

Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade

Fábio Konder Comparato

A propriedade no mundo greco-romano

A idéia de propriedade privada, em Roma ou nas cidades gregas da antigüidade, sempre foi intimamente ligada à religião, à adoração do deus-lar, que tomava posse de um solo e não podia ser, desde então, desalojado. A casa, o campo que a circundava e a sepultura nela localizada eram bens próprios de uma *gens* ou de uma família, no sentido mais íntimo, ou seja, como algo ligado aos laços de sangue que unem um grupo humano.³

Na língua latina, aliás, *dominus* e *dominium* vêm de *domus*, significando, respectivamente, o chefe da casa e o poder próprio deste sobre todos os bens familiares. Que o sentido jurídico de *dominium* se vincule originalmente à casa de família nos é confirmado pela definição de Ulpiano no Digesto (50, 16, 195, § 2): *paterfamilias appellatur qui in domo dominium habet*.

Na civilização greco-romana, a propriedade privada – assim como a família e a religião doméstica – faziam parte da **constituição social**, da organização institucional da sociedade, que não podia, em hipótese alguma, ser alterada, quer por deliberação popular, quer por decisão dos governantes.

Na organização da cidade antiga, aliás, as instituições que diziam respeito à vida privada eram mais sólidas e estáveis que as formas de governo, e distinguiam, mais do que estas, uma cidade da outra. Não é de admirar, portanto, que o ponto de partida de Aristóteles, em sua pesquisa sobre a constituição ideal da *polis*, tenha sido a classificação dos regimes de propriedade: a comunhão total, a ausência absoluta de comunhão, e a comunhão ou condomínio de certas coisas, juntamente com a propriedade individual de outras.⁴ A noção de *politéia* em Atenas, como foi reconhecido em primorosa tese acadêmica,⁵ engloba a vida privada. Para Aristóteles, é a *forma de organização dos cidadãos de um Estado*,⁶ a *própria comunidade dos cidadãos*,⁷ ou, de modo ainda mais sugestivo, *um certo modo de vida de uma sociedade política*.⁸ Não há aí, portanto, nenhuma possibilidade de dissociação nem mesmo de distinção, nesse particular, entre a esfera pública e a privada.

Seja como for, o núcleo essencial da propriedade, em toda a evolução do Direito privado ocidental, sempre foi o de um poder jurídico soberano e exclusivo de um sujeito de direito sobre uma coisa determinada. No Direito romano arcaico,⁹ este poder fazia parte das prerrogativas do *paterfamilias* sobre o conjunto dos escravos e bens (*familia*¹⁰ *pecuniaque*), que compunham o grupo familiar. Prerrogativas soberanas, porque absolutas e ilimitadas, imunes a qualquer encargo, público ou privado, e de origem sagrada, por força de sua vinculação com o deus-lar.¹¹

Por aí se percebe como seria absurdo falar, no direito antigo, de deveres do cidadão, enquanto proprietário, para com a comunidade. A propriedade greco-romana fazia parte da esfera mais íntima da família, sob a proteção do deus doméstico. Por isso mesmo, o imóvel consagrado a um lar era estritamente delimitado, de forma que cometia grave impiedade o estranho que lhe transpusesse os limites sem o consentimento do chefe da família.

A propriedade privada na civilização burguesa

A propriedade moderna desvinculou-se totalmente dessa dimensão religiosa das origens e passou a ter marcadamente, com o advento da civilização burguesa, um sentido de mera utilidade econômica. O Direito burguês, segundo o modelo do Código Napoleão, concebeu a propriedade como poder absoluto e exclusivo sobre coisa determinada, visando à utilidade exclusiva do seu titular (*eigennützig*, como dizem os alemães).¹²

Ademais, na concepção prevalecente em todo o século XIX, a propriedade figurou como o instituto central do Direito privado, em torno do qual gravitavam todos os bens, em contraposição às pessoas. Na distribuição sistemática das matérias do Código Napoleão, promulgado no dealbar do século, o livro primeiro é dedicado às pessoas, o livro segundo cuida *dos bens e das diferentes modificações da propriedade*, e o livro terceiro, *das diferentes maneiras pelas quais se adquire a propriedade*. Nesse último livro, vêm reguladas a sucessão, as doações entre vivos e por causa de morte, bem como todos os contratos, inclusive o "contrato de casamento".¹³

Por outro lado, a civilização burguesa estabeleceu a nítida separação entre o Estado e a sociedade civil, entre o homem privado, como indivíduo (de onde a expressão "direitos individuais", para indicar os direitos humanos da primeira geração, os quais dizem respeito a todos, independentemente de sua nacionalidade) e o cidadão, como sujeito da sociedade política. Nesse esquema dicotômico, a propriedade foi colocada inteiramente no campo do direito privado, e essa dicotomia foi o alvo preferido da crítica socialista. Marx, em particular, considerou a separação entre as esferas pública e a privada da vida social como simples discurso ideológico, pois o Estado acabava sendo também **apropriado** (no sentido técnico) pela classe proprietária.

Ora, havendo perdido o sentido religioso das origens, sobre que outra base de ordem ética poderia a propriedade ser justificada no direito moderno ?

Os inspiradores do constitucionalismo liberal, em particular John Locke, não hesitaram em fundar, doravante, o direito de propriedade privada **na exigência natural de subsistência do indivíduo**, e na especificação por ele dada a determinada coisa pelo seu trabalho, enquanto força emanada do seu corpo, que representa o que há de mais próprio em cada pessoa.¹⁴

No curso do século XVIII, essa justificativa da subsistência individual e familiar transformou-se na garantia fundamental da liberdade do cidadão contra as imposições do Poder Público. Cuidou-se, doravante, de resguardar a esfera pessoal de cada indivíduo contra as intrusões de outrem, não mais pela religião, mas pelo direito natural, ou pela idéia de contrato social.

Rousseau foi, nesse particular, malgrado uma certa contradição nas idéias,¹⁵ o grande *maître à penser* de sua geração. No *Discurso sobre a economia política*, publicado na *Encyclopédie*, considerou certo que o direito de propriedade é o mais sagrado de todos os direitos dos cidadãos e mais importante, de certa forma, que a própria liberdade. É preciso lembrar aqui, insistiu, que **o fundamento do pacto social é a propriedade**, e sua primeira condição que cada qual se mantenha no gozo tranqüilo do que lhe

*pertence. Em outro escrito, incluído entre os seus *Fragmentos Políticos*, o grande genebrino chegou mesmo a afirmar que, *fundando-se todos os direitos civis sobre o de propriedade, assim que este último é abolido nenhum outro pode subsistir. A justiça seria mera quimera, o governo uma tirania, e deixando a autoridade pública de possuir um fundamento legítimo, ninguém seria obrigado a reconhecê-la, a não ser constringido pela força.*¹⁶*

Os documentos políticos do final do século consagraram essa visão de mundo. Tanto o *Bill of Rights* de Virgínia, de 12 de junho de 1776, em seu primeiro parágrafo,¹⁷ quanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembléia Nacional francesa em 1789, em seu art. 2º,¹⁸ **apresentam a propriedade, juntamente com a liberdade e a segurança, como "direitos inerentes" a toda pessoa, ou "direitos naturais e imprescritíveis do homem".**

Sob esse aspecto de garantia da liberdade individual, a propriedade passou a ser protegida, constitucionalmente, em sua dupla natureza de **direito subjetivo e de instituto jurídico.** Não se trata, apenas, de reconhecer o direito individual dos proprietários, garantindo-os contra as investidas dos demais sujeitos privados ou do próprio Estado. Cuida-se, também, de evitar que o legislador venha a suprimir o instituto, ou a desfigurá-lo completamente, em seu conteúdo essencial.¹⁹ É o que a elaboração teórica da doutrina alemã denominou uma **garantia institucional** da pessoa humana.²⁰

Importa assinalar, aliás, que **a propriedade privada, enquanto instituição jurídica, representou o elo de comunicação entre as duas esferas, nitidamente separadas, do Estado e da sociedade civil, pelo estabelecimento do sufrágio censitário. A transição do absolutismo político ao governo representativo foi assegurada pela classe proprietária. O nascimento no país e a idade madura, sustentou Benjamin Constant em 1815,²¹ não bastam para conferir aos homens as qualidades próprias ao exercício dos direitos de cidadania. (...) É preciso uma outra condição, além do nascimento e da idade prescrita pela lei. Essa condição é o lazer indispensável à aquisição das luzes, à retidão do julgamento. Só a propriedade assegura esse lazer: só a propriedade torna os homens capazes de exercer os direitos políticos.**

Seja como for, é dentro dessa perspectiva institucional que se pôs, já no bojo do constitucionalismo liberal, a questão do direito de todo indivíduo à propriedade, ou seja, o direito à aquisição dos bens indispensáveis à sua subsistência, de acordo com os padrões de dignidade de cada momento histórico. A lógica do raciocínio tornou incoercível o movimento político reivindicatório. Se a propriedade privada era reconhecida como garantia última da liberdade individual, tornava-se inevitável sustentar que a ordem jurídica deveria proteger não apenas os atuais, mas também os futuros e potenciais proprietários. O acesso à propriedade adquiria pois, insofismavelmente, o caráter de **direito fundamental da pessoa humana.**²²

Transformações funcionais da propriedade na era contemporânea

A evolução sócio-econômica ocorrida a partir de fins do século passado veio, porém, alterar o objeto dessa garantia constitucional. Doravante, a proteção da liberdade econômica individual e do direito à subsistência já não dependem, unicamente, da

propriedade de bens materiais, segundo o esquema do *ius in re*, mas abarcam outros bens de valor patrimonial, tangíveis ou intangíveis, ainda que não objeto de um direito real.²³

Antes de mais nada, o advento da civilização industrial expandiu enormemente as relações de trabalho assalariado e gerou demandas crescentes de proteção do emprego e de seguridade social, demandas essas que autores e tribunais assimilaram, sob o aspecto funcional, à propriedade do passado.

Há aí, sem dúvida – é o caso de dizê-lo – uma certa impropriedade conceitual, pois o direito a uma prestação positiva, gerador de pretensão contra um sujeito determinado, não pode ser confundido com o direito de uso, gozo e disposição de uma coisa, sem intermediação de quem quer que seja. Mas o sentido prático da extensão conceitual é bem claro: trata-se de atribuir àqueles direitos pessoais a mesma força jurídica reconhecida, tradicionalmente, à propriedade. Mesmo nos sistemas jurídicos onde os direitos trabalhistas e de seguridade social foram alçados no nível constitucional, como ocorre no Brasil, a ressurgência de um capitalismo anti-social agressivo, que procura reduzir ou suprimir na prática tais direitos, quando não alterar o texto constitucional para esse efeito, veio demonstrar toda a importância de se recorrer, também aqui, ao velho conceito de propriedade, para garantia das condições mínimas de uma vida digna.

Por outro lado, a rápida e maciça concentração populacional urbana, durante este século, aliada à destruição de grandes cidades por efeito de sucessivas guerras, obrigou o Estado, em vários países, a intervir legislativamente nas relações de inquilinato, reforçando os direitos dos locatários e limitando a autonomia negocial dos locadores. Ao direito tradicional de propriedade desses, opôs-se o direito pessoal dos inquilinos à moradia própria e familiar, o qual passou, sob muitos aspectos, a gozar de uma proteção constitucional semelhante à daquele, enquanto não se constrói, nos diferentes sistemas jurídicos, um autônomo direito fundamental à habitação, tal como preconizado na II Conferência das Nações Unidas sobre assentamentos humanos, realizada em Istambul em junho de 1996.

Ademais, a expansão desregulamentada do movimento de concentração capitalista, nas últimas décadas, tornou sempre mais precária a situação dos pequenos e médios empresários, esmagados pelo poder econômico das macroempresas. Contra os excessos dos teóricos da Escola de Chicago,²⁴ foi preciso reconhecer que se estava diante de direitos patrimoniais indispensáveis à subsistência individual, e que mereciam, por conseguinte, uma proteção constitucional semelhante à dispensada tradicionalmente à propriedade.²⁵

O estatuto constitucional da propriedade privada

O reconhecimento constitucional da propriedade como direito humano liga-se, pois, essencialmente à sua função de proteção pessoal.

Daí decorre, em estrita lógica, a conclusão – quase nunca sublinhada em doutrina – de que nem toda propriedade privada há de ser considerada direito fundamental e como tal protegida.²⁶

Algumas vezes, o Direito positivo designa claramente determinada espécie de propriedade como direito fundamental, atribuindo-lhe especial proteção.

É o caso, por exemplo, no Direito brasileiro, da pequena e da média propriedade rural. A Constituição (art. 185) as declara insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária e determina que a lei lhes garanta tratamento especial. A pequena propriedade rural, ainda, como tal definida em lei, desde que trabalhada pela família do proprietário, não pode ser objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, além de gozar, por lei, de condições favorecidas de financiamento (art. 5º, inc. XXVI).

Mas a **proteção constitucional** não se limita à propriedade já existente. Garante-se, ainda, o **acesso à propriedade** a todos os que dela dependam como meio de subsistência, por meio do usucapião extraordinário dos arts. 183 e 191.

Tirante essas hipóteses, claramente definidas na Constituição, é preciso verificar, *in concreto*, se se está ou não diante de uma situação de propriedade considerada como **direito humano**, pois seria evidente contra-senso que essa qualificação fosse estendida ao domínio de um latifúndio improdutivo, ou de uma gleba urbana não utilizada ou subutilizada, em cidades com sérios problemas de moradia popular. Da mesma sorte, é da mais elementar evidência que a propriedade do bloco acionário, com que se exerce o controle de um grupo empresarial, não pode ser incluída na categoria dos direitos humanos.

Escusa insistir no fato de que os direitos fundamentais protegem a dignidade da pessoa humana e representam a **contraposição da justiça ao poder**, em qualquer de suas espécies. Quando a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma **garantia da liberdade humana**, mas, bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição, notadamente a de uma **indenização reforçada na hipótese de desapropriação**.

É preciso, enfim, reconhecer que a propriedade-poder, sobre não ter a natureza de direito humano, pode ser uma fonte de deveres fundamentais, ou seja, o lado passivo de direitos humanos alheios.

A função social da propriedade

É, justamente, à luz dessa consideração da propriedade como fonte de deveres fundamentais que se deve entender a determinação constitucional de que ela *atenderá à sua função social* (art. 5º, inc. XXIII). No mesmo sentido, dispõem a Constituição italiana (art. 42, segunda alínea) e a Constituição espanhola (art. 33, 2).

Não se está, aí, de modo algum, diante de uma simples diretriz (*Leitlinie, Richtschnur*) para o legislador, na determinação do conteúdo e dos limites da propriedade, como entendeu uma parte da doutrina alemã, a propósito do disposto no art. 14, segunda alínea, da Lei Fundamental de Bonn: *A propriedade obriga. Seu uso deve servir, por igual, ao bem-estar da coletividade (Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich*

dem Wohle der Allgemeinheit dienen).²⁷ Como bem salientou um autor, *a responsabilidade social incumbe não só ao Estado, como aos particulares; Estado Social significa não apenas obrigação social da comunidade em relação aos seus membros, como ainda obrigação social destes entre si e perante a comunidade como um todo*.²⁸

De qualquer modo, *essa exegese da função social da propriedade como mera recomendação ao legislador, e não como vinculação jurídica efetiva, tanto do Estado quanto dos particulares, é de ser expressamente repelida nos sistemas constitucionais que, a exemplo do alemão²⁹ e do brasileiro, afirmam o princípio da vigência imediata dos direitos humanos*. A Constituição brasileira de 1988, com efeito, declara que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata* (art. 5º, § 1º).

Importa não esquecer que todo direito subjetivo se insere numa relação entre sujeito ativo e sujeito passivo. Quem fala, pois, em direitos fundamentais está, implicitamente, reconhecendo a existência correspectiva de deveres fundamentais. Portanto, se a aplicação das normas constitucionais sobre direitos humanos independe da mediação do legislador, o mesmo se deve dizer em relação aos deveres fundamentais.

Mas qual o conteúdo do dever fundamental ligado à função social da propriedade ?

A Constituição brasileira, especificamente em relação à propriedade rural e à propriedade do solo urbano, explicita-o como sendo *a adequada utilização dos bens, em proveito da coletividade*. O art. 182, § 2º dispõe que *a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor*, sendo que uma lei específica poderá exigir do proprietário de terreno não-edificado, subutilizado ou não-utilizado, incluído em área abrangida pelo plano diretor, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de aplicação sucessiva de três sanções (§ 4º). No art. 187, dispõe-se que *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*.

Como se vê, em ambas as disposições a Constituição convoca o legislador para definir o conteúdo da função social da propriedade. *À falta de específica lei reguladora, estarão os proprietários dispensados de dar cumprimento à norma constitucional ?*

De modo nenhum. Como foi salientado, os deveres fundamentais contrapõem-se, logicamente, aos direitos fundamentais. *Ius et obligatio correlata sunt*. A existência de alguém como sujeito ativo de uma relação jurídica implica, obviamente, a de um sujeito passivo, e vice-versa. Não se pode, pois, reconhecer que alguém possui deveres constitucionais, sem ao mesmo tempo postular a existência de um titular do direito correspondente. Em consequência, *quando a Constituição reconhece que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata, ela está implicitamente reconhecendo a situação inversa; vale dizer, a exigibilidade dos deveres fundamentais é também imediata, dispensando a intervenção legislativa*. É claro que o legislador pode,

nesta matéria, incorrer em inconstitucionalidade por omissão, mas esta não será nunca obstáculo à aplicação direta e imediata das normas constitucionais.

No caso específico do art. 182, a falta de lei municipal específica pode obstar à aplicação regular das sanções cominadas no § 4º. Mas não impede, por exemplo, que a Administração Pública, quando de uma desapropriação, ou o Poder Judiciário, no julgamento de uma ação possessória, reconheçam que o proprietário não cumpre o seu dever fundamental de dar ao imóvel uma destinação de interesse coletivo, e tirem desse fato as conseqüências que a razão jurídica impõe.

Se, nessas hipóteses, a Constituição brasileira é explícita ao ligar ao direito de propriedade um dever fundamental de atendimento às necessidades sociais, tal não significa que, em todas as demais situações de propriedade não se deva atender à função social do instituto. O que ocorre é que esse dever decorre, por assim dizer, da própria natureza do bem, de sua destinação normal. É por essa razão, a meu ver, que a chamada "propriedade de empresa"³⁰ não comporta deveres de prestação de serviços sociais, incompatíveis com a própria natureza da empresa, em nosso sistema econômico, em sua qualidade de entidade direcionada, primariamente, à produção de lucros. Constitui, aliás, uma aberrante falácia do discurso neoliberal sustentar que o Estado fica dispensado, doravante, de cumprir seus deveres próprios de prestar serviços de natureza social – notadamente educação, saúde, previdência e moradia popular – porque tais serviços podem e devem ser prestados pelas empresas privadas.³¹

A responsabilidade pelo descumprimento dos deveres fundamentais, ligados à propriedade

Observe-se, antes de mais nada, que o respeito aos deveres fundamentais, ligados à propriedade privada, não resulta apenas da iniciativa do particular ofendido – o titular do direito fundamental de acesso à propriedade, por exemplo –, mas constitui objeto de uma política pública, constitucionalmente obrigatória.

Com efeito, quando a Constituição declara como objetivos fundamentais do Estado brasileiro, de um lado, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e, de outro lado, a promoção do desenvolvimento nacional, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º), é óbvio que ela está determinando, implicitamente, a realização pelo Estado, em todos os níveis – federal, estadual e municipal – de uma política de distribuição eqüitativa das propriedades, sobretudo de imóveis rurais próprios à exploração agrícola e de imóveis urbanos adequados à construção de moradias. A não-realização dessa política pública representa, indubitavelmente, uma inconstitucionalidade por omissão.³²

Instrumento clássico para a realização da política de redistribuição de propriedades é a desapropriação por interesse social. Ora, essa espécie de expropriação não representa o sacrifício de um direito individual às exigências de necessidade ou utilidade pública patrimonial. Ela constitui, na verdade, a imposição administrativa de uma sanção, pelo descumprimento do dever, que incumbe a todo proprietário, de dar a certos e determinados bens uma destinação social. Por isso mesmo, é antijurídico atribuir ao expropriado, em tal caso, uma indenização completa, correspondente ao valor venal do

bem mais juro compensatório, como se não tivesse havido abuso do direito de propriedade. A Constituição, aliás, tanto no art. 5º - XXIV, quanto no art. 182, § 3º e no art. 184, não fala em indenização pelo valor de mercado, mas sim em **justa** indenização, o que é bem diferente. **A justiça indenizatória, no caso, é obviamente uma regra de proporcionalidade,³³ ou seja, adaptação da decisão jurídica às circunstâncias de cada caso. Ressarcir integralmente aquele que descumpra o seu dever fundamental de proprietário é proceder com manifesta injustiça, premiando o abuso.**

Com relação aos demais sujeitos privados, o descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade, reconhecido doravante pelo sistema constitucional. **Nessa hipótese, as garantias ligadas normalmente à propriedade, notadamente a de exclusão das pretensões possessórias de outrem, devem ser afastadas.** Como foi adequadamente salientado na doutrina alemã, a norma de vinculação social da propriedade não diz respeito, tão só, ao uso do bem, mas à própria essência do domínio.³⁴ **Quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade, como o desforço privado imediato (Código Civil, art. 502) e as ações possessórias.** A aplicação das normas do Código Civil e do Código de Processo Civil, nunca é demais repetir, há de ser feita à luz dos mandamentos constitucionais, e não de modo cego e mecânico, sem atenção às circunstâncias de cada caso, que podem envolver o descumprimento de deveres fundamentais.

É também à luz das normas constitucionais sobre a propriedade que deve ser julgada, no foro criminal, a querela de esbulho possessório (Código Penal, art. 161, § 1º, II). O comportamento da vítima, aqui, não é apenas um fator a ser levado em consideração na fixação da pena (art. 59), mas pode ser tido como uma excludente de antijuridicidade. **Com efeito, se, conforme as circunstâncias do caso, o juiz se convence de que a suposta vítima deixou de atender à função social do imóvel, e de que os réus, embora agrupados, agiram sem violência ou grave ameaça à pessoa, achando-se todos injustamente privados de propriedade para garantia de subsistência própria e de suas famílias, deve-se reconhecer, conforme o caso, a justificativa do estado de necessidade, ou do exercício regular de direito (art. 23, incisos I e III).**

Por outro lado, tratando-se, como se trata, de direito fundamental da pessoa humana, exercido perante aquele que descumpra o dever fundamental de dar à propriedade uma destinação social, não parece acertado entrever no fato o crime de exercício arbitrário das próprias razões.³⁵ A excludente de criminalidade, prevista na parte final do art. 345 do Código Penal ("salvo quando a lei o permite") deve se aplicar, com maioria de razão, quando se está diante de um direito humano, declarado na Constituição.

A integrante circunstancial modal de execução, consistente no concurso de mais de duas pessoas, ao contrário do que deixa entender Nelson Hungria,³⁶ não é semelhante à hipótese de roubo qualificado, definida no art. 157, § 2º, II do Código Penal, porque ela não vem necessariamente acompanhada de violência ou grave ameaça. A sua vinculação mais próxima é com o crime de quadrilha ou bando (Código Penal, art. 288). Mas, justamente, a ocupação de imóvel por pessoas que exerçam o direito fundamental de acesso à propriedade dele se diferencia, nitidamente, uma vez que o objetivo ou dolo específico do agente não existe no caso: **o grupo de mais de duas pessoas não se associa "para o fim de cometer crime".**

Conclusão

A concepção privatista da propriedade, a que se fez referência no início desta exposição, tem levado, freqüentemente, autores e tribunais à desconsideração da verdadeira natureza constitucional da propriedade, que é sempre um direito-meio e não um direito-fim. A propriedade não é garantida em si mesma, mas como instrumento de proteção de valores fundamentais.

Desde a fundação do constitucionalismo moderno, com a afirmação de que há direitos anteriores e superiores às leis positivas, a propriedade foi concebida como um instrumento de garantia da liberdade individual, contra a intrusão dos Poderes Públicos. As transformações do Estado contemporâneo deram à propriedade, porém, além dessa função, também a de servir como instrumento de realização da igualdade social e da solidariedade coletiva, perante os fracos e desamparados.

Seria indesculpável anacronismo se a doutrina e a jurisprudência hodiernas não levassem em consideração essa transformação histórica, para adaptar o velho instituto às suas novas finalidades.

NOTAS

1. São os adjetivos empregados no art. 17 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional francesa em 1789.

2. A mesma Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamou, em seu art. 2º, que *a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos, prossegue a Declaração, são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.* O art. 16 reconheceu peremptoriamente que *toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem constituição.*

3. cf. Como assinalou o clássico Fustel de Coulanges, *há três coisas que, desde os tempos antigos, se encontram fundadas e estabelecidas solidamente nas sociedades grega e italiana: a religião doméstica, a família e o direito de propriedade* (A Cidade Antiga, livro segundo, cap. VI, na tradução de Fernando de Aguiar, 8ª ed., Lisboa, p. 84).

4. Política, livro I.

5. BORDES, Jacqueline. *Politéia dans la pensée grecque jusqu'à Aristot.* Paris: Société d'Édition "Les Belles Lettres", 1982. p. 437.

6. Política. 1274b, 1.

7. idem, 1276b, 25.

8. idem, 1295b 1-2.

9. cf. KASER, Max. *Das Römische Privatrecht*. Primeira parte, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*. Munique:Beck, 1971. § 31.

10. Não se deve esquecer que o termo *familia* vem de *famulus*.

11. cf. BONFANTE, Pietro. *Corso di Diritto Romano. La Proprietà*. Milão: Giuffrè, 1966. Vol. 2, p. 243 e ss.

12. Essas duas notas características do direito subjetivo de propriedade – a submissão da coisa à utilidade própria de seu titular (*usus, fructus, abusus*) e a exclusão de todos os demais sujeitos de direito de qualquer relação com a coisa – estão contidas nas definições de propriedade do Código Civil alemão (§ 903: *Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen*) e do Código Civil brasileiro (art. 524: *A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua*). O Código Napoleão, em sua famosa definição do art. 544, só menciona a primeira característica, isto é, a utilidade da coisa para o seu dono: *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*.

13. Em seus *Princípios da Filosofia do Direito, ou Direito Natural e Ciência do Estado em Resumo*, Hegel deu, de certa forma, o fundamento filosófico da codificação napoleônica, sustentando que a propriedade, base da liberdade, precede teórica e pragmaticamente o contrato, pois *a pessoa, ao se diferenciar de si mesma, entra em relação com outra pessoa, e essas duas pessoas só têm uma existência empírica, uma para com a outra, enquanto proprietárias* (§ 40).

14. John Locke desenvolveu o argumento no § 27 do *Second Treatise of Government: Though the earth, and all inferior creatures, be common to all men, yet every man has a **property** in his own **person**: this no body has any right to but himself. The **labour** of his body, and the **work** of his hands we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the state that nature hath provided, and left it in, he has mixed his **labour** with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his **property***.

15. A segunda parte do *Discurso sobre as origens e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, de 1754, abre-se com a afirmação célebre: *Le premier qui ayant enclos un terrain, s'avisa de dire, **ceci est à moi**, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile*.

16. ROSSEAU, Jean-Jacques. *Oeuvres Complètes*, III, Gallimard:Bibliothèque de la Pléiade, 1964. p. 483.

17. *That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety*.

18. *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression*.

19. É esta (*Wesensgehalt*) a expressão usada pela Lei Fundamental de Bonn, em seu art. 19, para definir a competência do legislador ordinário, na regulação do conteúdo e dos limites de um direito fundamental. *Na medida em que, de acordo com esta Lei Fundamental, um direito fundamental pode ser delimitado por meio de lei, ou com fundamento em lei, esta deve ser geral, não podendo valer somente para um caso individual*. E na segunda alínea: *Em caso algum pode um direito fundamental ser violado em seu conteúdo essencial*. O sentido e o alcance desse dispositivo constitucional foi desenvolvido por HÄBERLE, Peter em sua monografia *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*. 3 ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1983.

20. A doutrina alemã contemporânea distingue, aliás, entre *Einrichtungsgarantie, institutionelle Garantie* e *Institutsgarantie*. Cf. STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Munique:Beck, 1988. T. III, vol. 1, p. 776 e ss.

21. CONSTANT, Benjamin. *Principes de Politique*. Cap. VI. In: *Oeuvres*. Gallimard: Bibliothèque de la Pléiade, 1957. p. 1.146-1.147.

22. A Constituição italiana de 1947 reconheceu esse direito fundamental, ao dispor que a lei regulará a propriedade com a finalidade de *torná-la acessível a todos* (art. 42, segunda alínea).

23. Essa interpretação ampliada da garantia constitucional da propriedade foi admitida na Alemanha desde a Constituição de Weimar. Na doutrina atual, cf. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20 ed. Heidelberg, 1995, nº 444; BADURA, Peter. *Eigentum*, in *Handbuch des Verfassungsrechts*. Organizado por E. Benda, Berlim e New York: W. Maihofer e H.-J. Vogel, 1983. p. 666 e ss.; *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, organizado por R. Wassermann, vol. 1, Neuwied, 1989. p. 1.073 e ss. No Brasil, defende essa posição MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. T. V, p. 398. Na doutrina portuguesa, CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1984. V. 1. p. 332-333.

24. POSNER, R. *The Law and Economics of Antitrust*. Chicago: The University of Chicago Press, 1976; BORK, R. *The Antitrust Paradox*. 2ª ed. Nova York: The Free Press, 1993.

25. A jurisprudência alemã reconhece que o *direito ao exercício de uma exploração empresarial organizada* constitui objeto da garantia constitucional da propriedade. Cf. *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Cit., vol. 1, p. 1091.

26. Um dos poucos autores que acentuam a distinção entre a propriedade como direito humano e como direito ordinário é Hans-Jochen Vogel, que foi Ministro da Justiça da República Federal Alemã. Cf. a sua conferência pronunciada na *Berliner Juristischen Gesellschaft* em 20 de novembro de 1975, *Kontinuität und Wandlungen der Eigentumsverfassung*. Berlim; New York: De Gruyter, 1976. p. 12.

27. BADURA, *op. cit.*, pp. 655/656; NÜSSGENS, Karl; BOUJONG, Karlheinz. *Eigentum, Sozialbindung, Enteignung*. Munique: Beck, 1987. nº 141.

28. VOGEL, Hans-Jochen. *Op. cit.*, p. 13.

29. Art. 1º, terceira alínea, da Lei Fundamental de 1949: *Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht*.

30. Cf. nota 22 supra.

31. Sobre o assunto, cf. a minha comunicação "Estado, empresa e função social", feita à XVI Conferência Nacional dos Advogados, publicada na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 732, p. 38.

32. No "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas", publicado na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 737, p. 11, aludi ao fato de que, também nesse campo e não somente em matéria de produção legislativa, pode haver uma inconstitucionalidade por omissão.

33. Sobre o princípio constitucional da proporcionalidade, cf. XYNOPOULOS, Georges. *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Contentieux de la Constitutionnalité et de la Légalité, en France, Allemagne et Angleterre*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1995; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 356 ss.; BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 719, p. 57. No direito administrativo, cf. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 52;

34. *Die Bindungsklausel, vor allem auf die Bodenordnung gemünzt, gilt für jede Art von Eigentum und erfasst nicht nur den 'Gebrauch' im engeren Sinn, der bei Eigentumsobjekten oder bei eigentumslichen*

Befugnissen möglich ist, sondern den Inhalt des verfassungsrechtlichen Eigentums insgesamt (BADURA, Peter. *Op. cit.* p. 673). No mesmo sentido, VOGEL, Hans-Jochen. *Op. cit.* p. 13.

35. Em sentido contrário, HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2 ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. V. 7. n° 40.

36. *Op. cit., ibidem.*

Fábio Konder Comparato é professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.