

OSVALDO NOVAIS MARQUES

**O PRINCÍPIO DA PROPRIEDADE PRIVADA E A
DESAPROPRIAÇÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC - MG
2012

OSVALDO NOVAIS MARQUES

**O PRINCIPIO DA PROPRIEDADE PRIVADA E A
DESAPROPRIAÇÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, como requisito para obtenção do bacharelado em Direito, sob orientação do Prof. Humberto Luis Junior.

FIC - MG
2012

RESUMO

A presente Dissertação de monografia tem o interesse de mostrar se a desapropriação no direito constitucional fere o princípio da propriedade privada. Nos parece a princípio, que a Constituição Federal tratou de temas antagônicos legislando tanto uma quanto à outra, dando-as garantias constitucionais de imensa importância. Portanto, irei mostrar a conceituação dos assuntos que envolvem o tema, demonstrar a contradição entre a desapropriação e a propriedade privada e por fim vou demonstrar a harmonização desses dois institutos jurídicos e o porque de o Estado utilizar da desapropriação.

Palavras-chave: Desapropriação. Princípio da propriedade privada. Função social. Interesses sociais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1 CONCEITOS HISTÓRICOS	6
2 DIREITO DE PROPRIEDADE	16
2.1 Uma visão geral do direito de propriedade.....	16
2.2 A importância e o conceito ético-econômico da propriedade	17
2.3 O fundamento jurídico da propriedade.....	19
2.4 A visão da propriedade na Constituição Federal de 1988	20
2.5 A função social da propriedade	23
2.5.1 A função social da propriedade perante a Constituição Federal de 1988.....	24
2.6 Limitações ao direito de propriedade	26
3 DESAPROPRIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	28
3.1 Análise Constitucional.....	28
3.2 A desapropriação na Constituição Federal de 1988	30
3.4 Fundamentos da desapropriação.....	33
3.5 Os requisitos constitucionais da desapropriação	33
3.6 Das competências legislativa, declaratória e executória	34
3.7. Natureza da aquisição da propriedade desapropriada.....	35
3.8. Os Beneficiários dos bens desapropriados	36
4 DESAPROPRIAÇÃO POR NECESSIDADE OU UTILIDADE PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL.....	37
4.1. Desapropriação por necessidade ou utilidade pública.....	37
4.2. Desapropriação por interesse social	38
4.2.1. Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária	39
4.3. A prévia e justa indenização	39
5 - CONCLUSÃO	41
6 - REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

A importância do tema escolhido é demonstrar que o caráter da propriedade privada ser perpétua, absoluta e exclusiva não é totalmente verdade. Toda a propriedade privada está sujeita a sofrer restrições pelo Estado em nome da utilidade pública e social da propriedade.

O que pode perceber é que a propriedade, na sociedade moderna, não está a serviço do dono, mas sim de toda a sociedade que deva ser beneficiada pela mesma. Através das restrições pelo Estado em face da propriedade em nome da utilidade pública e social é que o Estado tem poder para rever e amenizar algumas situações como o caso dos sem terras e dos sem tetos que estão presentes na nossa realidade social. O Estado tem que através da política justa de desapropriação buscar solucionar, ou pelo menos, amenizar um dos maiores problemas sociais que a nossa sociedade possui.

A desapropriação por utilidade pública ou interesse social fere o princípio constitucional da propriedade? O caráter absoluto, perpétuo e exclusivo da propriedade privada é pleno?

É garantia constitucional, não só o direito individual da propriedade privada, como também, a desapropriação, porque compete ao Estado harmonizar o direito de propriedade com os interesses da coletividade. Portanto, o domínio da propriedade privada vem sofrendo limitações ao longo dos tempos, de conformidade com a ordem social que está surgindo na sociedade moderna, onde a intervenção do poder público faz-se cada vez maior para restringir a liberdade individual e subordinar o direito de propriedade às exigências do bem comum.

Diante do exposto, concluímos que a propriedade não está a serviço do homem como instrumento de seu desenvolvimento e perfeição. Ao contrário, a liberdade humana não tem apoio na propriedade ou no trabalho. A propriedade privada tornou-se um direito abstrato, dissimulando o privilégio real exercido pelas oligarquias financeiras.

1 CONCEITOS HISTÓRICOS

1.1 Visão conceitual histórica da desapropriação e da propriedade

A desapropriação é nada mais que a restrição ao direito da propriedade privada, para que a mesma venha a servir ao bem comum de toda uma coletividade. A propriedade não tem como seu objetivo satisfazer somente ao patrimônio pessoal do indivíduo, mas ao bem comum. Bem pessoal e bem comum; função social e função individual; são termos correlatos da definição de propriedade, que deixaria de existir com a privação de um desses termos. Por isso, as constituições modernas, ao tratarem da propriedade privada como um dos direitos fundamentais do homem, dispõe também, sobre suas limitações, ao ressaltarem a função social desse direito da pessoa humana, que, de resto, serve à soma de pessoas humanas, que formam o bem comum.

Hely Lopes Meirelles (1998, p. 499) entende que:

“Desapropriação é o moderno e eficaz instrumento de que se vale o Estado para remover obstáculos à execução de obras e serviços públicos: para propiciar a implantação de planos de urbanizações; para preservar o meio ambiente contra devastações e poluições; e para realizar a justiça social com a distribuição de bens adequadamente utilizados pela iniciativa privada. A desapropriação é, assim, a forma conciliadora entre a garantia da propriedade individual e a função social dessa mesma propriedade, que exige usos compatíveis com o bem estar da coletividade.”

Para definir desapropriação, vários são os conceitos que variam de um estudioso para outro. Citaremos os conceitos mais aceitos nos dias atuais:

Para o autor mencionado, desapropriação, sinônimo de expropriação, se define como sendo:

“[...] a transferência compulsória da propriedade particular para o poder público ou seus delegados, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social mediante prévia e justa indenização e, ainda, por desatendimento a normas do Plano diretor, neste caso com pagamento em títulos da dívida pública municipal, aprovados pelo senado.”

Na definição de Odete Medauar, desapropriação é a figura jurídica pelo qual o poder público, necessitando de um bem para fins de interesse público, retira-o do patrimônio do proprietário, mediante prévia e justa indenização.

Compartilhando do mesmo entendimento, para José Cretella Junior, desapropriação é o ato pelo qual o Estado, necessitando de um bem particular, para fins de interesse público, obriga o proprietário a transferir-lhe a propriedade desse bem, mediante prévia e justa indenização.

Para Edimur Ferreira de Faria, desapropriação é o instituto de que vale o Estado para intervir na propriedade privada. Por seu intermédio, a Administração Pública, ou quem lhe faça as vezes arrebatada, para si ou para outrem, a propriedade particular, subsistindo a pelo equivalente em espécie.

Analisando os conceitos citados, percebemos traços comuns, tais como o caráter do direito público, em que o gênero interesse público constitui-se no fundamento da desapropriação a perda compulsória da propriedade e a justa indenização. Portanto, a desapropriação atinge, pois, o caráter perpétuo do direito de propriedade, que fica substituído pela justa indenização, salvo no caso de desapropriação de gleba nociva (plantação de maconha por exemplo) que não haverá indenização de espécie alguma. Temas que iremos aprofundar no decorrer desse trabalho.

As primeiras considerações deste estudo jurídico-científico, antes de se focar, ao tema específico, a desapropriação no direito constitucional fere o princípio da propriedade privada, devem abranger o aspecto material desse direito. Para tal, procede-se ao confronto entre a concepção cristã e a concepção marxista da propriedade.

Antes de estudarmos a concepção cristã do direito de propriedade, faz-se importante demonstrar a análise crítica das doutrinas do Direito natural, formulada por Hans Kelsen (1960 / p 154): Logo que a teoria do Direito natural intenta determinar o conteúdo das normas imanentes à natureza, enreda-se nas mais insuperáveis contradições. Os seus representantes não proclamam um único direito natural, mas vários direitos naturais, muitos diversos entre si e contraditórios uns com os outros. Isto é especialmente verdade em relação às questões fundamentais da propriedade e da forma do Estado. Segundo uma doutrina do direito natural, só é natural, isto é, justa, a propriedade individual, segundo outra, só é justa a propriedade coletiva; segundo uma doutrina só é justa a democracia, segundo outra só é justa a autocracia. Todo Direito positivo que corresponde ao Direito natural de uma das teorias e que, por isso, é tido como justo, contradiz o Direito natural de outra teoria e é, conseqüentemente, condenado como injusto. A doutrina do Direito natural, tal como efetivamente tem sido desenvolvida está muito longe de oferecer critério firme que dela se espera.

Hans Kelsen (1960, p. 54), continuando em sua análise, demonstra a inviabilidade da relação da natureza com as normas do Direito. Com efeito, para a ciência, a natureza é um sistema de elementos determinados pela lei da causalidade. Ela não tem uma vontade e não pode, portanto, estabelecer normas. As normas somente podem ser assumidas como imanentes à natureza, quando se admite que na natureza está a vontade de Deus. Mas dizer que Deus, através da natureza como manifestação da sua vontade ordena aos homens que se conduzam de determinada maneira, é uma suposição metafísica que não pode ser aceita pela ciência em geral e pela ciência do Direito em particular, pois o conhecimento científico não pode ter por objeto qualquer processo afirmado além de toda experiência possível.

Em contraponto à concepção cristã, John Locke e os representantes da revolução francesa e americana, considerava o direito de propriedade como um direito natural e inalienável do cidadão, e, portanto, inatingível pela intervenção do Estado ou de outros indivíduos.

Para Santo Tomás de Aquino, porém, a propriedade, num seu primeiro momento, tem um aspecto comunitário, os bens materiais destinam-se ao uso da espécie humana. Portanto, a função comunitária da propriedade prevalece sobre a função pessoal. A propriedade existe como um meio a serviço do bem comum, isto é, para a digna subsistência de todos os homens. Num segundo momento, ele se contradiz, ao considerar o aspecto pessoal da propriedade quanto à administração e ao uso dos bens materiais. Quanto à administração, será lícita a propriedade privada, sendo os bens materiais administrados como próprios, porém, quanto ao uso, eles passam a ser considerados comuns.

Portanto, os homens se esqueceram de que o uso dos bens individualmente apropriados deve ser direcionado ao bem comum, o que foi ignorado pelo individualismo liberal, dando causa à violenta reação do socialismo.

Do lado inverso da concepção cristã, o marxismo considera a propriedade como a chave para o controle da sociedade industrial moderna, combatendo o capitalismo, que tem o poder sobre a propriedade dos meios de produção, controlando a sociedade, e exercendo poderes de mando que deviam caber à comunidade. Assim, a teoria marxista postula a transferência de propriedade dos meios de produção para a comunidade, a qual, nas etapas iniciais, exerce o controle mediante o poder coercitivo do Estado, até que este desapareça.

No Manifesto do Partido Comunista, publicado em 1848, Marx e Engels explicam a teoria do comunismo em relação ao direito de propriedade, classificando-a como fruto natural da evolução histórica, e resumindo-a nesta fórmula única: fim da propriedade privada.

As concepções teóricas dos comunistas não se baseiam em ideias ou princípios inventados ou descobertos de qualquer forma ou por qualquer um que pensa em ser o salvador do Mundo. É apenas a expressão geral das condições reais de uma luta de classes existentes, de um movimento histórico que se desenvolve sob os nossos olhos. A abolição das relações de propriedade que têm existido até hoje não é uma característica peculiar e exclusiva do comunismo. Todas as relações de propriedade têm passado por modificações constantes em consequência das contínuas transformações das condições históricas. A revolução francesa, por exemplo, aboliu a propriedade feudal em proveito da propriedade burguesa.

O que caracteriza o comunismo não é o fim da propriedade privada, mas o fim da propriedade burguesa. Ora, a propriedade privada atual, a propriedade burguesa, é a última e mais perfeita expressão do modo de produção e de apropriação baseado nos antagonismos de classe, na exploração de uns pelos outros. Nesse sentido, os comunistas podem resumir sua teoria nesta fórmula única: abolição da propriedade privada. Esta visão comunista é censurada por querer abolir a propriedade pessoalmente adquirida, fruto do trabalho do indivíduo, propriedade que se declara ser a base de toda liberdade, de toda independência individual.

A propriedade pessoal, fruto do trabalho e do mérito. Pretende-se falar da propriedade do pequeno burguês, do pequeno camponês, forma de propriedade anterior à propriedade burguesa? Não precisamos aboli-la, porque o progresso da indústria já a aboliu e continua a aboli-la diariamente. Ou por ventura pretende-se falar da propriedade privada atual, da propriedade burguesa?

Mas, o trabalho do proletário, o trabalho assalariado cria propriedade para o proletário? De nenhum modo. Cria o capital, isto é, a propriedade explora o trabalho assalariado e que só pode aumentar sob a condição de produzir novo trabalho assalariado, a fim de explorá-lo novamente. Em sua forma atual, a propriedade se move entre dois termos antagônicos: capital e trabalho.

A propriedade é um meio com cuja ajuda se realiza a transformação da sociedade e portanto não pode ser vista como o centro do direito privado. Segundo Marx e Engels, o conceito de propriedade privada teria sido o princípio que fez aparecer o Estado, como aparelho de

coerção. Os mais fortes, economicamente, porque possuem os bens de produção, adquirem o domínio do aparelho de coerção, que nada mais é do que o Estado.

Não obstante, convém apontar os excessos de radicalismo opostos, que colocam em risco a pessoa humana ou o próprio Estado. A concepção individualista cristã levaria o homem a escravidão, e ao mesmo resultado conduziria a concepção socialista de Marx .

Partindo para um apanhado sistemático acerca do tema, passa-se, neste ponto, à apresentação do instituto jurídico da propriedade, pautando-se na análise de sua evolução como substrato do tema central deste estudo, que é a desapropriação da propriedade por utilidade ou interesse público fere o princípio constitucional que garante a propriedade privada.

O instituto jurídico da propriedade, assim como todo e qualquer elemento integrante de um ordenamento jurídico de um determinado país deve estar de acordo com sua Constituição Federal.

Neste sentido, Norberto Bobbio esclarece que existe hierarquização entre as normas. Mas será que as normas constitucionais é a norma fundamental? Portanto, se existem normas constitucionais, deve existir o poder normativo do qual elas derivam: esse poder é o poder constituinte, o poder último, ou se quisermos, supremo, originário, num ordenamento jurídico.

Mas se vimos que uma norma jurídica pressupõe um poder jurídico, vimos também que todo poder normativo pressupõe, por sua vez, uma norma que o autoriza a produzir normas jurídicas.

Dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas: essa é a norma fundamental. A norma fundamental, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais poder de fixar normas válidas, impõe a todos aqueles aos quais se referem as normas constitucionais o dever de obedecê-las.

A norma fundamental é o tempo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora e falaremos adiante, seria um amontoado de palavras e não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma. Devido à presença, num ordenamento jurídico, de normas superiores e inferiores, ele tem uma estrutura hierárquica.

Portanto, a partir de uma norma fundamental, teríamos a construção de uma complexa cadeia de normas sobrepostas e regularmente hierarquizadas. Assim, devemos compreender que o estudo de um determinado instituto jurídico deve ser feito de modo a analisarmos sua inserção no ordenamento, e, por consequência, a sua vinculação com o paradigma estatal.

Para analisarmos a propriedade frente ao Estado Liberal de Direito, é necessário que façamos uma abordagem sumária do que foi, e de como funcionava este modelo estatal, que determinava o modo de organização jurídico-social das nações, que se afirmavam no cenário da época.

Como consequência da evolução do Estado absolutista, chega-se ao Estado Liberal de Direito. Mas quais seriam as principais características deste modelo estatal? O Estado Liberal de Direito tem como pilares uma Constituição Federal previamente elaborada e a não intervenção do Estado no domínio privado. Também vale citar, que os direitos garantidos pelo Estado são mínimos, basicamente, os necessários para a sobrevivência do modelo econômico colocado como base de sustentação do Estado.

Como esclarece Dalmo de Abreu Dallari (1997, p. 233), temos que:

“O Estado Moderno nasceu absolutista e durante alguns séculos todos os defeitos e virtudes do monarca absoluto foram confundidos com as qualidades do Estado. Isso explica porque já no século XVIII o poder público era visto como inimigo da liberdade individual, e qualquer restrição ao individual em favor do coletivo era tida como ilegítima. Essa foi a raiz individualista do Estado Liberal.”

O Estado Liberal, com um mínimo de interferência na vida social, trouxe, de início, alguns inegáveis benefícios, prossegue o autor:

“[...] houve um progresso econômico acentuado, criando-se as condições para a revolução industrial; o indivíduo foi valorizado, despertando-se a consciência para a importância da liberdade humana; desenvolveram-se as técnicas de poder, surgindo e impondo-se a idéia do poder legal em lugar do poder pessoal. (DALARRI, 1997, p. 233 e ss).”

No tocante à propriedade, não podemos nos eximir de comentar, que o modelo estatal privilegiava a sua exploração, quase que sem limites. Os limites, na maioria das vezes, eram apenas conjunturais, não se preocupando com os interesses sociais. A propriedade privada representava a unidade fundamental para o sistema econômico vigente. Desta forma, respeitando-se o modelo que pregava a não intervenção estatal no domínio econômico, o Estado, não

difícilmente, intervia de forma direta na propriedade particular. Assim, podemos concluir que a intervenção do Estado na propriedade privada não se manifestou, de forma direta e intensiva, durante a vigência do paradigma estatal em questão.

O modelo referente à utilização do direito de propriedade adotado durante o período em que se aplicaram a ideologia e a sistemática intrínseca ao Estado de Direito, não mais satisfazia as necessidades sociais que surgiam, em consequência da evolução das relações socioeconômicas. Essas relações foram originadas pelas disparidades criadas pelas conjecturas da época, tais como, os desdobramentos da I guerra Mundial, a implantação do Estado Socialista na União Soviética, e, também, as próprias tensões sociais criadas pela prática do liberalismo clássico.

Em relação ao citado, Dallari (1997 / p 233 e ss) pensa e esclarece o seguinte:

“Durante a I guerra Mundial a situação dos operários se agravou no mundo todo. Na Rússia criaram-se as condições para a formação do primeiro Estado socialista, e nos demais Estados a estabilidade social começou a ser buscada através de medidas socializantes. Logo depois da guerra, aprova-se na Alemanha a Constituição Weimar, dando grande ênfase à questão operária, o que seria imitado por outras Constituições. E foram ainda as grandes dificuldades enfrentadas pelas massas proletárias que determinaram, na Alemanha, a ascensão do partido nazista, e nos Estados Unidos, tradicionais e intransigentes defensores da livre empresa, a implantação do Estado intervencionista. Em 1932, Franklin Roosevelt é eleito presidente dos Estados Unidos, encontrando o povo em situação desesperadora: milhões de desempregados, famílias sem abrigo e sem alimentos, e até os grandes círculos financeiros inseguros. Enfrentando a resistência dos empresários, Roosevelt lançou seu programa de governo conhecido como NEW DEAL, que era, na realidade, uma política intervencionista.”

Esse liberalismo clássico corresponderá, portanto, a um Estado Liberal que deixará aos cidadãos a possibilidade do exercício da livre concorrência de modo que o egoísmo de cada um ajude a melhoria do todo.

Esse modelo político e econômico levava, no século XIX, à concentração econômica que ameaça o núcleo do pensamento liberal de livre concorrência e livre iniciativa. Era urgente a intervenção estatal, no domínio econômico, que viesse possibilitar a sobrevivência do liberalismo, como também, era urgente que o Estado liberal incorporasse determinadas reivindicações socialistas por trabalho, previdência, saúde e educação, evitando, com isso, a explosão social que ameaçava os Estados europeus, naquele final de século XIX e início do século XX.

Esses fatos conduziram ao surgimento do Estado social e democrático de Direito, que se afirma nas Constituições do México, de 1917, e da Alemanha, de 1919.

Essas Constituições ampliaram o catálogo de direitos fundamentais, acrescentando ao núcleo desses direitos no Estado Liberal (os direitos individuais e políticos) novos direitos sociais, econômicos e culturais.

É importante ressaltar que não se trata de mera ampliação de direitos e garantias, como interpretam vários constitucionalistas, que caracterizaram esse Estado como um Estado assistencialista, mantendo o núcleo liberal de direitos fundamentais intactos e acrescentando direitos sociais e econômicos, que seriam reflexos da injunção econômica do momento. O Estado, nesse sentido, interviria na economia quando necessário, para fazer correções e assistiria os necessitados nos momentos de crise econômica.

Assim, no sentido de se ampliar o bem estar social, surge a teoria da função social da propriedade, que, em linhas gerais, retrata a necessidade de o Estado tomar para si algumas prerrogativas que garantiriam a paz social, e acima de tudo, condições para que o sistema econômico pudesse continuar a se desenvolver. As medidas a serem tomadas pelo poder público se manifestavam, de forma a garantir, quando necessário, que a utilização da propriedade privada estaria submetida ao interesse social. A submissão ao interesse social se manifestaria, de modo a redirecionar a utilização de um bem privado, para que este viesse a atender uma maior parcela de cidadãos. A intervenção do Estado, na propriedade privada, se dava com base no princípio da legalidade, uma vez que estamos tratando de um Estado de Direito.

A evolução natural da sociedade levou à falência o paradigma estatal que acabamos de analisar, estabelecendo o fim o Estado Social de Direito. Desta falência, surge um novo modelo estatal, que vem superar, ampliar e corrigir seus aspectos deficitários. Nasce, então, o Estado Democrático de Direito.

O novo paradigma estatal surge no sentido de garantir a implementação dos diversos grupos de direitos que as necessidades socioeconômicas impuseram. O Estado Democrático de Direito atua na proteção dos direitos de terceira, quarta e quinta gerações, que se consubstanciam, ou seja, se materializam na proteção dos interesses difusos.

Assim, as limitações ao direito de propriedade se insurgem de maneira mais incisiva, uma vez que a tutela estatal não pode limitar-se a atuar como pacificadora, mas sua atuação tem que se pautar na proteção dos interesses difusos. A aplicação das limitações estatais, apesar de respeitar os limites legais, não pode se restringir à esfera puramente social caracterizando, entre outros fatos, a modificação do conceito de função social da propriedade.

O aspecto sociológico da evolução da propriedade envolve uma grande sorte de fatores. São Tomás de Aquino prega que o sentimento de propriedade está ligado ao condicionamento externo do próprio meio, ou seja, o conjunto de situações pelas quais o homem não pode deixar de tomar posse de determinados bens necessários à sua sobrevivência.

Ainda dentro dessa perspectiva sociológica, tem-se que a própria evolução humana, desde a pré-história, contribui para o surgimento e o aprimoramento do sentimento de propriedade. Um fator de extrema relevância está no fato de o trabalho gerar o sentimento de propriedade. Assim, com o aprimoramento do trabalho, passa-se ao desenvolvimento das relações econômicas e, por consequência, da propriedade.

A primeira categoria de bens, de que se tomou propriedade, foram os bens móveis, sendo que estes bens, muitas vezes, faziam parte dos instrumentos ou frutos do trabalho. A partir da propriedade dos bens móveis, surgiu, então, a propriedade de imóveis, sendo que, dentro da linha de raciocínio da propriedade como meio de produção, tem-se a propriedade sendo protegida como campo de trabalho. A evolução e os diferentes usos da propriedade levaram ao surgimento de cercas, o que criou uma certa individualização.

Outro ponto interessante na evolução da propriedade está ligado à titularidade do bem. No início, havia a propriedade coletiva, que atendia aos interesses do grupo. Com o passar do tempo, passa-se à propriedade da família, sendo que a figura dos *pater famílias* era sobremaneira valorizada. Dando seguimento à linha evolutiva, tem-se que a necessidade da distribuição interna, para os membros da família, acarretou uma tendência de se individualizar a propriedade, e, desta forma, permitir a acumulação de riquezas e bens, uma vez que os mais fortes e preparados começaram a conquistar os bens alheios.

Teve-se ainda, alguns outros modelos de propriedade, em virtude de acontecimentos históricos. Há o exemplo do feudalismo, que estabeleceu algumas particularidades à propriedade, dentre elas, as relações entre o senhor feudal e os vassalos, nas quais se detecta alguns indícios de limitações ao direito de propriedade.

Outro ponto que se deve abordar, é o aspecto antropológico da propriedade. Os jusnaturalistas consideram a propriedade como direito natural do homem. Ainda dentro desta perspectiva, têm-se as mais variadas correntes de pensamento entre o jusnaturalismo, o liberalismo e o intervencionismo estatal. Sobre estes dois paradigmas, pode-se fazer a seguinte consideração: o liberalismo refletiu o sentimento dos individualistas, entretanto, a sistemática

proposta pelos intervencionistas enfatiza a coletividade e o controle das relações coletivas. Por meio da teoria proposta por Karl Marx tem-se uma mudança na maneira de se pensar o conceito de propriedade, sendo que a concepção que predomina, nesta corrente de pensamento, é a cultura do coletivo como prioridade.

Quanto aos aspectos filosóficos, deve-se atentar, mesmo que sucintamente, para as cinco teorias referentes à propriedade: teoria da primeira ocupação; teoria do trabalho; teoria individualista; teoria da função social e teoria positivista. Pela a teoria da primeira ocupação, a propriedade estaria ligada à primitiva ocupação do bem, sendo o seu principal ponto a ocupação do imóvel, sem se importar com a forma com que foi realizada. Na teoria do trabalho, o ponto relevante está na justificação da propriedade, sendo que não bastaria a ocupação para justificar a propriedade, fazia-se necessário que algo materializasse em propriedade. Neste caso, seria o trabalho o responsável pela aquisição. A teoria complementar da especificação defende que, além da única justificativa de ser a propriedade um resultado do trabalho, requer-se, ainda, uma especificidade deste, ou o mesmo que sua materialização por meio de instrumentos próprios, ou seja, não é justificável a propriedade de quem explora o trabalho alheio. Quanto à teoria individualista, esta se apresenta como uma vinculação do bem ao seu proprietário, constituindo-se numa espécie de *affectio*. Já a teoria da função social, representa a maneira pela qual os bens devem ser colocados a serviço da maioria. De resto, temos a teoria positivista, pela qual a lei seria a fonte e a justificativa da propriedade.

2 DIREITO DE PROPRIEDADE

2.1 Uma visão geral do direito de propriedade

O conteúdo do direito de propriedade consiste no conjunto de poderes que o proprietário tem sobre a coisa.

A propriedade em geral atribui ao seu dono, principalmente, a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa.

Contudo, o direito de propriedade não mais se reveste do caráter absoluto e intangível, de que outrora se impregnava. Está ele sujeito, na atualidade, a numerosas limitações, impostas pelo interesse público e privado, inclusive pelos princípios de justiça e do bem comum.

Como observa Washington de Barros (1972, p. 97): “várias disposições constitucionais, administrativas, militares, penais e civis restringem o seu exercício, de tal modo que se pode afirmar ser totalmente impossível a completa enumeração de todas as restrições”. Com efeito, no direito moderno o primado de interesse coletivo ou público vem influenciando sobremaneira no conceito de propriedade.

Assim, adverte Maria Helena Diniz que:

“As medidas restritivas do direito de propriedade, imposta pelo Estado em prol da supremacia do interesse público, vêm diminuindo o exercício desse direito; de modo que os princípios gerais de direito, como a igualdade das propriedades e o da repressão ao abuso do direito, foram sendo aplicados tão amplamente que o domínio passou a encontrar neles restrições cada vez mais fortes, acarretando o seu enfraquecimento interno e a consolidação de intervenção estatal.”

O que pode perceber é que a propriedade, na sociedade moderna, não está a serviço do dono, mas sim de toda a sociedade que deva ser beneficiada pela mesma. Através das restrições pelo Estado em face da propriedade em nome da utilidade pública e social é que o Estado tem poder para rever e amenizar algumas situações como o caso dos sem terras e dos sem tetos que estão presentes na nossa realidade social. O Estado tem que através da política justa de desapropriação buscar solucionar, ou pelo menos, amenizar um dos maiores problemas sociais que a nossa sociedade possui.

2.2 A importância e o conceito ético-econômico da propriedade

O direito de propriedade é sem dúvida alguma o mais importante de todos os direitos subjetivos.

A propriedade é o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como reivindicar de quem injustamente o detenha.

O código civil dispõe que a propriedade é plena quando nela encontra todos os direitos elementares que são gozar, usar e dispor, o que a tornará absoluta, exclusiva e perpétua.

Pelo Código Napoleônico, o direito de propriedade é o direito de gozar e de dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos.

A Constituição Federal no seu art 5º, inciso XXII, diz que é garantido o direito de propriedade.

Quando se encontra todos os direitos elementares inerente à propriedade, esta tornará absoluta, exclusiva e perpétua.

Pode-se dizer em primeiro lugar, que o direito de propriedade é absoluto, à medida que oponível *erga omnes*, e apresenta caráter de plenitude. O dono dispõe da coisa como bem quiser, sujeitando-se, apenas, a determinadas limitações impostas no interesse da coletividade.

O segundo atributo é o da exclusividade. Não pode a mesma coisa pertencer com exclusividade e simultaneamente a mais de uma pessoa. O art. 1.231 do Código Civil de 2002, agasalha esse caráter exclusivo ao prescrever que: “a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”.

O terceiro atributo trata da irrevogabilidade. Assim, uma vez adquirida a propriedade, de regra, não pode ser perdida senão pela vontade do proprietário. A propriedade tem pois, um sentido perpétuo, subsistindo independentemente de exercício, enquanto não sobrevier causa legal extintiva.

Vamos ver agora os elementos constitutivos da propriedade, que estão contidos no art. 1.228, Código Civil:

“O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
Parágrafo 1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade

com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Parágrafo 2º. São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Parágrafo 3º. O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público eminente.

Parágrafo 4º. O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Parágrafo 5º. No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.”

Percebe-se que o Código Civil de 2002 segue a tendência que estamos mostrando desde o início desse nosso estudo que é o de limitar ao máximo o proprietário fazer o que bem entender com a sua propriedade.

No entanto, percebe-se de forma clara, que já não prevalece, no espírito da legislação contemporânea, aquele absolutismo pernicioso que imperava no conceito do direito de propriedade, conferindo ao titular desse direito, prerrogativas excepcionais firmado em um critério exclusivista, que lhe garantiam o pleno uso, gozo e disposição da coisa, em detrimento mesmo dos interesses mais caros da coletividade.

Em uma sociedade socialista, não pode continuar subsistindo o conceito romano da propriedade. O interesse individual deve ceder seus privilégios ante os interesses coletivos.

Assim liberta dos paradigmas individualistas puros, por um imperativo de ordem econômica e social, a propriedade tende cada vez mais a se subordinar ao bem comum.

Menciona Carlos Alberto Dabus Maluf (1997, p. 4) que:

“Ligado essencialmente a um dever de boa administração, de boa gestão, em vista do bem pessoal e do bem comum, a propriedade apresenta-se, nos dias atuais, impregnada de acentuado caráter social, afastando-se cada vez mais da concepção individualista do Código Civil, para assumir a forma de verdadeiro encargo social, aplicada ao bem-estar da coletividade”.

Percebemos que o proprietário não tem mais os direitos absolutos sobre seu bem, com poderes de destruí-lo e de deixá-lo inativo. Há hoje, na maior parte dos países, e notadamente na França, uma série de leis que obrigam o proprietário a consagrar sua propriedade ao interesse geral; que o proibem, muitas vezes, de vendê-las e dispor dela livremente; que o obrigam a torná-

la útil; que o tornam, enfim, responsável pelos danos causados por seus bens. O proprietário aparece, assim, mesmo tanto quanto o indivíduo no interior do direito civil, como encarregado de um serviço público.

Dentro dessa nova ideia, o direito de propriedade torna-se relativo. A propriedade é livremente assegurada e protegida enquanto servir ao interesse social, às necessidades comuns.

Isso significa que a propriedade não mais ostenta aquela estreita e antiquada concepção do Código que conferia ao titular desse direito, prerrogativas individuais excepcionais; afirma-se cada vez mais forte o seu sentido social, tornando-se, assim, não instrumento de ambição e desunião dos homens, mas fator de progresso, de desenvolvimento e de bem-estar de todos.

2.3 O fundamento jurídico da propriedade

Várias são as teorias que tentam esclarecer a natureza do direito de propriedade, bem como a legitimidade desse direito.

Vamos nos ater às teorias de ocupação, da lei, da especificação e da natureza humana.

A teoria da ocupação é a mais antiga e baseia-se que a ocupação seria o fundamento do direito de propriedade. No entanto, sendo a ocupação apenas um modo de adquirir a propriedade, obviamente não basta para justificar o direito de propriedade; adquirido. A própria realidade na esfera internacional desmente a teoria. Ninguém ignora o fenômeno da expulsão e aniquilamento do povo indígena, primitivo ocupante da terra.

Já a teoria da lei é a defendida, entre outros, por Montesquieu, para quem a propriedade é concessão do direito positivo. É falha a teoria à medida que se funda na vontade humana.

Assim como o legislador a institui poderia também suprimi-la. Daí a necessidade de colocar a propriedade acima da lei.

A teoria da especificação é a formulada pelos economistas, que afirmam que só o trabalho, criador único de bens, constitui título legítimo para a propriedade. Harada (1998) cita que segundo Planiol, é falsa essa teoria porque, o trabalho deve ter por recompensa o salário e não a própria coisa por ele produzida. Conteriam o germe da negação do direito de propriedade.

E por fim a teoria da natureza humana que desfrutou e continua desfrutando grande prestígio entre os estudiosos, é a sustentada pela doutrina da Igreja Católica, segundo a qual a propriedade é inerente à própria natureza do homem; ela representa a condição de existência e de

liberdade da criatura humana, constitui a garantia e expressão da individualidade humana, pressuposto e instrumento de desenvolvimento intelectual e moral do homem.

A verdade é que o direito de propriedade fundamenta-se na lei que o consagra. Entre nós, ele sempre teve fundamento na Constituição Federal, porque convencido o legislador constituinte de sua legitimidade e de sua conveniência, por representar uma necessidade.

2.4 A visão da propriedade na Constituição Federal de 1988

Nossa lei maior ao consignar, em seu art.5º, inciso XXII, a garantia ao direito de propriedade limitou o poder do Estado no campo econômico. Assegura a propriedade privada sem torná-la, entretanto, intangível sob a ótica do poder público, pois previu e regulamentou as hipóteses de ingerência estatal nos bens de domínio particular, quando necessário para o bem comum.

A norma constitucional do direito de propriedade, porém, está vinculada ao bem-estar social, conforme podemos observar no inciso XXIII do art.5º, que dispõe: “A propriedade atenderá a sua função social”.

Ainda classifica a Constituição Federal, em seu art.170, II e III, a propriedade e sua função social como princípio da ordem econômica, impondo penalidades para o caso de não ser este observado, principalmente em relação às propriedades imóveis urbanas e rurais.

Portanto, ao mesmo tempo em que a propriedade é regulamentada como direito individual fundamental, revela-se o interesse público de sua utilização e de seu aproveitamento adequados aos anseios sociais.

José Afonso da Silva assevera que: “esta regulamentação constitucional da propriedade vai descaracterizando de maneira fundamental a natureza privada e individual da instituição, aproximando-a, outrossim, do terreno do direito público”.

Menciona Carlos Alberto Dabus Maluf (1997, p. 77) que:

“Não nos parece, todavia, correta tal informação, diz José Acir Lessa Giordani. Prossegue o ilustre professor da Faculdade de Direito Cândido Mendes: Inegável é, realmente, que a função social como elemento da estrutura e do regime jurídico da propriedade incide em seu conteúdo e compõe o seu conceito, mas não com força suficiente, em um Estado de regime democrático, para desvirtuar o caráter individual e privado da instituição em epígrafe. As restrições advindas do Estado em relação à

propriedade, tendo em vista o interesse social, são mais antigas do que se pretende afirmar.”

Pela primeira vez, a Constituição Federal de 1988 tratou, em capítulos próprios, da propriedade urbana e da propriedade rural.

É verdade já existir, desde 1964, Estatuto da Terra regulando os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, para os fins de reforma agrária e promoção política agrária.

No tocante à propriedade urbana, surge expressiva inovação, faculta-se ao poder público municipal, mediante lei específica para área incluída em seu plano, exigir, nos termos da lei federal, da propriedade do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de parcelamento ou edificação compulsória, tributação progressiva ou desapropriação, art. 182, inciso I e III.

Percebe-se que cria para o proprietário, um dever, uma obrigação em relação ao imóvel, com o caráter de obrigação *propter rem*, o que desloca a concepção do direito de propriedade de exclusivo feixe de poderes, sobre a coisa, concedidos a seu titular, para compreendê-lo também, como explicitam jurista modernos sob a ótica de uma disciplina que incide sobre o conteúdo da situação jurídica do proprietário, que se apresenta também passiva, na medida em que se lhe impõem ônus e comandos obrigatórios visando ao interesse social da coletividade, em compensação em seu patrimônio.

A função social da propriedade, no caso, diz respeito tanto ao fundamento da atribuição deferida ao particular como ao modo em que corretamente vem a ser determinado conteúdo.

E, no que diz respeito à propriedade rural, a Constituição Federal, seguindo a diretriz do Estatuto da Terra, elenca requisitos para apurar se a função social da propriedade está sendo preenchida.

Assim, é considerada cumprida quando, simultaneamente, atende a seu aproveitamento racional e adequado, à utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, à observância das disposições que regulam as relações de trabalho, à exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores, conforme art. 186, inciso I a IV.

A função social, no moderno estatuto jurídico da propriedade, de tão realçada, desloca-se de sua faixa externa, reservada à coletividade, para interferir, em razão dos comportamentos impostos ao proprietário, com a qualificação de seu direito, em ordem a nela identificar o conteúdo mesmo de sua situação.

E não é só isso. A Constituição Federal estabelece, ao lado da desapropriação comum dos imóveis urbanos prevista no parágrafo 3º do art. 182, para as hipóteses de necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, art.5º, inciso XXIV; a desapropriação-sanção, efeito da desídia do proprietário de imóvel urbano no que se refere à sua edificação e adequada utilização.

A desapropriação-sanção, assim, difere da desapropriação comum em pontos fundamentais, e não poderá ser utilizada de maneira imprópria pelo poder público municipal.

Como observa José Acir Lessa Giordani:

“Se, por exemplo, no programa de reforma urbana previsto no Plano Diretor de determinado município, está o planejamento de construção de prédios modernos de grandes dimensões que proporcionariam um melhor aproveitamento de uma área ocupada por proprietário de prédios antigos e pequenos, a estes não se poderá impor a desapropriação-sanção, alegando-se a subutilização dos bens imóveis urbanos. Havendo efetiva necessidade de expropriação, a modalidade de desapropriação a ser utilizada, na hipótese em tela, é a comum, garantido-se a prévia e justa indenização em dinheiro, o que assegura a propriedade privada como princípio de ordem econômica e a resguarda do abuso do poder público.”

A norma Constitucional que traça a política urbana visa a forçar o proprietário a atribuir a seu bem de raiz, destinação condizente com o interesse social urbano, devidamente estabelecida no Plano Diretor. Esta destinação a ser compulsoriamente determinada pelo poder público municipal, não pode, a bem do princípio da propriedade privada adotada pela Constituição Federal de 1988, ultrapassar os limites previstos no próprio art. 182, parágrafo 4º, atingindo bens edificados e utilizados.

Coíbe, outrossim, o preceito constitucional, a inércia do proprietário que, em prol da especulação imobiliária, nada faz para auferir de sua propriedade vantagens inerentes a bens desta natureza e que têm repercussão benéfica na coletividade.

Apesar de não ser nosso estudo específico, a desídia do proprietário em geral pode resultar, também, na perda do domínio em decorrência de sua aquisição por outrem através da usucapião. Estabelece, contudo, a norma constitucional, modalidade especial de usucapião, instituída especialmente como meio de viabilizar o cumprimento da função social da propriedade urbana, servindo como instrumento importante para colocá-la em sua trilha normal.

A usucapião prevista no art. 183 da Constituição Federal tem características próprias que fazem ressaltar o caráter social do instituto. Começando pela legitimidade, somente poderá beneficiar-se com a usucapião especial urbano a pessoa física que não tenha título de domínio de

outro imóvel urbano ou rural. A pessoa jurídica, assim, não poderá valer-se desta modalidade de usucapião.

2.5 A função social da propriedade

A respeito do tema, preleciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 289), que:

“O quarto dos princípios fundamentais da ordem econômica, segundo a Constituição Federal vigente, é o da função social da propriedade. Com isso, condena ela a concepção absoluta da propriedade segundo a qual esta é o direito de usar, gozar e tirar todo o proveito de uma coisa de modo puramente egoísta, sem levar em conta o interesse alheio e particularmente o da sociedade.”

Dentro dessa consideração, a função social da propriedade seria um mero elemento restritivo a seu caráter absoluto, o que não exaure o estudo da matéria.

Para José Afonso da Silva (2003, p. 282), a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de sua limitação. Enquanto estes dizem respeito ao exercício do direito, aquela refere-se à estrutura do direito de propriedade.

O autor desenvolveu um estudo completo e pioneiro à luz do direito positivo e com base nos ensinamentos, dentre outros, Karl Renner, Pedro Escribano Collado e Fiorella D’Angelo, demonstrando que a função social constitui o próprio fundamento do regime jurídico da propriedade. São suas as palavras:

“A função social, assinala Pedro Escribano Collado, ‘introduziu, na esfera do direito de propriedade, um interesse que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo o caso, é estranho ao mesmo’; constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e de sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo.

Com essa concepção é que o intérprete tem que entender as normas constitucionais, que fundamentam o regime jurídico da propriedade: sua garantia enquanto atende sua função social, ‘implicando uma transformação destinada a incidir, seja sobre fundamento mesmo da atribuição dos poderes ao proprietário, seja, mais concretamente, sobre o modo, em que o conteúdo do direito vem positivamente determinado; assim é que a função social mesma acaba por posicionar-se como elemento qualificante da situação jurídica considerada, manifestando-se conforme hipóteses, seja como condição de exercício de faculdades atribuídas, seja como obrigação de exercitar determinadas faculdades de acordo com modalidades preestabelecidas’. Enfim, a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens.

Mas é certo que o princípio da função social não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada. Contudo, parece-nos que pode fundamentar até

mesmo a socialização de algum tipo de propriedade, onde precisamente isso se torne necessário à realização do princípio, que se põe acima do interesse individual. Por isso é que se conclui que o direito de propriedade (dos meios de produção especialmente) não pode mais ser tido como um direito individual. A inserção do princípio da função social, sem impedir a existência da instituição, modifica sua natureza, pelo que, como já dissemos, deveria ser prevista apenas como instituição do direito econômico. Por outro lado, em concreto, o princípio também não autoriza esvaziar a propriedade de seu conteúdo essencial mínimo, sem indenização, porque este está assegurado pela norma de sua garantia.”

Diante do exposto, é incogitável, hoje em dia, a figura da propriedade privada com o caráter de direito absoluto. Não tem como negar a transformação do regime da propriedade privada. Esta não mais corresponde ao conceito dado pelos romanos.

Hoje, o conceito de propriedade está umbilicalmente ligado ao de justiça social, que segundo a doutrina social da igreja seria a força orientadora dos atos humanos para o bem comum.

De fato, se a propriedade privada e sua função social passaram a integrar o elenco dos princípios da ordem econômica, não se pode deixar de vincular essa propriedade à finalidade perseguida por aqueles princípios, isto é, assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social.

Muito embora a propriedade privada esteja figurada no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, sua inclusão juntamente com sua função social no capítulo da ordem econômica importou, inegavelmente, em conferir à propriedade um alto grau de relativismo, à medida que os princípios de ordem econômica estão preordenados com vistas ao atingimento da finalidade de dignificar a criatura humana, segundo os preceitos da justiça social. Importa dizer que a propriedade privada só se justifica enquanto cumpre a sua função social.

2.5.1 A função social da propriedade perante a Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 é bem mais atenciosa no que se refere ao assunto em pauta do que as anteriores. Isso se percebe no próprio texto da Constituição Federal que veremos transcritos a seguir:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

Art.170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observadas os seguintes princípios:

(...)

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade.

Art.182 A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o plano de desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

(...)

Parágrafo 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Parágrafo 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

Parágrafo 4º É facultada ao poder público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

(...)

III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Art.184 Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Art.186 A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações do trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

Como podemos observar, nossa Carta Magna de 1988, para efeito de execução da política de desenvolvimento urbano, confere ao município a incumbência de definir a função social da propriedade urbana, como se depreende do art. 182 e seu parágrafo 2º. A propriedade cumpre a função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, impositivo para cidades com mais de vinte mil habitantes. A Constituição Federal possibilita flexibilizar a definição de função social da propriedade urbana, que pode variar de um município para o outro, ou até mesmo de uma zona para outra do mesmo município, dependendo dos problemas e necessidades de cada comuna ou de cada zona de uso, que irão influir na elaboração do respectivo plano diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

A propriedade rural, por sua vez, cumpre a função social quando preenche os requisitos dos incisos I a IV do art. 186 da Constituição Federal, submetidos estes aos critérios e graus estabelecidos em lei. A Lei 8.629/93, em seu art. 9º, fixa esses critérios e graus completando a definição constitucional. Essa definição é igualmente flexível, à medida que o conceito de propriedade produtiva, que a integra, varia no tempo em função do progresso científico e tecnológico da agricultura e do desenvolvimento regional.

Diante do exposto, é possível concluir que a nossa Constituição Federal inscreveu o princípio da função social para a propriedade em geral; inscreveu a propriedade privada e sua função social como um dos princípios da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, com o fito de assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social e definiu o conteúdo desse princípio em relação às propriedades urbana e rural.

2.6 Limitações ao direito de propriedade

Vimos em capítulos atrás que o direito de propriedade reveste-se das características de absolutismo, de exclusividade e de irrevogabilidade, sendo certo que os dois primeiros caracteres estão contidos na norma do art.1231 do Novo Código Civil de 2002, que declara que: “A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”.

Todavia, é fora de dúvida que o domínio vem sofrendo limitações ao longo dos tempos, de conformidade com a nova ordem social que está surgindo na sociedade moderna, onde a intervenção do poder público faz-se cada vez mais necessária para restringir a liberdade individual e subordinar o direito de propriedade às exigências do bem comum. Podemos conceituar o bem comum como um ideal que promove o bem-estar e conduz a um modelo de sociedade, que permite o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, ao mesmo tempo em que estimula a compreensão e a prática de valores espirituais.

Assim é que ao lado das restrições voluntárias (usufruto, servidões, cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade etc) existem inúmeras limitações que decorrem da própria natureza das coisas, ou que são impostas por lei. As limitações de ordem legal são numerosíssimas.

As limitações que decorrem da natureza do direito, como ensina Silvio Rodrigues (1979), explicam através do recurso à noção de abuso de direito. O proprietário, no uso de seu direito, não pode ultrapassar determinados lindes sob pena de cometer abusos e o ato deixar de ser lícito.

Existem as de direito privado, como aquelas concernentes ao direito de vizinhança reguladas pelo Código Civil. Há também as limitações de direito público (urbanística e administrativa) tais como: as referentes à proteção do patrimônio histórico e artístico, nas três esferas governamentais; aquelas estatuídas nos Códigos de Minas, de Caça, de Pesca e Florestal; previstas nas leis de uso e ocupação do solo urbano e urbanizável, procurando conciliar o direito de propriedade com o interesse maior da coletividade, principalmente nas megalópoles; as voltadas para a proteção da ecologia e preservação do meio ambiente; aquelas de natureza militar, que vão desde as restrições a transações imobiliárias nas faixas de fronteiras com outros países até a requisição de móveis e imóveis necessários às forças armadas e à defesa passiva da população.

Enfim, existem, ainda, inúmeras limitações objetivando a proteção da lavoura, do comércio, da indústria, sem contar aquelas capituladas nas leis penais e eleitorais.

Ainda podemos citar Luiz da Cunha Gonçalves que preleciona o seguinte:

“As limitações do direito de propriedade podem ser classificadas quanto às suas origens ou quanto aos interesses cuja tutela visam. Sob este último ponto de vista, tais limitações podem ser divididas em: a) limitações de interesse público ou geral, ou de utilidade pública, as quais são destinadas a impedir que o interesse, o arbítrio ou o egoísmo do proprietário prevaleça em absoluto sobre o interesse da coletividade; b) limitações de interesse privado, que visam a conciliar os interesses do proprietário com os de outros particulares; e que se subdividem em limitações de mero interesse privado e limitações de interesse semipúblico, como as que têm por fim tornar menos ásperas e conflituosas as relações entre vizinhos e proteger a utilidade comum dos prédios contíguos.”

Portanto, pode-se dizer, sinteticamente, que as restrições à liberdade do proprietário de dispor da coisa de maneira que melhor lhe aprouver atingem o caráter absoluto da propriedade; as servidões e outras formas de uso de propriedade alheia limitam seu caráter exclusivo; as desapropriações, bem como as nacionalizações de bens estrangeiros, afetam o caráter da irrevogabilidade ou o caráter perpétuo da propriedade.

3 DESAPROPRIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 Análise Constitucional

Antes de se iniciar esta abordagem específica, deve-se ressaltar que este estudo utiliza-se do método de investigação histórica, ou seja, partindo da evolução de determinado instituto. Tal método, leva a análise do instituto, objeto de estudo, à luz do paradigma estatal de cada época, uma vez que a finalidade do Estado varia, e com ele varia a aplicação e a hermenêutica jurídica.

A Constituição Federal de 1891, no art 72, número 17, previa o direito de propriedade em toda sua plenitude, ressalvada a desapropriação por necessidade ou utilidade pública. A Constituição Federal de 1934 inspirou-se na Constituição Federal de Weimar, de 1919, seguindo a tendência do Estado Social de Direito. No seu art. 113, número 17 dispunha sobre a garantia do Direito de Propriedade que não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, como também, sobre a desapropriação por necessidade ou utilidade pública. A Constituição Federal de 1937, no eu art. 122, número 14, também garantia a propriedade. Cabe ressaltar, que essa Constituição Federal apresentava certas anomalias comuns às Constituições dos Estados fascistas europeus. A Constituição Federal de 1946, que buscava o resgate do paradigma do Estado Social de Direito, no art. 141, parágrafo 16, ao garantir o direito de propriedade, permitia, além da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, a desapropriação por interesse social. Nesse sentido, podemos confirmar as mudanças significativas em relação à desapropriação, como podemos nos aperceber, após a Constituição Federal de 1946, que esse instituto passa a cumprir uma função muito importante, que é a de impor à propriedade a função social. Tal colocação renova a estrutura desse instituto, modificando o modelo privatista e individualista preconizado pelas Constituições anteriores, com exceção da Constituição Federal de 1934.

A Constituição Federal de 1946 estabelece a grande novação, ao ressaltar a função social da propriedade, condicionando o uso da propriedade ao bem estar social, com igual oportunidade para todos. Com efeito, dispõe tal norma constitucional: O uso da propriedade será condicionado ao bem estar social. A lei poderá, com observância do art. 141, parágrafo 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

No entanto, passaram-se dezesseis anos, para que fosse editada a norma complementar, a Lei 4.132/62, que iria dar vigência à nova modalidade de desapropriação.

A Carta Magna de 1967, no seu art. 152, parágrafo 22, tratava do instituto da desapropriação, incluindo o direito de propriedade entre os direitos individuais, ressalvada a desapropriação por necessidade, utilidade pública e interesse social. O art. 161, parágrafos 29 e 39, define a função social da propriedade como princípio de justiça social e desenvolvimento econômico e prevê a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante o pagamento de justa e prévia indenização em títulos especiais de dívida pública, com a cláusula de exata correção monetária.

A Constituição Federal de 1967 ter-se-ia afastado da Constituição Federal de 1946, que manteve a tradição da Constituição Federal de 1934, inspirando-se na Constituição Federal de Weimar. A Constituição Federal de 1946 condicionava o uso da propriedade ao bem estar social, e determinava que a lei promovesse a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

Apesar da nota reacionária, não se pode eliminar a influência da doutrina social da igreja no direito Constitucional Brasileiro. Pode o individualismo motivar o legislador ou o juiz, em razão da origem de sua classe social. O misoneísmo mal transitório não resistirá à profunda tendência da evolução social de nossos dias, que enfatiza a justa equação entre o bem pessoal e o bem comum.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que:

“Do século XVIII aos nossos dias, a Propriedade foi objeto de acerbadas críticas. Assim, enquanto muitos a defendem como garantia essencial da liberdade, outros veem nela um instituto de opressão que sujeita certos homens à vontade de outros. De fato, enquanto a doutrina liberal continua a ver na Propriedade uma peça essencial de ordem econômica e garantia indispensável da liberdade individual, os socialistas, especialmente os marxistas, pregam a extinção da propriedade privada como único caminho para a liberação do homem. Entre estas duas posições extremadas, situa-se a doutrina social da igreja que muito influenciou o Direito Constitucional brasileiro, encara a Propriedade como um direito natural, indispensável para salvaguarda de liberdade individual. Entretanto, essa doutrina associa a propriedade a uma função social de servir de instrumento para a criação de bens necessários à subsistência de toda a humanidade.”

Como uma opinião consensual, Hely Lopes Meirelles (1998, p. 479, 480) assevera:

“Para propiciar o bem estar social, o Poder público pode intervir na propriedade privada e nas atividades econômicas das empresas nos limites da competência constitucional

atribuída cada uma das entidades estatais, através de normas legais e atos administrativos adequados aos objetivos da intervenção. O que se exige é que essa intervenção se contenha nos lindes constitucionais e legais que amparam o interesse público e garantem os direitos individuais.”

Cabe destacar que o Direito Constitucional – e notadamente quando trata de um conceito com o de interesse público – não resta indiferente aos conceitos sócio-políticos que lhe são imanentes. A ideia de interesse público traduz, necessariamente, um mergulho em conceitos políticos e sociológicos, inexistindo essa rígida separação entre objetos da ciência política e da ciência jurídica em determinadas hipóteses, porque o Direito se ocupa de valores éticos, sociais, regras morais que se encontram ao abrigo de outras ciências sociais.

A dignidade humana e a justiça são claros exemplos de princípios constitucionais que invocam conteúdos filosóficos, morais, políticos, sociológicos, todos dignos de preocupação por parte de outras ciências.

3.2 A desapropriação na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 se apresenta como uma das mais modernas Constituições em vigor, já que obedece aos preceitos do Estado Democrático de Direito. Nesta linha, a estruturação do instituto da desapropriação, no atual texto constitucional, encontra-se dissipada em alguns capítulos. Temos a presença do instituto nos arts. 5º, XXIV; 22, II; 182, parágrafos 3º e 4º e inciso III e 184, sendo que, em cada uma desses dispositivos, ele se apresentará de maneira específica, cumprindo função predeterminada. Ressalta-se, que a utilização deste instituto vem atendendo aos fins do Estado Democrático de Direito, como podemos confirmar através da maior especificidade de sua aplicação na tutela dos interesses difusos e coletivos.

Ainda resta esclarecer, como estão dispostas as diversas espécies de desapropriação na Constituição Federal de 1988. Tem-se, que o art. 5º, XXIV, nos apresenta a desapropriação ordinária; o art. 182, parágrafo 4º, a desapropriação para reforma urbana, e por fim, os arts. 184 e 185, a desapropriação para reforma agrária.

Alguns aspectos levantam polêmica acerca da natureza do instituto da desapropriação, no que se refere à sua modalidade prevista no art. 243 da Constituição Federal Federal. Apesar de se apresentar como uma espécie de desapropriação, não o é, em sua essência, pois se assemelha de maneira mais acertada a uma expropriação.

Conforme Maria Silvia Zanella Di Pietro (2000, p. 117), tem-se que a natureza jurídica do instituto da desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade. A forma originária de aquisição da propriedade é aquela que nasce de uma relação direta entre o sujeito e a coisa; e a forma derivada, aquela em que a subordinação da coisa ao sujeito depende de fato de terceiro. Ou com as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (1973, p. 513):

[...] diz-se originária a forma de aquisição da propriedade quando a causa que atribui a propriedade a alguém não se vincula a nenhum título anterior, isto é, não procede, não deriva, de título precedente, portanto, não é dependente de outro. É causa autônoma, bastante por si mesma, para gerar, por força própria, o título constitutivo da propriedade.

É precisamente o que ocorre na desapropriação, em que a transferência forçada do bem para o patrimônio público independe de qualquer vínculo com o título anterior de propriedade; não interessa, para fins de expropriação, verificar se se tratava de título justo ou injusto, de boa ou má fé.

Em síntese, diante de todo o exposto, podemos dizer que as nossas Constituições revela que, se de um lado sempre se garantiu o direito de propriedade, de outro nunca se proibiu a desapropriação. Esses dois direitos, o de propriedade do administrado e o de desapropriar do Estado, sempre conviveram em nosso ordenamento jurídico.

Ao mesmo tempo que se garante o direito de propriedade, ressalva-se, sempre, a possibilidade de desapropriação.

Em termos atuais, essa relação está explícita nos art. 5º, incisos XXII e XXIV da Constituição Federal. O primeiro prescreve que é garantido o direito de propriedade, enquanto o segundo estabelece que a lei fixará o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvadas, nesse particular, as hipóteses que a própria Constituição Federal enuncia.

A desapropriação, como se percebe, é o mais eficaz e também o mais grave instrumento de que dispõe o Estado para intervir na propriedade quando esta lhe é necessária, útil ou de interesse social.

3.3 Espécies de desapropriação

Há espécie ordinária e espécie extraordinária de desapropriação. Ambas espécies garantidas por lei.

No art. 5º, inciso XXIV, encontra-se a espécie ordinária e o art. 182, parágrafo 4º, III, e 184 e parágrafos dessa Constituição Federal, denominada extraordinária.

Uma difere da outra pelas seguintes notas: 1º - Na ordinária, a indenização deve ser prévia, justa e em dinheiro; na extraordinária, se para os fins da reforma agrária, a indenização, embora prévia e justa, é paga em títulos da dívida agrária com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até 20 anos a partir do segundo ano de sua emissão, e, se para fim de urbanização, é paga com títulos da dívida pública municipal de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até 10 anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurado o valor real da indenização e os juros legais. 2º - Na ordinária pode incidir sobre qualquer bem, salvo as vedações legais; na extraordinária, se para fins de reforma agrária, só pode recair sobre imóveis rurais que não estejam cumprindo sua função social, e se para fins de urbanização, só pode incidir sobre propriedade urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada, incluída no plano diretor, cujo proprietário não promoveu o seu adequado aproveitamento. 3º - A ordinária pode ser efetivada pela União, Estado-membro, Município, Distrito Federal e outras pessoas a quem a lei reconheça tal competência; a extraordinária, se para fins de reforma agrária, só pela União ou seus delegados, e, se para fins de urbanização, só pelo Município e pelo Distrito Federal, que recebe constitucionalmente (art. 32, parágrafo 1º) as competências que cabem aos Estado-membro e ao Município.

A doutrina tem classificado a desapropriação em direta e indireta. Direta é a desapropriação que observou todo o procedimento expropriatório. De acordo com Diógenes Gasparini (2003 / p 727), “Nesta tem-se um ato declaratório e uma fase executória em que são promovidas medidas visando à aquisição da posse, do domínio e ao pagamento da indenização. Indireta é a desapropriação em que não se obedeceu a esse procedimento”.

Neste caso não há ato declaratório nem fase executória, mas o Poder Público expropriante entra na posse do bem e passa agir como se fosse seu proprietário.

No dizeres de Gasparini (2003, p .727, 728), trata-se, na realidade, de esbulho:

[...] que obriga o proprietário a pleitear, administrativa ou judicialmente, o ressarcimento correspondente, cujo direito não era alcançado pela prescrição quinquenal, mas sim pela vintenária; hoje, por força da MP n. 2.183-56, que acrescentou o parágrafo único ao art. 10 da Lei geral das desapropriações, o direito de pleitear indenização nos casos de apossamento administrativo prescreve em cinco anos. A impropriedade dessa classificação reside no fato de não existir, para a chamada desapropriação indireta, qualquer regime legal, como há para a desapropriação direta. A doutrina e a jurisprudência criaram-na como forma de satisfazer o interesse do particular esbulhado [...].

O ex-proprietário não poderá requerer o patrimônio expropriado de volta, mas poderá lutar pela indenização.

A desapropriação ordinária e a extraordinária poderão ser amigáveis ou judiciais, quando se leva em consideração a forma que irá determinar a justa indenização.

3.4 Fundamentos da desapropriação

A desapropriação possui três elementos básicos que caracterizam seu fundamento. O primeiro elemento é o político; o segundo é o constitucional e o terceiro é o elemento legal.

O fundamento político está baseado na supremacia do interesse público sobre o privado, sempre que incompatíveis. O fundamento Constitucional divide-se em genérico e específico. O genérico está fundamentado nos arts. 5º, XXIII e 170, III (função social da propriedade), enquanto o específico está consubstanciado nos arts. 5º, XXIV, 182, parágrafo 4º, III, e 184 e parágrafos. E para finalizar temos o fundamento legal que tem como base os variados diplomas expedidos pela União e que regulam a matéria, em vigor em tudo que não contraria a Constituição Federal.

3.5 Os requisitos constitucionais da desapropriação

Como já foi visto anteriormente, existem duas espécies de desapropriação: a ordinária e a extraordinária. E a nossa Constituição Federal em seus art. 5º, XXIV, 182, parágrafo 4º, III, e 184 e parágrafos, fixa de forma precisa os requisitos da desapropriação para as espécies existentes. Para a espécie ordinária de desapropriação esses requisitos são: necessidade pública, utilidade pública e interesse social; prévia e justa indenização em dinheiro. E para a espécie extraordinária destinada à urbanização os requisitos são: imóvel incluído no plano diretor; não edificado,

subutilizado ou não utilizado; exigência, por lei municipal, de que o proprietário promova seu adequado aproveitamento; sucessividade das penas de parcelamento ou edificação compulsória, IPTU progressivo, desapropriação; pagamento em títulos da dívida pública municipal, assegurando o valor real da indenização e os juros legais. E por fim, para a desapropriação extraordinária como o intuito de promover a reforma agrária, os requisitos são: interesse social, incidir sobre propriedade rural que não esteja cumprindo sua função social; justa e prévia indenização, paga em títulos da dívida agrária com cláusula de preservação do seu valor real; pagamento das benfeitorias úteis e necessárias em dinheiro; processo expropriatório de rito sumário, estabelecido pela Lei federal complementar n. 76/93.

Nesse primeiro momento cuidaremos de examinar somente os requisitos da desapropriação ordinária.

3.6 Das competências legislativa, declaratória e executória

A competência para a desapropriação subdivide-se em três tipos:

1. Competência Legislativa
2. Competência Declaratória
3. Competência Executória

A primeira, competência legislativa, é atribuída à União Federal, segundo o art. 22, II, da CF, o qual dispõe: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: II - desapropriação;”

Assim, o ente federado competente para disciplinar a matéria é a União. Há apenas uma ressalva no parágrafo único do artigo citado, o qual permite à lei complementar autorizar Estados para legislar sobre as matérias especificadas no artigo, inclusive sobre desapropriação.

A segunda, competência declaratória, como o próprio nome já diz, é a competência para declarar a utilidade pública ou o interesse social do bem para futura desapropriação. A competência segundo o art. 2º do decreto-lei nº 3.365/41 é concorrente da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e Territórios.

A terceira, competência executória, por sua vez, diz respeito à atribuição de promover a desapropriação, o que significa providenciar as medidas para conduzir a transferência do bem em questão. Essa competência pode ser exercida pelo próprio ente público que declarou a utilidade

pública ou o interesse social do bem, ou ainda, pode ser exercida nos termos do art. 3º Decreto-lei nº 3.365/41:

“Art. 3º Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato.”

É fundamental se fazer a seguinte distinção: as entidades indicadas no artigo 3º do Decreto-Lei 3.365/41 não se confundem com os sujeitos ativos da desapropriação. O sujeito ativo é aquela pessoa jurídica que pode submeter o bem à força expropriada, o que se faz pela declaração de utilidade pública ou interesse social. As entidades indicadas no artigo 3º, somente podem executar a desapropriação, já que os bens expropriados passarão a integrar o seu patrimônio.

No outro pólo da relação processual, o sujeito passivo da desapropriação é o expropriado, que tanto pode ser pessoa física como jurídica, pública ou privada. Quanto às pessoas jurídicas públicas, deve-se atentar para a norma do artigo 2º, parágrafo 2º, do Decreto-Lei nº3.365/41.

3.7. Natureza da aquisição da propriedade desapropriada

Há dois tipos de aquisição: a originária e a derivada.

Se diz derivada quando a aquisição é indireta. Seu exercício depende, pois, da atuação ou participação de outra pessoa. A propriedade deriva de uma para o outro. Nesse tipo de modalidade podem-se discutir problemas concernentes aos vícios de vontade e de domínio. A aquisição da propriedade pela transcrição do título aquisitivo de compra e venda ou de permuta, a exemplo de outras espécies, tem essa natureza.

Se diz originária quando a forma de aquisição é direta: independe de interposta pessoa. O adquirente, sem que alguém lhe transfira a propriedade, torna seu determinado bem. Cita Gasparini (2003, p. 732), que nesse modelo de aquisição:

“Não há, por conseguinte, qualquer ato de transmissão ou transferência da propriedade para o adquirente; este alcança o domínio como se a propriedade nunca tivesse pertencido a alguém e como se fosse a primeira aquisição”, E diz mais, que “a aquisição da propriedade pela desapropriação é originária”

Portanto, contra ela, não cabe o direito à evicção, como já decidiu o TRF da 3º região.

Percebe-se que não existe acerto quanto à transferência do domínio; esta é imposta unilateralmente pelo expropriante.

Devido esse caráter unilateral do poder público de desapropriar, há várias consequências que podem ser impostas da seguinte forma: 1º - Se o Estado desapropriar um bem e, por engano, vier a indenizar um terceiro fora da relação, que não seu legítimo proprietário, não se invalida a desapropriação nem se obriga a novo processo expropriatório; 2º - a aquisição é livre de qualquer ônus ou gravame real, isto é, qualquer direito dessa ordem incidente sobre o bem expropriado, com a concretização da medida, extingue-se e seu titular sub-roga-se no preço; e por fim o 3º - o expropriante não tem direito à ação redibitória nem de pedir abatimento do preço por vício ou defeito oculto do bem expropriado.

3.8. Os Beneficiários dos bens desapropriados

A desapropriação é realizada, num primeiro momento, para beneficiar o Poder Público. Mas deve ser realizada em prol de um interesse público afim de suprir as necessidades de uma coletividade. Gasparini (2003,p. 732, 733), retrata bem esse ponto quando ele diz que:

“A desapropriação faz-se, em princípio, em benefício do Poder Público(União, Estado-membro, Distrito Federal e Município) ou de pessoas que são seus delegados ou concessionários. Então, uma sociedade de economia mista, encarregada da execução de certo serviço público municipal, pode ser a destinatária dos bens expropriados pelo município. As Centrais Elétricas de São Paulo S/A foram as destinatárias dos bens declarados de utilidade pública para a construção da hidroelétrica de Porto Primavera, conforme o Decreto Federal n. 83.501/79.

Como se vê, a desapropriação há de ser feita em prol de um interesse público. Não se desapropria em favor de pessoa ou de interesse privado. Essa regra, no entanto, não é absoluta. Com efeito, há hipóteses em que os bens vão beneficiar particulares, como ocorre nas desapropriações para urbanização, implantação de loteamento e de distrito industrial, ou, ainda, nas expropriações por interesse social (construção de casas populares, manutenção de posseiros), ou, finalmente, nos casos de reforma agrária. Em todas essas desapropriações os bens destinam-se a particulares, mas são promovidas em benefício de um interesse público.”

4 DESAPROPRIAÇÃO POR NECESSIDADE OU UTILIDADE PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL

4.1. Desapropriação por necessidade ou utilidade pública

A desapropriação é considerada de necessidade pública quando o Estado para atender a situações anormais que se lhe apresentam, tem de adquirir o domínio e o uso de bens de terceiros. É o que ensina Seabra Fagundes (1984, p. 287) quando assegura que ocorre a utilidade pública sempre que: “a utilização da propriedade é conveniente e vantajosa ao interesse público, mas não constitui um imperativo irremovível”.

Kiyoshi Harada confirma essa ideia e complementa dizendo que:

“Como se sabe, a necessidade pública, em matéria de desapropriação, surge quando o poder público defronta-se com um problema urgente e inadiável, só removível mediante a transferência do bem particular a seu domínio. Às vezes, sobrevém a necessidade pública de desapropriar como consequência da desapropriação por utilidade pública, como é comum acontecer, por exemplo, na abertura de longas avenidas, que impõem, muitas vezes, a execução de taludes em vários de seus trechos. Os prédios que ficarem localizados no topo desses taludes devem ser desapropriados para a segurança de seus moradores e a dos transeuntes da nova avenida. Emerge aí a premente necessidade de preservar a segurança e a integridade física dos moradores e dos transeuntes, hipótese em que a desapropriação pode atingir apenas as benfeitorias. Já a utilidade pública aparece quando a incorporação da propriedade privada ao domínio estatal atende ao interesse coletivo que, encampado pelo poder político, converte-se em interesse público a ser satisfeito pelo regime da despesa pública.”

Na verdade, necessidade pública e utilidade pública são espécies de que é o gênero o interesse público.

Todavia, os casos de necessidade pública e de utilidade pública estão previstos no art. 5º do Decreto Lei n. 3365/41, sob a rubrica “Casos de utilidade pública”, onde, de forma taxativa, especifica todas as hipóteses de desapropriação por utilidade pública, comportando, no entanto, outras previsões por leis especiais, conforme expressamente ressalvado na letra q. Harada entende que : “(...) pode afirmar é que a desapropriação só é possível diante de expressa previsão legal de utilidade pública”. Em sentido contrário, José Cretella Júnior (1998) pensa que o rol apresentado na lei é taxativo, não podendo assim, lei estadual ou municipal ampliá-lo, nem a autoridade expropriante promover a desapropriação para outro fim que não um dos citados no art. 5º do Decreto Lei 3.365/41, sob pena de nulidade da expropriação.

4.2. Desapropriação por interesse social

Dispõe o art.1º da Lei 4.320/62 que “a desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social na forma do art. 147 da Constituição Federal”.

A desapropriação por interesse social é aquela em que o Estado, para impor um melhor aproveitamento da terra rural ou para prestigiar certas camadas sociais, adquire a propriedade de alguém e a trespassa a terceiro. Isto é o que nos ensina José Cretella Junior ao afirmar que:

“Ocorre motivo de interesse social quando a expropriação se destina a solucionar os chamados problemas sociais, isto é, aqueles diretamente atinentes às classes pobres, aos trabalhadores e à massa do povo, em geral, pela melhoria nas condições de vida, pela mais equitativa distribuição da riqueza, enfim, pela atenuação das desigualdades sociais.”

Os casos mais comuns de desapropriação por interesse social são dentre outros a construção de casas populares; a manutenção de posseiros em terreno urbano onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de dez famílias.

Os casos de desapropriação por interesse social estão previstos no art. 2º da Lei Federal 4.132/62 dos quais entende Hely Lopes Meirelles (1998, p. 491) que a enumeração ali prevista é taxativa, de sorte que não pode a lei estadual ou municipal ampliá-la, nem a autoridade expropriante fundar a expropriação em caso não previsto legalmente sob pena de nulidade. Gasparini (2003, p. 735), cita em seu livro que:

A dúvida quanto à inobservância desses limites autoriza o poder judiciário a examinar a desapropriação levada ao seu conhecimento e a assegurar se está ou não fundada em um dos casos de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, isto é, se a autoridade expropriante indicou corretamente o caso em que a desapropriação é constitucional, sem que esteja valorando a necessidade pública, a utilidade pública ou o interesse social.

Cita ainda que José Cretella Júnior tem razão quando afirma:

“O que se interdiz, pois, ao judiciário é valorar o fundamento da desapropriação, decidindo se é necessária ou útil. Ou se trata de interesse social. Lícito, porém, é descer às hipóteses e ver se, sob a capa da generalidade, o chefe do executivo enquadrando precisamente um dos casos da enumeração taxativa da lei, ou seja, se ocorreu

extrapolação legal. Se o decreto expropriatório, por exemplo, declara de utilidade pública o terreno tal para a instalação de campo de futebol, o ato pode ser impugnado, porque campo de futebol não é caso enumerado, especificamente, na lei expropriatória, como de utilidade pública.”

4.2.1. Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária

Essa espécie de desapropriação, prevista no art. 184 da nossa Constituição Federal, só pode atingir o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social e a justa indenização é paga em títulos da dívida agrária, resgatáveis em até 20 anos, com exceção das benfeitorias úteis e necessárias, que serão indenizadas em dinheiro. Estão excluídas da desapropriação a pequena e média propriedade rural, assim definidas em lei, desde que seu proprietário não possua outra, bem como a propriedade produtiva.

4.3. A prévia e justa indenização

Esse último requisito constitucional pode ser dividido em três como veremos. Com efeito, a Constituição Federal só legitima a desapropriação ordinária se fundada numa necessidade ou utilidade pública ou num interesse social e se concretizada mediante indenização que seja: prévia, justa e em dinheiro.

A indenização deve ser prévia à posse; à declaração expropriatória; à tradição, se móveis; à transcrição, se imóveis; à sentença; à decisão definitiva; à consumação. Esses momentos, na prática, não satisfazem, porque a justa indenização acaba ocorrendo depois que o poder expropriante já exerce sobre o bem todos ou quase todos os poderes inerentes ao domínio como o uso, gozo e fruição, o que contraria nossa Constituição Federal, que exige seja prévia.

Nossa Constituição Federal, também exige, que a indenização seja justa. Sem a indenização justa a desapropriação não se aperfeiçoa. No entanto, cabe esclarecer o que seria a justa indenização, já que a lei não a define. Gasparini (2003, p. 737), fala que: “Justa é a indenização paga ao expropriado e que mantém inalterável seu patrimônio. Antes e depois da expropriação tem-se, em valor, o mesmo montante, idêntico patrimônio”.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 213) diz que: “a indenização justa é aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio”.

Em síntese, podemos dizer, que a justa indenização é aquela que possibilita ao expropriado adquirir outro bem equivalente ao tomado pelo poder público.

Se a Constituição Federal exige uma justa indenização, e se justa é a que deixa indene o patrimônio do expropriado, é natural que deva cobrir as despesas efetivadas por ele e que têm como causa direta de sua realização a desapropriação. Não fosse assim, a indenização não seria justa nem deixaria imodificável o patrimônio do expropriado. Então, além do valor do bem expropriado, considerar-se-ão as despesas judiciais e as civis, sempre que vencido o poder público.

Essa justa indenização há de ser satisfeita em dinheiro. O expropriado não pode ser compelido a receber outra coisa a título de indenização senão a moeda corrente. Isso é exigência constitucional, salvo no que respeita à desapropriação para reforma agrária (art. 184 da CR/88) e para urbanização (art. 182, parágrafo 4º, III), em que a indenização pode ser feita, respectivamente, em títulos da dívida agrária e da dívida pública municipal.

5 - CONCLUSÃO

Em palavras finais, a desapropriação no direito constitucional fere o princípio da propriedade privada?

Diante de todo o exposto a resposta é não, porque o ato administrativo é a manifestação unilateral da administração pública segundo a lei, que vai criar, modificar e/ ou extinguir direitos fulcrados na finalidade pública e social e por isso o administrador público tem que motivar todos os seus atos de forma clara, explícita, suficiente, congruente e exata para que haja garantia ao direito de propriedade e ao proprietário. O poder público através do Decreto Lei 3.365/41, que é a verdadeira motivação da desapropriação, parece num primeiro momento ferir o caráter da propriedade que possui três características que são elas: seu absolutismo, sua exclusividade e sua perpetuidade. Essas três características acham-se a princípio seriamente afetadas pela desapropriação. As restrições ao uso e gozo da propriedade, imposta por lei, afastam o caráter absoluto do domínio.

O caráter perpétuo da propriedade também está afetado, não só pelo confisco genérico que transferiu para o patrimônio do Estado as minas e demais riquezas do subsolo e as quedas d'água, como também pelo movimento de nacionalização e pelas desapropriações com fins distributivos da propriedade.

Portanto, é fora de dúvida que o domínio vem sofrendo limitações ao longo dos tempos, de conformidade com a nova ordem social que está surgindo na sociedade moderna, onde a intervenção do poder público faz-se cada vez maior para restringir a liberdade individual e subordinar o direito de propriedade às exigências do bem comum.

Toda a propriedade privada está sujeita a sofrer restrições pelo Estado, desde que presentes os requisitos constitucionais e legais. Assim, o particular não tem direito algum a ser resguardado, via medida cautelar, mormente porque o município não pode se comprometer (ou ser comprometido) a deixar de realizar obras, no futuro, em propriedade daquele (o particular).

Diante de tantas transformações novas concepções surgiram para explicar propriedade privada. A propriedade não é direito subjetivo do proprietário, mas a função social do detentor da riqueza, pelo que ele deve gerir a coisa tendo em vista não só seu melhor rendimento, como também o interesse da coletividade. Existem os direitos subjetivos, só que não são absolutos, têm

um fim que o ultrapassa, são direitos-função. Devem ser exercidos não segundo os caprichos do proprietário, mas sob o plano da função a que corresponde, sob pena de caracterizar-se o exercício abusivo.

O direito de propriedade é garantido constitucionalmente pelo art. 5º, inciso XXII, salvo exceções constitucionais que vem protegido na Constituição Federal nesse mesmo artigo no seu inciso XXIV, onde permiti o poder público lançar mão da propriedade protegida para utilidade pública ou social. Com a Constituição Federal concorda o Código Civil no seu art. 1.275, que permite a perda da propriedade mediante desapropriação.

Assim como é garantia constitucional o direito de propriedade, também é garantia constitucional o direito do Estado desapropriar com o interesse de harmonizar o direito da propriedade privada com os interesses sociais da comunidade.

6 - REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Cláudio de Cicco e Maria Celeste C..J. Santos. Brasília: UnB, 1989.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 out. 2010.

_____. **Código civil**: Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 out. 2010.

_____. **Decreto n° 3.365/41, de 21 de junho de 1941**. Regulamenta a Lei n° 4.132, de 10 de setembro de 1962, que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em: 15 out. 2010.

_____. **Lei n° 4.132, de 10 de setembro de 1962**. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4132.htm>. Acesso em: 20 out. 2010.

CRETELLA JUNIOR, José. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 1997.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 3.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GIORDANI, José Acir Lessa. **Propriedade imóvel: seu conceito, sua garantia e sua função social na nova ordem constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil, in comentário ao código civil português**. Coimbra, 1936.

HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1960.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1973.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 37. ed. São Paulo: Saraiva. v.3.

MORAES, Alexandre de. **Constituição da República de 1988**. São Paulo: Atlas, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 1989.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.