

Cadernos Jurídicos

Ano 22 - Número 58 - Abril/Junho de 2021

Direito Administrativo



Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2021

Limitações ao direito de propriedade

Limitations on property Rights

*Kiyoshi Harada*¹

Jurista

Sumário: 1. Introdução. 2. As flexibilizações do direito de propriedade. 2.1. Das limitações que atingem o caráter absoluto e o caráter exclusivo da propriedade. 2.2. Das limitações que atingem o caráter perpétuo da propriedade e a desapropriação. 2.2.1. Conceito de desapropriação. 2.3. Das diferentes hipóteses de desapropriação. 2.3.1. Desapropriação de propriedade que cumpre a função social. 2.3.1.1. Desapropriação por necessidade pública ou utilidade pública. 2.3.1.2. Desapropriação por interesse social. 2.3.2. Desapropriação de propriedade que não cumpra a função social. 2.3.2.1. Desapropriação de propriedade rural que não cumpra a função social. 2.3.2.2. Desapropriação de propriedade urbana que não cumpra a função social. 2.3.3. Desapropriação de propriedade onde haja cultura ilegal de plantas psicotrópicas. 2.3.4. Desapropriação de propriedade onde haja exploração de trabalho escravo. 3. Conclusões.

Resumo: o propósito deste artigo é o de demonstrar que o direito de propriedade, apesar de sofrer as restrições decorrentes das transformações sociais do mundo moderno, continua sendo garantido pela Constituição Federal, com ressalvas previstas. As limitações que dizem respeito ao caráter absoluto e exclusivo da propriedade, ora decorrem da natureza do próprio direito a ser exercido (direito de vizinhança, servidões etc.), ora se originam das legislações específicas (urbanísticas, ambientais etc.) e, em pelos menos duas hipóteses, decorrem de preceitos constitucionais (requisição e tombamento específico). O caráter perpétuo, que diz respeito à irrevogabilidade da propriedade, só pode ser atingido por meio de desapropriação nos casos previstos na Constituição e mediante pagamento prévio da justa indenização, em dinheiro ou em títulos da dívida pública, conforme se trate de propriedade que está cumprindo ou não está cumprindo a sua função social. Somente em uma única hipótese de propriedade, onde for encontrada a cultura ilegal de plantas psicotrópicas, é que será promovida a desapropriação de forma compulsória e sem pagamento de qualquer tipo de indenização. A desapropriação, sem pagamento de qualquer espécie de indenização, de propriedade onde for constatada a exploração de trabalho escravo, como pretende o projeto de emenda constitucional em discussão no Congresso Nacional (PEC nº 438/2001) é inconstitucional, porque o Poder Reformador não

¹ Jurista com 33 obras publicadas. Mestre em Direito pela UNIP. Especialista em Direito Tributário e em Ciências das Finanças pela USP. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT. Membro da Rede Internacional de Excelência Jurídica na qualidade de Cônsul na cidade de São Paulo. Acadêmico, Titular da cadeira nº 20 (Ruy Barbosa Nogueira) da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Acadêmico, Titular da cadeira nº 7 (Bernardo Ribeiro de Moraes) da Academia Brasileira de Direito Tributário. Acadêmico, Titular da cadeira nº 59 (Antonio de Sampaio Dória) da Academia Paulista de Direito. Conselheiro do Conselho Superior de Direito da Fecomércio. Conselheiro do Conselho Superior de Estudos Legislativos e Jurídicos da Fiesp. Sócio fundador do escritório Harada Advogados Associados. Ex-Procurador Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

pode ampliar a limitação ao direito de propriedade incluído pelo legislador constituinte originário no núcleo protegido por cláusulas pétreas (inciso IV, do § 4º, do art. 60 da CF).

Palavras-chave: Propriedade. Limitações. Indenização. Desapropriação. Função social.

Abstract: The purpose of this article is to demonstrate that the property right, despite suffering the restrictions resulting from social transformation in the modern world, is still guaranteed by the Federal Constitution, with the reservations provided therein. The limitations that relate to the absolute and exclusive character of the property, sometimes stem from the nature of the right to be exercised (neighborhood rights, easements, etc.) and another times originate by specific legislation (urban, environmental, etc.), and in read it minus two hypotheses, stem from the constitutional precepts (requisition and specific tipping). The perpetual character, which concerns the irrevocability of the property, can only be achieved through expropriation in cases provided for in the Constitution and upon prior payment of fair compensation in cash or in government bonds, depending on whether the property is fulfilling or it is not fulfilling its social role. Only in a single property hypotheses where the illegal cultivation of psychotropic plants is found is that compulsory expropriation will be promoted without payment of any type of indemnity. The expropriation without payment of any kind of indemnity of property where the exploitation of slave labor is found, as the draft constitutional amendment under discussion at the National Congress (PEC numer 438/2001) intends is unconstitutional, because the Power of Reform cannot expande the limitation on property rights included by the original constituent legislator in the nucleus core protected by immutable clauses (item IV, of § 4, of art. 60 of the Constitution).

Keywords: Property. Limitations. Indemnity. Expropriation. Social role.

1. Introdução

O direito de propriedade, que assume suma importância dentro do direito privado, vem sofrendo flexibilizações ao longo do tempo por imposição da nova ordem social que impera na moderna sociedade. Por isso, o Código Civil de 2002, depois de reproduzir no *caput* o disposto no art. 524 do Código Civil de 1916, acrescentou cinco parágrafos, ficando o texto assim redigido:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem que injustamente a possua ou detenha.

§ 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.

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

§ 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 iminente.*

§ 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.*

§ 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.*

No *caput* estão contidos os três atributos da propriedade romana: *jus utendi, fruendi et abutendi*, isto é, o direito de usar, fruir e dispor da coisa, alienando-a ou consumindo-a livremente. Conferiu-se o direito à ação reivindicatória para tornar efetivo esse direito de propriedade. Entretanto, como decorrência da nova ordem constitucional inaugurada com o advento da Constituição de 1988, que incorporou a função social da propriedade como elemento estrutural da mesma, o novo Código Civil passou a não permitir o uso egoístico da propriedade, condicionando-a ao bem-estar da sociedade. José Afonso da Silva, com base nas noções de Karl Renner, afirma, com muita propriedade, que a função social não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade que dizem respeito ao exercício do direito, porque ela constitui o próprio fundamento do regime jurídico da propriedade.²

Como se verifica nos parágrafos do art. 1.228 do CC retrotranscritos, a propriedade deve atender aos fins econômicos e sociais, de sorte a preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é considerado pela Constituição como um bem de uso comum do povo (art. 225), o patrimônio histórico, a flora e a fauna. Igualmente, o § 2º daquele artigo interdita o uso prejudicial da propriedade, ao passo que o seu § 3º contempla expressamente a desapropriação da propriedade por necessidade pública ou interesse social. O § 4º, a seu turno, torna expressa a hipótese de perda da propriedade reivindicada, a fim de preservar a permanência no imóvel das pessoas que o possuam de boa-fé há mais de cinco anos. Essa perda da propriedade corresponde à sua retirada compulsória por meio de ação expropriatória a cargo do poder público mediante pagamento da justa indenização.

A função social da propriedade é enfatizada na Constituição de 1988. O inciso XXII, do art. 5º, garante o direito de propriedade, porém, no inciso seguinte, prescreve que “a propriedade atenderá à sua função social”. E o art. 170, a seu turno, insere a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente como princípios informadores da ordem econômica:

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

II — propriedade privada;

III — função social da propriedade;

² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 280-282.

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

2. As flexibilizações do direito de propriedade

O absolutismo, a exclusividade e a perpetuidade que caracterizavam a antiga propriedade não mais subsistem. Esses traços, característicos da propriedade romana, acham-se flexibilizados por normas de natureza constitucional e de natureza infraconstitucional, que decorrem das legislações ordinárias e especiais. Examinemos separadamente essas duas espécies de limitações da propriedade.

2.1. Das limitações que atingem o caráter absoluto e o caráter exclusivo da propriedade

Tanto o caráter absoluto da propriedade, como o seu caráter exclusivo, sofrem limitações que se situam no campo do exercício do direito. Essas limitações, às vezes, decorrem da própria natureza do direito na medida em que, no exercício do seu direito, o proprietário não pode ir além de determinados limites sob pena de caracterizar abuso. O seu direito termina onde começa o direito de outrem.

Outras vezes, as limitações decorrem de imposições legais genéricas ou específicas: direito de vizinhança; servidões; limitações urbanísticas; limitações de natureza ambiental; e inúmeras limitações pertinentes à proteção da lavoura, do comércio, da indústria, além daquelas previstas nas leis penais, eleitorais etc. As limitações de natureza ambiental, como as decorrentes de implantação de Parques Ecológicos, que atingem o imóvel como um todo, ao contrário das limitações urbanísticas, que alcançam apenas parte do imóvel, equivalem à interdição de uso da propriedade e, como tal, devem ser indenizadas pelo poder público responsável. Infelizmente, há uma equivocada tendência da jurisprudência de nossos tribunais para equiparar essas limitações ambientais, que interditam totalmente o uso da propriedade, a meras limitações administrativas em geral, que mantêm a disponibilidade econômica do imóvel atingido ainda que com algumas restrições.

Por fim, existem limitações que atingem o caráter absoluto e exclusivo da propriedade que decorrem de preceitos constitucionais específicos. São os casos da requisição (inciso XXV, do art. 5º da CF) e do tombamento de “sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos” (§ 5º, do art. 216 da CF). Cumpre assinalar que, no primeiro caso, se houver dano no uso da propriedade privada, o proprietário deverá ser indenizado. No segundo caso, o tombamento circunscreve-se apenas à hipótese prevista na Constituição. São inconstitucionais os tombamentos indiscriminadamente realizados por órgãos da União (IPHAN), dos Estados (CODEPHAATs) e dos Municípios (CONPRESPs) que atingem prédios onde não há sequer sinais de reminiscências históricas dos antigos quilombos. Entendo que os tombamentos, para a preservação de valores históricos e culturais e de paisagens especiais, devem ser indenizados, tanto é que a letra k, do art. 5º do Decreto-lei nº 3.365/41 o inclui dentre os casos de utilidade pública para fins de desapropriação, nos seguintes termos: “k) a preservação e a conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou

característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza”. Dependendo do grau de limitação imposta, o tombamento equivale à perda da propriedade, atingindo o aspecto perpétuo desta, e não apenas os seus aspectos absoluto e exclusivo. Essa perda só pode decorrer de ato expropriatório do poder público. Entretanto, nenhum administrativista, ao que sabemos, escreveu sobre o tombamento enfocando-o sob o prisma da desapropriação, considerando-o simplesmente uma limitação administrativa não passível de indenização.

2.2. Das limitações que atingem o caráter perpétuo da propriedade e a desapropriação

O aspecto perpétuo da propriedade diz respeito à sua irrevogabilidade. A limitação que atinge o caráter perpétuo da propriedade não se situa no campo do exercício do direito, mas em sede constitucional, em que é estruturado o direito de propriedade. A irrevogabilidade da propriedade só pode ser atingida por meio de desapropriação nas hipóteses taxativa e constitucionalmente previstas.

O Texto Magno assegura o direito de propriedade, mas essa garantia não é absoluta, aliás, nada é absoluto em termos de direito. A garantia constitucional tem o sentido de não permitir a abolição da propriedade. Mas, é a própria Constituição que retira o caráter perpétuo da propriedade por meio de desapropriação em suas variadas hipóteses, como veremos mais adiante.

2.2.1. Conceito de desapropriação

Várias são as conceituações de desapropriação, mas todas elas envolvem o pagamento prévio da justa indenização. Segundo Pontes de Miranda, a desapropriação “é a retirada da propriedade com indenização integral, a que a Constituição de 1967, art. 150, § 2º, 1ª parte, exige ser prévia e justa”.³

Para Hely Lopes Meirelles, a “desapropriação ou expropriação é 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 às normas do Plano Diretor (desapropriação-sanção, art. 182, § 4º, III, da CF), neste caso com pagamento em títulos da dívida pública municipal, aprovados pelo Senado Federal”.⁴

Odete Medauar conceitua a desapropriação “como figura jurídica pela qual o poder público, necessitando de um bem para fins de interesse público, retira-o do patrimônio do proprietário, mediante prévia e justa indenização”.⁵

Na lição de José Cretella Júnior, a 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”.⁶

³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 371.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 303.

⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 379.

⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Volume 9. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 23.

Finalmente, Massami Uyeda, após confrontar as conceituações dadas por autores nacionais e alienígenas sustenta em latíssimo *sensu* que a desapropriação pode ser conceituada “como complexo procedimento de direito público, mediante o qual o Estado se assenhorea de bem móvel ou imóvel, fundado em interesse público, indenizado o proprietário”.⁷

Pode-se dizer que, em conformidade com a doutrina clássica, a desapropriação é um instituto de direito público que consiste na retirada compulsória da propriedade mediante prévia e justa indenização. Essa prévia e justa indenização será em dinheiro, ou em títulos da dívida pública, conforme se trate de imóvel que está cumprindo a sua função social ou de imóvel que não esteja cumprindo a sua função social. A Constituição vigente estatuiu, ainda, a hipótese de propriedade nociva à sociedade, caso em que a desapropriação é feita de forma compulsória, não de forma facultativa como nas demais hipóteses, e sem o pagamento de qualquer espécie de indenização, como adiante veremos. Por isso, assinalamos que o “pagamento prévio da justa indenização, em dinheiro ou em títulos, deixou de ser requisito constitucional para todas as hipóteses de desapropriação”.⁸

2.3. Das diferentes hipóteses de desapropriação

Examinemos separadamente e em rápidas pinceladas as três espécies de desapropriações retrorreferidas.

2.3.1. Desapropriação de propriedade que cumpre a função social

Com relação à desapropriação da propriedade que cumpre a função social, que tem seu fundamento no inciso XXIV, do art. 5º e § 3º, do art. 182 da CF, podemos destacar a modalidade de desapropriação por necessidade pública ou utilidade pública e aquela modalidade de desapropriação por interesse social.

2.3.1.1. Desapropriação por necessidade ou utilidade pública

Com o advento do estatuto básico da desapropriação, o Decreto-lei nº 3.365/41, desapareceu a dicotomia estabelecida pelo Código Civil de 1916. O art. 5º desse diploma legal passou a abranger, sob a denominação de utilidade pública, também os casos de necessidade pública, *in verbis*:

Art. 5o Consideram-se casos de utilidade pública: a) a segurança nacional; b) a defesa do Estado; c) o socorro público em caso de calamidade; d) a salubridade pública; e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência; f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica; g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais; h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos; i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização;

⁷ UYEDA, Massami. *Da desistência da desapropriação*. São Paulo: Aquarela, 1988. p. 17.

⁸ HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 16.

o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais;⁹ j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo; k) a preservação e a conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza; l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico; m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios; n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves; o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária; p) os demais casos previstos por leis especiais.

Verifica-se que as quatro primeiras hipóteses correspondem aos casos de interesse público qualificado por necessidade pública, as demais hipóteses correspondem aos de interesse público por utilidade pública. Em todas essas hipóteses a desapropriação só pode ser feita mediante pagamento prévio da justa indenização em dinheiro. A jurisprudência que permite a imissão provisória mediante o depósito do valor cadastral do imóvel, a pretexto de que essa imissão, por não ser definitiva, não implica transferência do domínio, está, *data maxima* vênia, bem distanciada da realidade atual, em que o pagamento da indenização fixada por sentença perdura por 10, 15 ou 20 anos. E, sendo a desapropriação irreversível, para o proprietário, tanto faz perder a posse a título provisório ou a título definitivo. Se, no local do prédio residencial imitado provisoriamente, durante sua posse, estiver passando uma Avenida, por exemplo, sustentar que essa perda da posse não é definitiva, de modo a exigir o pagamento prévio da justa indenização, atenta contra o princípio da razoabilidade. Assim, merece ser revogada a Súmula nº 652 do STF que proclama a constitucionalidade do § 1º, do art. 15 do Decreto-lei nº 3.365/41, que permite a imissão provisória mediante simples depósito do valor venal do imóvel.

2.3.1.2. Desapropriação por interesse social

A lei de regência dessa modalidade de desapropriação é a de nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, que assim prescreve:

Art. 1º 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. 147¹⁰ da Constituição Federal.

Art. 2º Considera-se de interesse social: I – o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;

⁹ Redação de acordo com: BRASIL. Lei nº 9.785, de 29 de janeiro de 1999. Altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941 (desapropriação por utilidade pública) e as Leis nos 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (registros públicos) e 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (parcelamento do solo urbano). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1 fev. 1999. Disponível em: <https://bit.ly/2MIXRec>.

¹⁰ Sobre a função social da propriedade, ver artigos 170, III, 182, § 2º, e 186 da CF/88.

*II – a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola (VETADO); III – o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola; IV – a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias; V – a construção de casas populares; VI – as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transportes, eletrificação, armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas; VII – a proteção do solo e a preservação de curso e mananciais de água e de reservas florestais; VIII – a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.*¹¹ § 1º O disposto no item I deste artigo só se aplicará nos casos de bens retirados de produção ou tratando-se de imóveis rurais cuja produção, por ineficientemente explorados, seja inferior à média da região, atendidas as condições naturais do seu solo e sua situação em relação aos mercados. § 2º As necessidades de habitação, trabalho e consumo serão apuradas anualmente segundo a conjuntura e condições econômicas locais, cabendo o seu estudo e verificação às autoridades encarregadas de velar pelo bem-estar e pelo abastecimento das respectivas populações.

Muito embora o art. 1º aponte como causa da desapropriação a necessidade de promover a justa distribuição da propriedade ou o condicionamento de seu uso ao bem-estar social, verifica-se, pelo exame das hipóteses elencadas no art. 2º, que nem todos os casos estão relacionados com a disfunção social da propriedade. Por isso, essas desapropriações sujeitam-se ao pagamento prévio da justa indenização em dinheiro. Na realidade, essa modalidade de desapropriação acontece com mais frequência no caso previsto no inciso IV, do art. 2º, que corresponde à hipótese contemplada no § 4º, do art. 1.228 do CC, ou seja:, aquela que é levada a efeito para evitar o cumprimento do mandado de reintegração de posse a favor do proprietário que teve a sua propriedade invadida pela população de baixa renda, o que traria grave problema social. No mais, essa modalidade de desapropriação é utilizada como instrumento para viabilizar a desapropriação-fim, por utilidade pública, para execução de obras de grande envergadura, atingindo moradias de população carente que não teriam para onde ir. No caso, constrói-se, no imóvel desapropriado por interesse social, casas populares para ceder a título gratuito ou oneroso à população atingida pelos efeitos da desapropriação-fim, a desapropriação por utilidade pública.

¹¹ Acrescentado por: BRASIL. Lei nº 6.513, de 20 de dezembro de 1977. Dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico; sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural; acrescenta inciso ao art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962; altera a redação e acrescenta dispositivo à Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 dez. 1977. Disponível em: <https://bit.ly/3s2HZmO>.

2.3.2. Desapropriação de propriedade que não cumpre a função social^{<sub3>}

Como vimos na parte introdutória deste trabalho, a função social é o próprio fundamento do regime jurídico da propriedade. Por isso, a Constituição só assegura o direito de propriedade enquanto ela estiver cumprindo a sua função social, com as ressalvas expressamente previstas. Atualmente, conforme escrevemos, “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”.¹²

2.3.2.1. Desapropriação de propriedade rural que não cumpre a função social

É a chamada desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, não se confunde com a desapropriação por interesse social regulada pela Lei nº 4.132/62.

Essa modalidade de desapropriação está prevista no art. 184 da CF:

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.

O § 1º desse artigo ressalva a indenização em dinheiro apenas as benfeitorias úteis e necessárias. É vedada a desapropriação de propriedade produtiva (inciso II, do art. 185 da CF).

Para efeitos de desapropriação, o art. 186 da CF define a função social da propriedade rural nos seguintes termos:

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 ambiente¹³;
III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Importante observar que a Constituição predefiniu o conceito de função social da propriedade rural, descabendo ao legislador ordinário ampliar ou restringir o alcance e o conteúdo que decorrem do texto constitucional. Verifica-se a preocupação do legislador constituinte originário com a preservação do meio ambiente e com a justiça social que, como antes dissemos, não pode ser apartada do conceito de propriedade moderna.

¹² HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 8.

¹³ “Art. 225 da CF: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-los para as presentes e futuras gerações”.

A lei de regência da matéria é a Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, com as alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 2.183/01.

2.3.2.2. Desapropriação de propriedade urbana que não cumpre a função social

Ao contrário do que acontece com o imóvel rural, a Constituição de 1988 não definiu o conteúdo da função social da propriedade urbana. Conforme se depreende dos dispositivos constitucionais a seguir transcritos, a Lei Maior deixou a critério da Lei do Plano Diretor de cada Município definir a função social da propriedade urbana, impondo limites e condições para a retirada compulsória da propriedade urbana que descumprir a função social.

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

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

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

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

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

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

II- imposto sobre propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

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

Como se verifica dos dispositivos transcritos de início, o *caput* do art. 182 da CF, incumbe ao Poder Público municipal a execução da política de desenvolvimento urbano, de conformidade com as diretrizes fixadas em lei, para ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. O § 1º elege o Plano Diretor da Cidade, aprovado pela Câmara Municipal e que é impositivo para municípios com mais de 20.000 habitantes, como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Enquanto que o seu § 2º prescreve que a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Isso significa que, em última análise, é a lei do plano diretor que define a função social da propriedade urbana. Finalmente, para a desapropriação de imóvel urbano que não cumpre a função social, mediante pagamento prévio da justa indenização em títulos de dívida pública, o § 4º, do art. 182 da CF, estabelece uma gradação a ser observada. Primeiramente, deve determinar o parcelamento ou edificação conforme a

área do imóvel. Não atendido, o poder público municipal passa a promover o lançamento do IPTU progressivo no tempo. Isto é, o alíquota vai progredindo a cada ano em que o proprietário não der ao imóvel destinação adequada conforme lei do plano diretor, até a alíquota atingir o limite máximo de 15%, segundo estabelecido no Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Persistindo a disfunção social da propriedade, surge a desapropriação como instrumento derradeiro para a retirada compulsória da propriedade, mediante pagamento da justa indenização em títulos da dívida pública.

2.3.3. Desapropriação de propriedade onde haja cultura ilegal de plantas psicotrópicas

A Carta Política de 1988 introduziu uma inovação consistente na desapropriação de glebas nocivas à sociedade, sem pagamento de indenização, conforme veremos a seguir.

Dispõe o art. 243 da CF:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País, onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei, serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º
Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

Essa modalidade de desapropriação se distingue das demais por dois aspectos fundamentais. Em primeiro lugar, essa desapropriação é compulsória. Ante a constatação de imóvel nas condições do art. 243 da CF, surge para a União o poder-dever de desapropriar. Em segundo lugar, nenhuma indenização deverá ser paga ao expropriado. No nosso entender, as glebas que contribuem para a exploração do tráfico de entorpecentes, por serem utilizadas para construção de laboratórios ou de pistas ilegais de aviões, também deveriam ser desapropriadas compulsoriamente.

Muitos autores afirmam tratar-se de confisco, negando a natureza de desapropriação por inexistir o pagamento da justa indenização, que seria requisito ínsito de uma desapropriação. No nosso entender, o legislador constituinte originário é livre para conferir ao instituto da desapropriação o contorno que bem entender. Acima dele pairam apenas os princípios éticos e morais, sob pena de perder o respaldo da legitimidade.

Essa modalidade de desapropriação compulsória e sem pagamento de qualquer espécie de indenização está regulada pela Lei nº 8.257, de 26 de novembro de 1991.

2.3.4. Desapropriação de propriedade onde haja exploração de trabalho escravo

Como decorrência da movimentação internacional pela valorização da dignidade humana, combatendo o trabalho semelhante ao de um escravo, o legislador constituinte derivado preconizou a desapropriação, sem pagamento de qualquer espécie, de propriedade onde for constatada a exploração de trabalho escravo, mediante alteração do art. 243

da CF pela PEC nº 438/2001, que, por questão ditática, transcremos novamente com o acréscimo feito pela citada Emenda:

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

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com a destinação específica, na forma da lei.

A proposta de Emenda sob exame é constitucional?

Verificamos que a Constituição Federal assegurou o direito à propriedade com as ressalvas nela especificadas. E esse direito integra o núcleo protegido por cláusulas pétreas à medida que ele se insere no âmbito dos direitos individuais (inciso IV, do § 4º, do art. 60 da CF).

Os direitos individuais, ou direitos fundamentais do homem, representam a delimitação de uma área de atuação autônoma do indivíduo, em que não é dado ao Estado intervir, podendo atuar nessa área delimitada apenas de forma negativa. Por isso, direitos fundamentais não se esgotam nas enumerações do art. 5º da CF como, aliás, são ressalvados no seu § 2º. Tudo aquilo que se contrapõe ao poder político do Estado configura direito fundamental. Essas noções são pacíficas, quer na doutrina, quer na jurisprudência.

Conforme sublinhamos, a Constituição assegura o direito à propriedade com as limitações aqui prescritas de forma expressa.

Assim sendo, tirantes as limitações desenhadas na Constituição de 1988, o caráter perpétuo da propriedade não pode ser abolido por via de uma desapropriação imprevista no texto da Constituição original. O legislador constituinte derivado não tem o mesmo poder do legislador constituinte originário, que tudo pode fazer. O poder reformador é um poder subalterno que não se confunde com o de constituir, próprio do legislador constituinte originário que detém o poder ilimitado e inaugural, ressalvados apenas aqueles limites de natureza meta-jurídica. Nenhuma das matérias elencadas nos incisos I a IV, do art. 60 da CF, pode ser objeto de emenda constitucional, pois o poder reformador ou o poder de revisão deve obediência ao processo estabelecido pela Constituição em seu art. 60.

A PEC sob exame determina a desapropriação de área rural ou urbana onde for constatada a “exploração de trabalho escravo”, sem pagamento de qualquer indenização ao proprietário, “observado, no que couber, o disposto no art. 5º”.

O exagero do legislador constituinte derivado é visível à medida que vai além do preconizado pela ordem jurídica internacional, que se limita a combater “à exploração de trabalho semelhante ao de um escravo”, conforme se verifica da Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho – OIT. O trabalho escravo propriamente dito penso não existir no mundo moderno. Como se sabe, escravo nunca foi sujeito de direito, mas mero objeto de direito, o que nos dias atuais não mais existe.

E mais, a PEC, sob exame, ironicamente, manda observar no que couber o art. 5º da CF, exatamente o qual assegura o direito de propriedade (inciso XXII) com as restrições desenhadas pelo legislador constituinte original. Não se pode conferir interpretação ampla ou analógica ao dispositivo excepcional do art. 243 da CF inserido pelo legislador constituinte original para acolher a Emenda da espécie. Do contrário, no futuro, nada impedirá o poder público de desapropriar sem pagamento de qualquer tipo de indenização qualquer imóvel onde estiver sendo estocados os bens resultantes de práticas criminosas, ou qualquer imóvel que venha servindo de local de encontro de malfeitores.

Toda regra de natureza excepcional inserta na Constituição deve ser interpretada com intensa restrição, sob pena de invalidar os princípios constitucionais que pairam acima das regras.

Conclusões

3.1 O direito de propriedade é garantido pela Constituição de 1988 em nível da cláusula pétrea.

3.2 A função social, que é inerente à propriedade privada, por ser o fundamento do regime jurídico da propriedade, impõe limitações aos aspectos absoluto, exclusivo e perpétuo da propriedade.

3.3 As limitações pertinentes aos aspectos absoluto e exclusivo da propriedade situam-se no campo do exercício do direito e decorrem ora da natureza do próprio direito, ora de normas legais gerais ou específicas e ora de preceitos constitucionais, como nos casos de requisição e de tombamento.

3.4 As limitações que atingem o caráter perpétuo da propriedade situam-se no campo de estruturação constitucional do direito de propriedade e são representadas por diferentes espécies ou modalidades de desapropriação taxativamente elencadas na Constituição.

3.5 A garantia da propriedade com as ressalvas previstas na Constituição de 1988 situa-se no campo dos direitos fundamentais pelo que estão protegidas por cláusula pétrea.

3.6 Qualquer Emenda que objetive alterar ou ampliar as restrições constitucionais concernentes ao direito de propriedade enumeradas pelo legislador constituinte original será inconstitucional.

Referências

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Volume 9. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

UYEDA, Massami. *Da desistência da desapropriação*. São Paulo: Aquarela, 1988.