

Tombamento e direito de propriedade: além dos limites de limites?

*Cultural heritage and the right of property:
beyond the boundaries of the boundaries?*

Fernando José Longo Filho*

Resumo: O objetivo do artigo é estudar os precedentes brasileiro e americano, nos quais a questão jurídica versa sobre o conflito entre a proteção do Patrimônio Cultural e o direito de propriedade. A concepção de Jeremy Waldron do direito de propriedade como artefato foi adotada para criticar a teoria do núcleo essencial e analisar os casos.

Palavras-chave: Constituição. Direito de propriedade. Teoria. Tombamento.

Abstract: This essay's purpose was studying brazilian and american cases in which the conflicts of the Culture Heritage protection and the right of property were discussed. The conception by Jeremy Waldron of the right of property as an artifact was adopted in order to criticizing the essential nucleus theory and examining each case.

Keywords: Constitution. Property rights. Theory. Cultural heritage.

* Procurador do Distrito Federal desde 2005, Especialista em Direitos Humanos pela UNB e Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público.

1 Introdução

O tombamento é um instituto de direito público, disciplinado pelo Decreto-Lei 25/1937, tendo *status* constitucional (§1º do art. 216 da Constituição Federal de 1988). Guarda íntima relação com o direito de propriedade. Em razão dessa relação entre tombamento e direito de propriedade, a doutrina do Direito Administrativo, costumeiramente, estabelece critérios distintivos entre limitação administrativa e servidão administrativa, a qual configuraria uma restrição ao direito de propriedade e, portanto, indenizável.¹

Os critérios utilizados para distinguir limitação administrativa de servidão administrativa, resumidamente, são:²

- a) na limitação, o bem atingido se encontra em uma situação abstratamente determinada, enquanto, na servidão, atinge-se concretamente determinado bem;
- b) nas servidões administrativas, há um ônus real, o que não ocorre nas limitações administrativas;
- c) nas servidões, existe uma obrigação de suportar, enquanto, nas limitações, uma de não fazer; e
- d) as limitações e as servidões podem surgir diretamente da lei, e toda vez que sua origem for um ato da administração, estar-se-á diante de uma servidão.

O tombamento, por essa perspectiva, seria servidão administrativa; logo, poderia configurar uma desapropriação indireta, conforme expressão cunhada pela doutrina.³ A indenização seria devida, pois teria ocorrido uma supressão de elementos do conteúdo do direito de propriedade sem a observância do procedimento expropriatório mediante pagamento prévio e em dinheiro.

Esses critérios são problemáticos. O que são os bens em abstrato e em concreto? O instituto do tombamento criado pelo Decreto-Lei é abstrato; o ato administrativo que tomba determinado imóvel é concreto. Onde começa o abstrato e o concreto, se o imóvel somente é tombado em razão

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 899.

² *Ibidem*, p. 900.

de qualificação jurídica atribuída por uma norma em abstrato? Como distinguir a obrigação de suportar e a de não fazer? O tombamento de determinado imóvel implicaria a criação de uma obrigação de suportar, pois se estaria gerando uma fruição específica em prol da coletividade. E a proibição de poluição sonora não estaria gerando uma fruição específica também? E o que dizer da relação entre lei e ato administrativo? O caráter vago das leis, com suas expressões polissêmicas, atribuem amplo poder regulamentar à Administração Pública, o que gera, muitas vezes, o exercício do tradicional Poder de Polícia com fundamento em atos infralegais.

O Supremo Tribunal Federal (STF) examinou essa questão em um julgado antigo (Apelação 7.377), datado de 17 de junho de 1942, em que, analisando uma situação específica, por maioria, decidiu que o instituto do tombamento, criado pelo Decreto-Lei 25/1937 e previsto constitucionalmente modificou o conteúdo do direito de propriedade sem implicar uma ilegalidade ou inconstitucionalidade, assim como afastou um direito à indenização em virtude do ato administrativo que determinou o tombamento de imóvel situado no Rio de Janeiro.

Esse julgado é apontado por Mendes como um exemplo de modificação do próprio conteúdo do direito de propriedade.⁴ Utilizou a concepção de limites dos limites dos direitos fundamentais para sustentar sua afirmativa.

A Suprema Corte americana tem um caso que guarda paralelismos com esse do STF. O caso *Grand Central Terminal* envolveu um ato equivalente ao de tombamento de um imóvel em Manhattan (*Grand Central Terminal*), o que impediu a aprovação de projeto de ampliação da edificação. Daí que os proprietários requereram o pagamento de indenização em razão de ter ocorrido um *regulatory takings*. Esse conceito encontra identidade com o nosso de desapropriação indireta, como se depreende da seguinte definição:

A cláusula “takings” é também aplicável quando o governo, em vez de expropriar a propriedade, regula o uso do solo por meio do poder de polícia, mas o faz em uma extensão que se assemelha

³ GOMES, Orlando. *Novíssimas questões de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 331-341.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 485.

equivaler a um confisco. Essas denominadas “regulatory takings” estão no centro de algumas das mais intricáveis controvérsias envolvendo a cláusula “takings”.⁵

A proposta é examinar esses dois casos que, à luz da doutrina tradicional de Direito Administrativo seriam categorizados como restrições ao direito de propriedade e não limitações administrativas. A investigação desses precedentes permitirá explorar as tensões entre o direito de propriedade e a tutela de bens culturais mediante ato de tombamento pela ótica da teoria constitucional.

Desse modo, inicialmente, serão descritos tanto o precedente brasileiro quanto o americano. Em seguida, será exposta a concepção dos limites dos direitos fundamentais e sua aplicação ao direito de propriedade. Posteriormente, a partir da concepção de Waldron de direito de propriedade como artefato, realçar o caráter contingente dos direitos, inclusive o do direito de propriedade. Daí a importância de vincular o estudo do direito de propriedade à teoria constitucional. Tendo essa referência normativa, este texto se debruça sobre a análise conjunta dos precedentes brasileiro e americano, explorando suas potencialidades e limitações.

2 O caso da Apelação 7.377, de 1942 do STF

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan), com base no Decreto-Lei 25/1937, tombou o prédio da Praça Quinze de Novembro, n. 34, da cidade do Rio de Janeiro, o que gerou a propositura de uma ação judicial pelos proprietários, em que alegavam:

- a) a inconstitucionalidade e a ilegalidade do ato administrativo ao argumento de que a edificação não se constituiria em monumento histórico ou artístico; e
- b) o tombamento foi feito sem o consentimento dos proprietários, o que ofenderia o direito de propriedade.

⁵ “The takings clause is also implicated when the government, rather than condemning land, regulates the use of land under police power but does so to an extent that seems tantamount to a confiscation. These so-called regulatory takings have been at the center of some of the most intractable controversies involving the takings clause.” Tradução livre do inglês. In: ALEXANDER, Gregory S.; PEÑALVER, Eduardo M. *An introduction to property theory*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 4.472.

A demanda foi julgada improcedente e se seguiu a interposição de recurso para o STF que, em sede preliminar, identificou uma questão de ordem constitucional relativa à eventual inconstitucionalidade do Decreto-Lei 25/1937 e do ato de tombamento sem a respectiva desapropriação. Por esse motivo, decidiu-se remeter o caso ao pleno para exame da matéria. No julgamento, se manteve a sentença, por maioria, refutando-se ambos os argumentos.

O nosso interesse centra-se na discussão travada no STF sobre o segundo argumento aprestado pelos proprietários, isto é, a existência de ofensa ao direito de propriedade.

No voto do relator ministro Castro Nunes, restou delineada a base constitucional e legal da questão:

A Constituição prevê, no art. 134 a proteção dos bens ou locais de valor histórico ou artístico: “Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional”.

O Decreto-lei 25/37, de 30 de novembro de 1937, dando execução a esse dispositivo, declara no art. 1º: “Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico ou artístico”.

Nos artigos seguintes dispõe sobre o tombamento, a cargo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, compreensivo, assim dos bens do domínio público como dos do domínio particular, dispondo quanto a estes últimos que sua inscrição será voluntária, nos casos em que o proprietário a requer ou a ela anui, ou compulsória quando a ela se oponha, depois de notificado, oposição que, observada a forma processual estabelecida, é submetida ao Conselho Consultivo daquele Serviço, ao qual incumbe decidir.

Destaque-se também o seguinte trecho do voto do relator ministro Castro Nunes, no qual traça um comparativo entre a Constituição de 1891 e a Constituição vigente:

[...]

III – O que se depreende dessa distinção é que existe nas obras de arte como nos edifícios de valor histórico alguma coisa que supera o interesse do dono.

É a necessidade ou conveniência da conservação desses valores que pode não convir ao proprietário interessado possivelmente em destruí-los ou transformá-los, se isso lhe trouxer vantagem, colidindo já então com o interesse social ou nacional ligado àquela conservação. Destacar esse interesse público para protegê-lo, ainda que reduzindo as faculdades do proprietário, está ao alcance do legislador, com base na atual Constituição.

Dúvidas maiores poderiam ocorrer outrora, sob a Constituição de 91, que garantia o direito de propriedade “em toda a sua plenitude”.

Hoje, porém, a cláusula constitucional é muito mais flexível. Continua assegurado o direito de propriedade como direito individual subjetivo, com a garantia correspondente que o acompanha contra o confisco e se expressa na desapropriação mediante prévia indenização. Mas as demais restrições, ainda que lesivas em grau maior ou menor do direito do proprietário, são restrições de faculdades derivadas do domínio de faculdades que formam o conteúdo daquele direito.

Ora, não seria possível contestar que o dispositivo constitucional que se acrescentou à declaração do direito individual de propriedade visou abrandá-lo no seu absolutismo, deixando ao legislador espaço livre para lhe imprimir uma colaboração conveniente, em forma não somente negativa, mas também positiva, com o interesse social.

A antiga noção que não vedava ao proprietário senão o uso contrário às leis e regulamentos se completou com a da sua utilização ao serviço de interesse social. A propriedade não é legítima, explica Ripert, senão quando se traduz por uma realização vantajosa para a sociedade. O proprietário deve à sociedade conta de sua exploração; deve-lhe conta de sua conservação ou cessão de sua propriedade; deve-lhe conta até

mesmo da falta de exploração (Le Regime Democr. et le Dr. Civil Moderne, 1936, pág. 242).

É a função social da propriedade, a esta inerente, como diz Hauriou, coisa diversa da propriedade função social, de Gurvitch e de outros extremistas do Direito, que absorve o elemento individual do direito, mantido em nossa Constituição, ainda que com aquela destinação.

Tal é o sentido do acréscimo que deu entrada na atual Constituição em termos ainda mais amplos do que os da fórmula que já inserira no texto de 34: “O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que regulem o exercício...”

A relevância é para a transformação operada no plano constitucional de uma concepção do direito de propriedade como direito absoluto para um direito relativo, sujeito a uma função social e a ter seu conteúdo e limites definidos pelas leis que regulem o seu exercício.

Essa última exigência (conteúdo e limites definidos pelas leis que regulem o exercício do direito de propriedade) foi inspirada na Constituição de Weimar, tendo sido considerado um dispositivo dúbio e confuso por Schmitt.⁶

É importante destacar que, como conclusão lógica, o ministro Castro Nunes apontou que o âmbito do legislador é “muito vasto”, podendo empreender ampla modificação no conteúdo do direito de propriedade que se pode traduzir, inclusive, em desvalorizações do bem. Confira-se:

Em todos esses casos, em grau maior ou menor, a propriedade se desvaloriza ou o direito de propriedade sofre restrições consideráveis. A proibição de derrubada de florestas é uma inibição ao direito que tem o proprietário de utilizá-las economicamente. A proibição de plantio ou as restrições a essa faculdade tem o mesmo sentido. No tocante à política do café, a queima do produto ou a sua requisição a preços tabelados para equilibrar o mercado e, de um modo geral, a fixação de preços dos gêneros de primeira necessidade são exemplos, entre muitos outros, de restrições extensas a que está sujeita a propriedade comercial ou civil, em nossos dias.

⁶ SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Durham and London: Duke University Press, 2008. p. 3.380.

O último argumento do ministro Castro Nunes é a invocação do parecer do Ministério Público para demonstrar que, se exigir a desapropriação sempre que o tombamento ocorrer, se estará inviabilizando o instituto por razões de ordem prática, uma vez que se teria que desapropriar cidades e bairros (Ouro Preto, centro histórico de Salvador e grande número de edificações do Rio de Janeiro).

O ministro Laudo de Camargo apresentou divergência, indicando a inconstitucionalidade do tombamento compulsório previsto na segunda parte do art. 6º do Decreto-Lei 25/37 ao argumento de que seria necessária a desapropriação, sob pena de se violar o direito de propriedade, pois se estaria estabelecendo um ônus mediante o art. 17 do Decreto-Lei 25/1937 ao se veicular uma obrigação de conservação e não se trataria apenas de se fixar os limites e conteúdo do direito de propriedade.

No curso dos debates, é importante destacar a discussão sobre a desvalorização que o tombamento gerou sobre a propriedade, o que, para alguns dos ministros, implicaria o aniquilamento do direito de propriedade. Apesar desse argumento, a tese vencedora foi a de constitucionalidade do Decreto-Lei 25/1937 e da desnecessidade de expropriação. Entretanto, se tem notícia de que, posteriormente, a Administração Pública decidiu adotar a desapropriação.⁷

3 O caso *Grand Central Terminal*

O caso *Grand Central Terminal* envolveu uma lei da cidade de Nova York equivalente ao ato de tombamento, na medida em que criou a obrigação de conservação da edificação *Grand Central Terminal* em razão de seu valor histórico e arquitetônico, assim como a exigência de que qualquer obra de modificação fosse submetida à aprovação pela cidade de Nova York.

Essa norma foi a “Lei de Preservação dos Sítios Históricos de Nova York”, cujo principal método não foi a aquisição de prédios históricos, mas envolver os entes públicos nas decisões de controle do uso de solo urbano que afetam essas propriedades e criar os serviços, as regras, os controles e os incentivos que encorajem a preservação pelos atores privados.

⁷ GAIO, Daniel. Os bens culturais imobiliários e o seu conteúdo econômico. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 90.

Os proprietários requereram, administrativamente, a aprovação de projeto de modificação do *Grand Central Terminal*, a fim de edificarem, ocupando todo o espaço aéreo disponível acima do prédio original. O pedido foi indeferido por razões estéticas e de preservação do fundamento de que se teria o comprometimento do valor histórico da edificação.

Em razão dessa decisão administrativa, os proprietários ingressaram em juízo, requerendo uma indenização ao argumento de que teria ocorrido um *regulatory taking*, o que constituiria uma ofensa tanto a 5ª quanto a 14ª emenda da Constituição americana,⁸ assim como arguíram a insuficiência da *transfer development rights*⁹ como uma indenização justa.

O caso chegou à Suprema Corte americana, que, em 1978, decidiu, por maioria, pela inexistência de *takings* e, portanto, ausente estaria o direito à indenização.

O relator foi Justice Brennan que destacou, logo de início, o fato de que os proprietários não tinham se insurgido contra o indeferimento do pedido de modificação da edificação, mas requerido, exclusivamente, a indenização com fundamento na cláusula *takings*.

⁸ Art. V. “Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal, a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado de vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.” ARTIGO XIV “1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou a imunidade dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis. 2. [...]”

⁹ O “transfer development rights” equivale ao nosso instituto denominado “transferência do direito de construir”, cuja disciplina encontra-se, em especial, no inciso II do art. 35 do Estatuto da Cidade. “Art. 35. Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer, em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de: I – implantação de equipamentos urbanos e comunitários; II – preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural; III – servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social. § 1º. A mesma faculdade poderá ser concedida ao proprietário que doar ao Poder Público seu imóvel, ou parte dele, para os fins previstos nos incisos I a III do *caput*. § 2º. A lei municipal referida no *caput* estabelecerá as condições relativas à aplicação da transferência do direito de construir.”

Afirmou também não existir uma fórmula apta a identificar um caso como *takings*, assim como analisou os precedentes que formaram a jurisprudência sobre *takings*. Em seguida, refutou a assertiva de que a proibição da utilização do espaço aéreo acima da edificação constituiria uma ofensa ao direito de propriedade, referindo que a jurisprudência sobre *takings* enfatiza tanto o caráter da ação governamental quanto a natureza e extensão da interferência nos direitos de propriedade como parte de um todo.

Também foi rejeitado o argumento de que a legislação da cidade de New York teria provocado a desvalorização da propriedade, assim como seria arbitrária, sobrecarregando determinados indivíduos, o que seria distinto de uma lei de zoneamento urbano. Justice Brennan defendeu que, a prevalecer a tese dos proprietários, qualquer encargo ao direito de propriedade daria origem a uma indenização, bem como se invalidariam todas as legislações sobre sítios históricos no país. Acrescentou que não se trata de uma legislação arbitrária, mas que a lei da cidade de New York incorpora um plano abrangente de preservação das estruturas históricas e dos interesses estéticos em qualquer local em que se encontrem. Sobre a alegação de distribuição injusta de encargos, Justice Brennan asseverou:

É claro que é verdade que a lei de sítios históricos tem um impacto mais severo em alguns proprietários do que em outros, mas isso não significa que a lei provoque um “taking”. Legislação destinada a promover o bem estar geral normalmente sobrecarrega alguns mais do que outros.¹⁰

O relator Justice Brennan examinou ainda a questão se a lei de New York era inválida em razão de não existir uma justa indenização, isto é, se a interferência na propriedade era de tamanha magnitude que deveria ter sido adotado o procedimento expropriatório mediante o pagamento de uma justa indenização. O fundamento para não acolher esse argumento foi o de que a lei de preservação mantinha o uso do *Grande Central Terminal* do mesmo modo em que tinha sido concebido e utilizado nos

¹⁰ Tradução livre do inglês “It is, of course, true that the Landmarks Law has a more severe impact on some landowners than on others, but that in itself does not mean that the law effects a ‘taking’. Legislation designed to promote a general welfare commonly burdens some more than others”.

últimos 65 anos, e que isso permitia lucros, bem como retorno financeiro razoável aos proprietários.

O *Justice Rehnquist* apresentou voto divergente, acolhendo o pleito dos proprietários de que teria ocorrido um *taking* e, por esse motivo, deveriam ser indenizados. Argumentou que a lei de preservação gerou uma desvalorização do imóvel, provocando um prejuízo milionário aos proprietários. Acrescentou também que a 5ª Emenda estabelece o princípio de que ninguém deve suportar, individualmente, os encargos públicos, que devem ser distribuídos equitativamente a todos.

4 O núcleo essencial do direito de propriedade

O direito de propriedade tem como função principal a alocação de recursos escassos e não compartilhados. É a atribuição de algo a alguém, excluindo-se a interferência de outros. Essa é uma definição meramente descritiva do que seja o direito de propriedade. Nessa função do direito de propriedade, reside o seu caráter conflituoso.¹¹

O caráter conflituoso adquire relevância do ponto de vista jurídico, na medida em que o direito de propriedade é definido como direito fundamental e, simultaneamente, instituto jurídico, o que significa dizer que a legislação confere conteúdo e limites ao direito de propriedade assegurado constitucionalmente. E aí emerge a questão de como proteger da invasão legislativa e da administração pública um direito constitucional, cujos conteúdo e limites são conformados pelas normas infraconstitucionais.¹²

Essa relação problemática entre Constituição e normas infraconstitucionais é equacionada, comumente, pela noção teórica da garantia de instituto, em que se “assegura um ‘núcleo fundamental de normas’ que constituem um instituto jurídico que merece o nome de propriedade”.¹³ Esse núcleo de normas do direito de propriedade é o limite de limites à ação legislativa, cuja criação já remonta à época da Constituição de Weimar, como bem-indicado por Gomes:

¹¹ ALEXANDER, Gregory S. *The global debate over constitutional property: lessons from American Takings Jurisprudence*. Chicago: University of Chicago Press, 2006. p. 5.

¹² PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Trad. de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 481-482.

¹³ *Ibidem*, p. 527.

Como sempre, a reelaboração é obra pioneira da doutrina alemã. Recusando-se, no tempo da Constituição de Weimar, a coligar o conceito de desapropriação à transferência coativa da propriedade, admitiram a existência de limitações expropriatórias e sustentaram que configuravam inequívocas desapropriações, na conclusão lógica de que desapropriação há toda vez que se esteja em presença da imposição de um sacrifício particular ao direito de propriedade de uma pessoa, ou, mais nitidamente, quando “há intervenção consistente na substituição coativa, em medida prevalente, da substância (conteúdo essencial) do direito de propriedade do particular”.¹⁴

Essa substância, essência do direito de propriedade, é posta a salvo, imune às pretensões do legislador. Para a jurisprudência alemã, esse núcleo essencial é formado pela utilidade privada e pelo poder de disposição.¹⁵

Como o próprio nome indica, a teoria dos limites dos limites é a busca de uma essência, o que, por si só, já demonstra sua fragilidade, dada à impossibilidade de se apreender a essência de um objeto histórica e linguisticamente construído como é o Direito. Mas é tendo essa suposição teórica que a dogmática alemã construiu seus critérios para aferir quando ocorre uma ingerência indevida na esfera do direito de propriedade ou, na linguagem da dogmática brasileira, uma desapropriação indireta.

Bodo e Schlink indicam os seguintes critérios:¹⁶ a) as normas de conteúdo e de limitação devem ser por meio de leis; b) essas normas devem satisfazer o princípio da proporcionalidade; c) o legislador é obrigado a tomar em consideração a especificidade do bem ou do direito de valor patrimonial; d) o legislador é obrigado a considerar a importância para o proprietário do bem ou do direito de valor patrimonial; e) o legislador tem obrigação de compensar a ingerência financeira, eventualmente, por indenização financeira; e f) o legislador é obrigado a suavizar, em certa medida, a ingerência, eventualmente com a criação de “cláusulas de maior dano” e o estabelecimento de normas de transição.

É importante destacar que, de acordo com os critérios acima, a aferição da restrição ao direito de propriedade deve ser feita mediante a

¹⁴ GOMES, op. cit., p. 333.

¹⁵ MENDES, op. cit., p. 483.

¹⁶ PIEROTH; SCHLINK, op. cit., p. 506-512.

aplicação do princípio da proporcionalidade, o que parece ser lugar comum na dogmática alemã.¹⁷

Nesse ponto, há duas objeções à teoria dos limites de limites.

A primeira é sobre a definição do conteúdo essencial do direito de propriedade como a utilidade privada e o poder de disposição. Essa afirmativa do conteúdo essencial tem um caráter meramente descritivo do direito de propriedade, isto é, qual é a função que o direito de propriedade tem? Ou melhor dizendo, como o direito de propriedade funciona? Nada informa sobre o aspecto normativo, ou seja, sobre a justificativa constitucional à utilização e disposição da propriedade de determinada maneira e não de outra. Está ausente, portanto, uma teoria normativa da propriedade.¹⁸ Em síntese, essa definição do conteúdo essencial pouco diz a respeito dos limites de atuação do legislador. Apesar disso, para os que adotam a tese do conteúdo essencial, o controle judicial da atividade legislativa é exercido por meio do princípio da proporcionalidade. E aqui reside a segunda objeção.

Em razão de que o conteúdo essencial é definido apenas como utilização privada e poder de disposição, sem a existência de uma teoria normativa do direito de propriedade, a aplicação do princípio da proporcionalidade, para se aferir se um ato estatal constitui uma ingerência injustificada do ponto de vista constitucional, equivalerá, normalmente, à manutenção da perspectiva do direito de propriedade em detrimento dos outros princípios jurídicos sopesados, ou à produção de decisões judiciais de caráter arbitrário em desfavor do direito de propriedade.

A virada linguística já não permite mais se buscar uma “essência”. Para dizer com Benvindo,¹⁹ em vez do *dasein* de Heidegger, a *différance*, de Derrida implica a compreensão de que o direito é construído, ou melhor, desconstruído pelo jogo livre e ininterrupto de significados, inexistindo qualquer referência externa guiando e governando essas interações. A afirmação de uma essência do direito de propriedade elimina a possibilidade da *différance*, de Derrida, isto é, a possibilidade de um jogo livre e

¹⁷ HEDRICH, Philipp. *Der schutz des Eigentums nach dem Grundgesetz, der EMRK und der Recht der EU*. GRIN, 2013, p. 303.

¹⁸ ALEXANDER, Gregory S.; PENÁLVER, W. M. *An introduction to property theory*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 225.

¹⁹ BENVINDO, Juliano Zaidan. *On the limits of constitutional adjudication: deconstructing balancing and judicial activism*. Verlag Berlin Heidelberg, 2010. p. 171.

ininterrupto de interpretações sobre o direito de propriedade e os outros direitos, no caso, o direito ao meio ambiente cultural. A essência já confere resposta de antemão ao teste do balanceamento ou da aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Por esse motivo, o princípio da proporcionalidade (ou da ponderação) é apenas uma das técnicas a ser aplicada no processo de argumentação jurídica.²⁰

O núcleo essencial do direito de propriedade é uma idealização que não auxilia a argumentação jurídica e tampouco a resolução de casos envolvendo a colisão do direito de propriedade com outros direitos fundamentais. Desse modo, em vez de se tentar identificar um núcleo essencial, os direitos de propriedade devem ser compreendidos como artefatos.

5 Direitos de propriedade são artefatos

Jeremy Waldron é um filósofo liberal, reconhecido por defender a legislação e rejeitar o *judicial review*, isto é, a legitimidade do Poder Judiciário para examinar a constitucionalidade dos atos emanados do Poder Legislativo. É o clássico problema contramajoritário.

Ele escreveu um pequeno, porém instigante livro, cujo título é *The rule of Law and the measure of property*,²¹ no qual, a partir de um precedente da Suprema Corte americana, apelidado de *South Carolina Coastal Council*, discute os limites impostos pelo direito de propriedade à atuação dos Poderes Legislativo e Executivo em defesa do direito ao meio ambiente. Nesse trabalho, a perspectiva teórica de Waldron é a mesma de outros trabalhos,²² isto é, o desenvolvimento de uma teoria filosófica sobre a legislação. O aspecto relevante, nesse trabalho, é o raciocínio que Waldron

²⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 141-160, em que, com fundamento em Luhmann, indica que a pretensão otimizante é uma idealização que suprime a unidade alteridade e identidade (*alter e ego*), inviabilizando a compreensão dos princípios, uma vez que a diferença de perspectivas entre *alter* e *ego* é pressuposta, sob pena de expansão demasiada da perspectiva de ego sobre alter. Por esse motivo, defende que a ponderação é uma técnica de absorção e promoção de complexidade e não de otimização.

²¹ WALDRON, Jeremy. *The rule of Law and the measure of property*. New York: Cambridge University Press, 2012.

²² Conferir WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003; WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 2004; WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, 2005-2006.

desenvolveu sobre o direito de propriedade e a teoria da legislação, ou do que ele denomina de *Rule of Law*. Nas suas palavras, “nossa investigação é sobre a relação entre o ‘1Rule of Law’ e outra estrela na constelação – nosso ideal de liberdade econômica e, por sua vez, da propriedade privada.”²³

Waldron debate a tradicional divisão entre *Common Law* e *Rule of Law*. Afirma que o primeiro, compreendido também como direito privado, costumeiramente, é entendido como um direito que deva operar com suas próprias regras, tendo um desenvolvimento de baixo para cima, isto é, a partir da sociedade e alheio ao direito estatal. Nessa perspectiva, qualquer medida regulatório-ambiental seria uma intromissão indevida do Estado no *Common Law*.²⁴ Para nós, seria equivalente a dizer que o Direito Civil tem existência apartada do Direito Constitucional.

É contestada por Waldron essa perspectiva que fratura, por assim dizer, o Direito Privado e o Direito Público. E como recurso argumentativo para demonstrar a fragilidade dessa perspectiva, narra uma história imaginária que vale a pena ser transcrita:²⁵

Em 2011, um fazendeiro – nós vamos chamá-lo de John Gardner – está na posse de um pedaço de terra e muito incomodado com as restrições ambientais impostas para utilizá-la. Mas como a fazenda tornou-se sua? Bem, nós podemos supor que Gardner

²³ Tradução livre do inglês: “Our inquiry is about the relation between the Rule of Law and one another star in the constellation – our ideal of economic freedom and, by implication, private property.” (WALDRON, Jeremy. *The Rule of Law and the measure of property*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 307).

²⁴ *Ibidem*, p. 430.

²⁵ Tradução livre do inglês: “In 2011, a farmer – we will call him John Gardner – is in possession of a piece of land and very annoyed about environmental restrictions on the use that he can make of it. But how did it come to be his? Well, we may suppose that Gardner has farmed this land for many years. He purchased it in 1992 from a public trustee, a Mr. Dworkin, who took it over when the previous farmer, name of Hart, went into bankruptcy in 1985. Hart had inherited the farm from his father, Goodhart, when the later died intestate in 1972. Goodhart in turn had purchased it in 1930 for a song from a company that had held it in trust after it had been farmed for a couple of generations by the Austin family. Records reveal that Austin bought the land in an auction sponsored by the Bank of New Zealand (which in those days was a wholly government-owned enterprise), the bank having foreclosed on a feckless settler called Bentham in 1890. At an earlier stage, Bentham purchased the land at a bargain price from a man called Blackstone in the 1880s who had held, first the leasehold, and then the freehold, form the colonial government since 1865. The colonial government, in turn, had bought it from a Maori tribe in whose collective possession it had been for some centuries, since the (relatively recent) commencement of human habitation in New Zealand about 800 years ago.” (*Ibidem*, p. 472-477).

tenha cultivado sua terra por muitos anos. Ele a comprou em 1992 de um diretor público, o Senhor Dworkin, que a tomou quando o fazendeiro anterior, chamado de Hart, foi à falência em 1985. Hart herdou a fazenda de seu pai, Goodhart, quando o último morreu em 1972 sem deixar testamento. Goodhart, por sua vez, comprou a terra em 1930, bem barato, de uma companhia que a adquiriu, depois de ter sido cultivada por algumas gerações da família Austin. Os registros revelam que Austin comprou a terra em um leilão realizado pelo Banco da Nova Zelândia (que naquele tempos era um empreendimento totalmente controlado pelo governo), que executou uma dívida de um colono irresponsável em 1890. Em um estágio mais inicial, Bentham comprou a fazenda por uma pechincha de um homem chamado Blackstone nos idos de 1880 que primeiro teve o arrendamento e, depois a propriedade, concedida pelo governo colonial desde 1865. O governo colonial, por sua vez, comprou a terra da tribo Maori que a possuía coletivamente por alguns séculos, desde (relativamente recente) o início de vida humana na Nova Zelândia, cerca de 800 anos atrás.

O que Waldron destaca a partir dessa história imaginária é a circunstância de que o direito de propriedade é uma construção social do Direito, um artefato do Direito tanto quanto são as restrições impostas por normas ambientais.²⁶ Waldron suspeita que um conto semelhante pode ser encontrado na maioria dos sistemas jurídicos de maneira que, igualmente, desfaça o mito de que os modernos direitos de propriedade podem ser justificados a partir de qualquer coisa remota como a origem lockeana.²⁷ E, de fato, pensa-se que tem razão Waldron, uma vez que, ao menos aqui no Brasil, é possível encontrar histórias reais e não imaginárias como essa, como se observa pelo relato de Holston, que, embora longo, é importante conferir pela semelhança com o relato imaginário:

Exponho, a seguir, a cronologia da disputa de terras desde a época em que os moradores se viram nela enleados, e depois analiso as várias alegações de propriedade, cujas contradições tornaram-nas judicialmente insolúveis. As complicações remontam ao século XVI.

²⁶ *Ibidem*, p. 504-505.

²⁷ *Ibidem*, p. 510.

Em 1969, um homem chamado Rafael Garzouzi, “o Turco”, ou “o Libanês”, como era chamado pelos moradores, apareceu no então pouco habitado Jardim das Camélias. Através de sua imobiliária, a Adis Administração de Bens S.A., ele abriu uma série de estradas de terra, construiu no local um escritório, dividiu a terra em onze lotes de 620m, e começou a vendê-los. Ele exibia aos interessados um plano de urbanização do bairro e documentos que comprovavam o registro das terras no cartório competente. Um contrato muito atraente era oferecido por ele aos compradores: estipulava prestações mensais durante um período que variava de dois a dez anos; obrigava a imobiliária a fornecer, além de cada recibo das prestações, documento de quitação depois do último pagamento. Com esses recibos e o documento de quitação em mãos, o comprador podia então registrar sua compra e transferir a titularidade do imóvel para o seu nome. No entanto, uma das muitas coisas que a Adis não disse a seus clientes foi que, embora as assinaturas do contrato fossem reconhecidas em tabelionato, seu plano de arruamento e loteamento não tinha sido aprovado pelas autoridades competentes – e nem poderia. O plano não só violava as posturas municipais de planejamento, mas também – o que constitui fato mais grave – subvertia outro plano para a mesma área, aprovado desde 1924 em nome de José Miguel Ackel. [...]

A intervenção do governo federal no Jardim das Camélias completou o imbróglio jurídico da disputa. Ele também se dizia o proprietário das terras, que considerava patrimônio federal, além de não reconhecer a legitimidade das transações e dos procedimentos judiciais relativos à área nos quais não tivera participação. O governo federal, dessa maneira, negava a maior parte da história do conflito ao longo dos últimos séculos. Sua intervenção obstruiu e tornou confusa toda a ação judicial anterior que objetivava deixar clara a titularidade das terras: seguindo suas deliberações, foram interrompidas as demarcações e todos os processos jurídicos em andamento, além de proibida toda expropriação, legalização e regularização das terras através das administrações municipal e estadual. Até que, em 1975, o caso chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), o único tribunal com poderes para julgar o conflito entre os governos federal e estadual. Para iniciar o processo, todavia, o STF tinha que, antes de mais nada, avaliar cada alegação separando os interesses de propriedade públicos daqueles privados. O fato é que, com isso, o caso ainda hoje se arrasta no STF por falta de evidências, fontes

e, provavelmente, iniciativa para decidir qual, entre as muitas alegações de propriedade, é a mais fundamentada. [...]

O governo federal afirma que as terras do Jardim das Camélias lhe pertencem porque estão dentro das fronteiras do antigo aldeamento indígena de São Miguel e Guarulhos, estabelecido a partir de uma concessão de terra real em 1580 e oficialmente extinto em 1850. Encontrei dois argumentos que embasam a afirmação. Um deles diz que a Lei de Terras imperial de 1850 e a legislação seguinte incorporaram os aldeamentos indígenas ao patrimônio nacional. Todas as Constituições Federais, à exceção da primeira, de 1891, reafirmam essa incorporação. A Constituição Republicana de 1891 anexa as terras indígenas ao patrimônio de cada estado, decisão revertida em 1934. O segundo argumento do governo federal reconhece que a primeira Constituição transferiu aos estados, a partir de 1891, direitos sobre os antigos aldeamentos indígenas, declarados abandonados – e por isso constituindo “terra devoluta” –; no entanto, também afirma que as terras em questão nunca pertenceram a essa categoria. Ao contrário, o argumento estabelece que o governo federal manteve a propriedade porque, desde o século XVII, é pautado por uma série de intervenções executivas e jurídicas, que vem arrendando essas terras a não-índios.²⁸

A versão brasileira é mais extensa do que a imaginária. É repleta de controvérsias jurídicas, batalhas judiciais, alternativas e inconsistências, mas se tem a impressão de que, para Waldron, esses aspectos somente reforçariam a noção de que o direito de propriedade é um artefato resultante da interação entre o direito público e o direito privado.²⁹ Nessa condição, o direito de propriedade está entrelaçado com o direito público.

E Waldron prossegue afirmando que o direito de propriedade não é intocável, situando-se no mesmo plano dos outros direitos e merecendo proteção de igual maneira. Por essa razão, afirma ser necessária uma concepção do *Rule of Law* procedimental e não substancial. E, nesse ponto, o argumento de Waldron é de que a dignidade da legislação repousa no fato de que discordamos, e a legislação são os nossos acordos

²⁸ HOLSTON, James. *Legalizando o ilegal: propriedade e usurpação no Brasil*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_21/rbcs21_07.htm>. Acesso em: 3 fev. 2014.

²⁹ WALDRON, Jeremy. *The Rule of Law and the measure of property*. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 528.

compartilhados. O Direito Positivo introduz aquilo que o Direito Natural não pode fornecer: previsibilidade e estabilidade. Por meio do Direito Positivo, as mudanças são deliberadas,³⁰ o que não pode ser desprezado.

Para defender a dignidade da legislação, é bem ilustrativo o seguinte argumento de Waldron, apoiado em Kant:

Mas o argumento de Kant é de que o que importa é que haja uma sociedade civil, e que estejamos sujeitos a ela, tão logo as pessoas comecem a discordar e a lutar por causa da aplicação prática da justiça. De modo similar, a pessoa que propõe resistir ou desobedecer a algum item de legislação está afrontando a própria ideia de direito, segundo Kant. Pois, mesmo supondo que a dissidência seja conscienciosa e baseada em argumentos morais impecáveis, ainda equivale a voltar as costas à ideia de compartilharmos uma visão sobre o direito ou a justiça aqui e de implementá-la em nome da comunidade. Aquele que propõe resistir ou desobedecer está anunciando, na verdade, que é melhor retornar a uma situação em que cada um age segundo o próprio juízo quanto à justiça. Por fim, é a resposta a essa pessoa que Kant desenvolveu a sua defesa moral da legislação e da ideia de direito positivo.³¹

A fascinante argumentação de Waldron em defesa da legislação não é o tema deste ensaio, mas sua importância para nós é a compreensão do direito de propriedade como artefato, isto é, uma construção entrelaçada entre o Direito Privado e o Direito Público.

E é interessante observar que as Cortes Constitucionais podem ser refratárias a alterações legislativas, cuja intenção é modificar o direito de propriedade, a fim de atender a outros interesses e direitos. Foi o que se verificou na denominada “Era Lochner”³² da Suprema Corte americana,

³⁰ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 17.

³¹ WALDRON, op. cit.

³² Sobre a caracterização *Era Lochner*, interessante é conferir as palavras de Sunstein: “A decisão da Suprema Corte em *Lochner v. New York* apresentou a característica incomum de conferir nome a todo um período do Direito Constitucional. No chamado ‘período Lochner’, que compreende os anos de 1905 a 1937, a Suprema Corte derrubou uma série de leis estaduais que se propunham a regular as relações entre empregadores e empregados. Frequentemente considera-se o período um símbolo de uma forma injustificada de ‘ativismo’ judicial: ingerências judiciais no processo democrático sem o devido respaldo do texto e da história da Constituição. Sem dúvida há muito a dizer em favor da sabedoria convencional. Conforme veremos, parte do que de errado havia com o

quando o tribunal rejeitou várias leis de proteção trabalhista ao fundamento de que se estaria ceifando a liberdade de contratar e, por consequência, violando o direito de propriedade. A argumentação era de que a imposição, por exemplo, de um salário-mínimo implicaria ônus ao empregador que deveria ser suportado não por ele, empregador, mas pela sociedade como um todo.³³

Nesse aspecto, o paralelo entre a era Locker e a atual, em defesa do meio ambiente, é evidente. A reconfiguração de direitos de propriedade pela legislação em favor de novos direitos, como o direito ao meio ambiente, é uma dinâmica redistributiva em que o artefato, o direito de propriedade, é remodelado pela legislação.

Waldron é explícito ao tratar o direito de propriedade como artefato e que, nessa condição, teria sua proteção assegurada como qualquer outro direito, e não se poderia construir uma teoria normativa que justificasse a sua proteção em razão da divergência de opiniões e valores que existe na sociedade.

Suspeito é, entretanto, que uma teoria normativa do direito de propriedade seja indispensável. Como bem ponderou Sunstein, um sistema de propriedade privada – que esteja sujeito a reconfigurações de maneira descontrolada – pode submeter todos os cidadãos a uma espécie de servidão que compromete a própria democracia.³⁴ Atualmente, goza de grande prestígio uma concepção normativa do direito de propriedade formulada pela análise econômica do Direito. Entretanto, é importante assinalar a existência de outras teorias normativas do direito de propriedade a partir de autores como Locke, Hegel, Kant e Aristóteles.³⁵

De qualquer sorte, embora seja relevante a tarefa de uma teoria normativa do direito de propriedade, para os fins propostos e os limites deste ensaio, a noção de direito de propriedade como artefato é uma construção teórica importante à análise dos precedentes brasileiro e americano.

período Lochner era, de fato, a agressividade da Corte. No entanto, **também se deve entender o caso como que atrelado a um conceito específico de neutralidade, um conceito baseado nas distribuições existentes de riquezas e direitos. A Corte Lochner tratou tais distribuições como pré-legais e justas** e, nesse aspecto, há uma relação muito estreita entre os casos Lochner e Plessy. (grifo nosso). (SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 54-55).

³³ Ibidem, p. 55.

³⁴ Ibidem, p. 163.

³⁵ ALEXANDER, Gregory S.; PEÑALVER, Eduardo M.. *An introduction to property theory*. New York, Cambridge University Press, 2012.

6 Os casos

Os precedentes brasileiro e americano apresentam similaridades e dissonâncias.

É curioso observar a dissonância textual das Constituições. No caso brasileiro, o voto do relator destacou a alteração produzida no texto constitucional em que está expressa a previsão de proteção dos bens culturais, assim como a de que a propriedade obriga e tem caráter relativo e não mais absoluto, como a Constituição anterior estipulava. Como consequência dessa inovação no texto constitucional, afirmou-se que o legislador, então, tem ampla liberdade na conformação do direito de propriedade. No precedente *Grand Central Terminal*, não há essa previsão textual e, nem por isso, o voto do Justice Brennan declarou a inconstitucionalidade dos atos legislativos praticados pela cidade de New York. Antes, pelo contrário, os reputou constitucionais e legítimos. Foi uma deferência à atuação do legislador.

Essas circunstâncias têm implicações. A primeira é a constatação de que os direitos de propriedade são artefatos, ou seja, são construções do Direito. A ampla liberdade reconhecida ao legislador reforça essa constatação. O direito de propriedade é configurado por meio de uma complexa interação entre normas de Direito Privado e de Direito Público. Nos casos, normas típicas de direito municipal, pois são referentes ao zoneamento, à aprovação de projetos e ao licenciamento urbanístico.

A segunda é sobre a relevância do texto constitucional. O texto constitucional é ponto de partida da atividade hermenêutica e, em muitas situações, não diz nada sobre o assunto. É o caso do precedente americano. Na Constituição americana, não existe nada sobre bens culturais, tombamento e função social da propriedade. Nem por esse motivo, não se reconheceu a constitucionalidade do ato legislativo. E, nesse ponto, a elaboração de uma teoria da legislação é muito bem-vinda, como defende Waldron. A insistência de compreensão exclusivamente por meio de uma teoria da adjudicação, isto é, de uma teoria da aplicação do direito é limitada para explicar toda a complexidade normativa.

A terceira implicação é a insuficiência do texto. Se o texto legislativo tem relevância, como foi o caso do precedente brasileiro, em que se constatou alteração substancial tanto do próprio texto constitucional quanto do infraconstitucional, não esgota as possibilidades interpretativas, como se verifica pela existência de votos divergentes ao argumento de que se

teria ofendido o direito de propriedade. E, nesse aspecto, ao lado de uma teoria da legislação, entende-se que não se pode dispensar uma teoria da aplicação do Direito ao caso, como pretende fazer Waldron.

E, se os votos vencedores nos precedentes brasileiro e americano possuem dissonâncias, pois têm fundamentos textuais distintos, os votos divergentes e vencidos têm similaridades. O argumento básico é idêntico: ofensa ao direito de propriedade por uma ingerência estatal equivalente a uma expropriação porque gerou uma significativa diminuição no seu valor de mercado. É o argumento de que a garantia da existência do direito de propriedade transforma-se em garantia de valor monetário.³⁶

Mais uma vez, sobre esse argumento, a crítica de Waldron é aguda ao afirmar que o *Rule of Law* não pode ser alegado como razão para estabilizar preços, especialmente, em uma economia de livre-mercado. De acordo com Waldron, a monetarização da incerteza pode ser sensível às probabilidades de transformação do Direito, assim como é sensível a probabilidades em de mudanças dos ciclos econômicos.³⁷ E ainda assevera: “O que eu quero dizer é que, se o *Rule of Law* protege a propriedade privada, irá fazê-lo presumivelmente nos próprios termos do *Rule of Law* e esses podem ser ou não os termos em que, em outros contextos, o princípio da propriedade privada é exaltado”.³⁸

Pensa-se que a lógica de Waldron nos afasta do perigo de um raciocínio economicista de interpretação do direito de propriedade e restaura, por assim dizer, a dignidade do Direito, isto é, de se produzir em decisões fundadas no próprio código binário do Direito (lícito/ilícito). Assemelha-se, em certa medida, à perspectiva de Luhmann de que o direito de propriedade é um acoplamento estrutural entre o sistema do Direito e o da Economia, em que os sistemas são autônomos, ainda que possam se observar e se irritar mutuamente.³⁹

Nessa perspectiva de operações pelo próprio código do Direito, é interessante notar a existência de outra diferença entre os precedentes brasileiro e americano. No caso brasileiro, os proprietários se insurgiram

³⁶ PIEROTH, *op. cit.*, p. 510.

³⁷ WALDRON, Jeremy. *The Rule of Law and the measure of property*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 1.301.

³⁸ Tradução livre do inglês: “What I mean is that, if the Rule of Law protects private property, it will do so presumably on the Rule of Law’s own terms and these may or may not be the terms on which, in other contexts, the principle of private property is extolled.” (Ibidem, p. 1.318).

³⁹ LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. New York: Oxford University Press, 2004. p. 392.

contra o ato administrativo de tombamento compulsório argumentando que o Decreto-Lei 25/1937 que o embasava seria inconstitucional, pois deveria ter sido adotado o instituto da desapropriação. O caso americano é diferente porque os proprietários pediram em juízo apenas a indenização e não a declaração de inconstitucionalidade da lei e, por consequência, a aprovação de seu projeto de modificação da edificação. O voto do Justice Brennan enfatizou essa circunstância. Não se estava diante de uma demanda que almejava a proteção do direito de propriedade, mas de uma ação judicial eminentemente indenizatória.

É o que a doutrina alemã denomina a proibição do “tolera, mas cobra”,⁴⁰ ou seja, o proprietário deve se insurgir contra o ato de intervenção na propriedade que não previu a correspondente indenização. A proteção constitucional se volta ao direito de propriedade. Se o proprietário se sente ofendido por uma ingerência estatal indevida e sem previsão de indenização, deve se insurgir contra esse ato supostamente tido como inconstitucional. De outra maneira, estaria se ferindo outro princípio constitucional que é o da autonomia orçamentária do legislador. Em outras palavras, o Judiciário estaria criando despesas que não foram previstas, mas que deveriam ter sido previstas pelo legislador. Sobre o tema, é oportuno conferir essa construção doutrinária à luz do constitucionalismo alemão:⁴¹

[...]

b) A chamada “cláusula de ligação” (Junktimklausel) do art. 14, n. 3, frase 2, exige que a lei preveja uma indenização e regule a sua natureza e extensão. Uma lei de expropriação que não contenha uma regulação de indenização é inconstitucional; os tribunais para os quais se recorreu nos termos do art. 14, n. 3, frase 4, não podem suprir por analogia a falta de uma norma de indenização, nem deduzi-la diretamente do art. 14, mas têm de submeter ao Tribunal Constitucional Federal a lei inconstitucional de expropriação, conforme consta do art. 100, n.1. Deste modo, são salvaguardados tanto a autonomia orçamental do legislador como o monopólio de rejeição do Tribunal Constitucional Federal: o orçamento não é onerado com as consequências financeiras imprudentes de uma lei – a “cláusula de ligação” tem

⁴⁰ PIEROTH, *op. cit.*, p. 515-516.

⁴¹ *Ibidem*, p. 515.

uma função de aviso – e a rejeição das leis por parte do Tribunal Constitucional Federal não é iludida por meio de correções das leis pelos tribunais.

Ainda sobre a eventual necessidade de indenização, é importante demarcar algumas diferenças entre os precedentes brasileiro e americano. No precedente *Grand Central Terminal*, os aspectos fáticos foram esmiuçados como é típico da jurisdição americana, tendo sido ressaltado pelo voto vencedor o fato de que o imóvel continuava a ter sua utilidade preservada e a ser razoavelmente lucrativo para seus proprietários. A obrigação de preservação não elidia essas potencialidades do bem. Além disso, restou oferecido pela cidade de New York a possibilidade de os proprietários transferirem o potencial construtivo não utilizado. No caso brasileiro, as características e a utilidade atuais do imóvel não foram examinadas. O voto vencedor argumentou por meio dos textos constitucionais e legais. O voto vencido, por outro lado raciocinou (pelo que se deduz) das possibilidades futuras do imóvel. Essas peculiaridades, além de denotarem um problema de abordagem da hermenêutica jurídica, apontam a uma questão de fundo sobre a mudança de paradigma do direito de propriedade em que a preservação do Patrimônio Cultural é parte integrante.

E sobre esse aspecto é bom destacar, mais uma vez, a seguinte afirmação do Justice Brennan: “A Legislação destinada a promover o bem-estar geral normalmente sobrecarrega alguns mais do que outros”.

É a constatação de que essa reconfiguração do direito de propriedade gera um rearranjo na distribuição de riquezas existentes. A modificação do artefato, realmente, gera uma sobrecarga, mas, tampouco, por esse motivo, *a priori*, se estaria diante de uma exigência de indenização por parte do proprietário porque se está diante de uma reconfiguração do direito de propriedade em uma escala sistêmica, isto é, a preservação e o patrimônio cultural passam a ser integrantes do direito de propriedade. E, nesse contexto, os princípios da igualdade e da justa distribuição de encargos adquirem outra perspectiva, assim como o princípio da proporcionalidade. É um modo de disposição e utilização da propriedade que está sendo redefinido.

Conclusões

A teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou da teoria dos limites de limites dos direitos fundamentais, possui os seus próprios limites. A construção de critérios identificadores da existência de uma ingerência estatal indevida no direito de propriedade é importante e valiosa, porém a utilização indiscriminada do princípio da proporcionalidade pode gerar um ativismo judicial em detrimento de políticas públicas aprovadas pelo Legislativo e implementadas pelo Executivo.

É, nesse contexto, que o estudo dos casos judiciais brasileiro e americano foi relevante, pois permitiu uma compreensão de como o Poder Judiciário enfrentou questões relativas à proteção do Patrimônio Cultural e tomou decisões que, à primeira vista, poderiam ser contrárias a uma concepção de direito de propriedade. O Poder Judiciário, nos dois casos, foi além dos limites de limites.

Os direitos de propriedade são artefatos como qualquer outro direito. Talvez, a afirmativa sempre insistente acerca do caráter absoluto do direito de propriedade como intocável, seja apenas um mecanismo de negação de sua fragilidade, isto é, de ser um artefato. Por esse motivo, suspeita-se que seja imprescindível a construção de uma teoria normativa do direito de propriedade que acolha tanto uma teoria da legislação quanto uma teoria da adjudicação, isto é, tanto a produção do Direito quanto sua aplicação ao caso.

E se o desenvolvimento de um arcabouço teórico é tarefa importante, o estudo de alternativas institucionais não pode ser relegado a um segundo plano. Com isso, quero dizer que o adequado equacionamento entre o direito de propriedade e o tombamento de um imóvel pode ser mediante a adoção de uma alternativa institucional como o instituto da transferência do direito de construir. É a combinação de uma sólida teoria com imaginação institucional que pode auxiliar na resolução dos casos jurídicos do cotidiano pelos operadores do Direito.

Referências

ALEXANDER, Gregory S.; PEÑALVER, Eduardo M.. *An introduction to property theory*. New York: Cambridge University Press, 2012.

ALEXANDER, Gregory S. *The global debate over constitutional property: lessons from American Takings Jurisprudence*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

BENVINDO, Juliano Zaidan. *On the limits of constitutional adjudication. Deconstructing balancing and judicial activism*, Verlag Berlin Heidelberg, 2010.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAIO, Daniel. *Os bens culturais imobiliários e o seu conteúdo econômico*. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GOMES, Orlando. *Novíssimas questões de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1984.

HEDRICH, Philipp. *Der schutz des Eigentums nach dem Grundgesetz, der EMRK und der Recht der EU*. GRIN, 2013

HOLSTON, James. *Legalizando o ilegal: propriedade e usurpação no Brasil*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_21/rbcs21_07.htm>. Acesso em: 3 fev. 2014.

LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. New York: Oxford University Press, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Durham; London: Duke University Press, 2008.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

WALDRON, Jeremy. *The Rule of Law and the measure of property*. New York: Cambridge University Press, 2012.

_____. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, 2005-2006.

_____. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 2004.

_____. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

