas falas e também por seus silêncios, a construção dogmática e ideológica da propriedade no direito brasileiro contemporâneo. O que se propõe é isso: revelar, sistematizando criteriosamente, os dispositivos constitucionais que tem como objeto a propriedade privada.

Neste aspecto, a Constituição Federal de 1988 é marcante. Ainda que o direito de propriedade tenha sido objeto de tratamento constitucional em cartas anteriores, é

³Neste sentido, A. CARRASCO PERERA. *El derecho civil: señas, imágenes y paradojas*. Madrid: Tecnos, 1988. p. 72.

⁴Para uma objetiva e didática referência sobre a constitucionalização do direito civil, remete-se para os escritos já clássicos de M. C. BODIN DE MORAES. *A caminho de um direito civil constitucional*. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, v. 65, p. 21/32 jul/set/1993; G. TEPEDINO. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1 e ss.; e P. LOBO. *Constitucionalização do direito civil*. *Revista de Informação Legislativa*, n. 141, 1999, p. 99-109.

a Constituição de 1988 que permite uma efetiva construção de um *conceito geral-concreto* do direito de propriedade.

Tenta-se, aqui, exclusivamente, com todos os riscos iminentes, revelar a propriedade como instituto jurídico. Este objetivo afasta (ou lança para outra oportunidade) a importante e imprescindível crítica ao instituto propriedade privada e às opções legislativas do legislador constitucional. O que se pretende, em síntese, é a realização de uma cartografia da propriedade constitucional, de maneira a compor (sob alguma mínima sistematização) as diversas normas constitucionais e colaborar para a compreensão do instituto em sua dimensão constitucional.

Nesse andar, pode-se sistematizar o tratamento constitucional da propriedade sob os seguintes aspectos: **(i)** as normas fundamentais sobre o conteúdo do direito de propriedade e seu papel instrumental na consecução dos objetivos da República; **(ii)** as normas relativas à renda e à tributação; **(iii)** as normas relativas à limitação e expropriação da propriedade privada; **(iv)** as normas sobre competência legislativa acerca do direito de propriedade; **(v)** as normas que discriminam a propriedade pública da propriedade privada; e **(vi)** as normas instrumentais para a defesa do direito de propriedade. Esta classificação – como qualquer outra – é aleatória (no sentido de que são possíveis outras classificações) e, apesar de não isenta de crítica, permite uma primeira aproximação ao instituto jurídico da propriedade privada na Constituição Federal.

3. As normas fundamentais da propriedade privada na Constituição de 1988

A conformação fundamental do direito de propriedade é construída pela Constituição sob duas perspectivas: de um lado o reconhecimento do direito de propriedade e, de outro, a importância desse mesmo direito para os objetivos da República.

Ao prescrever os fundamentos da República, o artigo 1^o permite encontrar o direito de propriedade como um dos elementos úteis para o respeito à dignidade da pessoa humana, notadamente na perspectiva de um patrimônio mínimo compositor do *mínimo*

⁵**Art. 1º.** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

*existencial*⁶. Como propriedade ou como acesso, e ressalvado todo o componente ideológico do direito de propriedade, o certo é que o artigo 1º da Constituição, lido em sistema com a demais normativa constitucional, abre portas para a relevância constitucional da propriedade privada.

Nesse mesmo caminho, o artigo 3º impõe o objetivo republicano de erradicação da pobreza⁷, sendo a garantia da propriedade privada um – e apenas um – dos instrumentos econômicos e sociais que podem ser trabalhados para o desenvolvimento nacional e para a diminuição das desigualdades materiais (aliás, outros dos objetivos estipulados no mesmo dispositivo constitucional). De mais a mais, o artigo 170, VII, estabelece como princípio da ordem econômica a “*redução das desigualdades regionais e sociais*”.

Avulta, daí, a importância do artigo 5º da Constituição, ao reconhecer expressamente a garantia da inviolabilidade do direito à propriedade e não do direito *de* propriedade, o que pode ser entendido como a inafastabilidade das garantias de acesso à propriedade⁸. Passando-se as coisas assim, constata-se que o caput do artigo 5º da Constituição vem exatamente completar os contido nos artigos 1º e 3º.

No rol dos direitos estabelecidos no artigo 5º, verifica-se a garantia da propriedade (e, por óbvio, também da posse) por intermédio da garantia da inviolabilidade da casa⁹ e da liberdade de locomoção da pessoa com os seus bens¹⁰.

Os incisos XXII e XXIII da Constituição garantem, agora, o direito de propriedade desde que atendida sua função social¹¹. Esta garantia remete automaticamente

⁶ Sobre o tema, deve sempre ser consultado L. E. FACHIN. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, que vai além da propriedade fundada na apropriação formal ou registral, propondo uma “*dimensão própria de patrimônio*”; a obra, pois, refere-se a um espaço do viver muito mais alargado do que o da propriedade privada.

⁷**Art. 3º.** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁸**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: (...)

⁹**Art. 5º (...)** **XI** - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

¹⁰**Art. 5º (...)** **XV** - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

¹¹**Art. 5º (...)** **XXII** - é garantido o direito de propriedade; **XXIII** - a propriedade atenderá a sua função social;

ao título VII da Constituição, que cuida “*Da ordem econômica e social*”. No ambiente da ordem econômica e social, há três momentos de importância.

Em primeiro lugar, a Constituição estabelece (artigo 170) que a ordem econômica deve observar os princípios da propriedade privada e da função social da propriedade¹². Em segundo lugar, o tratamento dado à política urbana, onde se destaca (artigo 182) que a política de desenvolvimento urbano será executada pelo poder público municipal conforme diretrizes gerais fixadas em lei, respeitada a função social da propriedade imóvel urbana¹³. Em terceiro lugar, aparece a regulação da política agrícola e fundiária, onde a Constituição estabelece claramente o conteúdo da função social da propriedade imóvel rural, com seus elementos econômico, social e ambiental (artigo 186¹⁴).

Não pode deixar de ser mencionado que a Constituição acata, em termos modulados, a proteção à criação intelectual como direito autoral patrimonializado e sucessível (artigo 5º, XXVII¹⁵). Outra norma da maior importância em matéria de propriedade privada (aqui como direito à propriedade e direito de propriedade) é a garantia do direito de herança, inamovível em seu pedestal de tradição (artigo 5º, XXX¹⁶).

¹²**Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: **I** - soberania nacional; **II** - propriedade privada; **III** - função social da propriedade; (...) **VII** - redução das desigualdades regionais e sociais;

¹³**Art. 182.** A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. **§ 1º** - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. **§ 2º** - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. (...)

¹⁴**Art. 186.** A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: **I** - aproveitamento racional e adequado; **II** - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; **III** - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; **IV** - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

¹⁵**Art. 5º** (...) **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;

¹⁶**Art. 5º** (...) **XXX** - é garantido o direito de herança;

Por fim, em se tratando de garantia à propriedade, é necessário registrar os dispositivos que regulam o usucapião constitucional, marcado pela valorização da posse-trabalho e pela proteção da moradia (artigos 183¹⁷ e 191¹⁸)

Consuma-se, aqui, este ponto de partida: a propriedade privada é regulada e garantida na Constituição e é instrumento de atingimento dos objetivos da República. Não há erro em afirmar que a proteção do direito de propriedade decorre de sua importância para o atingimento dos objetivos nacionais estampados na Constituição. Há então um caminho de mão dupla: assim como a propriedade privada é importante para os objetivos nacionais, estes dependem do reconhecimento da propriedade privada funcionalizada.

4. A propriedade privada, a renda e a tributação

A propriedade privada também é protegida na medida da proteção dos ganhos remuneratórios do trabalho, sob qualquer dimensão ou nomenclatura. A renda é elemento constitutivo da propriedade privada. Assim, por exemplo, a propriedade privada é antevista na proteção dos direitos sociais salariais (artigos 6º e 7º¹⁹) na iniciativa privada (com destaque para as garantias de salário mínimo, de piso salarial e de irredutibilidade

¹⁷**Art. 183.** Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

¹⁸**Art. 191.** Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

¹⁹**Art. 6º** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.**Art. 7º** São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) **II** - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; (...) **IV** - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; **V** - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; **VI** - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; **VII** - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; **VIII** - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; (...) **X** - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; **XI** - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; **XII** - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; (...) **XV** - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; **XVI** - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; **XVII** - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; (...)

salarial) e no funcionalismo público (artigos 37²⁰ e 39²¹) espraiando-se pela remuneração da magistratura (artigo 95, III) e do Ministério Público (artigo 128, § 5º I, c).

No que toca ao sistema tributário, e como corolário do direito à propriedade e do direito de propriedade, regulam-se os impostos sobre a propriedade (nos tradicionais exemplos do ITR, IR, IPTU, IPVA²²⁻²³⁻²⁴), estabelecem-se limitações fundadas

²⁰**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) **X** - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; **XI** - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; **XII** - os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo; **XIII** - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público; **XIV** - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores; **XV** - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

²¹**Art. 39.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. § 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará: (...) § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. § 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. § 5º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, XI. § 6º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos. (...)

²²**Art. 153.** Compete à União instituir impostos sobre: (...) **III** - renda e proventos de qualquer natureza; (...) **VI** - propriedade territorial rural; **VII** - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

²³**Art. 155.** Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: **I** - transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos; (...) **III** - propriedade de veículos automotores.

²⁴**Art. 156.** Compete aos Municípios instituir impostos sobre: **I** - propriedade predial e territorial urbana; **II** - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; (...)

na capacidade econômica do contribuinte (§ 1º do artigo 145²⁵) e a proibição da tributação confiscatória ou limitadora da circulação da propriedade privada (artigo 150²⁶).

5. Limitação, perdimento, desapropriação, expropriação da propriedade privada

A Constituição, ao lado da garantia do direito de propriedade, estabelece as situações de limitação ao exercício deste direito e, mesmo, de expropriação (expressão usada, aqui, em seu sentido mais amplo) dele.

De logo, registre-se que há total vedação à perda de direitos – o que abrange o direito de propriedade – por exclusiva discriminação religiosa, política ou filosófica (artigo 5º, VIII²⁷).

Os incisos XLV e XLVI do mesmo artigo 5º, ainda no plano dos direitos individuais, limitam – remetendo ao legislador ordinário – a pena de perdimento de bens²⁸.

A desapropriação da propriedade privada por necessidade ou utilidade pública assegura ao proprietário justa e prévia indenização em dinheiro (artigo 5º, XXIV²⁹), podendo também o poder público, em caso de iminente perigo público utilizar a propriedade privada com eventual indenização posterior, conforme inciso XXV do artigo 5º³⁰. Na mesma

²⁵**Art. 145.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...)§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

²⁶**Art. 150.** Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)IV - utilizar tributo com efeito de confisco;V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público; (...)

²⁷**Art. 5º (...)** VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

²⁸**Art. 5º (...)** XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; (...)

²⁹**Art. 5º (...)** XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

³⁰**Art. 5º (...)** XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

direção, a decretação do estado de sítio permite a requisição de bens, gerando limitação temporária ao direito de propriedade (artigo 139, VII³¹).

A desapropriação por interesse social, vinculada à reforma agrária, está prevista nos artigos 184 e 185³² da Constituição. Reservada à União, envolve a verificação do cumprimento da função social e permite o pagamento em títulos da dívida agrária (pagamento em dinheiro para as benfeitorias úteis e necessárias). Excluem-se – embora haja desenvolvida discussão sobre a constitucionalidade desta exceção – da desapropriação para reforma agrária, a pequena e média propriedade rural cujo proprietário não possua outra e a propriedade produtiva.

Além disso, cabe desapropriação da propriedade imóvel urbana com pagamento de indenização em dinheiro ou em títulos da dívida pública em caso de seu inadequado aproveitamento (artigo 182³³).

A Constituição também prevê a expropriação da propriedade privada sem indenização, nos casos de cultivo de cultura ilegal ou exploração de trabalho escravo (artigo 243³⁴). E não poderá ser objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes da própria atividade produtiva a pequena propriedade rural trabalhada pela família (artigo 5º, XXVI³⁵).

³¹**Art. 139.** Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: (...) **VII** - requisição de bens.

³²**Art. 184.** Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. § 1º - As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro. (...) **Art. 185.** São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: **I** - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; **II** - a propriedade produtiva. Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

³³**Art. 182.** A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (...) § 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: **I** - parcelamento ou edificação compulsórios; **II** - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; **III** - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

³⁴**Art. 243.** As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

³⁵**Art. 5º** (...) **XXVI** - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

6. Competência legislativa em tema de direito de propriedade

Competindo à União legislar sobre direito civil (artigo 22, I³⁶), cabe a ela legislar sobre direito de propriedade, com papel atribuído ao Congresso Nacional (artigo 48³⁷). Excepcionalmente – *rectius*: em casos de urgência e relevância – o Presidente da República poderá legislar sobre propriedade por intermédio de medida provisória, exceto para seqüestro ou detenção de bens, poupança ou ativos financeiros. Esta assertiva decorre de análise das matérias sobre as quais é vedada a utilização de medidas provisórias, não estando entre elas a legislação civil (mas constando, por exemplo, a legislação sobre direito penal e processual³⁸).

7. Propriedade privada e propriedade pública

A discriminação entre bens públicos e privados envolve diretamente a distinção – e o conseqüente regime jurídico diferenciado – entre propriedade privada e propriedade pública.

A Constituição atribui ao poder público uma série de bens, discriminando-os da propriedade privada. Pertencem à União os bens arrolados no artigo 20 (por exemplo, as terras devolutas indispensáveis à defesa do país, os lagos, rios e correntes de água em suas terras ou que banhem mais de um estado ou sirvam de limites com o estrangeiro, com os respectivos terrenos marginais e praias fluviais, as ilhas oceânicas e as costeiras, as cavernas

³⁶**Art. 22.** Compete privativamente à União legislar sobre: **I** - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; **II** - desapropriação; (...)

³⁷**Art. 48.** Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

³⁸**Art. 62.** Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: **I** - relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; **II** - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; (...)

subterrâneas etc.³⁹). Na propriedade da União também se inscrevem as jazidas, recursos minerais e potenciais de energia hidráulica, nos termos do artigo 176⁴⁰.

Nesse ponto, chamam especial as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Elas são consideradas bem da União (artigo 20, XI⁴¹) e submetem-se a regime especial. Os indígenas têm direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas por eles, as quais são consideradas bem da união, e lhes é assegurado a posse permanente e o usufruto das riquezas respectivas. Tais terras são inalienáveis e indisponíveis, sendo considerados nulos e extintos quaisquer atos negociais que envolvam a ocupação, o domínio e a posse dessas terras (artigo 231⁴²).

O artigo 26 elenca as terras de propriedade dos estados membros da federação (por exemplo, as terras devolutas que não sejam da União⁴³) e o artigo 30 permite

³⁹**Art. 20.** São bens da União: **I** - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei; **III** - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; **IV** - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; **V** - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; **VI** - o mar territorial; **VII** - os terrenos de marinha e seus acrescidos; **VIII** - os potenciais de energia hidráulica; **IX** - os recursos minerais, inclusive os do subsolo; **X** - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos; (...)

⁴⁰**Art. 176.** As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

⁴¹**Art. 20.** São bens da União: (...) **XI** - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

⁴²**Art. 231.** São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. **§ 1º** - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. **§ 2º** - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. **§ 3º** - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. **§ 4º** - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. **§ 5º** - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. **§ 6º** - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. **§ 7º** - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

⁴³**Art. 26.** Incluem-se entre os bens dos Estados: **I** - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União; **II** - as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou

ao Município o ordenamento territorial, o que pode repercutir no exercício da propriedade privada⁴⁴, em consonância com o artigo 182 da Constituição.

Ainda quanto às terras públicas importa referir não serem passíveis de usucapião (artigos 183, § 3º⁴⁵ e 191, parágrafo único⁴⁶), bem como, em relação às terras públicas e devolutas, a obrigatoriedade de seu ingresso no patrimônio de particulares ser concatenado com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária (artigo 188⁴⁷).

8. As normas instrumentais para defesa do direito de propriedade

A garantia do direito de propriedade depende de atuação estatal e, neste aspecto, há variada normativa constitucional instrumentalizada, direta ou indiretamente, para esta garantia.

Assim, por exemplo, o âmbito da jurisdição do Estado (artigo 5º, XXXV⁴⁸), a proteção ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (artigo 5º, XXXVI⁴⁹), e a garantia do devido processo legal, com referência expressa ao perdimento de bens (artigo 5º LIV⁵⁰). Opera no mesmo sentido o artigo 5º, LXXVI, garantidor do acesso à justiça com gratuidade⁵¹.

9. Síntese

terceiros; **III** - as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União; **IV** - as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

⁴⁴**Art. 30.** Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; (...) **VIII** - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;(...)

⁴⁵**Art. 183.** Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

⁴⁶**Art. 191.** Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. **Parágrafo único.** Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

⁴⁷**Art. 188.** A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária

⁴⁸**Art. 5º (...)** XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁴⁹**Art. 5º (...)** XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

⁵⁰**Art. 5º (...)** LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁵¹**Art. 5º (...)** LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Partindo da ideia de instituto jurídico como a sistematização normativa acerca de um determinado objeto, pretendeu-se revelar o instituto jurídico da propriedade privada na Constituição. A ausência de aprofundamento sobre aspectos desta regulação constitucional e de crítica ao instituto não significa superficialidade deste escrito, mas opção. A concatenação – tentada aqui – das normas constitucionais sobre a propriedade privada pretende ser útil justamente para a construção da crítica sobre o instituto. Espera-se que este texto realmente tenha esta utilidade.

Recebido em 21/08/2014

1º parecer em 10/09/2014

2º parecer em 08/11/2014