

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E
PRODUÇÃO DO DIREITO**

**PROPRIEDADE E FUNÇÃO SOCIAL:
DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL**

HELENA NASTASSYA PASCHOAL PITSICA

Itajaí-SC junho 2016

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E
PRODUÇÃO DO DIREITO

**PROPRIEDADE E FUNÇÃO SOCIAL:
DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL**

HELENA NASTASSYA PASCHOAL PITSICA

Tese submetida ao Curso de Doutorado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí
– UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do
título de Doutor em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Marcos Leite Garcia

Coorientador: Professor Doutor Cesar Luiz Pasold

Itajaí-SC junho 2016

AGRADECIMENTOS

À UNIVALI, minha Universidade que apoiou todas as etapas da minha formação e na qual eu me sinto como em minha casa depois de desses 28 anos presente em minha vida.

Meu orientador, Professor Doutor Marcos Leite Garcia, pelo incentivo, paciência e amizade desde sempre. Ao Professor Doutor Cesar Luiz Pasold, meu Coorientador, presente em todos os momentos e que com seus conhecimentos e seu carinho me iluminou e coorientou. Ao Professor Doutor Paulo Márcio Cruz pela dedicação ao nosso Curso de Doutorado em Ciência Jurídica.

Ao Tio José Isaac Pilati, ou simplesmente "o Tio", exemplo que tento seguir, cujo estímulo, carinho e bondade constantes impulsionam a minha vida pessoal e profissional. Deixo aqui registrado também meu agradecimento ao seu incondicional respeito, incentivo e apoio em todas as batalhas invisíveis.

À Tia Irlete Cardoso Pilati, minha comadre-amiga, sempre próxima, iluminando todos nós com seu olhar carinhoso e sua força determinante.

À minha querida, linda e única afilhada, Carolina Maria Cardoso Pilati, amor infinito, que tanto me orgulha e me realiza com suas vitórias e conquistas.

Aos tios Nicolau e Vera Pítsica; Catarina Komninos; Savas e Vera Pítsica e Maninha Pilati Boita pelo incentivo, momentos de atenção e carinho que foram imprescindíveis para o término de mais esta etapa.

À Marisa Marqueze Amiga de todas as horas, irmã por escolha, exemplo de dedicação e competência que com seu carinho e conselhos fez este desafio ser muito menos difícil.

Ao Alceu de Oliveira Pinto Júnior meu Amigo, Chefe, Colega de Mestrado e Doutorado, sempre presente ao longo destas duas décadas que trabalhamos e estudamos juntos. Seu determinismo, companheirismo e competência me fortalecem e estimulam seguir em frente.

Amigo querido, Dr. Rudivan Luiz Cattani pelas profícuas conversas, as boas risadas, as belíssimas viagens, o socorro nas horas aflitas e pela proximidade - mesmo morando, por tanto tempo, tão longe.

Aos meus Amigos Juarez Jonas Thives; Jolmar Hawerroth; Marcus Tomasi e Ana Claudia Berenhauser, com quem aprendo cotidianamente, além de serem terapeutas sensacionais.

Ao Professor Celso Wiggers que em suas jornadas rumo a Buenos Aires sempre me incentivou, inclusive adquirindo obras na *Feria Internacional del Libro*.

Aos amigos da Escola do Ministério Público de Santa Catarina, da Escola Superior da Advocacia e da Escola da Magistratura de Santa Catarina pelo acompanhamento, orações, pensamentos positivos, adequações de agenda e carinho que demonstraram ao longo da elaboração da Tese.

Deixo aqui registrado também meu agradecimento a todos que, de uma forma ou de outra, me incentivaram e colaboraram para a conclusão deste trabalho, em especial meus queridos alunos, amigos, colegas professores e funcionários.

DEDICATÓRIA

À minha Mãe Eloá, meu norte e minha sorte, enorme em sentimentos, infinita em bondade e imensa em sabedoria, sendo sempre o olhar que me compreende, a mão que me acalma e a presença firme que me impulsiona a seguir em frente.

Ao meu Pai Paschoal, a saudade presente que me dá força em todos os momentos.

Aos meus Irmãos Apóstolo, Gabriel e George e minha cunhada Andréia, pedaços de mim que me formam, me completam e me enchem de orgulho.

A Dagoberto, meu Amor, que me faz FELIZ com o frescor de uma vida repleta de carinho, amor, amizade, cumplicidade, sonhos, serenidade e compreensão.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, junho 2016.

Helena Nastasya Paschoal Pítsica
Doutoranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE CATEGORIAS

Rol de categorias que a autora considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

Área Urbana: Art. 47. Para efeitos da regularização fundiária de assentamentos urbanos, consideram-se: I – área urbana: parcela do território, contínua ou não, incluída no perímetro urbano pelo Plano Diretor ou por lei municipal específica;¹

Área Urbana Consolidada: Art. 47. Para efeitos da regularização fundiária de assentamentos urbanos, consideram-se: [...] II - área urbana consolidada: parcela da área urbana com densidade demográfica superior a 50 (cinquenta) habitantes por hectare e malha viária implantada e que tenha, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes equipamentos de infraestrutura urbana implantados: a) drenagem de águas pluviais urbanas; b) esgotamento sanitário; c) abastecimento de água potável; d) distribuição de energia elétrica; ou e) limpeza urbana, coleta e manejo de resíduos sólidos;²

Bem Comum: compreendido como a extensão dos direitos de todos os membros da Sociedade. Por isso, quando alcança-se, indiretamente também é alcançado o bem de cada um.

Desapropriação: À luz do direito positivo brasileiro, desapropriação se define como o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si em caráter originário,

¹ BRASIL. **Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009.** Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: 11 maio 2014.

² BRASIL. **Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009.** Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: 11 maio 2014.

mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, salvo caso de certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada para eles, a indenização far-se-á em títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservando o seu valor real³.

Dogmática Jurídica: a que tem por objeto o Direito Positivo vigente em um dado tempo e espaço e como a que tem, por tarefa metódica, a exteriorização da malha de conceitos elaborados a partir da interpretação do material normativo e como a que tem por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito, é possível compreender o Ordenamento Jurídico como um sistema, ou seja “uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”⁴.

Função Social da Propriedade: A Função Social, pois, não é externa à Propriedade, mas interna, de tal maneira que a melhor concepção que se apresenta é aquela que a Função Social é elemento constitutivo do conceito jurídico de Propriedade posto que a Função Social não é um elemento externo, um adereço do direito de Propriedade, mas elemento interno central sem o qual não se perfectibiliza o direito de Propriedade⁵.

Interesse Social: Interesse social, no sentido amplo que ora nos concerne, é o interesse que consulta à maioria da sociedade civil: o interesse que reflete o que essa sociedade entende por 'bem comum'; o anseio de proteção à *res pública*; a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais essa sociedade, espontaneamente, escolheu como sendo os mais relevantes. Tomando-se o adjetivo 'coletivo' num sentido amplo, poder-se-ia dizer que o interesse geral equivale ao exercício coletivo de interesses coletivos.⁶

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p.758.

⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 8. ed. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996. p.71. Título Original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

⁵ SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. A propriedade agrária e suas funções sociais. *In O Direito Agrário em Debate*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 13.

⁶ DELGADO, José Augusto. **Interesses difusos e coletivos**: evolução conceitual: doutrina e jurisprudência do STF. *Revista de Processo*, [s.l.], v.25, n. 28. p.61-81, abr./jun. 2000.

Justiça Social: “é uma categoria jurídico-político-sociológica acerca da qual ainda não há um compartilhar semiológico universal comum. [...] para RAWLS, a questão desloca-se para a maneira como as principais instituições sociais distribuem direitos e deveres fundamentais e como efetuam a partilha de benefícios resultantes da cooperação social”⁷. (grifo no original).

Propriedade: “Uma relação de direito privado, pela qual uma coisa como pertença a uma pessoa é completamente sujeita à sua vontade em tudo que não seja vedado pelo direito público ou pela concorrência do direito alheio”.⁸

Propriedade Urbana: “É a destinada à moradia, ao comércio e à indústria, regra geral localizada em zona urbana, ou mesmo em zona rural”.⁹

Propriedade Rural: “Pelo art. 4º da Lei nº 8.629/93, rural é o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial.”¹⁰

⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. p. 81. Cf, RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução de Aamireh Chacon. Brasília: Editora UnB, 1981. p. 30.

⁸ SCIALOJA *apud* RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução de Ary dos Santos. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1958. v.2, p.372. Título original: *Istituzioni di diritto civile*.

⁹ PILATI, José Isaac. **Propriedade e Função Social na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2011. p. 51.

¹⁰ PILATI, José Isaac. **Propriedade e Função Social na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2011. p. 52-53.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Valores intrínsecos à Propriedade.....	14
Tabela 2 – Fundamentos da Desapropriação	62

SUMÁRIO

RESUMO	
RESUMEN	
ABSTRACT	
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1	10
PROPRIEDADE: CONCEITOS, RETROSPECTIVA CONSTITUCIONAL E FUNÇÃO SOCIAL	10
1.1 CONCEITOS E RETROSPECTIVA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE.....	10
1.1.1 PROPRIEDADE URBANA E RURAL.....	44
1.2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	51
CAPÍTULO 2	59
A DESAPROPRIAÇÃO E OS FUNDAMENTOS POSITIVOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	59
2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA DESAPROPRIAÇÃO NO BRASIL	59
2.1.1 ESBOÇO HISTÓRICO DOS FUNDAMENTOS POSITIVOS DA DESAPROPRIAÇÃO NO BRASIL.....	70
2.2 A DESAPROPRIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA SOCIAL.	85
CAPÍTULO 3	110
DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL: ASPECTOS GERAIS E ESPECÍFICOS	110
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO INTERESSE SOCIAL	110
3.2 POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DO INTERESSE SOCIAL.....	122
3.2.1 ESPECIFICIDADES DA DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL	137
CAPÍTULO 4	155
A DOGMÁTICA JURÍDICA E A DISCRICIONARIEDADE NA DESAPROPRIAÇÃO URBANA POR INTERESSE SOCIAL	155

4.1 FUNDAMENTO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES: REALIDADE E A PROXIMIDADE COM A DESAPROPRIAÇÃO URBANA POR INTERESSE SOCIAL – ELEMENTOS BASILARES.....	155
4.1.1 LEITURA E POSICIONAMENTO JUDICIAL DESEJÁVEL EM RELAÇÃO AO INTERESSE SOCIAL.....	168
4.2 A DOGMÁTICA JURÍDICA E A DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS REFERENTES À PERDA DA PROPRIEDADE POR MEIO DA DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL.....	177
CONCLUSÕES	199
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	203

RESUMO

A presente Tese de Doutorado está inserida na área de concentração Constitucionalidade, Transnacionalidade e Produção do Direito do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, e a linha de pesquisa é Princiologia Constitucional e Política do Direito. Nela são analisados aspectos relativos ao direito de Propriedade no Brasil, partindo da contextualização histórica pertinente ao tema enunciado no título, com vistas ao delineamento do perfil que lhe confere o Ordenamento Jurídico pátrio, e especial ênfase na Função Social. É a partir do arcabouço constitucional, portanto, que se buscam os fundamentos para compreender a Desapropriação judicial por Interesse Social prevista no Código Civil brasileiro. Para tanto, delineiam-se os aspectos principais da Desapropriação exclusivamente no que se refere à perda da propriedade e, em especial do Código Civil, apresentando conceito, natureza jurídica, fundamentos condições, elementos e objeto, para enfrentar a questão central qual seja, a interpretação da Desapropriação por Interesse Social, posto que a mesma impinge ao direito real de propriedade a perda nos autos da ação reivindicatória, sucumbindo perante o interesse coletivo constitucional. Por tratar-se de disposição legal que contém conceitos abertos com possibilidade de interpretação abrangente é que se perquire na Política Jurídica o espectro de interpretação de tal forma que tendo em vista o Bem Comum se alcance a esperada justiça, dando a cada um o que é seu. São quatro capítulos e utilizou-se como fonte a pesquisa documental (legislação, doutrina e jurisprudência) e o método adotado foi o método indutivo, tanto na pesquisa como no relato.

Palavras-chave: Propriedade; Função Social da Propriedade; Desapropriação; Desapropriação por Interesse Social. Desapropriação judicial. Dogmática Jurídica.

RESUMEN

Esta Tesis Doctoral está vinculada al campo de investigación de Constitucionalidad, Transnacionalidad y Producción del Derecho del Curso de Doctorado en Ciencias Jurídicas, y la línea de investigación es la Principiología Constitucional y Política del Derecho. En ella son analizados los aspectos relacionados al derecho de propiedad en Brasil a partir del contexto histórico pertinente para el tema indicado en el título, con el fin de definir el perfil que le confiere el ordenamiento jurídico brasileño, con un énfasis especial en la Función Social. Es a partir del marco constitucional, por lo tanto, que se buscan los fundamentos para comprender la expropiación judicial por razones de Interés Social prevista en el Código Civil Brasileño. Para ello se delimitan los aspectos principales de la Expropiación, exclusivamente en lo que se refiere a la pérdida de la propiedad y en particular del Código Civil, presentando el concepto, la naturaleza jurídica, los fundamentos, condiciones, elementos y objetos, buscando la mejor identificación del objeto central, o sea la interpretación de la Expropiación por causa de Interés Social, ya que la misma atribuye al derecho real de propiedad la pérdida en los registros de la acción reivindicativa, sucumbiendo al interés colectivo constitucional. Como se trata de una disposición legal que contiene conceptos abiertos a la posibilidad de una interpretación amplia, se busca en la Política Jurídica el espectro de la interpretación de forma que no se pierda de vista el Bien Común y se logre la justicia esperada, dando a cada uno lo que le corresponde. La tesis consta de cuatro capítulos, y como fuente para este estudio se ha utilizado la investigación documental (legislación, doctrina y jurisprudencia), adoptando como guía el método inductivo a lo largo de la investigación e informe de los resultados.

Palabras clave: Propiedad; Función Social de la Propiedad; Expropiación; Expropiación por causa de Interés Social; Expropiación judicial; Dogmática Jurídica.

ABSTRACT

This Doctoral Thesis comes under the area of concentration Constitutionality, Transnationality and Law Production of the Doctorate Course in Legal Science, and the line of research Constitutional Principles and Law Policy. It analyzes aspects related to property rights in Brazil, based on a historical contextualization of the theme stated in the title, in order to outline the profile that is given to it by the Brazilian legal system, with particular emphasis on the Social Function. It therefore looks to the constitutional framework, for the bases for understanding the judicial Dispossession for Social Interest presented by the Brazilian Civil Code. For this purpose, the main aspects of dispossession relating to loss of property and, in particular, to the Civil Code are outlined, presenting the concept, legal nature, fundamental conditions, elements and object, in order to address the core issue, which is the interpretation of Judicial Dispossession for Social Interest, given that this loss impinges on the real right to property in the records of repossession claims, succumbing to the constitutional collective interest. As it is a legal provision that contains open concepts that are open to the possibility of broad interpretation, the spectrum of interpretation is investigated in the Legal Policy, so that considering the Common Good, the expected justice is achieved, giving each one what is his right. The work is divided into four chapters. Data were gathered through document research (legislation, doctrine and jurisprudence) and the inducted method was adopted, both in the research and in the report.

Key-words: Property; Social Function in Property; Expropriation; Expropriation for Social Interest. Judicial Expropriation. Legal Dogma.

INTRODUÇÃO

A presente Tese de Doutorado está inserida área de concentração Constitucionalidade, Transnacionalidade e Produção do Direito do Curso, e a linha de pesquisa é Princiologia Constitucional e Política do Direito. O objetivo institucional da presente Tese é a obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica pelo Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Univali.

Observando o contexto da propriedade na Constituição da República Federativa do Brasil como um direito fundamental e funcionalizado, a Tese foca-se na Desapropriação por Interesse Social; e mais estritamente, na Desapropriação Judicial do artigo 1228, parágrafos 4º e 5º do Código Civil brasileiro, que autorizam o juiz a converter a propriedade em indenização.

O objeto científico da Tese é delimitado considerando a ambiguidade existente quanto ao Interesse Social como sendo causa de Desapropriação e, por conseguinte, a perda da propriedade por parte do Reivindicante. Para tanto, perquire-se a necessidade de verificar e delimitar as categorias e identificar os elementos essenciais capazes de individuá-las nesse perfil, consentâneo com as disposições existentes nos artigos 5º, incisos XXII¹¹ XXIII¹² e XXIV¹³ e no 170, incisos II e III da Constituição da República Federativa do Brasil e do artigo 1228, parágrafo 4º¹⁴ do Código Civil Brasileiro, de modo a facilitar a interpretação e

¹¹ “é garantido o direito de propriedade.” . *In*: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (de 05 de outubro de 1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 06 de abril de 2009.

¹² “a propriedade atenderá a sua função social.” . *In*: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (de 05 de outubro de 1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 06 de abril de 2009.

¹³ “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.” . *In*: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (de 05 de outubro de 1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 06 de abril de 2009.

¹⁴ “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

aplicação com justiça nos casos de Desapropriação por Interesse Social a que se volta a presente Tese.

A pesquisa tem como problema proposto: como interpretar¹⁵ o disposto no Código Civil Brasileiro quanto as questões de Desapropriação por Interesse Social, no que tange a Propriedade Urbana, a que se refere a presente Tese de modo a harmonizar a sua aplicação com os objetivos constitucionais, a despeito e apesar de não se localizar, expressamente nos textos legais, e mesmo na doutrina, com seu olhar voltado para o interesse estritamente privado, um conceito que possa servir de conceito operacional¹⁶ para a categoria Interesse Social?

Para tanto, a Tese está organizada e sistematizada em quatro Capítulos: o primeiro é dedicado à Propriedade como núcleo temático, dentro do qual se recortou o objeto. Visando à construção do marco teórico, conceitua-se a Propriedade no âmbito constitucional e de Função Social, tratando dos fundamentos históricos com o fim de delinear o contorno social adquirido ao longo do tempo, em especial no Direito Pátrio.

Historicamente, o direito à Propriedade corpórea deita suas raízes em valores como a individualidade, a exteriorização de poder, de classe social, de dominação e segurança social do indivíduo.

Por isso, operar com um conceito mais amplo que a dimensão da propriedade corpórea e estrita de direito real, requer que se destaque a amplitude do coletivo e do social, a integrar o universo constitucional da propriedade, e isso como forma de tecer a fina malha que compõem a Sociedade, o Estado e o Direito à Propriedade.

considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.” . In: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (de 05 de outubro de 1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 06 de abril de 2009.

¹⁵ Interpretação esta a ser feita por legisladores, doutrinadores, e demais pessoas que tenham interesse direto ou não na questão.

¹⁶ Segundo Pasold, conceito operacional “é uma definição para uma palavra e expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos”. In PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Conceito Editorial, 2015. p.54.

O paradigma tradicional, em que a Propriedade esgotava-se em si mesma, ou seja, ela servindo como meio de acumulação, não tem mais espaço na Sociedade atual, haja vista o que dispõe a respeito o texto constitucional. Trata-se de buscar um conceito que abarque o poder patrimonial oponível ao grupo social, porém, considerando o alcance da Função Social sob o ponto de vista econômico, político, social e individual, de tal maneira que constitua um arcabouço teórico e prático e que sirva como um paradigma a ser utilizado quando da análise de direitos atinentes a qualquer tipo de Propriedade ou poder econômico.

Assim, um aspecto a ser observado nas Constituições Brasileiras é o contorno social paulatinamente imprimido à Propriedade, desde a Carta Política do Império, de 1824 até a atual Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

O desafio é o cumprimento da Função Social da Propriedade quando da necessária aplicação da lei ao fato concreto. Fato esse dinâmico, mas que ganha através de decisões proferidas pelo Judiciário, em cujas mãos assenta-se, em termos imediatos, a responsabilidade de análise e interpretação do ordenamento, o balizamento conducente à Justiça Social.

Buscar o conceito de Função Social da Propriedade e seu espectro faz-se necessário, então, pois sem ele não há fundamento para o tema central da presente pesquisa, e, ademais, para a aplicação justa da nova ordem legal em termos de política jurídica e da prática jurídica pelos tribunais nos casos concretos.

No Capítulo segundo, denominado: Desapropriação no Ordenamento Jurídico Brasileiro, buscar-se-á a fundamentação legal e doutrinária do instituto com o fito de revelar, partindo de sua conceituação e embasamento legal, as espécies de desapropriação existentes no Ordenamento Jurídico Pátrio e os elementos essenciais à espécie de que se ocupa esta Tese.

Destaca-se que se tratará da desapropriação sob o prisma da espécie focada nos parágrafos 4º e 5º do art. 1228 do Código Civil, mas observando o

fundamento na utilidade e necessidade públicas de caráter social, como o interesse social em si, intentando a compreensão do universo expropriatório de cada espécie e cada elemento.

Neste sentido, procura-se identificar os aspectos de Justiça Social como elo regulador das relações do indivíduo com a comunidade na qual está inserido, elo, enfim, que norteia os casos de Desapropriação com fundamento no bem maior que é o bem comum.

Assim, ao analisarem-se as Desapropriações em suas espécies previstas no Ordenamento Jurídico Pátrio, é possível verificar que são, também, além do exercício de um direito do Estado, o processo por meio do qual o Poder Público busca essa Justiça Social.

Independente da espécie de desapropriação, para fins de utilidade, necessidade pública ou interesse social, ou da modalidade direta – resultante de processos organizados para atingir as finalidades administrativas; ou indireta – que se verifica quando essas finalidades são objetivadas, mas sem a utilização do processo previsto em lei – sempre se mantém a justa e necessária indenização decorrente desta modalidade de perda da Propriedade.

Um exemplo é o do Estatuto da Cidade que prevê formas de intervenção do Estado na propriedade urbana com a principal diretriz de nortear a correta utilização com a intenção de proporcionar o cumprimento da cláusula constitucional instituidora da função social da propriedade, pública e privada.

No Ordenamento Jurídico Pátrio somente têm competência para manifestar a declaração de utilidade pública o Legislativo e o Executivo. E, em ambos os casos, mantida a natureza administrativa do ato expropriatório.

O Ato Expropriatório terá em seu bojo: a manifestação pública da vontade de submeter o bem à força expropriatória, o fundamento legal em que se embasa o poder expropriante, a destinação específica a ser dada ao bem e a identificação do bem a ser expropriado. Sempre mantendo a necessidade da prévia e justa indenização.

No Terceiro Capítulo denominado Desapropriação por Interesse Social, buscar-se-á aclarar, de forma mais próxima, a Desapropriação prevista no Código Civil. Esta Desapropriação, denominada Desapropriação Judicial, articula-se num campo de conceitos abertos, cumprindo à teoria balizar os seus contornos e facilitar a sua aplicação, especialmente pelos operadores junto ao Poder Judiciário.

O que se manifesta nessa espécie de expropriação exige uma nova cultura jurídica, a perceber a Propriedade atual em novo paradigma, que está a transformar o exercício e a tutela dos direitos.

A Propriedade, ao mesmo tempo em que recebe, constitucionalmente, o *status* de Direito Fundamental, exterioriza sua incapacidade de manter-se, por isso mesmo, na esfera estrita do absolutismo privado. O coletivo, em determinados aspectos, e em face dos postulados constitucionais, evidencia a necessidade de uma grande transformação dessa instituição nos tempos contemporâneos. Daí a sua crise e os reclamos de um novo paradigma proprietário.

Outro aspecto é a concentração populacional nas áreas urbanas que suscita uma série de demandas sociais que necessitam de uma harmonização entre os interesses privados e os da colividade, o que se revela na função social da propriedade e nas funções sociais da cidade, espaço este do Estatuto da Cidade e da regularização fundiária da Lei n. 11.977/09 (Minha Casa Minha Vida).

Por isso, a regularização fundiária prevista e que pode ser realizada por meio da Desapropriação por Interesse Social, e por outros mecanismos previstos no Ordenamento, consiste num conjunto de medidas que abrangem as áreas jurídica, urbanística, ambiental e social e que tem como objetivo a regularização da questão fundiária urbana, mediante diversos instrumentos, entre eles a usucapião coletiva e a desapropriação por interesse social.

O grande desafio é garantir o direito social à moradia e o sustento pelo trabalho na terra, com o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e da propriedade rural, assegurando o direito de todos ao

meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para tanto, o capítulo trará à colação também, decisões dos tribunais superiores, sempre com o objetivo de aclarar o mote da presente pesquisa.

No Capítulo final, denominado Fundamentos da Dogmática Jurídica e a Discricionariedade na Desapropriação Urbana por Interesse Social, serão apresentadas contribuições da Dogmática Jurídica.

Neste norte, as lições jurisprudenciais auxiliam as definições teóricas pela via da interpretação frente a casos concretos, muito embora se reconheçam as limitações impostas pela racionalidade processual, já que as decisões sempre dependem do que é narrado e alegado, das provas e outros aspectos que nem sempre espelham a realidade social pungente da situação jurídica. O critério de seleção de acórdãos de qualquer modo será de garimpar casos e passagens pontuais, para destacar elementos caracterizadores e de fundamentação da perda da Propriedade por Desapropriação Judicial, adotados na base da decisão, sem preocupação ademais com números ou estatísticas, ou tendências.

Para uma análise crítica do Direito Civil atual, em face da reconstrução teórica imposta pela Constituição, é necessário ir além do paradigma do direito comum codificado, e realizar uma ruptura com o padrão estático das codificações; é indispensável que se amplie o espectro, repita-se, considerando fortemente as diretrizes constitucionais, que reorientam e atuam em co-relação com as normas civis.

No tocante à Propriedade, especificamente, ela não pode ser desvinculada da coletividade, à qual serve e da qual se serve. A propriedade individualista, alheia ao contexto social em que se encontra e que não cumpra a Função Social, é Propriedade em perfil socialmente irresponsável, o que não se coaduna com a ordem constitucional soberana.

O desafio reside em realizar essa adequação da leitura infraconstitucional tradicional a uma releitura em âmbito constitucional de forma a redefinir todo o paradigma e a Propriedade em particular.

Aí aponta a tarefa da (nova) Dogmática, em seu papel de interpretação do Direito vigente, em seu conjunto de princípios norteadores da aplicação do Direito em uma época, explicitando a conexão interna e a malha de teorias e conceitos que compõem o sistema jurídico; de tal maneira que garanta a uniformização e previsibilidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais). É nesse plano que a Tese procura inserir-se e oferecer a sua contribuição ao aperfeiçoamento do Direito.

O cerne da questão, no aspecto temático, envolve a Desapropriação por Interesse Social, mas numa modalidade específica: uma desapropriação que não se dá por decreto de poder executivo, mas por decisão judicial. É a sentença que à vista do fato deduzido que irá definir a amplitude, o valor e a forma que efetivamente tomará a perda da Propriedade. Nada impede, por exemplo, que ao invés de fixar a indenização em dinheiro homologue uma permuta de área.

Ao tratar da interpretação judicial, assim, faz-se necessário dissertar acerca da produção legislativa. Afinal é nela que repousa o primeiro olhar na busca da decisão judicial mais Justa, sem prejuízo, conforme dito, das considerações do caso concreto. De fato, se na concessão de uso especial para fins de moradia, por exemplo, permite-se a permuta de local (MP 2220/01) e nas desapropriações por interesse social (de imóvel urbano ou rural) o pagamento em Títulos, nada impede que no caso da Desapropriação Judicial do Código Civil, artigo 1228, parágrafos 4º e 5º, orientada pelo mesmo cunho social, que se indenize por permuta de área.

Voltando à questão legislativa, Manuel Atienza oferece grande contribuição à hermenêutica ao sistematizar os níveis de racionalidade da produção legislativa. Sob a orientação de tais níveis de racionalidade, é possível, então, compreender a natureza e função do sistema dogmático, da norma jurídica e buscar a interpretação mais plausível e socialmente mais interessante para o tema proposto.

Em matéria de Desapropriação por Interesse Social, portanto, estando preenchidos os requisitos, o papel da Dogmática Jurídica é fornecer elementos de

certeza para o intérprete, para que ele encontre subsídios para evitar que o Proprietário frustrasse, mediante subterfúgios, os desígnios constitucionais da Função Social.

Esse é o ponto nevrálgico. Ao deparar-se com Categorias que possuem conceitos abertos e dinâmicos como esses de que se ocupa a presente Tese, cabe ao Magistrado selecionar os elementos essenciais da interpretação do Direito frente ao caso concreto. Vezes haverá em que ao primeiro olhar e uma indeterminação do Direito não se visualiza o alcance maior da norma, pendente de interpretação à luz da melhor Dogmática.

A presente Pesquisa se encerrará com a Conclusão na qual serão firmados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a Desapropriação por Interesse Social e a interpretação possível para casos complexos.

Isso posto, cumpre estabelecer que para a presente Tese fora levantada a seguinte hipótese:

A Desapropriação por Interesse Social conforme está prevista no artigo 1228, parágrafo 4º do Código Civil Brasileiro não prescinde de um esclarecimento conceitual e dogmático prévio, em face da sua complexidade como instituto de inspiração constitucional; o que se tem em vista defender com a Tese é a segurança jurídica das partes, seja para evitar a perda ou prejuízo da propriedade de um lado, seja para assegurar a justiça da decisão em sentido contrário, haja vista que o interesse maior é o prestigiamento da função social com respeito à propriedade privada.

O Método na fase de Investigação é o indutivo; na fase de Tratamento dos Dados o Método Cartesiano e no Relatório da Pesquisa a base indutiva. Nas diversas fases da Pesquisa, são acionadas as Técnicas do Referente¹⁷, da Categoria¹⁸, do Conceito Operacional¹⁹ e da Pesquisa Bibliográfica²⁰.

¹⁷ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente

Nesta Tese de Doutorado as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais constam do rol das Categorias Estratégicas, que integram esta Introdução e são desenvolvidas e ampliadas ao longo do texto de desenvolvimento.

Para encerrar esta Introdução, cumpre frisar que o ineditismo da Tese está na abordagem dos dispositivos dos parágrafos 4º e 5º do artigo 1228 do Código Civil sob o prisma constitucional da Função Social da Propriedade e dos direitos sociais fundamentais. De sorte que na Desapropriação Judicial, o Juiz atenha-se a uma nova Dogmática Jurídica que amplia o espectro da Propriedade e da Desapropriação.

para uma Pesquisa” (grifo no original). *In.* PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Conceito Editorial, 2015. p. 65.

¹⁸ “[...] **palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia**” (grifo no original). *In.* PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Conceito Editorial, 2015. p. 36.

¹⁹ “[...] é uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. *In.* PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Conceito Editorial, 2015. p. 50.

²⁰ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. *In.* PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Conceito Editorial, 2015.p. 215.

CAPÍTULO 1

PROPRIEDADE: CONCEITOS, RETROSPECTIVA CONSTITUCIONAL E FUNÇÃO SOCIAL

Este capítulo inaugura o marco teórico, Nele são trazidos a Propriedade e a Função Social, com destaque às modalidades da Propriedade urbana e rural, pois que em princípio elas são objeto da ação reivindicatória pertinente; e na segunda seção Função Social, que conforme a hipótese do trabalho, constitui o fundamento da perda ou não pelo proprietário autor da ação.

1.1 CONCEITOS E RETROSPECTIVA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE

A opção pela utilização do termo "conceito" no plural é uma provocação, posto que dependendo do plano de estudos e do referente a ser utilizado, múltiplas concepções podem ser encontradas/delineadas tendo em vista o objeto ou a perspectiva a ser analisada.

É com essa mentalidade que se buscou, com método optado para a presente pesquisa, variados espectros da propriedade de tal modo que ao final possa ser perquirido o que efetivamente esboça o melhor contorno hermenêutico da redação do artigo 1228 do Código Civil²¹ - objeto central da presente pesquisa.

Essa possibilidade de conceituações, decorre, para Martignetti, do objetivo a que se propôs o legislador ou o intérprete da lei posto que “a definição corrente de um termo explica o significado que lhe reconhece uma determinada Sociedade, num determinado momento histórico”.

²¹ BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 06 set. 2014.

Vale dizer, “A etimologia do termo, quando é possível encontrá-la, permite avaliar, mediante cotejo, a eventual diferença entre o significado atual e o original”; mais que isso, permite “investigar historicamente, tendo em conta essa mesma base, sua evolução através dos tempos”.²²

Iniciando pelo aspecto etimológico, Martignetti preleciona que:

O substantivo propriedade deriva do adjetivo latino *proprius* e significa “que é de um indivíduo específico ou de um objeto específico (neste caso, equivale a: típico daquele objeto, a ele pertencente), sendo apenas seu”. A etimologia oferece os traços de uma oposição entre um indivíduo ou um objeto específico e o resto de um universo de indivíduos e de objetos, como categorias que se excluem reciprocamente.²³

Esse olhar primeiro é pragmático e ainda inicial mas expõe o núcleo central exteriorizado da propriedade, qual seja esse elo que possui a coisa e seu titular. E, neste sentido, prossegue Martignetti afirmando,

O conceito que daí emerge é o de “objeto que pertence a alguém de modo exclusivo”, logo seguido da implicação jurídica: “direito de possuir alguma coisa”, ou seja, “de dispor de alguma coisa de modo pleno, sem limites”. A implicação jurídica (de enorme importância sociológica) surge logo: ela é, com efeito, um elemento essencial do conceito de propriedade dado que todas as línguas distinguem, como já fazia o direito romano, entre “posse” (manter “de fato” alguma coisa em seu poder, independentemente da legitimidade de o fazer) e Propriedade (ter o direito de possuir alguma coisa, mesmo que independentemente da posse de fato).²⁴

O aspecto da exclusividade, de pertencer a alguém de modo exclusivo é, em tempos atuais, muito mais uma designação de forma do que de conteúdo.

²²MARTIGNETTI, Giuliano. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de C. Varrialle. 3 ed. Brasília: UnB, 1991, 2 v. p.1021. Título original: *Dizionario di Politica*. Verbete: Propriedade.

²³ MARTIGNETTI, Giuliano. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de C. Varrialle. 3 ed. Brasília: UnB, 1991, 2 v. p.1021. Título original: *Dizionario di Politica*. Verbete: Propriedade.

²⁴ MARTIGNETTI, Giuliano. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de C. Varrialle. 3 ed. Brasília: UnB, 1991, 2 v. p.1021. Título original: *Dizionario di Politica*. Verbete: Propriedade.

Se, historicamente a construção do direito à Propriedade corpórea veio enraizada em valores como a individualidade, a exteriorização de poder, de classe social, de dominação e segurança social do indivíduo, hodiernamente há de se destacar o coletivo na fina malha que compõe a Sociedade em que o Direito e a Propriedade estão inseridos.

Assim, mantendo sua origem como adjetivo, a Propriedade sobre a coisa traz consigo, dentre outras, faculdades positivas, como a de o proprietário usar, transformar, transmitir ou abandonar a coisa, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico. A isso corresponde a obrigação passiva universal, ou dever jurídico, decorrente da oponibilidade *erga omnes* do direito.

A definição de Propriedade pode exteriorizar o reconhecimento das prerrogativas que o proprietário tem sobre a coisa em especial, é o que se propôs o Código Civil Brasileiro no qual o que se tem não é a definição, senão a indicação dos poderes inerentes à Propriedade que elencados pelo texto legal. Nas palavras de Tepedino "tais poderes, expressão do elemento interno ou econômico do domínio [...] e do elemento externo ou jurídico [...] compõem o aspecto estrutural do direito de propriedade sem nenhuma referência ao aspecto funcional do instituto"²⁵.

Esses dois poderes destacados por Tepedino como elementos subjetivos do proprietário e assim são identificados nos aspectos interno (e econômico), caracterizador do "senhorio", com as faculdades de usar, gozar e dispor do bem em cujo direito recai, e o aspecto jurídico (da estrutura da propriedade) e a "exclusão de quaisquer ingerências externas"²⁶.

No aspecto interno/econômico no tocante às faculdades, Berdejo destaca que a prerrogativa de desfrutar a coisa é uma consequência natural advinda da sua condição de titular do direito posto que o "dueño" tem o desfrute

²⁵ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. *In: Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.310

²⁶ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. *In: Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.311.

da coisa e sua posse como uma consequência natural da própria condição de proprietário.

Motivo pelo qual, sem ter outro sujeito com iguais direitos sobre a mesma coisa que possa limitar sua "actuación" sobre ela, o poder de "senhorio" se destaca. Mesmo em caso de usufruto, como exemplo citado por Berdejo, em que há o desdobramento da propriedade, o titular do direito de usufruto tem o dever primeiro de respeitar a sua propriedade²⁷. Estendendo o raciocínio, Nusdeo analisa a natureza econômica dos direitos e relações previstos no Código Civil destacando que

Aproximadamente 90% do Código Civil é constituído por dispositivos de cunho econômico: contratos, regime de bens do patrimônio e nas sucessões, a propriedade, as obrigações, todos têm subjacente a si uma realidade econômica, por implicarem situações ou operações onde se cogita de bens escassos.²⁸

Nusdeo, ainda sobre esse aspecto, destaca que "quanto mais Economia, mais Direito" posto que, quanto mais escassos ficam os bens pelo desenvolvimento da Sociedade e sua expansão populacional, "maior a quantidade de normas jurídicas necessárias para regular aqueles interesses", surgindo um sem número de leis para "tutelar o consumo, a concorrência, o meio ambiente, os códigos florestais de pesca, de águas, o urbanismo, a regulamentação de investimentos, da agricultura, dos bancos, comércio e indústria"²⁹.

Não diferente ocorre com o elemento subjetivo do direito de Propriedade, em sua aquisição, transmissão e perda, como será explanado no capítulo seguinte. No segundo aspecto destacado por Tepedino nos elementos subjetivos da Propriedade, qual seja o elemento externo ou jurídico está presente a exclusividade e sua oponibilidade *erga omnes* que impõe a todos a obrigação de respeitá-la.

²⁷ BERDEJO, José Luis Lacruz. **Nociones de derecho civil patrimonial e introducción al derecho**. Barcelona: Librería Bosch, 1982. p.157.

²⁸ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 3 ed rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.19.

²⁹ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 3 ed rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.21.

Pilati, invertendo essa ótica estrita da Propriedade, destaca que se na Modernidade as codificações trabalhavam num limitado âmbito da Propriedade corpórea, condizida a um “buraco-obsuro jurídico” que o salvaguardava neste aspecto econômico, a Pós-Modernidade deverá

trabalhar com um conceito amplo de propriedade, incluindo todo o poder patrimonial oponível ao grupo social. Isto coloca ao alcance da função social todo o poder, individual e social, seja ele político, seja econômico, seja de que natureza for. Não é só o conceito de propriedade que se modifica; é o arcabouço jurídico, é todo o paradigma³⁰.

Martignetti³¹, ressalta ainda, que a Propriedade compõe-se de valores ligados à Propriedade, classificados em:

a) valores tradicionais que são “os mais diretamente vinculados ao esquema da Propriedade como um processo que tem como objetivo o indivíduo”, e;

b) valores emergentes que “possuem como termo de referência o sistema social global, nos diversos níveis em que um sistema social pode ser considerado como um universo de referência”.

O direito de Propriedade traz consigo, portanto, *valores* intrínsecos que a compõem e que auxiliam a sua conceituação, pois está ele inserido num todo e como tal deve ser apanhado e compreendido:

Tabela 1

VALORES INTRÍNSECOS À PROPRIEDADE

Valor	Elementos de exteriorização/valoração
Estabilidade e	a propriedade privada como estrutura permanente, é vista,

³⁰ PILATI, José Isaac. **Propriedade e Função Social na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2011. p. 15.

³¹ MARTIGNETTI, Giuliano. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de C. Varrialle. 3 ed. Brasília: UnB, 1991, 2 v. p.1021. Título original: *Dizionario di Politica*. Verbete: Propriedade.

segurança	com o tempo, como garantia disso, ligada diretamente, em sua origem, às maiores possibilidades de sobrevivência familiar e individual [...] no indivíduo ele [o valor] se baseia na necessidade psicológica de garantir, com suficiente segurança, a possibilidade de sobreviver [...] A propriedade (ou o dinheiro que constitui a sua unidade de medida e o seu símbolo) torna-se, como a divindade, um ser carregado de conteúdos emocionais, aquele algo que não trai no momento da necessidade.
Reciprocidade e justiça	a propriedade como uma compensação de uma prestação, passada ou presente, e até, em casos cada vez mais frequentes, como compensação anterior de uma prestação futura [...] ou uma prestação direta ocorrida uma ou várias gerações antes.
Sucesso	a propriedade privada é um símbolo do sucesso passado e presente do indivíduo ou de um grupo restrito na competição social e econômica, quando apresentada como exclusiva [...] De modo tácito ou explícito, estabelece-se a seguinte equação: tenho mais, porque valho mais; valho mais porque tenho mais.
Legitimidade	intrínseco ao conceito de propriedade [...] seu ponto crítico está hoje no contraste entre o âmbito da legitimidade em sentido estrito ou jurídico [...] e o âmbito da legitimidade socialmente aceita.
Poder	envolvendo o privilégio e o autoritarismo [...] com a consciência crescente dos processos que contrapõem esses valores; a energia com que tem sido reivindicada a legitimidade do segundo (autoritarismo) e condenada a ilegitimidade do primeiro (privilégio).
Contestação do sistema	pois nos sistemas sócio-econômicos que aceitam a propriedade privada em sua acepção mais ampla, é nela que se descobre o obstáculo que importa remover. Neste contexto é o privilégio econômico que surge em primeiro plano e pode ser identificado, simplificando a situação, com o privilégio político, na medida em que, de fato, os dois privilégios se apresentam combinados e se somam; o

	privilégio político parece assim passar a segundo plano;
Propriedade privada-coletividade:	a coletividade, ou sistema social constitui, como o igualitarismo, um valor emergente, na medida em que está sendo cada vez mais inconscientemente reconhecido.

Fonte: MARTIGNETTI, Giuliano ³²

Esses valores fundamentam uma concepção de Propriedade e, apesar de não constarem explicitamente em suas conceituações, traduzem o, como dito, seu multifacetado espectro.

Por outro lado, analisando o traçado por Orlando Gomes, vê-se outro delineamento ao conceituar o direito de Propriedade utilizando três critérios distintos:

Sua conceituação pode ser feita à luz de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo. Sinteticamente [...] a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possui. Descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei.³³

Os critérios analítico e sintético, em especial, formam os contornos mais visíveis da Propriedade ao considerarem a submissão e exteriorização dos poderes que o titular tem sobre a coisa.

Essas prerrogativas, do critério analítico, inerentes à Propriedade têm sido frequentemente associadas a um conceito de Propriedade. Não raras vezes o que se tem como conceitual, nada mais é que uma descrição das ações/direitos que o proprietário tem em relação à coisa, e não propriamente uma conceituação que considere o espectro amplo e multifacetado da Propriedade.

³² MARTIGNETTI, Giuliano. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de C. Varrialle. 3 ed. Brasília: UnB, 1991, 2 v. p.1021. Título original: *Dizionario di Politica*. Verbete: Propriedade.

³³ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.97.

Da mesma forma, caso seja utilizado isoladamente o critério descritivo ter-se-á outra das faces da Propriedade que é a vinculada às suas características e modalidades.

Neste sentido, a Propriedade pode ser conceituada tendo em vista seus elementos intrínsecos: absolutismo, exclusivismo e perpetuidade. Esses elementos reunidos caracterizam a restrição em relação à Função Social da Propriedade, sua natureza jurídica, a limitação em relação à sua resolubilidade e oponibilidade erga omnes.

Gilissen, ao conceituar a Propriedade tem-na como “um direito real, ou seja, uma relação entre uma pessoa e todas as outras relativamente a um bem; um direito oponível *erga omnes*”.³⁴

Note-se o cuidado do autor em relacionar a Propriedade a relações interpessoais ao conceituar, ligando o direito real às pessoas e destacando esse vínculo, não a reduzindo a uma "relação" do titular com a própria coisa, é muito mais o “direito ou faculdade que liga o homem a uma coisa” uma possibilidade de o titular extrair da coisa a utilidade que a mesma possa lhe proporcionar, sendo muito mais o poder jurídico, geral e potencialmente absoluto, de uma pessoa sobre a coisa corpórea”³⁵.

Neste sentido³⁶ de sujeição, Ruggiero, em “Instituições de Direito Civil”, cita Scialoja que define Propriedade como sendo:

uma relação de direito privado, pela qual uma coisa como pertença a uma pessoa é completamente sujeita à sua vontade

³⁴ GILISSEN, John. **Introdução histórica do direito**. Tradução de Antônio Manoel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979. p. 633. Título original: *Introduction historique au droit*.

³⁵ CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito romano**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.169

³⁶ Parte do texto a seguir foi publicado na Revista Eletrônica Direito e Política. *In*: PÍTICA, Helena Nastassya Paschoal; GONÇALVES, Sandra Krieger. Função social da propriedade e sustentabilidade. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.2, 2o quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

em tudo que não seja vedado pelo direito público ou pela concorrência do direito alheio.³⁷

A Propriedade e suas possíveis conceituações retratam a evolução ao longo do tempo e os contornos ditados por momentos histórico-legais, sociais e coletivos de tal forma que não se pode evidenciar um único, completo e invariável conceito que abarque seu espectro diante de situações reais nos quais interagem indivíduos e direitos.

A vinculação social da Propriedade de forma restrita, através de princípio jurídico, por outro lado, implica em negar que o interesse individual do proprietário possa sobrepor-se, incondicionalmente, aos interesses de uma coletividade.

E é o filtro trazido por Pilati que se utilizará ao longo do presente trabalho pois “Um sistema cujo conceito de propriedade é superado e exige uma nova conformação das instituições políticas e jurídicas; que resgate o coletivo como condição essencial do equilíbrio do proprietário”.³⁸

Esses amplos aspectos sob os quais se deve buscar a conceituação (ante a mutação da Sociedade e dos aspectos atinentes à propriedade e à terra), até aqui esboçados, traz severas semelhanças com determinadas épocas conforme será traçado a seguir.

Ao examinar a evolução histórica desse direito é possível visualizar situações, crises e dificuldades bem atuais. O direito de Propriedade tem, na cultura ocidental, sua evolução intimamente ligada à evolução religiosa, econômica e cultural e tem sua compreensão e extensão tidas de maneira diversa pelos povos no tempo e no espaço.

Fustel de Coulanges, em “A Cidade Antiga – estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma” , afirma que, por mais diversas que

³⁷ SCIALOJA *apud* RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução de Ary dos Santos. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1958. v.2, p.372. Título original: *Istituzioni di diritto civile*.

³⁸ PILATI, José Isaac. **Propriedade e Função Social na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 17.

fossem as culturas dos povos, de um modo ou de outro, num determinado momento há o surgimento da Propriedade distinta da pública.

Seja a Propriedade do solo, como no caso dos gregos que, apesar de terem o domínio do solo, compartilhavam a colheita com a comunidade, seja a Propriedade dos rebanhos e das colheitas, como no caso dos bárbaros e dos germanos.

Coulanges evidencia a existência de três coisas que se encontram fundadas e estabelecidas solidamente pelas Sociedades grega e romana: “a religião doméstica, a família e o direito de propriedade” e prossegue afirmando que

A idéia de propriedade privada fazia parte da própria religião. Cada família tinha seu lar e seus antepassados. Esses deuses podiam ser adorados apenas pela família, só a família protegiam; eram sua propriedade exclusiva.³⁹

Para o autor, a família, “por dever ou por religião” fica “agrupada ao redor do seu altar”, fixando-se ao solo “tanto quanto o próprio altar”. Assim, “a idéia de domicílio surge naturalmente” e “a família está vinculada ao altar, e este, por sua vez, encontra-se firmemente vinculado ao solo”; estreita relação se estabeleceu, portanto, “entre o solo e a família”.

Além da vinculação, surge a necessidade de imposição de limites:

O lar deve ser isolado, isso é, visivelmente separado de tudo quanto não lhe pertença, os estranhos não devem aproximar-se dele no momento em que realizam as cerimônias do culto [...] torna-se necessária a existência de proteção, ao redor do altar, a certa distância [...] seja do que for, indica divisa, separando o domínio de um lar, de outro domínio pertencente a outro lar. Este recinto é considerado sagrado.⁴⁰

³⁹ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1998. p. 50. Título original: *La Cité Antique*.

⁴⁰ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1998. p. 50. Título original: *La Cité Antique*.

Assim, existe a Propriedade exclusiva da família e não de um homem só. A Propriedade, dentro de seus limites, é sagrada e inviolável, sendo respeitada não só por imposição legal, mas por ser inerente à religião doméstica.

Por estar tão intimamente ligada a convicções religiosas, de início não era possível abandonar ou transmitir a Propriedade a estranhos que não pertencentes à família, a não ser em casos específicos. No entanto, aos poucos, foi sendo permitido ao proprietário, através de preceitos legais, desfazer-se de suas terras.

A Propriedade paulatinamente transmutou-se, de coletiva a privada por estágios sucessivos. Iniciou como Propriedade coletiva na horda, em que todos eram proprietários das coisas de interesse do grupo, ou seja, a terra e os meios de defesa e produção.

Num segundo momento, surgiram as famílias como unidades internas do grupo e, assim, a Propriedade familiar⁴¹ administrada e sob o domínio do *pater familias*⁴², para culminar com a Propriedade privada individual, após uma lenta e gradual modificação.

Friedrich Engels, em sua obra “A origem da família, da propriedade privada e do Estado”, com base no estudo elaborado por Morgan, distinguiu a história da existência da humanidade em três fases distintas, quais sejam: o estado selvagem, a barbárie e a civilização.

Engels afirma que, até a fase inferior da barbárie, “a riqueza duradoura limitava-se, pouco mais ou pouco menos, à habitação, às vestes, aos adornos primitivos e aos utensílios necessários para a obtenção e preparação dos alimentos: o barco, as armas e os objetos caseiros mais simples”; e prossegue perguntando, “a quem, no entanto, pertenceria essa riqueza nova?”.

⁴¹ “Esta ainda não é a propriedade individual, porque o chefe da casa dela não dispõe absolutamente e as famílias primitivas são grupos amplos, que comportam todo um vasto parentesco, e se propagam por muitas gerações.”. In PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **Propriedade privada no direito romano**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 149.

⁴² “Pater familias, era o termo utilizado pelos romanos para identificar o chefe do grupo familiar, sobre o qual recaía o poder sobre todos os bens e pessoas da família mas também a responsabilidade pela sua sobrevivência”. In PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **Propriedade privada no direito romano**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 175

Não há dúvida de que, na sua origem, pertenceu à gens⁴³. Mas bem cedo deve ter-se desenvolvido a “Propriedade privada dos rebanhos [...] como Propriedade particular dos chefes de família, com o mesmo título que os produtos artísticos da barbárie, os utensílios de metal, os objetos de luxo e, finalmente, o gado humano: os escravos”⁴⁴.

Para Engels, pelo menos nos primeiros tempos da cidade, a *gens* romana tinha como atribuição:

Direito de herança recíproco entre os gentílicos; a propriedade permanecia na gens. Dada a vigência do direito paterno, na gens romana, da mesma forma que na grega, os descendentes por linha feminina eram excluídos da herança. Segundo a Lei das XII Tábuas - mais antigo monumento conhecido do direito romano – em primeiro lugar herdavam os filhos, como herdeiros diretos que eram; não havendo filhos, herdavam os agnados (parentes por linha masculina); e, na falta destes, os demais membros da gens. Em caso algum, a propriedade saía da gens.⁴⁵

Isabel Vaz, em sua obra “O direito econômico das propriedades”, observa ainda que, no plano das relações pessoais, a família monogâmica se origina, segundo a concepção materialista, da necessidade de acumular riquezas e garantir heranças, ocasionando a submissão da mulher e dos filhos ao chefe da família e pervertendo as antigas instituições das gens.⁴⁶

Contudo, é no direito romano que a Propriedade deita suas raízes. Para Orlando Gomes :

Em traços largos, o direito de propriedade que veio a prevalecer entre os romanos, após longo processo de individualização, é o

⁴³ No sentido de clã ou agrupamento de pessoas que se julgam descender de um ascendente comum. Cf. ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. 11 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987. p. 57-58. Título original: *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*.

⁴⁴ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. 11 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987. p. 57-58. Título original: *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*.

⁴⁵ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. 11 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987. p. 134. Título original: *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*.

⁴⁶ VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p.151.

que modernamente se qualifica como individualista. Cada coisa tem apenas um dono. Os poderes do proprietário são os mais amplos.⁴⁷

Sob a ótica de conquistadores e conquistados, havia, desde logo, a repartição de terras “conquistadas” com a cessão de terrenos e a concessão de benefícios territoriais que traçavam um “poder” conferido às pessoas beneficiadas.

Esse poder, inclusive, vinha com a obrigação de utilizá-lo para proteção territorial⁴⁸ com a defesa das fronteiras com o fim de evitar invasão de estrangeiros e/ou bárbaros. Assim, no transcorrer desta evolução o conceito do direito de Propriedade sofreu inúmeras influências, sendo basilar: a ordem econômica, social e política.

A organização política sob a perspectiva histórica fica evidente em críticas formuladas ao sistema de cada período histórico e pensadores de sua época. Essa influência, em fins do século XV e início do século XVI, ao tempo em que houve a supremacia do feudalismo, transpassava as prerrogativas do proprietário e expressava a organização da Sociedade. Ricardo Arone destaca que:

A propriedade civil, à época do feudalismo, trazia ainda em seu bojo em poder político (efetivo), que dava aos senhores feudais a capacidade de julgar, tributar e legislar, inerentes à sua condição de detentor do domínio eminente, harmonizados com o domínio civil do respectivo soberano.⁴⁹

Seguindo, na Idade Média, a titularidade sobre as terras teve um papel relevante posto que a pirâmide social da época catalizava o poderio econômico e o transpassava para a Propriedade.

Na época medieval, prevalecia a máxima *nulla terre sans seigneur*, fragilizando o proprietário livre, ante o poder do senhor

⁴⁷ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 101.

⁴⁸ LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil**: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 40.

⁴⁹ ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 153.

feudal, que se situava no topo da pirâmide social, por seu poderio econômico e político.⁵⁰

Esse "topo da pirâmide social" era exteriorizado no momento em que os feudos eram dados, a título de usufruto condicional a certos beneficiários que se comprometiam a prestar serviços, inclusive militares.

Com o passar do tempo esses feudos transmutaram-se em Propriedade que transpassou a ser perpétua mantendo a economia agrária e a pouca circulação monetária mantendo os grupos sociais existentes praticamente fixos sem que os indivíduos pudessem migrar de um para outro grupo. Tal situação garantida por meio de legislações e governos respaldados pela áurea divina conferida ao seu poder e autoridade.

Leal sublinha que a "nova" forma de propriedade industrial da Idade Moderna (surgida com a expansão comercial, a produção manufatureira, a formação de impérios financeiros, de sociedades por ações e com a descoberta do novo mundo), vem junto com a Propriedade imobiliária atender ao contorno da Sociedade capitalista da época.

Essa Propriedade, com caráter absolutamente individual, permanece como aquelas "destinadas a atender expectativas particulares e setoriais de uma parcela da Sociedade, sendo idealizadoras de que esta Propriedade tenha um fim em si mesmal ou seja, servir de capital para gerar mais capital"⁵¹.

Na Europa do século XVII Hobbes, em vez de apoiar-se na teoria do direito divino, pretendeu justificar a existência de um Estado forte e do governo absoluto com fundamentos racionais. O Estado é, nesta ótica o grande Leviantã, gigante construído por todos os homens, que em si contém a unidade absoluta e o poder soberano. Segundo ele, os homens, por sua natureza, são

⁵⁰ ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 153.

⁵¹ LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil**: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 46.

aproximadamente iguais não sendo nenhum tão forte que não possa temer os outros, nem nenhum tão débil que não possa constituir um perigo ⁵².

Ora, essa visão absolutista e individualista que tem como pilar o raciocínio que inclui uma arrastada existência solitária, pobre, desagradável, brutal e curta dos homens reflete também na compreensão do direito de Propriedade já que, no estado de natureza os indivíduos viveriam isolados e em luta permanente, impondo-se-lhes a guerra de todos contra todos num ambiente de medo que culmina na necessidade de proteção.

Nesta perspectiva, o fim da Propriedade era ela mesma, ou seja, acumular riqueza e os prazeres dela advindos. Como que abre-se uma “concorrência” do homem sobre o homem por glória e fama, de todos contra todos.

Hobbes, questiona como o Estado civil se formou e, com ele, o poder absoluto do monarca. Pois o homem em seu estado de natureza com seus direitos naturais (basicamente a vida e a liberdade) vivia de maneira individualizada, com a vontade do mais forte, prevalecendo.

Nesta perspectiva, Hobbes traça um estado caótico onde os homens vivem em conflito constante uns contra os outros, num conflito constante de interesses pessoais *versus* interesses pessoais, mas cuidando a necessidade de arquitetar-se um mecanismo de “garantia” dos direitos naturais, por meio de um ser gigante, soberano, que tem as armas em seu poder, impingindo leis e ordens para fazer e tornar possível sua manutenção como Estado civil.

Essa proteção, de uns em relação aos outros, exteriorizada por meio das armas para conquistar e conservar seus interesses e das delimitações das Propriedades ocupadas e/ou ainda por ocupar.

⁵² HOBBS, Thomas. **Leviathan**: reprinted from the edition of 1651 with an Essay by the Late W.G. Pogson Smith. Oxford: Clarendon Press, 1909. [documento baixado] de "the online library of liberty" . Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/Hobbes_Leviathan_1909.pdf> acesso em: 23 mar 2013.

No século seguinte a percepção acerca da Propriedade a vê como um Direito Fundamental e essencial à natureza humana em Locke sob o argumento de ter sido Deus quem "deu a terra em comum aos filhos dos homens"⁵³ conforme raciocínio desenvolvido no seu Segundo Tratado sobre o Governo:

Se, racionalmente, o consentimento da maioria não deve ser encarado como um ato do conjunto e a decisão de cada indivíduo, nada exceto o consentimento de cada indivíduo pode transformar qualquer coisa em ato do conjunto, pois os problemas de saúde e os impedimentos dos negócios, apesar de em número serem muito inferiores ao total de uma comunidade civil, necessariamente deixará muitos ausentes da assembléia pública. Se acrescentarmos a isso a variedade de opiniões e a diversidade dos interesses que inevitavelmente ocorrem em todos os grupos humanos, a inserção na sociedade em tais condições seria apenas como a entrada de Catão no teatro, *tantum ut exiret*. Uma constituição deste gênero tornaria o poderoso Leviatã mais efêmero que as criaturas mais frágeis, e ele seria incapaz de sobreviver ao dia de seu nascimento; e isto seria inadmissível, e menos ainda que criaturas racionais só desejassem e constituíssem sociedades para depois dissolvê-las.⁵⁴

Se por um lado Locke opõe-se também à teoria do direito divino, por outro lado também critica Hobbes confirmando um novo entendimento que fundamenta o Estado Liberal acerca do Contrato Social e a ideia segundo a qual a origem do Estado encontra-se num pacto social elaborado pelo povo.

Neste aspecto a Propriedade (feudal) é Direito Fundamental no mesmo patamar que os direitos do homem (livre) à integridade e à posse de sua pessoa de tal forma que sirvam de base ao direito à vida e à liberdade, formando a tríade de direitos por Locke tidos como fundamentais: vida, liberdade e Propriedade.

A Propriedade era então absoluta e total. O regime feudal somente desapareceu do cenário jurídico europeu com a Revolução Francesa de 1789, na

⁵³ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 139. Título original: *Two Treatises of Government*.

⁵⁴ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 140. Título original: *Two Treatises of Government*.

qual se insurgia contra a ordem civil assentada em privilégios feudais, que fez com que a Propriedade pudesse ser livre e individual:

A Revolução Francesa consagra legislativamente essa deslocação da propriedade. Na célebre noite de 4 de Agosto de 1789, a Assembléia Constituinte, sob a influência das Jacqueries de Julho (a Grande Peur) e por proposta de dois deputados da nobreza, decretou a destituição do feudalismo, assegurando deste modo a libertação do solo dos numerosos e complexos encargos que, desde a Idade Média, pesavam sobre cada parcela; restabeleceu assim a propriedade plena, livre e individual que o direito romano tinha concedido.⁵⁵

Neste sentido, Coelho destaca dois marcos importantes para a "construção de argumentos referentes ao direito de propriedade"⁵⁶: a Revolução Francesa do século XVIII e o socialismo do século XX.

Com a Revolução Francesa a Propriedade assumiu caráter individualista, com a proclamação de que o direito de Propriedade é natural, ilimitado e individualista.

Na etiologia da Revolução é salutar destacar a crise socioeconômica e institucional pela qual passava a Europa no século XVIII, com a dominação do clero e da nobreza sobre as demais classes sociais insatisfeitas.

Essa dominação voltada para seus interesses econômicos tem a classe operária trabalhando mais de dezesseis horas e os camponeses destinando boa parte da sua produção ao suserano e mesmo assim, ambos devendo dízimo ao clero e tributos exorbitantes que se "recolhem cada vez que, a caminho de comercializar a produção da cidade, ingressam nos domínios de alguém"⁵⁷.

Estão, neste momento histórico, dois por cento da população (clero e nobreza) mantendo-se parasitariamente financiadas às custas de muito sacrifício

⁵⁵ GILISSEM, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de Antonio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa: 1979. p. 645.

⁵⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva. v 4, 2006. p.57

⁵⁷ MARQUESI, Roberto Wagner. **A propriedade-função na perspectiva civil constitucional: desapropriação de imóveis produtivos não funcionais**. Curitiba: Juruá, 2013. p.19.

de quem efetivamente produzia. Trata-se de ociosos e administrativamente inaptos que, detentores do poder político mantinham um perfil fundiário garantidor de seus privilégios.

Em relação a Propriedade territorial, o “ancien régime” desfavorecia burgueses e camponeses pois “o método das concessões, inspirado na dualidade domínio útil/domínio eminente, afastara o modelo romano caracterizado pela exclusividade”⁵⁸ mantendo uma política fundiária (tanto na França pré-revolucionária quanto nos demais países da Europa ocidental e na América) com caráter puramente excludente e especulativo.

Na França de 1789 a filosofia, então tida como revolucionária e vinda após o pensamento Rousseauiano, propunha que poder-se-ia regular os problemas da vida político-social com a aplicação da razão pura desde que os homens se libertassem de seus preconceitos e bem assim externassem seu descontentamento perante os exorbitantes encargos da tributação e o espetáculo da desigualdade reinante que, aliados à concepção filosófica de uma lei natural, com a crença no contrato social.

A partir do século XVIII, a escola de direito natural passa a reclamar leis que definam a propriedade. A Revolução Francesa recepciona a idéia romana. O Código de Napoleão, como consequência, traça a conhecida concepção extremamente individualista do instituto.⁵⁹

O Código de Napoleão, mesmo nascido poucos anos após a Revolução, trouxe no bojo do artigo 544 uma visão exclusivista, capitalista e individualista “deixando o caráter revolucionário de lado e pretendendo defender a nova ordem instituída”⁶⁰, individualizando este direito real de forma absoluta e exclusiva, colocando a propriedade num lugar de centralidade ao dispor que:

⁵⁸ MARQUESI, Roberto Wagner. **A propriedade-função na perspectiva civil constitucional: desapropriação de imóveis produtivos não funcionais**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 20-21.

⁵⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 4 ed. São Paulo: Atlas. v.5, 2004. p.140

⁶⁰ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 96.

A propriedade é o direito de fazer e de dispor das coisas do modo mais absoluto, contanto que delas não se faça uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos.⁶¹

Assim, esse Código e as ideias da Revolução repercutiram em todos os ordenamentos que se modelaram no Código Civil francês, inclusive o português e, mais tarde, o brasileiro. Destaca Reale que “pode-se considerar pacífico que é com o Código Civil de Napoleão que tem comêço a Ciência Jurídica moderna, caracterizada sobretudo pela unidade sistemática e o rigor técnico-formal de seus dispositivos”⁶².

O legislador de 1804 soube colocar-se “sobranceiro às vicissitudes do passado e às fôrças projetantes do futuro, pondo-se a calaveiro de duas épocas” tratando de sistematizar e consolidar dois polos “de um lado as conquistas liberais da burguesia, segundo o binômio ‘liberdade-propriedade’ que constituia a viga mestra de todo o ordenamento jurídico da época” sem se descuidar do outro polo ao assegurar “condições propícias ao surto do capitalismo industrial que mal começava a aliciar seus instrumentos de ação com a máquina a vapor e o primeiro impacto das ciências sôbre as estruturas econômico-socias”.

O movimento constitucional, surgido no final do séc. XVIII, na Europa, se expandiu e conquistou espaço em todo o mundo ocidental. Atravessou o Oceano Atlântico e ancorou no Brasil na primeira metade do século XIX conforme pode ser observado na análise dos preceitos constitucionais acerca do direito de Propriedade. A evolução histórica traduz a incessante redução do individualista direito do proprietário. Apesar de possuir em seus elementos e como prerrogativas do titular do direito o absolutismo, verifica-se considerável restrição a esse elemento ao longo dos tempos⁶³.

⁶¹ **CÓDIGO DE NAPOLEÃO** ou Código Civil dos Franceses (texto integral do Código de 1804 com tôdas as modificações nêle posteriormente introduzidas e ainda em vigor e mais as principais leis complementares). Tradução de Souza Diniz. Prefácio de: Miguel Reale. Apresentação de: Des. José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Record, 1962. p.115.

⁶² **CÓDIGO DE NAPOLEÃO** ou Código Civil dos Franceses (texto integral do Código de 1804 com tôdas as modificações nêle posteriormente introduzidas e ainda em vigor e mais as principais leis complementares). Tradução de Souza Diniz. Prefácio de: Miguel Reale. Apresentação de: Des. José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Record, 1962. p. 09.

⁶³ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito das coisas. 28 ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-01-2002) São Paulo: Saraiva. v. 5, 2003. p. 84-85

O período colonial do Brasil que vai do descobrimento à sua emancipação (de 1500 a 1822) tem como marco o fato de ainda o País ser considerado como Colônia da Metrópole portuguesa, motivo pelo qual ainda não se podia falar em Direito *brasileiro*.

Ao longo daquele intervalo histórico Portugal governou segundo os ditames de três Ordenações, nesta ordem: Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. As primeiras, as Ordenações Afonsinas, foram baixadas em 1446 e assistiram ao descobrimento do Brasil, motivo pelo qual considera-se também como parte do ordenamento jurídico novel.

Já as Manuelinas, de 1521, em cuja vigência os contornos da Norma Luzitânia não foram além de ponteados. Somente em 1603 é que as Filipinas arrogariam a ordenação de todo Reino, inclusive as terras ultramarinas.⁶⁴

Assim, direito de Propriedade tem início no Brasil, com a Coroa Portuguesa conferindo tal direito a particulares:

Por direito oriundo do Descobrimto, todo o território descoberto ficou pertencendo à Coroa Portuguesa, por título de propriedade originária, a 22 de abril de 1.500.⁶⁵

Com o advento do descobrimento, Portugal instituiu no Brasil o regime das donatarias, nos quais certos senhores eram aquinhoados com vastas porções do território descoberto e exerciam nelas autoridade, fazendo cumprir condições determinadas pela Coroa, dentre as quais a efetiva colonização do território.

Eram chamadas Donatarias ou Capitânicas porque seus concessionários recebiam, com a concessão territorial, o título de Capitão. Essa concessão territorial expressada na forma de divisões territoriais feitas pela metrópole lusitana das regiões de além mar, eram entregues a fidalgos, que deveriam administrá-las na condição de donatários.

⁶⁴ PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**: volume III. livros IV e V: reprodução facsimile da edição feita por Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

⁶⁵ SANTOS. Delmino dos. **Direito agrário**. Belém: CEJUP, 1986. p. 11.

Logo após o Descobrimento, para povoar e colonizar as terras descobertas, Portugal utilizou-se do sistema das sesmarias⁶⁶ diferentemente do sistema sesmarial utilizado em Portugal, que tinha como escopo realizar uma reforma agrária, alterando o domínio de terras incultas e negligenciadas por seus proprietários.

O problema do Brasil, ao contrário, eram as terras virgens e uma grande população de índios⁶⁷.

Com o objetivo de colonizar as terras, porções das capitâneas eram cedidas a pessoas escolhidas pelo Capitão, às quais ele doava *sesmarias* ou fazia outras concessões territoriais.

No que tange ao Brasil, semelhante regime de propriedade teve vigência na época da implantação das capitâneas hereditárias, advindo do direito luso. A seguir, parcelas de terras próprias para a colonização foram destacadas das capitâneas, que com tal instituição perduram até depois do Brasil Colônia. Tais terras eram as sesmarias.⁶⁸

O sistema das sesmarias já vinha sendo utilizado na Europa medieval como modelo para a distribuição de terras comunais. Em Portugal começou a ser utilizado durante o reinado de D. Fernando I, em 26 de junho de 1375, através da Lei das Sesmarias que vinculava a terra à sua produção.⁶⁹

As Ordenações Filipinas, em seu Título 43, Livro IV, da Corte de Portugal, davam o conceito de sesmarias e previam a cultura efetiva da terra, *verbis*:

⁶⁶ “sesmaria deriva de sesma, que era uma medida de terra como o sesmo, que significa a sexta parte de qualquer cousa, ou do latim caesina, que quer dizer corte ou ainda dos sesmeiros que eram funcionários públicos incumbidos de dividir e distribuir as terras dos conselhos [...] conceder legitimamente terras a pessoas que antes não tinham quaisquer direitos sobre as mesmas, para que as melhorem e as cultivem.” In VARELLA, Marcelo Dias. **Introdução ao direito e à reforma agrária**: o direito face aos novos conflitos sociais. São Paulo: Editora de Direito, 1998. p. 59

⁶⁷ SANTOS, Delmino dos. **Direito agrário**. Belém: CEJUP, 1986. p. 11.

⁶⁸ ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.153.

⁶⁹ VARELLA, Marcelo Dias. **Introdução ao direito e à reforma agrária**: o direito face aos novos conflitos sociais. São Paulo: Editora de Direito, 1998. p. 57-58.

Sesmarias são propriamente as dadas de terras, casas ou pardieiros que foram ou são de alguns senhorios, e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas e agora não o são [...] para que as lavrem ou aproveitem e reparem os ditos bens, ou as vendam, emprazem ou arrendem, a quem as possa aproveitar e lavrar. E, se não o fizerem, passado o dito ano, dêem os sesmeiros as ditas sesmarias a quem as lavre e aproveite⁷⁰.

A concessão de sesmarias consistia na outorga de concessões territoriais mediante uma cláusula resolutiva, com encargos de cultura efetiva, morada e colonização imediata. Tal concessão seguia diversos critérios, como atenção à capacidade colonizadora do titular, prêmio ou recompensa por serviços prestados à Coroa, e por fim, a liberalidade em favor de algumas figuras da nobreza.⁷¹

Porém, a situação sesmarial perdurou até 1822, terminando com o processo de independência. Devido às onerosas exigências para as concessões das sesmarias, os titulares preferiam abandoná-las por completo, passando a ocupar terras desocupadas, livres de quaisquer ônus. Com isto, explica Delmino dos Santos, que:

Contra essa situação afrontosa, começou a gerar-se a inconformação da massa de chefes de família pobres, condenados a dificuldades crescentes, por não disporem de terras para trabalhar e criar, com sacrifício, melhores condições de vida para si, mulher e filhos.⁷²

A partir de 1822, passa então a vigorar o regime das posses, o qual somente foi definitivamente regularizado com a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, que possui o que segue como ementa e artigo inicial:

Dispõe sobre as terras devolutas do Império e acerca das que são possuídas por títulos de sesmarias sem preenchimento das condições legais, bem como por simples títulos de posse mansa e

⁷⁰ PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**: volume III. livros IV e V: reprodução facsimile da edição feita por Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

⁷¹ VARELLA, Marcelo Dias. **Introdução ao direito e à reforma agrária**: o direito face aos novos conflitos sociais. São Paulo: Editora de Direito, 1998. p. 116.

⁷² SANTOS. Delmino dos. **Direito agrário**. Belém: CEJUP, 1986. p. 13.

pacífica; e determina que, medidas e demarcadas as primeiras, sejam elas cedidas a título oneroso, assim para emprêsas particulares, como para o estabelecimento de colônias de nacionais e estrangeiros, autorizado o Govêrno e promover a colonização estrangeira na forma que se declara.

Art. 1º - Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra.

A Lei 601, de 1850, também conhecida como “Lei de Terras”, modificou o sistema de aquisição das Propriedades, trazendo uma série de conceitos operacionais necessários que eram para sua compreensão e aplicação. Ricardo Aronne, em sua obra afirma que:

A propriedade foi efetivamente regulada somente pela Lei de Terras, promulgada em 18.09.1850, que buscava regradar, principalmente, a propriedade rural. Somente nessa época é que o Estado começa a traçar limites dos poderes que se rogavam aos proprietários.⁷³

De forma geral, neste período surgiu a possibilidade do particular adquirir a Propriedade imobiliária. Como as terras do Império ainda confundiam-se com os bens do Imperador, foi também nessa época que várias Propriedades foram por ele cedidas através do instituto da enfiteuse ou ainda por meio de doações como explicita Delmino dos Santos:

Teve a Lei 601 um pensamento constante: respeitar a todo custo a detenção daquele que, sem título dominial, estivesse com ocupação expressada por dois requisitos absolutamente imprescindíveis: cultura efetiva e morada habitual.⁷⁴

Logo no artigo primeiro, a dita lei proíbe a aquisição de terras devolutas que não por compra e venda, cria o processo discriminatório, prevê a criação de reservas indígenas, concede terras para a criação de povoamentos e abertura de estradas e servidões.

Desta forma, a “Lei de Terras” instituiu quatro princípios distintos, a saber:

⁷³ ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. 153.

⁷⁴ SANTOS, Delmino dos. **Direito agrário**. Belém: CEJUP, 1986. p. 23.

- a) só transmitir o domínio de terras devolutas por título de compra e venda;
- b) transmitir o domínio de terras concedidas por cartas de sesmarias e outros instrumentos, cujas concessões estipuladas tenham sido cumpridas, mas ainda sem confirmação da autoridade concedente;
- c) revalidação de sesmarias ou concessões outras, cujos titulares tenham cultura efetiva, ou ao menos princípio de cultura e morada habitual; e por fim,
- d) transmissão de domínio mediante legitimação de posses mansas e pacíficas, com cultura efetiva e morada habitual, anteriores à vigência da Lei.⁷⁵

Com isto, segundo conclui Delmino dos Santos, a legitimação da posse foi inegavelmente um prêmio justo aos desbravadores que, pobres e desprotegidos, não obtiveram sesmarias ou outras concessões legitimáveis à aquisição do domínio.⁷⁶

Prossegue Delmino dos Santos dizendo que a Lei 601 tinha como pensamento constante, respeitar a detenção daquele que, sem título dominial, apresentava ocupação expressada em dois requisitos imprescindíveis: cultura efetiva e morada habitual.⁷⁷

Assim, a partir da distribuição original de terras através das sesmarias, viu-se os primeiros esboços da Propriedade particular no Brasil. E, com elas, as sesmarias, surgiram também os grandes latifúndios e as extensas áreas de terras improdutivas.

Para torná-las produtivas, utilizou-se, até fins do Século XV a mão-de-obra escrava. Tal situação perdurou até a segunda metade do Século XIX, após a segunda fase da revolução industrial, com a implementação de um novo sistema econômico internacional, no qual tem-se a Inglaterra pressionando Portugal e impingindo a abolição da escravatura no Brasil.

⁷⁵ SANTOS, Delmino dos. **Direito agrário**. Belém: CEJUP, 1986. p. 15-16.

⁷⁶ SANTOS, Delmino dos. **Direito agrário**. Belém: CEJUP, 1986. p. 20.

⁷⁷ SANTOS, Delmino dos. **Direito agrário**. Belém: CEJUP, 1986. p. 23.

Com o fim da escravatura, fez-se necessário diversificar a mão-de-obra, e isso se deu através dos imigrantes europeus, “seduzidos por falsas condições propagandeadas na Europa, atraindo o interesse para a imigração em conquista de novas terras”.⁷⁸

Aos poucos, a propriedade veio ganhando contornos cada vez mais sociais, fruto, como já analisado, do movimento constitucionalista que cada vez mais se solidifica no mundo do direito, de modo que a propriedade, um direito privado, vem ganhando cada vez mais a regulação e contornos de direito público, cingindo essa divisão ainda existente mas que, cada vez mais, tomba ante a inafastável sistematicidade do todo que é o ordenamento jurídico..⁷⁹

Assim, um aspecto a ser observado nas Constituições Brasileiras é o contorno social paulatinamente imprimido à Propriedade. De fato, quem observar a Carta Política do Império, de 25 de março de 1824, no título 8º que trata "Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros" em seu art. 179, inciso XXII:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[..]

XXII. E' garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indenmisação.⁸⁰

Constata que o Brasil, a partir da sua Independência Política de 1822, pelo fato de encontrar-se sob a influência de um Estado de Direito cuja referência está na Revolução Francesa de 1789, exterioriza o surgimento de um regime

⁷⁸ VARELLA, Marcelo Dias. **Introdução ao direito e à reforma agrária**: o direito face aos novos conflitos sociais. São Paulo: Editora de Direito, 1998. p. 76.

⁷⁹ ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio**. Rio de Janeiro : Renovar,1999. p. 154.

⁸⁰ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil** (de 25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A3o24.htm> Acesso em: 04 de junho de 2009.

liberal e a passagem da condição individual e servil de súditos da Coroa Portuguesa, marca do Colonialismo, para a de cidadãos do Império.

Este artigo 179 vem com a preocupação em garantir o direito "em sua plenitude" informando apenas que, em caso de interesse a bem do interesse público, ocorrerá a indenização ao cidadão titular do direito. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, por sua vez, ratificou as possibilidades já existentes nos textos legais ao dispor:

Art. 72 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.⁸¹

Já Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, promulgada, conforme enuncia seu preâmbulo, por meio dos representantes do povo brasileiro, com confiança em Deus e "reunidos em Assembleia Nacional Constituinte [...] organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico" no capítulo II que trata "Dos Direitos e Garantias Individuais" esboçou com este escopo externado, o primeiro contorno de Função Social da Propriedade ao dispor:

Art 113 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei

⁸¹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 24 de fevereiro de 1891) Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 04 de julho de 2009.

determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.⁸²

Paulo Bonavides analisa que “nela se insere a penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional positivo do País” e afirma “o social aí assinala a presença e a influência do modelo de Weimar numa variação substancial de orientação de rumos para o constitucionalismo brasileiro”.⁸³

De forma inédita a Constituição trouxe expressamente o princípio da Função Social da Propriedade. Essa positivação no texto é resultado do processo de revisão e abandono dos conceitos liberais individualistas do século XIX, que atribuíam à Propriedade um caráter absoluto e preponderante.

Destaca-se, por oportuno, que no texto constitucional citado, o poder constituinte outorgou ao legislador ordinário a tarefa de regulamentar o princípio ali consagrado, na medida em que dispôs no próprio inciso 17 que dever-se-á obedecer esse princípio constitucional na forma a ser disciplinada.

Ocorre que o legislador ordinário que tinha o dever de definir os critérios para o exercício do direito de Propriedade, bem como limitá-lo a fim de preservar o interesse social, constitucionalmente tutelado pouco ou nada o fez.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, por sua vez, outorgou ao legislador ordinário competência para regular o exercício do direito de Propriedade de forma totalmente discricionária em relação a Função Social da Propriedade ao dispor:

⁸² BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o34.htm> Acesso em: 04 de junho de 2009.

⁸³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.332.

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício;⁸⁴

Contextualizando, Priscila Ferreira Blanc afirma que esse preceito é consequência da semente anteriormente perquirida mas que não tinha sido explicitada no texto constitucional anterior, de tal modo que:

A primeira Constituição a abrigar a idéia da função social da propriedade foi a de 1934 que, em seu art. 113, n°17, garantia o direito de propriedade, mas vedava seu exercício de forma contrária ao interesse coletivo.

Nessa época, João Mangabeira, que participava da comissão de redação de parte do projeto da Constituição, já defendia que o direito de propriedade deveria ser garantido conforme conteúdo e limites definidos em lei específica.

Em 1937, seguindo as idéias defendidas por Mangabeira, a Constituição garantiu o direito de propriedade, deixando a cargo de lei ordinária a definição de seu conteúdo e seus limites, conforme constava do art. 122, n. 14.⁸⁵

E assim foi feito. No uso de tais atribuições, foram promulgados: o Decreto-Lei nº 25 em fins de novembro de 1937⁸⁶ que trata da proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional, criando a figura do tombamento (em vigor até os dias atuais); e, logo em seguida, no início do mês seguinte, o Decreto-Lei

⁸⁴ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (de 10 de novembro de 1937). disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. acesso em 06 de abril de 2009.

⁸⁵ BLANC, Priscila Ferreira. **Plano diretor e função social da propriedade**. Curitiba: Juruá. 2004. p. 45.

⁸⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 25** (de 30 de novembro de 1937). Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del0025.htm>>. Acesso em 06 abr. 2009.

nº 58,⁸⁷ que dispõe sobre as regras para o loteamento de terras Urbanas e a venda de lotes (revogado pela Lei nº 6.766/79⁸⁸) e o Decreto-Lei 3.365/1941⁸⁹ que disciplina a Desapropriação em razão de utilidade pública, (em vigor até os dias atuais).

É fato que o instituto da Desapropriação foi criado muito antes de se cogitar acerca da Função Social da Propriedade, especificamente para ocasiões em que se aferisse a presença da “necessidade e utilidade pública”, o que, não necessariamente, carrega consigo um cunho social.

Já a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 ao tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais, assim dispõe:

Art. 141 A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à Propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.⁹⁰

E prossegue a Carta Magna, no que se refere à Ordem Econômica e Social dispondo que:

⁸⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 58** (de 10 de dezembro de 1937). Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del058.htm>. Acesso em: 06 abr. 2009.

⁸⁸ BRASIL. **Lei nº 6.766** (de 19 de dezembro de 1979). Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6766.htm>. Acesso em: 06 abr. 2009.

⁸⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.365** (de 21 de junho de 1941). Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3365.htm>>. acesso em 06 abr. 2009.

⁹⁰ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>>. Acesso em 06 abr. 2009.

Art. 147 O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

A Constituição da República Federativa de 1967 inovou no tocante à separação da Propriedade do solo e do subsolo, e ao condicionamento do exercício do direito de Propriedade ao bem estar social, e incluiu expressamente o termo *Função Social da Propriedade* colocando freios nas prerrogativas inerentes ao absolutismo do direito tal como expressado no artigo 524 do Código Civil de 1916.

A mesma carta constitucional preceituava:

Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: III- função social da propriedade⁹¹.

Como se constata, ao contrário do disposto na Carta de 1937, o constituinte de 1946 vinculou de forma explícita o exercício do direito de Propriedade ao bem-estar social, atribuindo, como em todas as Cartas anteriores, ao legislador ordinário a tarefa de regulamentar a matéria.

Neste sentido, surgiu a Lei 4.132/1962, que contemplava as hipóteses de interesse social a justificar a Desapropriação de terras para “promover a justa distribuição da Propriedade, com igual oportunidade para todos”⁹², visando o citado bem-estar social.

Em 1967, a Constituição (e a Emenda Constitucional nº 1/69), embora elaborada em pleno regime militar, trouxe um significativo avanço no campo da Propriedade privada ao elencá-la em diversos artigos a saber:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à

⁹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (de 24 de janeiro de 1967). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 06 abr. 2009.

⁹² BRASIL. **Lei nº 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/leis/L4132.htm>>. Acesso em 06 abr. 2009.

vida, à liberdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:

[...]

§ 22 É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de Desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula exata de correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

Consagrando de forma expressa a Função Social da Propriedade como um princípio constitucional e estabelecendo que a ordem socioeconômica deveria promover o desenvolvimento e a justiça social, a Constituição baseou-se, dentre outros princípios, na Função Social da Propriedade:

Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

[...]

III - função social da propriedade;

De acordo com Paulo Guilherme Almeida:

Todas as constituições reconhecem e garantem a propriedade como direito individual, aparecendo, a partir da de 1934, a preocupação em condicionar seu uso ao interesse social ou coletivo (art. 113, n. 17). Se a Carta de 1937 silenciou a respeito (art.122, n. 144), a Constituição de 1946 reatou com a orientação de 1934, condicionando a utilização da propriedade ao bem-estar social, (art.147).

Finalmente a Constituição de 1967, em sua redação original (art. 157,III) e na redação que posteriormente lhe deu a Emenda Constitucional nº 1/69

(art. 160, III) vai mais longe, destacando a Função Social como um dos princípios em que se baseia a ordem econômica e social.⁹³

Art. 160 A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

[...]

III- função social da propriedade.

Sob essa égide foi aprovada a Lei nº 6.766/79, que dispõe sobre as regras para o parcelamento do solo urbano em nível federal, não sendo vedada, contudo, sua utilização em nível estadual e municipal. Esta lei revogou o Decreto-Lei 58/37, o qual visava, primordialmente, estabelecer a forma e os requisitos para a implementação de loteamentos e a realização de negócios imobiliários envolvendo lotes urbanos, cujo pagamento do preço se desse em prestações.

Assim, se nota que, na legislação revogada (Decreto-Lei 58/37), não havia preocupação considerável com o aspecto urbanístico do loteamento, cuja implantação se buscava, a exceção de uma discreta disposição, constante no §1º do art. 1º, que remetia a aprovação do projeto relativo ao loteamento de Propriedade Urbana, às autoridades sanitárias e militares⁹⁴.

Atualmente o direito à Propriedade está entre os direitos e garantias do cidadão, previsto no artigo 5º, inciso XXII, ao asseverar que: “é garantido o direito de propriedade” enquanto que o inciso seguinte refere-se expressamente à Função Social dispondo que: “a propriedade atenderá a sua função social”.

A Constituição acrescentou, ainda, a preservação ambiental em contraponto ao desenvolvimento, reafirmando, em seu artigo 225, § 5º (do capítulo que trata do meio ambiente), que:

⁹³ALMEIDA. Paulo Guilherme. **Direito agrário**: a propriedade imobiliária rural. São Paulo: LTr, 1980. p.23.

⁹⁴ Art.1º. § 1º Tratando-se de propriedade urbana, o plano e planta do loteamento devem ser previamente aprovados pela Prefeitura Municipal, ouvidas, quanto ao que lhes disser respeito, as autoridades sanitárias e militares.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como 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-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas nacionais.

Desta forma, as terras necessárias à proteção ambiental, privadas ou públicas, tornam-se indisponíveis não podendo ser utilizadas para reforma agrária ou qualquer outra finalidade, pois já cumprem sua Função Social por si só. Se não forem indispensáveis à proteção ambiental podem servir para, de acordo com o artigo 188 da Constituição, à execução da política agrícola e do plano nacional de reforma agrária. Para Afonso da Silva,

A Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista. [...] a questão ambiental permeia o texto constitucional mediante expressão explícita ao meio ambiente, que se mostra ao pesquisador com maior clareza. Há, porém, muitos outros dispositivos em que valores ambientais se apresentam sob o véu de outros objetos da normatividade constitucional.⁹⁵

Tratar de Função Social da Propriedade é tratar de questões do cotidiano. Pede-se, inclusive, fazer uso do termo *utilização responsável da Propriedade* vez que a Função Social, mais que um conceito aberto e abstrato é um elemento intrínseco à Propriedade.

A Propriedade, neste sentido, sofre uma “extensão” de seus elementos, pois, ao contrário do afirmado pelos doutrinadores, ao categorizar a Função Social tem-se não uma limitação ou restrição, mas ao contrário, um alcance ainda maior.

⁹⁵ SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 26.

Como assevera César Fiúza “Os direitos inerentes à Propriedade não podem ser exercidos em detrimento da sociedade, contra as aspirações sociais”.⁹⁶ Se, anteriormente, tinha-se a titularidade da Propriedade e isso era, por si só, o suficiente para exercer de modo absoluto o uso e gozo sobre a coisa, hoje em dia deve-se observar as demandas do grupo social e, obrigatoriamente cumprir a Função Social do bem.

Mesmo com os preceitos constitucionais, a Função Social da Propriedade ainda era um espectro, ou seja, faltava a materialização de seus parâmetros norteadores para que claramente pudesse ser observada e protegida.

O Código Civil atual deixa clara sua preocupação social, coadunando-se com a norma constitucional insculpida no artigo 5º, inciso XXIII, ao dispor no artigo 1228, parágrafo 1º que os direitos da Propriedade devem ser exercidos em consonância com as finalidades econômicas e sociais do bem e de modo a que sejam preservados a flora, a fauna, as belezas naturais, o patrimônio artístico e cultural, dentre outros.

No mesmo sentido os demais parágrafos desse artigo estabelecem serem defesos os atos que não tragam ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem, além de preceituar a possibilidade de Desapropriação e a requisição administrativa por utilidade ou necessidade pública ou interesse social.

Mas, nenhum dos parágrafos do artigo 1228 é tão explicitamente fundamentado na Função Social da Propriedade quanto o parágrafo 4º que dispõe:

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área de terra, 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.

⁹⁶ FIÚZA, César. **Direito civil**: curso completo. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.634.

Claramente o direito de Propriedade há de ser exercido conjugando interesses do proprietário, da Sociedade e do Estado, afastando o individualismo e o uso abusivo do domínio por meio da retirada compulsória da titularidade da Propriedade por meio da desapropriação despoja o titular do direito ante a posse “pro labore” ou posse-trabalho podendo esta ser concretizada através da construção de moradia ou investimentos de caráter produtivo ou cultural.

Pelo disposto no parágrafo retro citado, uma ou mais pessoas poderão adquirir a Propriedade com a posse trabalho sendo, neste caso, a Desapropriação em uma espécie de usucapião coletiva quanto aos resultados, mas não quanto à natureza pois a Desapropriação é compulsória enquanto que a usucapião é forma originária de aquisição da Propriedade. Na primeira tem-se uma sentença constitutiva, na segunda, uma sentença meramente declaratória do direito.

A Desapropriação nestes casos e a usucapião diferem também quanto à indenização a ser paga ao titular originário da Propriedade posto que na usucapião, por não haver transmissibilidade da Propriedade não há que se falar em qualquer espécie de indenização. Quanto à Desapropriação, esta será objeto do capítulo seguinte do presente trabalho.

Para fins do presente relato de pesquisa, antes de tratar da Função Social e da desapropriação, cabe trazer a classificação da propriedade em Propriedade Urbana e Rural, para que reste caracterizado o objeto central: a Propriedade Urbana. Por isso, primeiramente tratar-se á de buscar a identificação da Propriedade Urbana para, então adentrar na Função Social.

1.1.1 Propriedade Urbana e Rural

A Propriedade pode ser classificada, dentre outros aspectos, como Urbana ou Rural. Nesta classificação, faz-se essencial perquirir os conceitos atinentes a uma e outra Propriedade.

No Brasil, historicamente, decidiu-se acerca da criação de uma vila ou cidade, ou sobre a “elevação de um aglomerado pre-existente” por meio de decisões governamentais, não havendo requisitos formais estabelecidos que devessem ser analisados.

A sede de uma freguesia, a primitiva unidade territorial brasileira, podia ser elevada arbitrariamente à vila ou diretamente à condição de cidade, na Colônia como no Império. Também ocorreram fundações, numa ou noutra categoria, não precedidas de freguesias, a instalação de ambas sendo simultâneas.⁹⁷

O conceito mais tradicionalista de Propriedade Urbana e que não considera a mutabilidade da coisa em si, remete à concentração, em determinada área de terras, de edificações e pessoas que exerçam atividades não rurais. Na busca de definição de Propriedade Urbana e Rural, um dos conceitos que podem ser considerados é que

a urbanização se explicaria por condições econômicas e sociais. A cidade nasceria como um mercado servindo à áreas circundantes e seu papel de lugar central, e portanto seu nível de “urbano” seria medido não apenas, pelo número de pessoas nela aglomerado, mas pelas funções por ela exercidas para a sua área tributária.⁹⁸

A determinação do urbano fica, assim, por conta do não Rural, das funções que lhe são diferentes daquelas.

Buscando na Codificação Civil Brasileira, também não são encontrados de forma objetiva um e outro conceito. O que se tem, ainda no Código Civil de 1916 é a distinção entre imóveis rústicos e urbanos, em especial quanto ao tratamento dado a um e outro ao dispor regramentos específicos para um e para outro⁹⁹.

⁹⁷ BERNARDES, Lysia Maria Cavalcanti (Coord); SANTOS, Sérgio Roberto Lordello dos; NALCACER, Fernando Cavalcanti. **Redefinição do conceito de urbano e rural**. [Impresso]: Curitiba, 1983. p. 25.

⁹⁸ BERNARDES, Lysia Maria Cavalcanti (Coord); SANTOS, Sérgio Roberto Lordello dos; NALCACER, Fernando Cavalcanti. **Redefinição do conceito de urbano e rural**. [Impresso]: Curitiba, 1983.

⁹⁹ Em especial nos artigos que tratam da propriedade rústica com tratamento diferenciado da urbana sobre:

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA - Art. 178 Prescreve: [...] § 10 Em 5 anos: [...] VI – Os aluguéis de prédio rústico ou urbano. [...]

DA PASSAGEM FORÇADA - Art. 559. O dono do prédio rústico, ou urbano, que se achar encravado em outro, sem saída pela via pública, fonte ou porto, tem direito a reclamar do vizinho que lhe deixe passagem, fixando-se a esta judicialmente o rumo, quando preciso. [...]

DAS ÁGUAS - Art. 567. É permitido a quem quer que seja, mediante prévia indenização aos proprietários prejudicados, canalizar, em proveito agrícola ou industrial, as águas a que tenha direito, a través de prédios rústicos alheios, não sendo chácaras ou sítios murados, quintais, pateou, hortas, ou jardins. [...]

O Decreto-Lei 311 de 1938 determinou que, antes de se instituíram novos Distritos, seria necessário delimitar os quadros urbanos e suburbanos da sede além de haver, pelo menos, trinta moradias. Dispôs também que nenhum Município se estabeleceria sem, ao menos, duzentas moradias¹⁰⁰.

Essa distinção entre imóveis urbanos e rurais (rústicos) passou a ser formada, anos depois, pela distinção das atividades ali desenvolvidas, como dispõe o Decreto-Lei nº7.499/45, ao definir:

Art. 1º

[...]

§ 2º Estabelecimento rural é o imóvel, situado dentro ou fora dos limites urbanos, que se destina ao cultivo da terra, à extração de matérias primas de origem vegetal, à criação ou melhoria de

DO DIREITO DE CONSTRUIR - Art. 577. Em prédio rústico, não se poderão, sem licença do vizinho, fazer novas construções, ou acréscimos as existentes, a menos de metro e meio de limite comum. [...]

DO PENHOR LEGAL - Art. 776. São credores pignoratícios, independentemente de convenção: II - O dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarnecendo o mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas. [...]

DA LOCAÇÃO DE PREDIOS - Art. 1.209. O locatário do prédio, notificado para entregá-lo, por não convir ao locador continuar a locação de tempo indeterminado, tem o prazo de um mês, para o desocupar, se for urbano, e, se rústico, o de seis meses (artigo 1.197, Parágrafo único). [...]

DISPOSIÇÕES ESPECIAIS AOS PRÉDIOS RÚSTICOS - Art. 1.211. o locatário de prédio rústico utilizá-lo-á no mister a que se destina, de modo que o não danifique, sob pena de rescisão do contrato e satisfação de perdas e danos. [...]

DA PARCERIA RURAL - DA PARCERIA AGRÍCOLA- Art. 1.410. Dá-se a parceria agrícola, quando uma pessoa cede um prédio rústico a outra, para ser por esta cultivado, repartindo-se os frutos entre as duas, na proporção que estipularem. Art. 1.411. O parceiro incumbido da cultura não responderá pelos encargos do prédio, se os não assumir. Art.1.412. Os riscos de caso fortuito, ou força maior, correrão em comum contra o proprietário e o parceiro. Art. 1.413. A parceria não passa aos herdeiros dos contraentes, exceto se estes deixaram adiantados os trabalhos de cultura, caso em que durará, quanto baste, para se ultimar a colheita. Art. 1.414. Aplicam-se a este contrato as regras da locação de prédios rústicos, em tudo o que nesta seção não se acha regulado. [...]

DO CONCURSO DE CREDORES - DAS PREFERÊNCIAS E PRIVILÉGIOS CREDITÓRIOS - Art. 1.566. Tem privilégio especial: [...] IV. Sobre os prédios rústicos ou urbanos, fabricas, oficinas, ou quaisquer outras construções, o credor de matérias, dinheiro, ou serviços para a sua edificação, reconstrução, ou melhoramento. V. Sobre os frutos agrícolas, os credores por sementes, instrumentos e serviços à cultura ou à colheita. VI. Sobre as alfaias e utensis de uso doméstico, nos prédios rústicos ou urbanos, os credores de alugueis, quanto às prestações do ano corrente e do anterior. *In*: BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil** (de 1º de janeiro de 1916). Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75875>>. acesso em: 04 jul 2014.

¹⁰⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 311, de 02 de março de 1938**. Dispõe sobre a divisão territorial do país, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-311-2-marco-1938-351501-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 09 abr. 2009.

animais e à industrialização conexas ou acessórias dos produtos derivados dessas atividades.¹⁰¹

Ainda neste norte, duas décadas mais tarde, o Estatuto da Terra repisou o mesmo pensamento ao estabelecer:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei definem-se:

I - "Imóvel Rural", o prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agro-industrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada;¹⁰²

A análise de Sondero¹⁰³ soma, nas características indicadas acima, que a Propriedade agrária “é” prédio rústico, ou seja, aquele destinado “à exploração agrícola, pecuária, agroindustrial ou extrativa (e mista), ou o que assim está explorado”; some-se a preocupação existente à época com a disseminação da Propriedade familiar vez que “os meios de acesso à Propriedade agrária foram fixados, com as normas de distribuição de terra que se segue à desapropriação específica e os meios de sua execução”.

Também destaca o Autor que a Propriedade pode ser composta por “matas, lagos, lagoas, rios, montanhas, etc. objeto de cuidados especiais como o tombamento, a proibição de entrada de pescadores e caçadores [...] a preservação, [...] a conservação” e demais instrumentos de tutela específica existente.

Adianta o mesmo Autor que o Estatuto também disciplinou o desmembramento da Propriedade agrária (nos moldes estabelecidos INCRA) “a fim de preservar, em benefício da comunidade, a função precípua da terra agrária, que é ‘ser um bem de produção’”, permitindo, ao mesmo tempo, que se “constituísse a terra em objetos de contratos agrários”.

¹⁰¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 7.449, de 09 de abril de 1945**. Dispõe sobre a organização da vida rural. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del7449.htm. Acesso em: 22 fev. 2015.

¹⁰² BRASIL. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964**. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm Acesso em: 21 fev. 2015.

¹⁰³ SODERO, Fernando Pereira. Conceito de estatuto: Estatuto da Terra. **Justitia**, São Paulo, 44 (116): 9-14, jan/mar. 1982. Disponível em: < <http://www.justitia.com.br/revistas/2bdcdb.pdf>>. Acesso em 26 fev. 2015.

Isso com elementos próprios em suas “avenças, a fim de [...] preservar essa [...] função social e econômica da Propriedade” e se disciplinasse a Propriedade pública, as terras devolutas em uma legislação complementar “permitindo maior celeridade nos procedimentos judiciais e administrativos”.

Mantendo a ótica econômica, ao buscar a identificação da Propriedade Urbana de forma própria – e não sendo apenas aquela “não-Rural” é que, ainda com base nos fundamentos na legislação esparça, a Lei nº 5.172/66 que, dentre as disposições que regem disposições gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios, dispõe em seu artigo 32¹⁰⁴ que para fins de imposto entende-se como zona Urbana:

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

§ 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

I - Meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II - Abastecimento de água;

III - Sistema de esgotos sanitários;

IV - Rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V - Escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

§ 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior.

O Código Tributário Nacional inovou ao elencar, em seus incisos, os melhoramentos ali contidos, indo além do critério anteriormente utilizado – o da utilização e da natureza das atividades nele desenvolvidas.

¹⁰⁴ Artigo este que estabelece que a competência municipal de impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador, dentre outros, a propriedade localizada em área urbana. *In*: BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 04 jul. 2014.

Por se tratar de matéria dinâmica – principalmente pelas nuances econômicas e protetivas – o Decreto-Lei nº 66 retornou aos critérios anteriores ao dispor:

Art. 14 – O disposto no artigo 29 da Lei nº 5.172 [...] não abrange imóvel que, comprovadamente, seja utilizado como “sítio de recreio”¹⁰⁵, e no qual a eventual produção não se destine ao comércio, incidindo assim sobre o mesmo imposto a que se refere o artigo 32 da mesma lei.

Art. 15 – O disposto no artigo da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não abrange o imóvel que, comprovadamente, seja utilizado em exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agro-industrial, incidindo, assim, sobre o mesmo, o imposto territorial rural e demais tributos com o mesmo cobrados.¹⁰⁶

Assim, para a finalidade tributária resolve a questão quando se analisa a mesma buscando a definição do objeto de incidência de imposto. São dois critérios distintos, que não se excluem. Para efeitos de tributação é o critério da localização; em outras circunstâncias o critério da destinação (por exemplo, no caso de usucapião coletiva urbana sobre área rural ocupada por muitas famílias com posse a título de moradia e comércio).

O que merece atenção é a necessidade espacial, a que é objeto do controle urbanístico – formada por “núcleos periféricos, desde que tenham dimensão além da qual, para assegurar condições de vida satisfatórias a seus habitantes, seja indispensável equipá-las de infra-estrutura e serviços mínimos”.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Sítio de Recreio: “Art. 13. imóvel situado na zona rural pertencente a pessoa física ou jurídica será considerado sítio de recreio quando: I – sua produção não seja comercializada; II - Sua área não seja superior à do módulo para exploração não definida da zona típica em que estiver localizado; III – tenha edificação e seu uso seja reconhecido para a destinação de que trata este artigo”. In BRASIL. **Decreto 59.900 de 30 de novembro de 1966**. Regulamenta o Decreto-lei nº 57, de 18 de novembro de 1966 e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D59900.htm>. Acesso em: 06 abr. 2009.

¹⁰⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 57, de 18 de novembro de 1966**. Altera dispositivos sobre lançamento e cobrança do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, institui normas sobre arrecadação da Dívida Ativa correspondente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0057.htm>. Acesso em: 06 abr. 2009.

¹⁰⁷ BERNARDES, Lysia Maria Cavalcanti (Coord); SANTOS, Sérgio Roberto Lordello dos; NALCACER, Fernando Cavalcanti. **Redefinição do conceito de urbano e rural**. [Impresso]: Curitiba, 1983. p. 64.

Mas também a Propriedade Urbana “é a destinada à moradia, ao comércio e à indústria, regra geral situada em zona urbana, ou mesmo na zona rural”¹⁰⁸. Hodiernamente, a Lei nº 11.977/09 traz definições de áreas urbanas ao determinar:

Art. 47. Para efeitos da regularização fundiária de assentamentos urbanos, consideram-se:

I – Área urbana: parcela do território, contínua ou não, incluída no perímetro urbano pelo Plano Diretor ou por lei municipal específica;

II – Área urbana consolidada: parcela da área urbana com densidade demográfica superior a 50 (cinquenta) habitantes por hectare e malha viária implantada e que tenha, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes equipamentos de infraestrutura urbana implantados:

- a) drenagem de águas pluviais urbanas;
- b) esgotamento sanitário;
- c) abastecimento de água potável;
- d) distribuição de energia elétrica; ou
- e) limpeza urbana, coleta e manejo de resíduos sólidos;¹⁰⁹

Esse é o ponto fundamental. Se em algum momento histórico foi identificada a área urbana como sendo aquela que não tem destinação Rural, ou se depois buscou-se o parâmetro tributário, hoje urge que a Propriedade Urbana seja incluída como tal no perímetro urbano determinado pelos Planos Diretores dos Municípios ou, ao menos, em Lei Municipal e que seja dotada de infraestrutura e serviços que compreendem segurança, acessibilidade,

¹⁰⁸ PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 51.

¹⁰⁹ BRASIL. **Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: 11 maio 2014.

abastecimento de água, iluminação pública e espaços que garantam qualidade de vida àqueles que nela habitam.

1.2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Como visto, no Brasil Império poder-se-ia imaginar que, apesar de ainda não se abordar o tema "Função Social da propriedade" como atualmente se delinea, seria possível identificar sua função na colonização do País, com as Capitanias e as Sesmarias cumprindo um papel visto como necessário naquele momento histórico.

Esse é um dos principais aspectos da Função Social. Ela se amplia e potencializa sob a ótica da empresa, dos contratos, da posse, da propriedade Urbana, da propriedade Rural e de tantos outros direitos que possuem, em sua essência, esse viés da solidariedade coletiva¹¹⁰.

Esse é o ponto em que se finca o presente relato de pesquisa. No tocante à Função Social, a Propriedade Urbana pode e deve buscar a harmonia entre o individual e o social. Somente com a consonância entre esses elementos, “sem preponderância de um sobre o outro”

Não se pode negar que no conceito de propriedade era preciso restabelecer o desequilíbrio, oriundo do individualismo, impondo a noção do bem social. Tal noção, contudo, não deve ser conceituada exageradamente, a ponto de novamente provocar o desequilíbrio.¹¹¹

Ricardo Arone opta encetar os estudos acerca da Função Social da Propriedade evocando o princípio da igualdade que, mesmo sendo um princípio jurídico-constitucional indeterminado, aberto e inafastável, ainda assim, por ser estruturante incide sobre o ordenamento e as pessoas a ele sujeitas.

¹¹⁰ VAZQUEZ, Javier Barnes. **La propiedad constitucional**: el estatuto jurídico del suelo agrario. Madrid: Civitas, 1988. p. 62.

¹¹¹ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 223.

Ocorre que ser igual perante a lei traduz mais que mera aplicação igual da lei, na medida em que induz (positiva implicitamente, quando visto à luz do princípio do Estado Democrático - Princípio Estruturante) que a própria lei deve tratar por igual todos os cidadãos. Neste sentido, o princípio da igualdade virá informar diretamente os atos do próprio legislador, que por ele está vinculado, para a criação de um direito igual, não excludente, isonômico, para toda a sociedade, desdobrando-se daí o princípio da universalidade.¹¹²

No ordenamento positivado brasileiro, assentado na Constituição Federal, a Função Social da Propriedade vem "densificar o princípio da igualdade, cidadania e dignidade da pessoa humana"¹¹³.

A Constituição Federal de 1988 e suas duas antecessoras, como visto, incluíram a Função Social da Propriedade em seu texto alçando a Propriedade a um Direito Fundamental.

O que não se traduz como "justificativa para toda e qualquer restrição aos direitos dos proprietários, exceto os destinados a privilegiar os interesses privados de outros proprietários"¹¹⁴ posto que a Função Social relaciona-se ao uso da Propriedade, alterando, por conseguinte, a exteriorização do exercício.

Neste norte, Fachin destaca que, de certa maneira, "a doutrina da Função Social da Propriedade corresponde a uma alteração conceitual do regime tradicional; não é, todavia, questão de essência, mas sim pertinente a uma parcela da Propriedade que é a sua utilização"¹¹⁵. Essa alteração conceitual, por sua vez, derivada das relações sociais, a cada momento mais complexas.

E, neste raciocínio, ainda ressalva que deve-se observar que o direito de Propriedade *não é uma Função Social*, mas sim um direito que *tem* essa função uma vez que "não transmuta realmente a Propriedade para o direito

¹¹² ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio**. Rio de Janeiro : Renovar,1999. p. 199.

¹¹³ ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio**. Rio de Janeiro : Renovar,1999. p. 204.

¹¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. v.4. São Paulo: Saraiva. 2006. p.71

¹¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1988. p.18

público, [...] a expressão [...] corresponde a limitações, em sentido largo, impostas ao conteúdo do direito de Propriedade"¹¹⁶.

E esse é o papel que sua inclusão, no texto constitucional como regra fundamental acarreta posto que se destina a instrumentalizar o ordenamento jurídico norteando seu parâmetro interpretativo quanto ao exercício daquele direito. O proprietário, seja ele o particular ou o Poder Público, independentemente das prerrogativas inerentes à titularidade do domínio, deve atentar à Função Social, que inclui, por exemplo, a dimensão ambiental. Arone, neste sentido, destaca:

O direito de propriedade resta inserido dentro de um todo, e deve ser apanhado perante esse todo. A propriedade, nem que seja pelo seu uso, deve servir ao bem da comunidade. A vinculação social da propriedade, através de princípio jurídico, implica na negativa de que o interesse individual do proprietário sobreponha-se incondicionalmente aos interesses de uma coletividade.¹¹⁷

Acerca da Propriedade como direito real exclusivo, perpétuo e ilimitado, com interesses exclusivamente individualistas, Ruschell esclarece:

Ora, o Código Civil foi elaborado dentro de outro contexto. Em 1916, vigorava o sistema constitucional individualista que garantia o direito de propriedade “em toda a sua plenitude” (art. 72, da Constituição de 1891). Está em tempo de reinterpretar os arcaicos dispositivos do Código Civil. É necessário atualizar o sentido, espanejando-o da parte que foi tacitamente revogada pela Constituição Federal de 1988.

No contexto em que fora redigido, essa Propriedade individualista deixava à cargo do Estado o interesse coletivo, a coletividade, o interesse social e tudo o que representasse os aspectos sociais.

A definição de propriedade contida no art. 524 do Código Civil [de 1916] não mais pode ser tida em seu absolutismo original. Não há mais o *jus utendi et abutendi*. O “direito de usar, gozar e dispor de seus bens” tem limites. Deve ser entendido dentro da

¹¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1988. p.19

¹¹⁷ ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. 158.

cláusula implícita: “segundo sua função social”. Em outras palavras, o proprietário só é autorizado juridicamente a usar, gozar, e dispor de seus bens enquanto tal atividade esteja a serviço da função social que é ínsita na propriedade.

Essa “disponibilidade” da coisa para com o seu titular, passa a ser uma das exteriorizações da Propriedade.

Uma das consequências dessa releitura do artigo 524 se projeta na definição de posse do art. 485 do mesmo Código. Para alguém ter “de fato o exercício pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio”, é preciso que esteja a usar ou gozar do bem *segundum beneficium societatis*. Ou, no mínimo, ter a coisa à disposição para o mesmo fim.¹¹⁸

Mesmo com o Código Civil Brasileiro de 1916 em vigor com todo esse tracejamento do *jus utendi et abutend* e com a leitura do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deve ser analisado todo o espectro que cerca a Propriedade.

Após garantir o direito de Propriedade no *caput* e no inciso XXII, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 destaca, no inciso seguinte, que “a propriedade atenderá a sua função social”(XXIII).

Assim, novas interpretações se fizeram necessárias tendo como base o próprio texto constitucional, em especial o artigo 170, que, ao tratar da ordem econômica vem “dando valor ao trabalho e à livre iniciativa, conforme os ditames da justiça social”. Portanto afiança a Constituição que é garantido o princípio da Função Social da Propriedade (inciso III), após fazer referência ao princípio da Propriedade privada em si mesma (inciso II)¹¹⁹.

O texto constitucional, ainda reitera, ao tratar da política Urbana no artigo 182, parágrafo 1º que:

¹¹⁸ RUSCHELL. Ruy Rubem. **Direito constitucional em tempos de crise**. Porto Alegre : Sagra Luzitano, 1997.p. 155.

¹¹⁹ VENOSA, Silvío de Salvio. **Direito civil: direitos reais**. São Paulo : Atlas. 2001. p. 322.

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

Do texto acima é possível asseverar que, de acordo com o pensamento de Vazquez, a Função Social da Propriedade Urbana é um espírito interno que se traduz em possibilitar a todos os cidadãos a participarem e edificarem, por exemplo, dentro dos planos urbanísticos e da legislação aplicável ao solo¹²⁰.

E assim, essa acessibilidade desejada de participação dos cidadãos, é determinada pelo texto constitucional, mas operacionalizada pelo Estatuto da Cidade e os Planos Diretores.

Neste ponto, destaca-se o Estatuto da Cidade e seu caráter inovador que instituiu as diretrizes de política urbana prevendo a necessidade da ampla participação popular.

Essa premissa de participação cidadã no Plano Diretor é determinante quanto a apropriação e exploração de bens de forma socialmente útil, ou seja, contribuindo para que se utilize do solo, da cidade, dos espaços urbanos e de todas as modificações – como ocorre nas edificações, por exemplo – e que podem advir da intervenção humana.

Esse é o pensar que deve nortear o legislador. Para Javier Barnes Vasquez, não é que o legislador deva impedir, por força de lei o exercício antisocial, ou tampouco simplesmente impor regras que disciplinem os possíveis conflitos entre os proprietários do solo, ou entre os proprietários e a cidade.

Trata-se de regular o conteúdo do *ius edificandi* de modo que, ao respeitá-lo, se esteja respeitando a cidade de modo completo e, com isso, a coletividade.¹²¹

¹²⁰ VAZQUEZ, Javier Barnes. **La propiedad constitucional**: el estatuto jurídico del suelo agrario. Madri: Civitas, 1988. p. 75.

¹²¹ VAZQUEZ, Javier Barnes. **La propiedad constitucional**: el estatuto jurídico del suelo agrario. Madri: Civitas, 1988. p. 76.

E dispõe, neste norte, o texto constitucional, de modo enfático, no artigo 186, ao cuidar da política agrícola e fundiária ao dispor:

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

I – aproveitamento racional e adequado;

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

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho

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

Assim, o contorno social dado à Propriedade na Constituição da República Federativa do Brasil impõe uma série de limitações no seu exercício. Tais limitações têm por escopo impingir ao proprietário o dever social de mantê-la produtiva.

A Função Social, pois, não é externa à Propriedade, mas interna, de tal maneira que a melhor concepção que se apresenta é aquela que a Função Social é elemento constitutivo do conceito jurídico de Propriedade posto que a Função Social não é um elemento externo, um adereço do direito de Propriedade, mas elemento interno central sem o qual não se perfectibiliza o direito de Propriedade¹²².

Não basta, então, ser titular do domínio pura e simplesmente. Há o dever de conciliar o interesse individual e o interesse coletivo. Segundo Cretella, a Propriedade, que em sua origem tinha função e características nitidamente individuais, hoje se socializa:

A expressão “destinação social” opõe-se à expressão “destinação individual”. “Social” e “individual” são pólos da mesma esfera que se contrapõem, antiteticamente. Em nossos dias, a destinação

¹²² SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. A propriedade agrária e suas funções sociais. In: **O Direito Agrário em Debate**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 13.

social da propriedade põe-lhe em relêvo um traço que inexistia na propriedade romana. Se a propriedade, “total sujeição jurídica de uma coisa”, foi até fins do século XVIII, considerada como um direito subjetivo do proprietário, nos dois últimos séculos passou a ter uma função eminentemente social.¹²³

De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, XXIII, a Propriedade deve cumprir sua Função Social, ou seja, o proprietário, independentemente das prerrogativas inerentes à titularidade do domínio deve atentar à função social da Propriedade.

Neste ponto cabe a advertência de Marcos Torres no sentido de que “o aspecto mais importante do princípio da função social da propriedade é a sua concretude”¹²⁴. Não há dispositivo constitucional que se sustente se não houver aplicação prática.

O mais emblemático é coadunar o pensamento constitucional da Função Social com o entendimento mais fechado e focado exclusivamente no preceituado pelo Código Civil Brasileiro acerca da Propriedade. Cita-se a título de exemplo o entendimento de Sílvio Rodrigues de que

a propriedade representa a espinha dorsal do direito privado pois o conflito de interesses entre os homens, que o ordenamento jurídico procura disciplinar, manifesta-se, na quase generalidade dos casos, na disputa sobre os bens.¹²⁵

A justa concepção do direito de Propriedade, deste modo, depende do ponto de equilíbrio entre o interesse coletivo, o individual e o do Estado. Reside aí o desafio do aperfeiçoamento e interpretação das normas infra-constitucionais existentes. Neste sentido, Rios adverte o papel essencial que a Função Social exerce no ordenamento jurídico e afirma:

Advirta-se, nesse momento, que o dever intrínseco, consubstanciado na função social da propriedade, não se

¹²³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. 3.ed. São Paulo : Forense Universitária, 1992 v.1. p. 188.

¹²⁴ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 220.

¹²⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito das coisas**. 28. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 5. p.76.

confunde, de modo algum, com técnicas jurídicas limitativas do exercício dos direitos. Estamos diante, isto sim, de elemento essencial definidor do próprio direito subjetivo. As limitações implicam mera abstenção do titular do direito: os deveres, diversamente, caracterizam-se como encargos ínsitos ao próprio direito, orientando e determinando seu exercício, de modo positivo.¹²⁶

Para fins do presente estudo, então, adotar-se à o conceito operacional formulado por Pasold, segundo o qual,

À função social compete servir não só como grande estímulo ao progresso material, mas sobretudo à valorização crescente do Ser Humano, num quadro em que o Homem exercita sua criatividade para crescer **como** Indivíduo e **com** a Sociedade.¹²⁷ (grifo no original)

A Propriedade, independentemente do momento histórico e do Ordenamento Jurídico vigente, sempre terá, como elemento essencial, a Função Social. E o cumprimento da Função Social, como elemento essencial, vem impregnado dessa valorização do ser humano como indivíduo e como o coletivo da Sociedade da qual faz parte.

Essa Sociedade, de modo sutil ou explícito, impõe, via Poder Público, a supremacia do coletivo ante o direito do particular, como será visto no próximo Capítulo no qual abordar-se á a mais desnuda das formas de exteriorização desta supremacia: a Desapropriação em suas variadas espécies e fundamentos previstos no Ordenamento Jurídico Pátrio.

¹²⁶ RIOS, Roger Raupp. A função social da propriedade e desapropriação para fins de reforma agrária. In: PAULSEN, Leandro (Org.). **Desapropriação e reforma agrária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 19/20.

¹²⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado contemporâneo**. 4 ed. atual. e ampl. Disponível em: <<http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

CAPÍTULO 2

A DESAPROPRIAÇÃO E OS FUNDAMENTOS POSITIVOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Este capítulo , complementando o marco teórico, traz a Desapropriação como instituto jurídico, apresentando conceito, teorias e esboço histórico, e bem assim, os aspectos jurídicos que caracterizam a Desapropriação por Interesse Social destacada da Desapropriação por Interesse Público.

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA DESAPROPRIAÇÃO NO BRASIL

A Desapropriação, em sentido *lato*, significa despojar alguém de uma Propriedade transmitindo-a ao Poder Público, mediante indenização, com fundamento em interesse que reverta à Sociedade de forma direta ou indireta, constituindo forma de intervenção do Poder Público na Propriedade.

É, dentre as limitações administrativas impingidas à propriedade, a mais incisiva

La máxima limitación es la expropiación por causa de utilidad pública que genera la extinción del dominio de los particulares y el traspaso de la propiedad al Estado.

[...]

La garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad hace que las limitaciones al dominio deban ser indemnizadas para mantener indemne ae patrimonio del particular afectado.¹²⁸

Esse máximo procedimento de Desapropriação é definido por Bandeira de Mello nos seguintes termos:

¹²⁸ NAVAS, Raúl. **Derechos reales de propiedad, uso y goce**. Buenos Aires: Oxford University Press, 1999. p. 117.

À luz do direito positivo brasileiro, desapropriação se define como o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si em caráter originário, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, salvo caso de certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada para eles, a indenização far-se-á em títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservando o seu valor real¹²⁹.

A Desapropriação decorre da multiplicidade das exigências sociais e a variedade das necessidades coletivas, que condicionam o Poder Público a intervenção na Propriedade¹³⁰.

Neste sentido, Carvalho Filho, destaca que, em se tratando de intervenção do Poder Público, deve-se considerar como intervenção estatal na Propriedade privada qualquer atividade do Estado que, amparada na legislação, tenha por objetivo ajustá-la aos vários fatores exigidos pela Função Social a que encontra-se condicionada¹³¹.

A intervenção na Propriedade (domínio privado) consiste, para o mesmo autor¹³², fundamentalmente, no poder outorgado ao Estado, através de seus atos de império tendentes a satisfazer as exigências coletivas e a reprimir a conduta lesiva ao interesse da sociedade pela iniciativa particular, de requisitar, limitar o uso, utilizar temporariamente ou mesmo retirar a Propriedade do particular, em benefício do interesse público prevalente.

Meirelles, por seu turno, compreende por intervenção na Propriedade privada, todo ato do Estado que por força de lei retira ou limita os direitos

¹²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p.758.

¹³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 601.

¹³¹ CARVALHO FILHO. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 794.

¹³² CARVALHO FILHO. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 795.

dominiais privados ou condiciona a utilização de bens particulares a uma destinação de interesse público.

A intervenção na propriedade particular pode ter fundamento na necessidade ou na utilidade pública, ou no interesse social, mas esse fundamento há de vir expresso em lei federal para autorizar o ato interventivo, que tanto pode ser praticado pela União como pelos Estados-membros e Municípios. Não há confundir, portanto, a competência para elaborar a norma autorizadora da intervenção com a competência para praticar o ato de intervenção, ou a medida simplesmente condicionadora do uso da propriedade ao bem-estar social, já autorizada pelo art. 170, III, da CF. As normas de intervenção na propriedade são privativas da União; os atos executivos ou regulamentares do uso da propriedade podem ser do Estado-membro ou do Município, nos limites de sua competência territorial e institucional¹³³.

Carmona o vê como sendo um procedimento estatal “destinado a substituir compulsoriamente um direito de propriedade pelo equivalente econômico” para que se permita a afetação a um “interesse público ou social”¹³⁴.

Ruggiero esclarece que uma das maiores dificuldades que se tem em relação à propriedade é de dizer ao proprietário o que é sua propriedade. “É muito mais fácil dizer o que o proprietário é proibido do que o que ele pode fazer”¹³⁵. Isso porque as limitações que podem ser impostas tem como origem a vasta legislação constitucional e infraconstitucional aplicável.

Elas, as limitações, podem ter como espectro as mais variadas áreas que compõem o Ordenamento Jurídico Pátrio. Ademais as limitações feitas no interesse público, segundo o mesmo autor, são de “diversíssimas espécies” sendo a expropriação “o mais enérgico e grave limite” uma vez que, constitucionalmente, há a previsão de inviolabilidade da propriedade; exceto no caso em que o “interesse público entre em conflito com o direito privado e exija que, em face de uma utilidade pública reconhecida e declarada pelos modos

¹³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 608.

¹³⁴ CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Intervenção do Estado na propriedade**: instrumentos tradicionais e novos. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 54.

¹³⁵ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução de Ary dos Santos. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1958. v.2, p. 323. Título original: *Istituzioni di diritto civile*.

legais, a coisa se tire por completo ou parcialmente ao domínio privado, deve ela ceder àquela”.¹³⁶

Para fins da presente Tese de Doutorado, tratar-se-á exclusivamente dos bens imóveis urbanos. No entanto, antes de adentrar-se no elemento, cabe destacar que o estudo da Desapropriação perpassa, independentemente da natureza do objeto da Desapropriação, por fundamentos norteadores, que são analisados como que se buscasse a origem de sua existência.

Esses fundamentos vêm com denominações diversas que podem ser condensados como sendo:

TABELA 2
FUNDAMENTOS DA DESAPROPRIAÇÃO

FUNDAMENTO	AUTOR	ELEMENTOS QUE O COMPÕE
POLÍTICO	BANDEIRA DE MELLO	Supremacia do interesse coletivo sobre o individual, quando incompatíveis.
	GASPARINI	Consubstancia-se na relação do interesse público e o privado
	CARLIN	Baseia-se na supremacia do interesse coletivo sobre o particular (CRFB, arts 5º, XXIV e 184)
CONSTITUCIONAL	BANDEIRA DE MELLO	encontra-se previsto nos artigos 5º, inciso XXIV, 182, § 4º, inciso III e 184 e seus parágrafos, todos constantes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

¹³⁶ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução de Ary dos Santos. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1958. v.2, p. 125-126. Título original: *Istituzioni di diritto civile*.

	GASPARINI	<p>a ser classificado tendo em vista a generalidade ou a especificidade:</p> <p>O fundamento constitucional genérico, por exemplo, está previsto nos artigos 5º, inciso XXIII e 170, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que referem-se à Função Social da propriedade, conquanto o específico, de acordo com cada caso, está disciplinado nos artigos 5º, inciso XXIV, 182, parágrafo 4º, inciso III e 184 e parágrafos, do mesmo diploma legal.</p>
	CARLIN	<p>Submete-se aos princípios constitucionais básicos, que informam toda a atividade administrativa: os da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade, eficiência, finalidade e proporcionalidade.</p>
INFRACONSTITUCIONAL	BANDEIRA DE MELLO	<p>Reside nas diversas leis e decretos-leis que disciplinam a matéria.</p>
ou	GASPARINI	<p>Disposto nos diplomas legais existentes no ordenamento jurídico. Dentre estes diplomas, cita-se o Decreto-Lei nº 3.365/41 (Lei Geral das Desapropriações e suas alterações); Lei nº 4.132/62, que trata da Desapropriação por Interesse Social; e, Lei nº 8.629/93, que estabelece a regulamentação dos dispositivos constitucionais referentes à reforma agrária, dentre outros.</p>
LEGAL		

	CARLIN	Que se baseia em diversos diplomas, como o Decreto-Lei nº 3.365/41 (Lei da Desapropriação), e em outros textos legais posteriores, como a Lei nº 4.686/65, Lei nº 6.602/78, Lei nº 4.132/62, o Decreto-Lei nº 1.075/70, a Lei complementar nº 76/93 (Rito Sumário), a Lei nº 8.257/91, a Lei nº 8.629/93 e a Medida Provisória nº 2.027-44, de 26 de outubro de 2000, bem como na orientação da doutrina e da jurisprudência, voltada aos casos concretos, que elucidam como a lei se aplica no tempo e no espaço.
JURÍDICO TEÓRICO	BANDEIRA DE MELLO	compreende a tradução no ordenamento normativo daqueles princípios políticos adotados.

Fonte: Tabela criada pela Autora da Tese ¹³⁷.

Note-se que há diferenciações nos elencados autores, mas há pontos em comum que merecem destaque, em especial o fato de serem os fundamentos político, legal e constitucional pontos de convergência.

No entanto, no presente relato de pesquisa, utilizar-se-á a mescla dos fundamentos, principalmente no que se refere ao legal e particular destaque feito por Carlin que, ao contrário dos demais incluiu a orientação doutrinária e jurisprudencial como componente legal o que serve, sem dúvida, como bússola para as tomadas de decisão inerentes à Desapropriação por Interesse Social.

Tratou-se de incluir o fundamento jurídico teórico na tabela retro por conter elemento que não deve ser desprezado quando da análise do tema posto que os princípios políticos adotados pelo ordenamento são o espectro que referencia e norteia sua estrutura.

¹³⁷ Tabela Criada pela autora com base em: CARLIN, Volnei Ivo. **Direito administrativo**: doutrina, jurisprudência e direito comparado. Florianópolis: OAB/SC, 2001. p. 159; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 739; e GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 759-760.

A Desapropriação pode ser observada, também, quanto aos seus fundamentos sob a ótica de Seabra Fagundes¹³⁸ que propõe teorias que fundamentam a Desapropriação e o direito de impor ao particular a perda da Propriedade.

Tais teorias são a coletivista, na qual a Propriedade em sua origem pertencia a todos e que a individualização decorre de uma admissão do Estado, motivo pelo qual, em nome da coletividade poderia expropriá-la quando se fizesse necessário; a do domínio eminente, segundo a qual o Estado exerce uma espécie de super-domínio que lhe confere o direito de impor limitações à Propriedade, por força de lei, quando o entender como necessário ao bem comum e à Soberania.

Outra teoria seria a do pacto social, segundo a qual o pacto primário entre os homens na formação da Sociedade deu nascimento a essa parcela de direitos devolvida a todos em nome de uma comunidade. Já a teoria da solidariedade ou cooperação, por seu turno, residiria no fato de o Homem ser solidário com o meio em que está inserido uma vez que se aproveita deste também.

A teoria dos fins do Estado, por seu turno embasaria a Desapropriação na necessidade dos fins que exigem, por extremo a privação ou restrição do direito do particular.

A teoria da colisão de direitos ou da prevalência do direito público sobre o privado exterioriza a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e, por fim a teoria da Função Social da Propriedade seria aquela na qual as coisas tem uma função a ser vinculada à coletividade o que aduz restrições, não ao direito, mas às prerrogativas do proprietário que é a que, para fins da presente pesquisa melhor coaduna-se posto somar o fundamento das demais teorias em um preceito constitucional.

Quanto à natureza jurídica Guillermo Borda destaca que,

¹³⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. **Da desapropriação no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. p. 14-16.

es obvio que la expropiación es una institución de derecho público; se funda em la función esencial del Estado de promover el bien común. Ello no excluye que el derecho del expropiado a la indemnización esté tutelado como un derecho subjetivo privado, emanado de su propiedad. Esos aspectos público y privado de la expropiación han sido puestos reiteradamente de relieve por la jurisprudencia de la Corte Suprema.¹³⁹

Trata-se, portanto, de instituto de Direito Público e de Direito privado (por permear as áreas do direito constitucional, administrativo e civil) e, por isso "tida como instituto de direito misto, embora haja os que a entendem como ato de Direito Público, de procedimento administrativo e, quase sempre, também judicial" posto que o procedimento maioria das vezes "atravessa duas fases: a administrativa e a judicial"¹⁴⁰.

Salles faz coro aos que a compreendem como instituto de Direito Público anotando, para essa conclusão, principalmente o procedimento que é adotado já que "se consubstancia em procedimento pelo qual o Poder Público [...] as autarquias ou as entidades delegadas autorizadas por lei ou por contrato [...] retiram determinado bem de pessoa física ou jurídica"¹⁴¹.

Neste ponto, apesar de concordar que trata-se de instituto de natureza mista, destaca-se haver uma intervenção de direito público posto ser forma originária de aquisição da Propriedade por impingir-se ao proprietário "por força própria, o título constitutivo da Propriedade"¹⁴² sem que haja a transmissibilidade voluntária daquele direito.

¹³⁹ Tradução livre da Autora da Tese: é óbvio que a desapropriação é uma instituição pública; que se funda no papel essencial do Estado de promover o bem comum. Isso não exclui que o direito do expropiado à indenização esteja tutelado como um direito subjetivo privado emanado da sua propriedade. Esses aspectos público e privado da desapropriação são reiteradamente destacados na jurisprudência da Corte Suprema. *In*: BORDA, Guillermo Antonio. **Manual de derechos reales**. 5. ed. rev. atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003. p. 212.

¹⁴⁰ CARLIN, Volnei Ivo. **Direito administrativo**: doutrina, jurisprudência e direito comparado. Florianópolis: OAB/SC, 2001. p. 158.

¹⁴¹ SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação**: à luz da doutrina e da jurisprudência. 4 ed. São Paulo: RT, 2000. p. 90.

¹⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 764

A partir do momento em que se expropria a Propriedade, esta passa a ser insuscetível de reivindicação e ocorre a liberação dos eventuais ônus, mesmo os reais, que incidam sobre a mesma. Por essa liberação é que ocorre, dentre outros efeitos imediatos, o vencimento antecipado da dívida cuja garantia real seja uma hipoteca registrada naquele imóvel expropriado¹⁴³.

O Estado pode limitar o direito de Propriedade garantido aos particulares mas, todavia, deve limitar-se ao escopo do bem-estar social e ao cumprimento da Função Social da Propriedade e se ajustar ao sistema constitucional vigente e dependendo de expressa previsão legal.

Essa competência, expressa no texto constitucional para intervir na atividade econômica, para Gasparini, não é distribuída de maneira uniforme entre os entes da Federação. Seguramente, o maior poder para intervenção é o relativo à União. Diz o texto constitucional:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

II - desapropriação;

III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra; [...];

Com essa disposição a legislação tem sua origem sempre em lei federal que "sempre deverá fundamentar-se em interesse público genérico" uma vez que disciplinando-se estará uma "drástica forma de manifestação do *jus imperii* do Estado"¹⁴⁴. Carlin¹⁴⁵ ao tratar da Desapropriação destaca a existência de variados conceitos coaduna-se com o expresso por Gasparini o qual, com base nos preceitos constitucionais define:

¹⁴³ Acerca do vencimento antecipado da dívida, vide artigo 1425, inciso V, do Código Civil Brasileiro.

¹⁴⁴ CARLIN, Volnei Ivo. **Direito administrativo**: doutrina, jurisprudência e direito comparado. Florianópolis: OAB/SC. 2001. p. 157.

¹⁴⁵ CARLIN, Volnei Ivo. **Direito administrativo**: doutrina, jurisprudência e direito comparado. Florianópolis: OAB/SC. 2001. p. 156.

O procedimento administrativo pelo qual o Estado, compulsoriamente, retira de alguém certo bem por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social e o adquire, originariamente, para si ou para outrem mediante justa e prévia indenização, paga em dinheiro, salvo os casos em que a própria Constituição enumera.¹⁴⁶

Bandeira de Mello¹⁴⁷, da mesma forma, enfatiza a compulsoriedade e a necessidade do interesse público em quaisquer dos casos de Desapropriação.

E, no mesmo sentido, mas com mais detalhamentos conceituais, Meirelles a conceitua como:

Desapropriação ou expropriação é a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para a superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública ou, ainda, por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (CF, art. 5º, XXIV), salvo as exceções constitucionais de pagamento em títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, no caso de área urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada (CF, art. 182, § 4º, III), e de pagamento em títulos da dívida agrária, no caso de Reforma Agrária, por interesse social (CF, art. 184).

Com essa conceituação, a 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 urbanização; para preservar o meio ambiente contra devastações e poluições; e para realizar a justiça social, com a distribuição de bens inadequadamente 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 coletividade¹⁴⁸.

¹⁴⁶ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p.435.

¹⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 735.

¹⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008. 609.

Medauar, por seu turno, destaca que, sob o ângulo do direito privado, a Desapropriação se representa como uma forma de perda da Propriedade e, sob o enfoque do direito público, configura-se por um meio de aquisição de bem público ou um instrumento para a realização de atividades de interesse público, inclusive quanto à mais justa distribuição da Propriedade¹⁴⁹.

Interessante notar que a Desapropriação abarca tanto os bens móveis quanto os imóveis, não podendo ter como objeto direitos personalíssimos como a honra, a cidadania, a liberdade e outros por não terem cunho econômico, ou em palavras de Meirelles,

A declaração de utilidade pública ou de interesse social pode atingir qualquer bem necessário ou conveniente ao serviço público ou à coletividade; pode recair sobre o patrimônio material ou imaterial; pode abranger direitos e ações; pode incidir sobre a propriedade particular ou pública, com a só exigência de que, neste último caso, o poder expropriante seja de nível superior ao da Administração expropriada e esteja munido de prévia autorização legislativa para expedir o ato expropriatório. Assim, qualquer entidade estatal pode expropriar bens particulares, a União pode desapropriar os dos Estados-membros e dos Municípios e o Estado-membro só pode expropriar os dos seus Municípios, não cabendo a estes a desapropriação de bens de outros Municípios ou de entidades políticas maiores. [...] O privilégio administrativo das autarquias não se sobrepõe às prerrogativas políticas e ao poder de império das entidades estatais, porque estas emanam diretamente da Constituição e aquelas nascem de lei ordinária¹⁵⁰. (grifo no original).

A Desapropriação assim, deriva de causas que a justificam, mediante previsão constitucional expressa com a possibilidade de o Estado intervir na propriedade individual de forma drástica, motivo pelo qual somente com base em preceito legal que a defina é que se tem o fundamento.

¹⁴⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**: de acordo com a EC 19/98. 4 ed. São Paulo : RT, 2000. p.358

¹⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 619.

2.1.1 Esboço histórico dos fundamentos positivos da Desapropriação no Brasil

O primeiro registro da Desapropriação no Ordenamento Jurídico Pátrio remonta ao Decreto de 21.05.1821 em que o Príncipe Regente normatizou a "aquisição de bens dos indivíduos pelo Estado, qualquer que fosse a necessidade deste" e estava subordinada

ao "líbrio do proprietário na aceitação do preço, cujo solvimento deveria ocorrer no ato de entrega. Caso o tesouro régio não dispusesse, no momento, do numerário, a perda da coisa dependeria de acordo com o *dominus* quanto ao modo de pagamento. Desobedecida tal preceituação, a autoridade respondia pessoalmente ao ofendido, pagando-lhe dobrado o valor devido.¹⁵¹

Note-se que desde o Império já havia a imposição de que a aquisição por parte do Estado fosse onerosa de tal forma que o pagamento era condição *sine qua non* de aperfeiçoamento da perda da Propriedade.

Diferente não foi a disposição expressa da Carta Política do Império que em seu artigo 179, inciso XXII assim dispunha:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte:

[...]

XXII. E' garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá

¹⁵¹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Desapropriação para fins de reforma agrária**. 3 ed. Curitiba: Juruá. 2006. p. 33-34.

logar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização.¹⁵²

A Propriedade, veja-se, já constava como um Direito Fundamental, mas sujeito, mediante indenização, à perda, por disposição de lei, em proveito da coletividade.

A Lei então a regular foi a de número 422 de 09 de setembro de 1826 que, influenciada pela Carta Política do Império de 1824, definiu as situações de bem público dividindo-as em necessidade pública, em defesa do Estado, reconhecida pelo Poder Judiciário, com a disposição expressa no artigo 1º que dispunha:

Art. 1º A única exceção feita à Plenitude do direito de propriedade conforme a Constituição do Império, Tit. 8º, art. 179, § 22, terá lugar quando o bem público exigir uso, ou emprego da propriedade do cidadão nos casos seguintes:

1º) Defesa do Estado;

2º) Segurança Pública;

3º) Socorro Público em tempo de fome, ou outra extraordinária calamidade;

4º) Salubridade Pública¹⁵³

e utilidade pública que, verificada pelo Legislativo, vinha prevista no artigo seguinte:

Art. 2º terá lugar a mesma exceção, quando o bem público exigir uso, ou emprego da propriedade do cidadão, por Utilidade previamente verificada por ato do Poder Legislativo, nos casos seguintes:

1º) instituições de caridade;

2º) Fundações de casas de instrução de mocidade;

¹⁵² BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil** (de 25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso em: 04 de junho de 2009.

¹⁵³ SILVA, Edson Jacinto. **Desapropriação no direito positivo**: doutrina, legislação, jurisprudência. São Paulo: Editora de Direito, 1998. p.23.

3º) Comodidade geral;

4º) Decoração Pública¹⁵⁴

Ainda tratando de Desapropriação, Constituição Política do Imperio do Brazil, de 1824¹⁵⁵, foi objeto do Ato Adicional de 12 de agosto de 1834 que, além de criar a Regência Una, alterou a organização política e administrativa do Império e atribuiu competência às Assembleias Legislativas Provinciais em seu artigo 10:

Art. 10 Compete às mesmas Assembléias Legislativas:

[...]

§ 3 - Sobre casos e a forma por que pode ter lugar a desapropriação por utilidade municipal ou provincial.¹⁵⁶

Após, somente em 1836, com a publicação da Lei nº 57, de 18 de março se dispôs "que o ato declaratório de utilidade provincial competiria ao Presidente da Província, com o referendo da Câmara Municipal, enquanto que a utilidade municipal seria declarada pela respectiva Câmara"¹⁵⁷ concedendo a possibilidade de recurso, com efeito, se fosse o caso, suspensivo, ao Presidente da Província, dispondo:

Art. 2º A declaração de utilidade provincial compete ao Presidente da Província ouvindo sempre que possa a Câmara Municipal: a de utilidade municipal à respectiva Câmara, da qual haverá recurso tanto de concessão como de denegação para o Presidente da Província com suspensão da desapropriação, caso não haja perigo eminente, podendo no entanto continuar nas diligências preparatórias. Se a utilidade tiver ambas as relações, pode ser

¹⁵⁴ SILVA, Edson Jacinto. **Desapropriação no direito positivo**: doutrina, legislação, jurisprudência. São Paulo: Editora de Direito, 1998. p.23 - 24.

¹⁵⁵ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 02 jun. 2015.

¹⁵⁶ DANNEMANN, Fernando Kitzinger. **1834**: Ato Adicional (documento). Disponível em: <<http://www.fernandodannemann.recantodasletras.com.br/visualizar.php?id=1033609>>. Acesso em 04 jul. 2009.

¹⁵⁷ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Desapropriação para fins de reforma agrária**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 35.

feita a declaração pelo Presidente da Província ou pela Câmara Municipal.¹⁵⁸

Nos anos que se seguiram ainda foram editados o Decreto-Lei nº 353, de 12 de julho de 1845 que tratava da Desapropriação por utilidade pública municipal da Corte e que transferiu ao Executivo a competência, deferida ao Legislativo pela Lei 422 de 1826 e o Decreto nº 816, de 10 de julho de 1855 que igualmente dispunha da Desapropriação mas, no específico, acerca de prédios e terrenos destinados à construção de obras e demais serviços "relativos à Estrada de Ferro de D. Pedro II, e outras ferrovias, sendo regulamentada pelo Decreto 602, de 24.07.1890, que instruiu o processo para as desapropriações por utilidade municipal na Câmara Federal"¹⁵⁹.

No ano de 1903 foi baixado o Decreto nº 1.021 de 26 de agosto¹⁶⁰ que aprovou o regulamento do processo das desapropriações por necessidade e por utilidade pública estabelecendo valores, procedimentos, hipóteses em que o proprietário poderia reaver o imóvel e os procedimentos expropriatórios exteriorizando a supremacia do interesse público em detrimento do interesse particular de forma expressa.

Ainda em 1903 foi editado o Decreto nº 4.956, de 09 de setembro¹⁶¹ que iniciava seus artigos determinando que a Desapropriação por necessidade ou utilidade pública eram a única exceção à plenitude da Propriedade dispendo acerca do procedimento judicial e forma de indenizações, em conformidade com o texto constitucional vigente.

¹⁵⁸ SILVA, Edson Jacinto. **Desapropriação no direito positivo**: doutrina, legislação, jurisprudência. São Paulo: Editora de Direito, 1998. p. 24.

¹⁵⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Desapropriação para fins de reforma agrária**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 35.

¹⁶⁰ BRASIL. **Decreto nº 1.021**, de 26 de agosto de 1903. Manda aplicar a todas as obras da competência da União e do Distrito Federal o decreto n. 816, de 10 de julho de 1855, com algumas alterações. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=59054>> . Acesso em 04 jul. 2009.

¹⁶¹ BRASIL. **Decreto nº 4.956**, de 09 de setembro de 1903. Approva o regulamento de consolidação e modificação do processo sobre as desapropriações por necessidade ou utilidade pública. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=60897>>. Acesso em 04 jul. 2009.

A seguir, o Código Civil de 1916 indicou, no artigo 590, que a Desapropriação era uma das formas de perda da Propriedade e que poderia dar-se por necessidade ou utilidade pública elencando um rol de casos em que considerar-se-ia uma ou outra espécie, deixando para legislação específica a tarefa de detalhar e procedimentos:

Art.590. Também se perde a propriedade imóvel mediante desapropriação por necessidade ou utilidade pública.

§ 1º Consideram-se casos de necessidade pública:

I. A defesa do território nacional.

II. A segurança pública.

III. Os socorros públicos, nos casos de calamidade.

IV. A salubridade pública.

§ 2º Consideram-se casos de utilidade pública:

I. A fundação de povoações e de estabelecimentos de assistência, educação ou instrução pública.

II. A abertura, alargamento ou prolongamento de ruas, praças, canais, estradas de ferro e em geral, de quaisquer vias públicas.

III. A construção de obras, ou estabelecimento, destinados ao bem geral de uma localidade, sua decoração e higiene.

IV. A exploração de minas.¹⁶²

Com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 que garantia o direito de Propriedade com a ressalva de que não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma da lei, ratificando as possibilidades de perda da Propriedade mediante utilidade ou necessidade pública, serviu de fundamento constitucional para o Decreto-Lei nº 3.365 de 21 de junho de 1941 que dispunha sobre desapropriações por utilidade pública que, dada a generalidade de seus preceitos, é conhecido como Lei Geral das

¹⁶² BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil** (de 1º de janeiro de 1916). Disponível em: < <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75875>>. Acesso em 04 jul. 2009.

Desapropriações, que ainda hoje permanece em vigor com diversas alterações promovidas por normatizações posteriores.

Esse Decreto-Lei identifica as entidades federativas que podem desapropriar em próprio nome ou em favor das autarquias, fundações públicas, empresas estatais e concessionários de serviços públicos com capacidade para promovê-la em seu nome, desde que expressamente autorizados, seja por força de lei, seja por força de contrato.

Com mesmo fundamento legal, entidades estatais menores também podem impingir a Desapropriação¹⁶³. É o que traz a redação dos artigos 2º e 3º, do Decreto-Lei nº 3.365/41:

Art. 2º Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

[...]

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 contrato¹⁶⁴.

Hely Lopes Meirelles aponta legislações extravagantes que complementam as hipóteses de desapropriação e destaca o Estatuto da Cidade ao mencionar que:

[...] às entidades estatais menores só cabe declarar a necessidade ou a utilidade pública ou o interesse social do bem a ser expropriado e *promover*, diretamente ou por seus delegados, a respectiva desapropriação, sem expedir qualquer norma de natureza substantiva ou adjetiva sobre o instituto, os casos de

¹⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 617

¹⁶⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.365** (de 21 de junho de 1941). Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3365.htm>. Acesso em: 04 jul. 2009.

expropriação ou o processo expropriatório, porque isto é da alçada exclusiva da lei federal¹⁶⁵.

Destacando os raciocínios aqui trazidos é possível elencar, nos conceitos de Desapropriação as seguintes características:

- a) o aspecto formal, com a menção a um determinado procedimento;
- b) o sujeito ativo que compreende o Poder Público ou seus delegados;
- c) os pressupostos de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social; d) o sujeito passivo que consiste no proprietário do bem;
- e) o objeto que é a perda do bem; e,
- f) a reposição ao patrimônio do expropriado através de justa indenização¹⁶⁶.

Neste norte é possível identificar, mesmo que somente uma delas seja o objeto da presente pesquisa, que três são as espécies de desapropriação em vigor no Ordenamento Jurídico Pátrio:

- a) *comum ou ordinária* (art. 5º, XXIV), que exige indenização prévia, justa e em dinheiro, disciplinada em dois diplomas legais: DL 3.365/41 (Lei das Desapropriações), que cuida dos casos de desapropriação por necessidade e utilidade pública e Lei nº 4.132/62, que disciplina os casos de desapropriação por interesse social;
- b) *especial para reforma urbana* ou desapropriação-sanção urbanística (art. 182, § 4º, III), com pagamento em títulos da dívida pública, com prazo de resgate de até 10 anos, parcelas anuais, sucessivas e iguais, garantido o valor real e acrescido de juros legais; está disciplinada no Estatuto da Cidade (art. 8º);
- c) *especial para reforma agrária ou rural* (artigos 184 e 185), que exige indenização prévia, justa, através de títulos da dívida agrária (salvo para benfeitorias necessárias e úteis, pagas em dinheiro), com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis em até 20 anos, a partir do segundo de sua emissão: está disciplinada em duas leis, a lei nº 8.629/93 (Lei de Reforma Agrária) e LC nº 76/93 (que dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o

¹⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 617-618.

¹⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003. p.153.

processo de desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária).¹⁶⁷

Numa ótica mais pragmática pode ser observado que a Desapropriação, qualquer que seja a espécie, é procedimento administrativo que antecede o judicial, por intermédio do qual o Poder Estatal, compulsoriamente, pretende despojar alguém de seu direito de Propriedade.

Tal procedimento tem como a finalidade adquirir a Propriedade, por meio de indenização prévia e justa, (geralmente em dinheiro ou excepcionalmente, em títulos da dívida pública), mas sempre embasada em interesse público; necessidade pública e interesse social, além da possibilidade de fazê-lo como pena pela inutilização do bem nos moldes da Função Social, ou, também, em decorrência de ilícito criminal.

O Ato expropriatório é o meio pelo qual se dá a declaração expropriatória e, geralmente, vem acompanhado de discriminação pormenorizada do bem e/ou área a ser expropriada¹⁶⁸.

Este ato administrativo discricionário que, uma vez publicado, não pode ser analisado, quando ao mérito da utilidade, necessidade ou interesse social, na esfera judicial.

A declaração de necessidade ou utilidade pública ou interesse social é ato administrativo discricionário [...] através do qual o Poder Público ou quem lhe faça as vezes manifesta sua intenção de adquirir, compulsoriamente, certo bem e o submete ao regime expropriatório. Via de regra é veiculado por decreto, consoante está disposto no art. 6º da Lei Geral das Desapropriações. Esse ato, por si só, não opera a transferência de domínio [...] nem priva o proprietário do imóvel dos seus direitos dominiais.

[...] como ato administrativo discricionário, não pode ser examinado pelo Judiciário quanto ao momento de sua edição ou quanto à declaração da necessidade pública, utilidade pública ou

¹⁶⁷ CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Intervenção do Estado na propriedade**: instrumentos tradicionais e novos. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 55-56.

¹⁶⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**: de acordo com a EC 19/98. 4 ed. São Paulo : RT, 2000. p.356.

interesse social. Mas, sem dúvida, pode ser examinado quanto aos aspectos de legalidade, a exemplo do desvio de poder¹⁶⁹.

Para Bandeira de Mello, a fase declaratória é a que consubstancia na declaração de utilidade pública¹⁷⁰, posto ser a primeira fase da Desapropriação a qual indica o bem objeto e especifica a sua destinação.

A declaração expropriatória pode ser feita por *lei* ou *decreto* em que se identifique o bem, se indique seu destino e se aponte o dispositivo legal que a autorize. Como se trata, entretanto, de ato tipicamente administrativo, consistente na especificação do bem a ser transferido compulsoriamente para o domínio da Administração, é mais próprio do Executivo, que é o Poder administrador por excelência.

A atribuição de competência expropriatória ao Legislativo, concorrentemente com o Executivo, é uma anomalia de nossa legislação, porque o ato de desapropriar é caracteristicamente de administração. A lei que declara a utilidade pública de um bem não é normativa; é específica e de caráter individual. É *lei de efeito concreto* equiparável ao ato administrativo, razão pela qual pode ser atacada e invalidada pelo Judiciário desde sua promulgação e independentemente de qualquer atividade de execução, porque ela já traz em si as consequências administrativas do decreto expropriatório¹⁷¹.

Com efeito, como acontece com todo ato administrativo, o ato que compreende a declaração expropriatória sujeita-se ao controle judicial em todos os aspectos que se relacionem com os requisitos de validade dos atos em geral¹⁷².

Desta forma, podem ser apreciados aspectos relativos à competência, finalidade, forma, motivo e finalidade do ato. Só se exclui da apreciação judicial o

¹⁶⁹ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p.789-790.

¹⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 746.

¹⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 619.

¹⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 157.

exame de conveniência e de oportunidade que levam o administrador a optar por certo bem, para o efeito da Desapropriação, visto que este poder de escolha é privativo da Administração e não cabendo ao magistrado criar outro juízo de valor, assegurando, por essa limitação, a separação de Poderes e de funções.

Assevera Diógenes Gasparini que da declaração expropriatória surte os efeitos da "submissão do bem ao regime da expropriação", a "fixação do estado do bem, no que diga respeito às suas condições, melhoramentos e benfeitorias", a "concessão ao Poder expropriante do direito de penetrar, desde que não hajam abusos, no interior do bem para realizar verificações e medições" a "marcação do início do prazo de caducidade da declaração" e, por fim, a "determinação do início dos prazos de prescrição e decadência das medidas e ações possibilitando a impugnação da declaração"¹⁷³.

Esses efeitos são completados no raciocínio de Odete Medauar que inclui ainda, como destaque o fato de que :

- a) a partir de sua divulgação, tem início o prazo decadencial de cinco anos para a declaração de utilidade pública e de dois anos para a declaração de interesse social; decorridos tais prazos, o expropriante não mais terá respaldo para promover a expropriação do mesmo bem; se ainda pretender retirá-lo de seu proprietário, deverá aguardar um ano para emitir nova declaração;
- b) as autoridades administrativas ficam autorizadas a adentrar nos prédios abrangidos na declaração, podendo recorrer à força policial em caso de oposição; havendo abuso ou excesso de poder, cabe indenização por danos, sem prejuízo da ação penal [...];
- c) as benfeitorias necessárias podem ser realizadas e depois incluídas na indenização; as benfeitorias úteis dependem de consentimento do expropriante para inclusão na indenização [...]¹⁷⁴.

¹⁷³ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 791-792.

¹⁷⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**: de acordo com a EC 19/98. 4 ed. São Paulo : RT, 2000. p.357.

por sua vez inclui no raciocínio mais alguns efeitos, quais sejam:

- a) submeter o bem à força expropriatória do Poder Público;
- b) fixar o estado do bem, ou seja, as suas condições, melhoramentos e benfeitorias existentes;
- c) determinar ao Estado o direito de penetrar no bem com o objetivo de realizar verificações e medições, desde que as autoridades administrativas atuem com moderação e sem excesso de poder; e,
- d) dar-se início ao prazo de caducidade da declaração¹⁷⁵.

Explica Hely Lopes Meirelles que quanto ao somatório dos efeitos da declaração expropriatória, estes não se confundem com os efeitos da Desapropriação em si mesma.

A declaração de necessidade ou utilidade pública ou de interesse social é somente um ato-condição que resulta na efetivação da transferência do bem para o domínio do expropriante.

Só se considera iniciada a expropriação com o acordo administrativo ou através de citação para a ação judicial, acompanhada da oferta do preço provisoriamente estimado para o depósito.

Até então a declaração expropriatória não possui qualquer efeito sobre o direito de Propriedade do expropriado, nem pode restringir a normal utilização do bem ou neste construir mesmo depois da declaração expropriatória, enquanto o expropriante não praticar concretamente a Desapropriação, considerando-se ilegal a denegação de alvará de construção¹⁷⁶.

Expedido o ato expropriatório, a seguir vem a etapa em que o Poder Público passa a agir, é a fase executória da Desapropriação corresponde àquelas providências concretas para que efetive-se a manifestação de vontade consubstanciada na declaração de utilidade pública, onde é possível completar a

¹⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 157-158.

¹⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 619.

transferência do bem para o expropriante, ensejando ao proprietário o direito à indenização¹⁷⁷.

Esta fase executória, tanto a administrativa quanto a judicial, “compreende os atos pelos quais o Estado promove a Desapropriação, isto é, adota as medidas necessárias para que ocorra a Desapropriação, pela integração do bem no patrimônio Público”¹⁷⁸, a ser realizada por via administrativa ou por meio de processo judicial, sendo, mesmo, recomendável o acordo no âmbito interno da Administração, depois da declaração expropriatória.

Pela via administrativa, também denominada fase extrajudicial, expropriante e o expropriado entram em acordo com relação ao preço havendo a concretização da aquisição compulsória mediante acordo no que respeita à indenização, operando-se, portanto, sem intervenção do Poder Judiciário¹⁷⁹.

[...] a via administrativa consubstancia-se no *acordo* entre as partes quanto ao preço, reduzido a *termo* para a transferência do bem expropriado, o qual, se imóvel, exige *escritura pública* para a subsequente transcrição no registro imobiliário competente, salvo leis específicas, que autorizam o *instrumento particular*¹⁸⁰. (grifo no original)

Essa fase nem sempre existe, posto que, por vezes, o Estado desconhece quem seja o proprietário do bem a ser expropriado, hipótese em que deverá ajuizar ação de Desapropriação, que independe da identificação quanto ao titular do domínio¹⁸¹.

Tratando de expropriação administrativa, essa via há de ser a primeira opção, o que não impede que se busque judicialmente a satisfação de dúvidas em relação a um ou mais elementos que compõem a expropriação.

¹⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 746.

¹⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 160.

¹⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 746.

¹⁸⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 620

¹⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003. p.160.

Apesar de poder ser efetivada a qualquer momento, há de ser respeitado, sob pena de caducidade da declaração, o prazo de cinco anos de validade do ato expropriatório.¹⁸²

Art. 10. A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará. Neste caso, somente decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração.

Parágrafo único. Extingue-se em cinco anos o direito de propor ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público.¹⁸³

Não ocorrendo acordo na esfera administrativa, outra opção não existe senão a de ser proposta a respectiva ação com vistas a solucionar o conflito existente entre os interesses entre o Estado e o proprietário do bem a ser expropriado.¹⁸⁴

No tocante ao processo judicial, este segue o rito especial previsto na Lei Geral das Desapropriações com a nomeação de perito no recebimento da exordial e a possibilidade de imissão provisória na posse.

Elemento essencial, a citação determinará que a causa seguirá o rito ordinário, conforme previsto no artigo 19, do Decreto-Lei nº 3.365/41 que disciplina: “[...] feita a citação, a causa seguirá com o rito ordinário”¹⁸⁵.

[...] o *processo judicial* segue o rito especial estabelecido na lei geral das desapropriações (Dec.-lei 3.365/41), admitindo, supletivamente, a aplicação dos preceitos do Código de Processo

¹⁸² GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 793-794.

¹⁸³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.365 de 21 de junho de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3365compilado.htm>. Acesso em: 17 mai. 2009.

¹⁸⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 794.

¹⁸⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.365 de 21 de junho de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3365compilado.htm>. Acesso em: 19 mai. 2009.

Civil. O *foro* para a ação, inclusive na desapropriação indireta, é o da situação do bem expropriado, salvo quando houver interesse da União, que torna competente a Justiça Federal com sede na Capital do Estado correspondente [...].

A LC 76, de 6.7.93, alterada pela LC 88, de 23.12.96, regulou o processo de desapropriação de imóveis para fins de Reforma Agrária, que segue rito especial e sumário.

No processo de desapropriação o Poder Judiciário limitar-se-á ao exame extrínseco e formal para admitir o depósito provisório dentro dos critérios legais, conceder a imissão na posse quando for o caso e, a final, fixar a justa indenização e adjudicar o bem ao expropriante. [...] ¹⁸⁶.

É pacífico, conforme prevêm os artigos 9º e 20, do Decreto-Lei nº 3.365/41, que somente o preço, assim como as questões de natureza processual podem ser objeto de discussão nesta ação. Questão diversa somente poderá ser pleiteada por meio de outra ação. Destaca Mello:

[...] A desapropriação judicial tem lugar quando o expropriante ingressa em juízo com a propositura da ação expropriatória. Neste caso, a manifestação judicial poderá ser, ainda, de dois tipos: 1) homologatória, quando o proprietário do bem aceita, em juízo, a oferta feita pelo expropriante; aí, o juiz apenas homologa o acordo judicial; 2) contenciosa, quando o proprietário e o expropriante não acordam em relação ao preço, que terá que ser fixado pelo juiz, após arbitramento ¹⁸⁷.

Preleciona Medauar que nesta ação pode figurar como autor: a pessoa jurídica ou o ente que promove a Desapropriação – União, Estados, Distrito Federal, Município, entidades da Administração indireta, cessionárias e permissionárias de serviço público. No entanto, quanto ao juízo competente, se movida pela União ou entidade a esta vinculada, será proposta na capital do Estado onde for domiciliado o réu, perante a Justiça Federal. Se interposta por

¹⁸⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 621.

¹⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 746-747.

intermédio do Estado, Distrito Federal, Município ou entidades a estes vinculadas, o juízo competente será o da situação do bem. Nesta hipótese, havendo um juízo privativo da Fazenda Pública para o local em que situa-se o bem, aí, sim, será interposta a ação expropriatória¹⁸⁸.

As desapropriações são, também, além do exercício de um direito do Estado, processo por meio do qual o Poder Público ordena a aquisição de terrenos e de edifícios indispensáveis ao uso do público ou ao dos serviços públicos. Distingue a Desapropriação direta, resultante de processos organizados para atingir as finalidades administrativas, da Desapropriação indireta, que se verifica quando essas finalidades são objetivadas, mas sem a utilização do processo previsto em lei.

Para Valentina Jungmann Cintra, é uma manifestação de um poder funcional e procedimental.

Numa perspectiva estrutural, definindo-se como manifestação de um poder funcional conferido pela lei e por ela delimitado, de natureza inovatória e de que resulta a imposição de sacrifícios aos expropriados; numa perspectiva procedimental, tendo em conta a sequência de atos e formalidades integrantes do procedimento administrativo e do processo judicial conducentes ao ato expropriativo e dele originados; e ainda numa perspectiva teleológica, acentuando que com a expropriação se visa à realização de um fim de interesse público (fim imediato), por meio da aquisição forçada de imóveis e de direitos a eles inerentes (fim mediato).¹⁸⁹

Assim é possível definir a Desapropriação como um procedimento ao mesmo tempo administrativo e judiciário, com o qual o Estado utiliza de seu poder de constrição, mediante certas garantias, para obter a Propriedade de um imóvel tendo como objetivo um interesse geral.

¹⁸⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**: de acordo com a EC 19/98. 4 ed. São Paulo : RT, 2000. p.358.

¹⁸⁹ CINTRA, Valentina Jungmann. **Da ação de desapropriação por utilidade pública**. Disponível em < http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4272>. Acesso em 13 maio 2009.

2.2 A DESAPROPRIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA SOCIAL.

Iniciando pela Categoria Justiça Social, identifica-se em Luis Fernando Barzotto a análise da estrutura de seu conceito por meio de uma “articulação interna de sentido”. Este exame se dá sob a ótica de oito aspectos: a relação regulada pela Justiça Social: o indivíduo e a comunidade; o bem da Justiça Social: o bem comum; a atividade própria da Justiça Social: o reconhecimento; a alteridade na Justiça Social: a pessoa humana; o dever na Justiça Social: a reciprocidade; a adequação na Justiça Social: a dignidade; a formulação e fundamentação ética da Justiça Social: a humanidade como fim¹⁹⁰.

Em relação à relação regulada pela Justiça Social, Luis Fernando Barzotto assim principia:

A relação regulada pela justiça social: o indivíduo e a comunidade.

Um dos motivos mais sólidos em favor da divisão tripartite da justiça advém de uma consideração do número de possíveis relações presentes na vida social. A tradição identificou três: a relação do indivíduo com outro indivíduo (relação de parte com a parte); a relação da comunidade com o indivíduo (relação do todo com a parte) e a relação do indivíduo com a comunidade (relação da parte com o todo).

[...]

A justiça social [...] trata das relações do indivíduo com a comunidade. [...] Deste modo, a justiça social, ao tratar daquilo que é devido à comunidade, não faz nada além de determinar quais são os deveres em relação a todos os membros da comunidade.

[...]

Assim, a justiça social, ao regular as relações do indivíduo com a comunidade, não faz mais do que regular as relações do indivíduo com outros indivíduos, considerados apenas na sua condição de membros da comunidade. (grifo do autor)¹⁹¹

¹⁹⁰ BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista Jurídica Virtual**. Vol. 5. Nº 48. Maio 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em 06 abr. 2014.

¹⁹¹ BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista Jurídica Virtual**. Vol. 5. Nº 48. Maio 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em 06 abr. 2014.

A Justiça Social como elo regulador das relações do indivíduo com a comunidade, o faz tendo como fundamento o bem maior que lhe é atinente: o Bem Comum. E esse é o segundo aspecto analisado pelo autor:

O bem da justiça social: o bem comum

Ao passo que a justiça particular tem como objeto o bem do particular, em uma troca ou distribuição, a justiça social tem por objeto o bem comum.

[...] A justiça particular visa diretamente o bem do particular e, indiretamente, o bem comum. [...]

Na justiça social, ao contrário, visa-se diretamente o bem comum e, indiretamente, o bem deste ou daquele particular. O ser humano é considerado "em comum", como diz Tomás de Aquino. Em uma sociedade de iguais, isto significa que o outro é considerado, simplesmente por sua condição de pessoa humana, membro da comunidade. Assim, o que é devido a um é devido a todos, e o benefício de um recai sobre todos. Por exemplo, no direito ambiental, o ato de não poluir é algo devido não a este ou àquele indivíduo, mas à comunidade como um todo ou, de um modo mais preciso, este ato é devido a todos os membros da comunidade. O ato que visa diretamente o bem comum alcança indiretamente o bem de cada membro da comunidade. (grifo do autor)¹⁹²

O Bem Comum compreendido como a extensão dos direitos de todos os membros da Sociedade. Por isso, quando alcança-se, indiretamente também é alcançado o bem de cada um. E esse é o sentido analisado em seguida, outro ponto que diz respeito à atividade própria da Justiça Social.

A atividade própria da justiça social: o reconhecimento

A justiça incide sobre um determinado tipo de atividade social.

[...]

A justiça social regula uma prática social mais complexa, a prática do "reconhecimento".

Por reconhecimento, entende-se aqui a prática de considerar o outro como sujeito de direito ou pessoa, isto é, como um ser que é "fim em si mesmo" e que possui uma "dignidade" que é o fundamento de direitos e deveres. Um sujeito de direito ou pessoa só se constitui como tal se for reconhecido por outro sujeito de direito ou pessoa: "O imperativo do direito é portanto: sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas". A justiça social diz respeito precisamente a esta prática de mútuo reconhecimento no interior de uma comunidade.

¹⁹² BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista Jurídica Virtual**. Vol. 5. Nº 48. Maio 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em 06 abr. 2014.

A justiça social pois, suprime toda sorte de privilégios, no sentido de uma desigualdade de direitos. Cada um só possui os direitos que aceita para os outros, ou seja, cada um é sujeito de direito na mesma medida em que reconhece o outro como sujeito de direito. A recusa no reconhecimento destrói a comunidade dos sujeitos de direito. Aquele que não é reconhecido como sujeito de direitos no interior da comunidade, também não é sujeito de deveres. Na medida em que os demais membros não reconhecem os direitos de alguém, este fica desobrigado de reconhecer os direitos dos demais. (grifo do autor)¹⁹³

Esse reconhecimento dos direitos de cada um dos cidadãos com é alcançado se o analisar-se conjuntamente com o próximo item destacado pelo Autor: a pessoa humana.

A alteridade na justiça social: a pessoa humana

Deve-se determinar o *alter*, isto é, o outro, que é o sujeito beneficiado na relação de justiça.

[...]

O sujeito na justiça social, isto é, aquele a quem é devido algo, é, portanto, a pessoa humana. São-lhe devidos todos os bens necessários para a sua realização nas dimensões concreta, individual, racional e social. Na justiça comutativa, abstrai-se a comunidade (em um primeiro momento: toda justiça particular está vinculada, em última instância, ao bem comum, como foi visto); na justiça distributiva, considera-se o indivíduo no *locus* específico que ocupa no interior da comunidade. Na justiça social, ele é considerado simplesmente como uma pessoa humana membro da comunidade. (grifo do autor)¹⁹⁴

O que se busca é uma Sociedade justa, que se identifica com uma Sociedade de iguais, livres e irmãos¹⁹⁵.

Tal como nos dois itens retro, a pessoa humana com direitos e cidadania tem, para com todos que compõem a Sociedade e anseiam o Bem

¹⁹³ BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito.

Revista Jurídica Virtual. Vol. 5. Nº 48. Maio 2003. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em 06 abr. 2014.

¹⁹⁴ BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito.

Revista Jurídica Virtual. Vol. 5. Nº 48. Maio 2003. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em 06 abr. 2014.

¹⁹⁵ PECES-BARBA, Gregório. PECES-BARBA, Gregório. Escasez y Derechos Humanos.

Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales. Edición de José M^a Saucá. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas. Universida Calos III de Madri. Boletín Oficial del Estado. Madri, 1994. [impresso]

Comum, a reciprocidade e a dignidade como um dos pilares que sustentam o conceito de Justiça Social.

O dever na justiça social: a reciprocidade

Na justiça, dá-se algo a alguém, porque isso lhe é *devido*. Este dever funda-se na relação social em questão.

[...]

Na relação da comunidade com os seus membros, que se expressa na atividade da distribuição de bens e encargos, é uma qualidade pessoal do indivíduo que constitui a causa do débito na distribuição. Assim, o parentesco é causa para que alguém receba bens patrimoniais na distribuição de uma herança.

[...]

Nas relações do indivíduo com a comunidade, o dever de justiça com todos os demais considerados como membros da comunidade fundamenta-se na *reciprocidade*. Cada um possui a condição de membro da comunidade somente se os outros membros o reconhecem como tal. Isto significa que o reconhecimento implica a reciprocidade: "Eles se reconhecem como reconhecendo-se reciprocamente." Cada pessoa humana só pode esperar ser tratado como pessoa humana por outra pessoa humana. Um indivíduo pode ser reconhecido como pessoa humana por alguém a quem negue essa condição, como a um escravo, por exemplo? Qual é o valor do reconhecimento de alguém que não é reconhecido? Na justiça social, portanto, que trata do reconhecimento da condição de membro da comunidade e dos direitos e deveres inerentes a esta condição, a *reciprocidade* determina o que é devido entre os membros: X deve y a Z na medida em que Z deve y a X. (grifo do autor)

Se por um lado a reciprocidade é um dever da Justiça Social, por outro, a dignidade vem como uma adequação, um consenso a ser atingido, encontrado.

A adequação na justiça social: a dignidade

Talvez a moral e a religião conheçam deveres incomensuráveis, nos quais não se pode determinar de um modo preciso o que é devido. Ao contrário, na justiça, há um modo de identificar aquilo que é devido: na justiça particular, isso se dá utilizando a idéia de igualdade.

[...]

Esta igualdade básica, absoluta, é uma igualdade na dignidade. Como foi visto acima, a dignidade é o conceito fundante da experiência jurídico-política contemporânea.

A "dignidade da pessoa humana" é o termo que expressa o princípio subjacente à justiça social: a pessoa humana é digna, merecedora de todos os bens necessários para realizar-se como ser concreto, individual, racional e social.

Essa dignidade é elemento nuclear para o ser humano em sua dimensão mais avassaladora

Ora, elencar os direitos e deveres derivados da mera condição de pessoa é assumir uma determinada concepção do que é a vida boa, a vida plenamente realizada para o ser humano. A comunidade fundada sobre a dignidade da pessoa humana é aquela em que há um consenso sobre uma determinada concepção de vida boa. Todos consideram a todos como sujeitos merecedores dos bens que integram a vida boa, apenas em virtude da sua condição de pessoas humanas.

Deste modo, se o padrão de adequação, isto é, da determinação daquilo que é devido na justiça particular é a igualdade, na justiça social é a dignidade.

[...]

A igualdade da justiça social é uma igualdade absoluta, porque considera simplesmente os indivíduos na sua condição de pessoa humana ou na sua igual dignidade. (grifo do autor)¹⁹⁶

A Justiça Social, na análise de Barzotto deve considerar a Sociedade de forma una. Não a soma de várias partes, mas uma composição indissociável de cidadãos, direitos, deveres e objetivos.

Formulação

Ao contrário de outras virtudes como a coragem ou a temperança, avessas a definições e a formulação de imperativos, a justiça, por sua racionalidade intrínseca e exigência de intersubjetividade, tendeu a expressar-se em fórmulas lingüísticas, da qual a mais célebre é a que nos foi legada pelos romanos: *suum cuique tribuere*, dar a cada um o que é seu.

A fórmula da justiça social pode ser expressa nos seguintes termos: "a todos a mesma coisa." "Todos" aqui designa a totalidade das pessoas humanas que compõem a comunidade. A sociedade constitui-se como comunidade no momento em que os indivíduos passam a considerar-se como participantes em um projeto comum de realização de uma determinada concepção de vida boa para os seus membros. Esta concepção de vida boa assume um caráter normativo pelo fato de os bens que a compõem (liberdade, saúde, etc.) serem afirmados como direitos. As pessoas tornam-se partícipes da comunidade quando estão engajadas em um processo de garantir os mesmos direitos para

¹⁹⁶ BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista Jurídica Virtual**. Vol. 5. Nº 48. Maio 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em 06 abr. 2014.

todos. Cada um deve respeitar nos outros os mesmos direitos que exige para si. A contrapartida se impõe: todos têm os mesmos deveres, como membros da comunidade. Deste modo, a justiça social é que forma o laço constitutivo da comunidade, uma vez que a existência da comunidade, depende do fato de "todos", como membros da comunidade terem "a mesma coisa", isto é, os mesmos direitos e deveres, e não do fato de estarem submetidos a um poder comum, ou habitar o mesmo território. (grifo do autor)¹⁹⁷

E acrescenta ainda a humanidade como a finalidade ao dispor:

Fundamentação ética da justiça social: a humanidade como fim

A Ética, como teoria da *praxis*, tem na justiça um dos seus conceitos centrais. A ação do ser humano como animal social está sempre marcada pela idéia do dever: viver em sociedade é viver em débito. Todos devem algo a alguém, por razões distintas. Por isso, deve-se examinar das razões que fundamentam os vários deveres de justiça.

[...]

[...] a justiça social pode ser fundamentada no caráter social do ser humano. Carente de uma plenitude que só pode ser alcançada na relação com outrem, a pessoa humana se vê envolvida em uma rede de relações de dever. Todos devem algo a todos como membros da comunidade. Em primeiro lugar, todos devem ter reconhecida sua dignidade como seres humanos, o que no campo jurídico-político significa que todos têm direitos e deveres idênticos: "cada cidadão possui os mesmos direitos jurídicos e políticos", e nesta medida, todos podem desenvolver o "auto-respeito", que consiste na "consciência da própria dignidade e certa capacidade para pô-la em ação" e que depende apenas do *status* de pessoa humana membro da comunidade.

A justiça social, embora articulada como conceito no interior da "tradição de pesquisa racional"__que é o aristotelismo, é a sistematização, em termos da teoria da justiça, do valor da dignidade da pessoa humana presente no desenvolvimento da civilização ocidental. A consciência de um dever de justiça para com o outro em virtude da sua simples humanidade foi formulada de vários modos na nossa civilização. Vamos arrolar algumas dessas fórmulas, todas, em maior ou menor grau, podendo fundar eticamente a justiça social.

A formulação mais sintética do fundamento da justiça social, que exige para cada um o que este está disposto a atribuir aos outros como membros da comunidade, está na "regra de ouro": "Como

¹⁹⁷ BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito.

Revista Jurídica Virtual. Vol. 5. Nº 48. Maio 2003. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em 06 abr. 2014.

quereis que os outros vos façam, fazei também a eles." (grifo do autor) ¹⁹⁸

Neste sentido, some-se o pensamento de Gregório Peces-Barba que ao dissertar acerca dos Direitos Fundamentais assim asseverou:

Os valores da ética pública em torno da ideia da liberdade igualitária, de segurança e de solidariedade, se justificam por seu serviço à dignidade da pessoa e à sua vocação de alcançar a autonomia ou independência moral, também chamada liberdade moral, desde a capacidade de eleger entre diversas estratégias de felicidade (planos de vida) suscetíveis de serem oferecidos como propostas generalistas, e pela necessidade de que estes de realizem na vida social, onde os homens vivem em relação ¹⁹⁹

A conceituação de Justiça Social deve absorver os direitos e deveres dos indivíduos para com a Sociedade pautados pela dignidade e pelo Bem Comum, de tal maneira que haja a possibilidade de, diante do geral, que o indivíduo encontre a sua realização, ou pelo menos, que possa buscar sua independência moral.

Oswaldo Ferreira de Melo em seu Dicionário de Política assim identifica a Categoria Justiça Social:

JUSTIÇA SOCIAL: 1. Conceção do que seja justo para todos. 2. Um dos fins buscados pelas estratégias de Política Jurídica. ²⁰⁰

Mas é em Cesar Luiz Pasold que se encontra exteriorizado tratar-se de “uma categoria jurídico-político-sociológica acerca da qual ainda não há um

¹⁹⁸ BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista Jurídica Virtual**. Vol. 5. Nº 48. Maio 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em 06 abr. 2014.

¹⁹⁹ Tradução livre da Autora. No original: Los valores de la ética pública en torno a la idea de libertad igualitaria, de seguridad y de solidaridad, se justifican por su servicio a la dignidad de la persona, y a su vocación de alcanzar la autonomía o independencia moral, también llamada libertad moral, desde la capacidad de elegir entre diversas estrategias de felicidad (planes de vida) susceptibles de ser ofrecidos como propuesta generalizable, y por la necesidad de que éstos se realicen en la vida social, donde los hombres viven en relación intersubjetiva. In: PECES-BARBA, Gregório. Concepto y problemas actuales de los derechos fundamentales. I **Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas**. Disponível em: http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/7958/concepto_pecces-barba_DYL_1993.pdf?sequence=1. Acesso em 21 fev. 2015.

²⁰⁰ MELO, Oswaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis : OAB/SC, 2000. p.51. verbete: Justiça Social.

compartilhar semiológico universal comum”²⁰¹, ao elencar exemplos que podem servir de ponto de partida para a identificação de um Conceito Operacional para a Categoria.

Eis alguns exemplos:

- a) para Ernst FORSTHOFF, a Justiça Social engloba as noções de Justiça Comutativa e de Justiça Distributiva;
- b) para HAWLS, a questão desloca-se para a maneira como as principais instituições sociais distribuem direitos e deveres fundamentais e como efetuam a partilha de benefícios resultantes da cooperação social;
- c) AGUIAR sinonimiza JUSTIÇA GERAL com JUSTIÇA SOCIAL, enquanto a JUSTIÇA PARTICULAR engloba Justiça Comutativa e Justiça Distributiva;
- d) Eros GRAU propõe a expressão JUSTIÇA SOCIAL como integrada por dois substantivos, por isso, social não seria simples adjetivo de Justiça;
- e) JOÃO PAULO II pressupõe a realização da Justiça Social com a ocorrência de novos movimentos de solidariedade dos homens do trabalho e de solidariedade com os homens no trabalho.
- f) Conforme Mikhail GORBACHEV, o 27º Congresso do PUCS entendeu o problema da Justiça Social de forma a que, sob a Autoridade do socialismo o trabalho é a sua base, uma vez que somente o trabalho indica o verdadeiro lugar do cidadão na Sociedade e seu *status* social.²⁰²

Assim, tem-se, para o presente relato de Pesquisa, que a conceituação de Justiça Social é delineada conforme os filtros e o ambiente em que a analisa.

Mesmo assim, é possível tecer que “Quanto à JUSTIÇA SOCIAL, [...] é preciso incorporá-la como atitude e, coerentemente, exercê-la em comportamentos”, não há como considerar, singelamente, somente um destinatário – Estado ou Governo posto que o “verdadeiro destinatário dos apelos à JUSTIÇA SOCIAL é o seu Agente: - o todo social, ou seja, a Sociedade”²⁰³.

²⁰¹ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. p. 81.

²⁰² PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. p. 81 - 82.

²⁰³ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. p. 83.

A Justiça Social, desta forma, “somente apresentará condições de realização eficiente, eficaz e efetiva se a Sociedade, no seu conjunto, estiver disposta ao preciso e precioso mister de contribuir para que cada pessoa receba o que lhe é devido pela sua condição humana”²⁰⁴.

Ponto de partida para a análise da Desapropriação como instrumento é o objetivo central perquerido pela Justiça Social: o Bem Comum.

Por isso, os requisitos constitucionais de necessidade pública, utilidade pública e interesse social devem ser observados e interpretados de forma pragmática com base no que se busca alcançar com os mesmos tendo como pontos estratégicos da Justiça Social:

1º - a noção de JUSTIÇA SOCIAL não pode ser presa a esquemas fixados a *priori* e com rigidez discutível;

2º - a conduta do Estado não pode ser paternalista para com os necessitados e protetora ou conivente para com os privilegiados;

3º - a responsabilidade pela consecução da JUSTIÇA SOCIAL na sua condição de destinação da FUNÇÃO SOCIAL, deve ser partilhada por todos os componentes da Sociedade²⁰⁵. (destaque no original)

Estes requisitos constitucionais mencionados retro, previstos pelo artigo 184, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 precisam ser observados tendo como foco esses três pontos estratégicos traçados por Cesar Luiz Pasold.

A definição de quais sejam os casos de necessidade pública, utilidade pública e interesse social não pertence ao critério da Administração Pública, já que tais hipóteses encontram-se taxativamente indicadas na legislação. Aliás, não basta, no ato expropriatório, falar genericamente de necessidade pública, utilidade

²⁰⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. p. 83.

²⁰⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. p. 84.

pública e interesse social. É importante indicar o dispositivo legal em que enquadra-se o caso concreto²⁰⁶.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXIV, permite que haja a Desapropriação ou expropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social ao dispor que a lei estabelecerá o procedimento para as desapropriações "mediante prévia indenização em dinheiro".

O mesmo vem expresso no artigo 1.228, parágrafo 3º, primeira parte, do Código Civil Brasileiro que menciona a possibilidade de Desapropriação pelas mesmas causas.

Quanto ao requisito da prévia e justa indenização em dinheiro, destaca-se que pode ser decomposto em três, uma vez que a Constituição de 1988 só legitima a Desapropriação ordinária ou comum, se fundada em uma necessidade ou utilidade pública ou em um interesse social e se materializada por meio de indenização que seja: 1) prévia; 2) justa; e, 3) em dinheiro²⁰⁷.

Essa perda compulsória em prol do interesse público em detrimento ao interesse privado pode ser impingida sob várias roupagens. O Ordenamento Jurídico Pátrio traz mecanismos administrativos que de previsão de perda da Propriedade.

a) Desapropriação para fins de reforma urbana

Mas o texto Constitucional também prevê, no artigo 182, parágrafo 4º, inciso III a Desapropriação denominada Sanção Urbanística e dispõe:

²⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 163.

²⁰⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 766.

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 a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

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

Tal hipótese também encontra-se no Estatuto da Cidade, que em seu artigo 8º dispõe que, decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário cumpra a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar da Propriedade, o Poder Público Municipal poderá proceder a Desapropriação do imóvel para fins de reforma urbana.

Como se vê, trata-se de competência discricionária, pois a lei utiliza o termo “poderá” e não “deverá” ou “procederá”, como no caso do lançamento do IPTU progressivo no tempo (Art. 7º, *caput*, EC).²⁰⁸

²⁰⁸ CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Intervenção do Estado na Propriedade**: instrumentos tradicionais e novos. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.24.

Neste caso, o pagamento será efetuado por meio de títulos da dívida pública. O texto constitucional e o Estatuto da Cidade impingem que os títulos da dívida pública devem ser previamente aprovados pelo Senado Federal “o que corresponde à competência privativa prevista no Art. 52, IX, CF para a referida Casa Legislativa ‘estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios’”.²⁰⁹

Essa indenização por meio de Títulos traz algumas particularidades. A primeira é que, por ser título da dívida pública, seu pagamento poderá ser efetuado no prazo de até dez anos, em prestações anuais, com juros legais assegurados em seis por cento ao ano.

A segunda é que a base de cálculo será o IPTU, o que acarreta algum desconforto ao se contrapor ao “valor real” da indenização.

Outro ponto que merece destaque é que, neste caso, não há cálculo referente à lucros cessantes, expectativa de ganhos ou juros compensatórios.

Esses três pontos parecem coadunar com o fulcro desta desapropriação. O proprietário relapso, mesmo após decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem cumprir a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar da Propriedade, a perde para o Poder Público.

O Estatuto da Cidade prevê formas de intervenção do Estado na propriedade urbana com a principal diretriz de nortear a correta utilização na “límpida intenção de proporcionar o cumprimento da cláusula constitucional instituidora da função social da propriedade, pública e privada.”²¹⁰

Portanto, tendo em vista algumas limitações intrínsecas ao direito de propriedade e também a princípios constitucionais clássicos como o da liberdade, buscou o legislador encontrar soluções jurídicas, mas com mais eficaz efeito prático, visando a compelir o proprietário a utilizar seu imóvel em conformidade com objetivos

²⁰⁹ CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Intervenção do Estado na Propriedade**: instrumentos tradicionais e novos. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.24.

²¹⁰ BONIZZATO, Luigi. **Propriedade urbana privada & direitos sociais**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 130.

iminentes aos interesses sociais e ligados a determinada coletividade.²¹¹

Se por um lado há a obrigação do Proprietário anterior com a Propriedade, também haverá a obrigação do titular posterior – o Poder Público – em relação ao

adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público [...] o que poderá ser efetivado diretamente [...] ou por meio de concessão a terceiros, observando-se, nestes casos, o devido procedimento licitatório [...].²¹²

Destaca-se que tais obrigações impostas ao Proprietário anterior – quanto ao parcelamento, edificação ou utilização previstos no Estatuto da Cidade -, subsistem em relação a toda e qualquer pessoa a quem, porventura, venha ser alienado o imóvel.

b) Desapropriação por utilidade pública e necessidade pública

Apesar de a conceituação ser generalista, tem-se que a Desapropriação por utilidade pública é "ato através do qual o Poder Público manifesta sua intenção de adquirir compulsoriamente um bem determinado e o submete ao jugo de sua força expropriatória"²¹³.

Cintra destaca a amplitude da categoria utilidade pública mas, mais compreensível que a necessidade pública posto que "o necessário é o que não pode mesmo deixar de existir; o útil é o conveniente, mas não indispensável"²¹⁴

²¹¹ BONIZZATO, Luigi. **Propriedade urbana privada & direitos sociais**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 134.

²¹² CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Intervenção do Estado na Propriedade**: instrumentos tradicionais e novos. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.25.

²¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 771.

²¹⁴ CINTRA, Valentina Jungmann. **Da ação de desapropriação por utilidade pública**. Disponível em < http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4272>. Acesso em 13 de maio de 2009.

mesmo sendo possível identificá-las, como no caso dos “redatores do Código Civil Francês, em que as expressões - necessidade e utilidade eram idênticas”²¹⁵.

E prossegue analisando que no Brasil tal distinção tem origem no texto legal visto que a citada Lei nº 422 de 1826 distinguiu, quanto às partes que as requererem, a necessidade e a utilidade pública, sendo a primeira de competência do Procurador da Fazenda Pública e a segunda, pelo Corpo do Legislativo.

Seguindo este raciocínio o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil de 1916 elencou, conforme retro citado, o rol especificando os casos de necessidade e de utilidade pública.

Assim, tem a necessidade pública, o fim de atender situações tidas como inadiáveis e prementes, e utilidade pública a finalidade de utilização da Propriedade como conveniente e vantajosa à coletividade e de sua conveniência.

Pode ser citado, nestes casos, como exemplo, "abertura, alargamento ou prolongamento de ruas, construção de obras e exploração de minas, preservação e conservação de monumentos históricos, reedição de obras ou de inventos científicos"²¹⁶.

Meirelles ao identificar os casos de Desapropriação possíveis, mantém a distinção e os define como:

A necessidade pública surge quando a Administração defronta situações de emergência, que, para serem resolvidas satisfatoriamente, exigem a transferência urgente de bens de terceiros para seu domínio imediato.

A utilidade pública apresenta-se quando a transferência de bens de terceiros para a Administração é conveniente, embora não seja imprescindível. A lei geral das desapropriações (Dec.-lei 3.365/41)

²¹⁵ CINTRA, Valentina Jungmann. **Da ação de desapropriação por utilidade pública**. Disponível em < http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4272>. Acesso em 13 de maio de 2009.

²¹⁶ CARLIN, Volnei Ivo. **Direito administrativo**: doutrina, jurisprudência e direito comparado. Florianópolis: OAB/SC, 2001. p. 161.

consubstanciou as duas hipóteses em utilidade pública, pois só emprega essa expressão em seu texto.²¹⁷

Historicamente, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 e as subsequentes, incluindo a atual, mantiveram a distinção de utilidade e necessidade pública.

O Decreto-Lei 3.365/41, que em sua origem tratava da desapropriação por utilidade pública somente passou utilizar em seu texto a necessidade pública com a inclusão sofrida por força da Medida Provisória nº 2.183-56/01 que acrescentou o artigo 15-A. Este artigo é o que se refere aos casos de imissão de posse e os cálculos de juros devidos pelo Estado em casos de necessidade e utilidade pública.

Tal preceito da utilidade pública está mais amplamente disciplinado no Decreto-Lei 3.365/41 em seu artigo 5º que determina, dentre outros:

- ✓ a segurança nacional,
- ✓ a defesa do Estado,
- ✓ o socorro público em caso de calamidade,
- ✓ a salubridade pública,
- ✓ a criação de centros de população, seu abastecimento regular de meios de sobrevivência,
- ✓ o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica,
- ✓ a assistência pública,
- ✓ as obras de higiene e decoração,
- ✓ casas de saúde, clínicas,
- ✓ estações de clima e fontes medicinais,
- ✓ a exploração ou a conservação dos serviços públicos,
- ✓ funcionamento do meios de transporte,
- ✓ construção de edifícios públicos,
- ✓ monumentos comemorativos e cemitérios,

²¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. e atual. até a Emenda Constitucional 51, de 14.2.2006, por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 616

- ✓ criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves, além de casos previstos em leis especiais.

Como o Decreto-Lei determina, podem expedir o ato expropriatório a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e, além destes, por exemplo, por previsão do artigo 10 da lei 9.074/95, a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL "no que concerne às áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários, permissionários e autorizados de serviços de energia elétrica"²¹⁸.

Da mesma forma que o DNER o foi, igualmente "investido deste excepcional poder" pelo Decreto-Lei nº 512 de 21 de março de 1969, revogado pelo artigo 10-A da Lei nº 10233, de 5 de junho de 2001 que não só criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres como também criou a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e previu a extinção do DNER "sem que equivalente atribuição haja sido conferida a qualquer daquelas".²¹⁹

No ordenamento jurídico pátrio, não obstante os exemplos mencionados, somente tem competência para manifestar a declaração de utilidade pública o Legislativo e o Executivo mantida, em ambos os casos a natureza administrativa do ato expropriatório em cujo teor devem estar contidos: a manifestação pública da vontade de submeter o bem à força expropriatória, o fundamento legal em que se embasa o poder expropriante, a destinação específica a ser dada ao bem e a identificação do bem a ser expropriado.

Em casos de utilidade pública como os elencados no texto normativo e citados retro a desapropriação fará com que a Propriedade incorpore ao patrimônio do expropriante, seja para a execução de determinada obra, seja para o serviço ou para a emergência em que se baseou o ato expropriatório.

Contendo todos esses dados o ato expropriatório poderá surtir efeitos e, declarada a utilidade pública submeter o bem à força expropriatória do Estado,

²¹⁸ BRASIL. Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm. Acesso em 15 mar. 2016.

²¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 771.

fixar o estado do bem (suas condições, melhoramentos e benfeitorias existentes, por exemplo).

A partir daí, é conferido ao Poder Público o direito de no bem penetrar a fim de fazer as verificações e medições necessárias bem como dar início à caducidade da declaração que ocorre nos cinco anos seguintes nos casos de Desapropriação por necessidade e utilidade pública e em dois anos nos casos de Desapropriação por Interesse Social.

Para Mello, "sendo a caducidade da declaração de utilidade pública" um "prazo extintivo", há de se concluir que não se consuma caducidade da declaração se a Administração, até o último dia [...] propuser ação de Desapropriação²²⁰ com a citação válida do titular do direito de Propriedade. Mesmo há de se destacar que, de acordo com o artigo 10 do Decreto-Lei 3.365/41, a caducidade do ato expropriatório não impede que haja sua renovação, desde que cumprido o prazo de um ano contado da última declaração.

c) Desapropriação por Interesse Social.

A Desapropriação por Interesse Social pode ter como finalidade imóveis urbanos ou rurais. No tocante aos rurais, que tem como objetivo a reforma agrária o objeto é o imóvel Rural, *ex vi* o artigo 184 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Justen Filho relembra ter sido esta espécie de Desapropriação concebida como instrumento de promoção da reforma agrária sendo sua utilização de competência exclusiva da União e que, portanto, a indenização

²²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 774.

devida será paga por meio de Títulos da Dívida Agrária, excluído o valor referente às benfeitorias necessárias, cujo pagamento dar-se-á em espécie²²¹.

Imperioso, se faz, no momento decisório de expedição do ato expropriatório, ter clara a diferenciação entre imóvel Urbano e imóvel Rural com o intuito de delimitar a incidência do poder expropriatório do Estado.

Por força do estatuído no Estatuto da Terra, em seu art. 4º, inciso I²²², deve-se observar o que vem a ser considerado imóvel Rural. Neste caso, prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização que se destine à exploração extrativista agrícola, pecuária ou agroindustrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através da iniciativa privada.

Sendo o imóvel Rural conceituado em razão de sua destinação, e não simplesmente em função de sua localização da mesma que, como visto os imóveis urbanos que tem como base a aplicação de critério baseado na destinação do imóvel.

Ao passo em que a Carta Magna assegura o direito de Propriedade e lhe atribui a Função Social legitimadora da intervenção estatal em caso de descumprimento, impinge limites substanciais e formais tais como o disciplinado no artigo 185 que dispõe:

Art. 185. São insuscetíveis de Desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua Função Social.

²²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.424

²²² BRASIL. **Lei nº 8.629** de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8629.htm>. Acesso em 04 de julho de 2013.

Por outro lado, no texto infraconstitucional é possível ter a conceituação de pequena e de média Propriedades rurais no artigo 4º, incisos II e III, da Lei nº 8.629/93, segundo o qual pequena Propriedade é aquela com área compreendida entre 1 (um) e 4 (quatro) módulos fiscais e média Propriedade é o imóvel Rural de área superior a 4 (quatro) e até 15 (quinze) módulos fiscais.

Esse módulo fiscal, como componente que caracteriza a Propriedade Rural é dinâmico em seus parâmetros vez que segue critérios estabelecidos que devem ser analisados segundo as especialidades do imóvel, a região onde ele está situado e a cultura nele produzida.

Tamanho é o zelo em relação ao cumprimento da Função Social que a legislação se cercou de cuidados afim de evitar que houvesse um mascaramento em seu cumprimento. Para tanto, a Lei nº 8.629/1993 em seu artigo 2º, parágrafo 4º prevê:

Art. 2º A propriedade rural que não cumprir a função social prevista no art. 9º é passível de Desapropriação, nos termos desta lei, respeitados os dispositivos constitucionais.

[...]

§ 4º Não será considerada, para os fins desta Lei, qualquer modificação, quanto ao domínio, à dimensão e às condições de uso do imóvel, introduzida ou ocorrida até seis meses após a data da comunicação para levantamento de dados e informações de que tratam os §§ 2º e 3º.

Assim, não serão consideradas modificações, realizadas nos seis meses subsequentes à notificação da vistoria, inclusive no tocante a sua dimensão. Evita-se que se busque na via judicial a anulação do ato jurídico e a simulação de cumprimento da Função Social.

Cuidado se deve ter, no entanto, quanto à pequena e média Propriedades que, ainda que improdutivas, não se sujeitam ao poder expropriatório do Estado em tema de reforma agrária se o titular não o for de outro imóvel de mesma destinação. Noutra ponto, merece destaque o fato de o artigo 186 dispor:

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

I - aproveitamento racional e adequado;

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

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

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

Com esse regramento, há que se considerar atendida a Função Social ao ter-se, em relação à Propriedade cumulativamente, aproveitamento racional e adequado, utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Essa *blindagem* com espectro firmemente econômico - posto que evidencia a produtividade - pode, em alguns momentos estar antagonicamente disposta em relação aos critérios adotados para que seja considerada socialmente adequada.

Neste sentido, destaca-se o previsto no artigo. 6º da Lei 8.629/1993 que determina:

Art. 6º Considera-se propriedade produtiva aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente.

Observando o parágrafo 7º deste mesmo artigo é possível verificar a determinação de que a Propriedade não perderá a qualificação de produtiva se, por razões de caso fortuito ou força maior devidamente comprovados pelo órgão competente, deixar de apresentar, no ano respectivo, os graus de eficiência na exploração exigidos para a espécie.

Todas as exceções são necessárias e depreendem bom senso na análise do caso concreto. Tal análise virá permeada de elementos tais como a comprovação do nexos de causalidade entre a improdutividade e os fenômenos descritos na lei como fatos imprevisíveis, inevitáveis e incontornáveis.

Vale destacar neste ponto o previsto nos artigos 7º e 8º que ressalvam o imóvel que, comprovadamente seja objeto de implantação de projeto técnico nos moldes legais ou que seja oficialmente destinado à execução de atividades de pesquisa e experimentação, designadas ao avanço tecnológico da agricultura, por não poder ser-lhe atribuída a caracterização de imóvel improdutivo.

Tais ressalvas são garantidoras do direito de Propriedade legitimando mais ainda o ato expropriatório quando feito. Não há o proprietário de buscar em subterfúgios abrigo à utilização da Propriedade em desatenção à Função Social.

Já a Lei nº 4.132/62, arrola, dentre outros, como casos de interesse social 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, a construção de casas populares e a promoção da justa e adequada distribuição da Propriedade.

Desta feita, vale lembrar o conceito de Interesse Social trazido por Meirelles o qual determina que

ocorre quando as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade para seu melhor aproveitamento, utilização ou produtividade em benefício da coletividade ou de categorias sociais merecedoras de amparo específico do Poder Público.

Esse *interesse social* justificativo de Desapropriação está indicado na *norma própria* (Lei 4.132/62) e em dispositivos esparsos de outros diplomas legais. O que convém assinalar, desde logo, é que os bens desapropriados por *interesse social* não se destinam à Administração ou a seus delegados, mas sim à coletividade ou, mesmo, a certos beneficiários que a lei credencia para recebê-los e utilizá-los convenientemente.²²³

O Interesse Social não se confunde com interesse público ou interesse coletivo posto que tal conceituação tem seus contornos considerando a natureza de conceito jurídico indeterminado, o que, em palavras de Justen Filho "afasta uma exatidão de conteúdo"²²⁴. Tentando clarificar essa diferenciação pode-se afirmar que

Surge o interesse público quando o Estado coloca determinado interesse coletivo entre os próprios interesses, assumindo-os. 'Ao lado do interesse próprio de cada indivíduo, por si mesmo considerado, surgem interesses que se referem a um grupo de indivíduos. A tais interesses se dá o nome de interesses coletivos.

O interesse coletivo, no entanto, não é ainda interesse público. Para que se possa falar de interesse público é preciso que o Estado coloque determinado interesse coletivo entre seus próprios escopos, ou dirigindo-os diretamente a atividade dos seus órgãos, ou pondo ou reconhecendo como ativas também por si pessoas jurídicas menores. É claro, pois, que em todo interesse público se encontra um interesse coletivo não é, por si mesmo, público, concorrendo para elevá-lo a tal grau a inclusão deste entre as finalidades estatais'.²²⁵

²²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 616.

²²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 36

²²⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **Dicionário de direito administrativo**. Rio de Janeiro : Forense, 1978. p.207.

Com esse pensamento, Justen prossegue sua busca na consolidação de uma conceituação exteriorizando uma conceituação negativa (ou excludente) de interesse público identificando sua diferenciação com "interesse do Estado" devendo-se evitar a confusão entre ambos posto que:

O interesse é público porque atribuído ao Estado, e é atribuído ao Estado, e é atribuído ao Estado por ser público. Como decorrência, todo interesse público seria estatal, e todo interesse estatal seria público. [...] Não é possível definir interesse público a partir da identidade de seu titular [...] O equívoco está em que o Estado existe para satisfazer as necessidades coletivas. O Estado Democrático é instrumento de realização dos interesses públicos.²²⁶

Assim, feita a identificação do Estado como instrumento de realização, pode-se afirmar que o interesse público é o interesse privado comum a todos os cidadãos, ou, em palavras de Cretella Jr:

Atividade de tal modo relevante que o Estado a titulariza, incluindo-a entre os fins que deve, necessária e precipuamente perseguir. É o próprio interesse coletivo colocado pelo Estado entre seus próprios interesses, assumindo-os sob regime jurídico de direito público, exorbitante e derogatório do direito comum. A finalidade de toda e qualquer Administração é o interesse público.²²⁷

O fundamento do Estado, não reside em um poder que se impõe de fora para dentro da Sociedade, posto ser um produto seu

quando esta chega a um determinado grau de desenvolvimento; é a confissão de que essa sociedade se enredou numa irremediável contradição com ela própria e está dividida por antagonismos irreconciliáveis que não consegue conjurar. [...] Este poder,

226 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 37

227 CRETELLA JÚNIOR, José. **Dicionário de direito administrativo**. Rio de Janeiro : Forense, 1978. p.207.

nascido da sociedade, mas posto acima dela se distanciando cada vez mais, é o Estado.²²⁸

Sendo o sistema constitucional e pedra angular do regime jurídico a que está submetido o interesse social e sua explicitação voltada ao aproveitamento, utilização e produtividade do bem imóvel, sua justificação encontra-se na Sociedade.

De acordo com Volnei Ivo Carlin, tal Desapropriação “visa, antes de tudo, a redistribuição de terra dando a ela finalidade humanitária e coletiva” sendo que, em jogo encontra-se a prevalência da Justiça Social e não a negativa da Propriedade privada.²²⁹

Além da preocupação com o coletivo, com essa finalidade humanitária, não há como ser descuidada a situação do expropriado, vez que a mesma eficácia garantida pela eficiência dos procedimentos expropriatórios deve ser observada para se garantir ao expropriado a justa e o mais breve possível indenização e, se for o caso, uma prestação positiva quanto ao reassentamento do titular e de todos os atingidos pela expropriação.

Não basta que haja essa indenização devida. É necessário que se garanta a manutenção da dignidade do expropriado vez que a supremacia do interesse público em nada tem a ver com a opressão a quaisquer dos direitos do Cidadão.

Salienta-se, em síntese, que a Lei Geral das Desapropriações não faz distinção entre necessidade e utilidade pública, compreendendo as duas hipóteses sob a denominação de utilidade pública, e que a Desapropriação por Interesse Social é aquela em que os bens expropriados podem ser alienados a particulares que possam dar-lhes a destinação social prevista, segundo o artigo 4º, da Lei nº 4.132/62.

²²⁸ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. 11 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987. p.191. Título original: *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*.

²²⁹ CARLIN, Volnei Ivo. **Direito administrativo**: doutrina, jurisprudência e direito comparado. Florianópolis: OAB/SC, 2001. p. 163.

Esse é o ponto central do próximo Capítulo que tratará da Desapropriação por Interesse Social adentrando nos conceitos e especificidades do instituto com o objetivo de individualização do tipo expropriatório evidenciando os fundamentos que deverão ser observados quando da decisão judicial expropriatória.

CAPÍTULO 3

DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL: ASPECTOS GERAIS E ESPECÍFICOS

Neste capítulo procura-se contextualizar a Desapropriação por interesse social no plano conceitual e legal, e bem assim, fixar os aspectos específicos pertinentes, por extensão, à Desapropriação judicial, considerada, pela Tese, uma espécie de desapropriação por interesse social.

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO INTERESSE SOCIAL

A conceituação da categoria “Interesse Social” é, sob muitos aspectos, confusa, mas, de início, observe-se o conceito atribuído por Osvaldo Ferreira de Melo para a categoria *Interesse*:

Desejo inconsciente de algo que possa proporcionar satisfação. O interesse público (ou social) é elemento propulsor de reivindicações e por isso, quando dirigido a fins legítimos, pode influir nas considerações práticas do político jurídico.²³⁰

E complementa-se com elementos norteadores apresentados na conceituação de Carlos de Moraes Salles que, trazendo os ensinamentos de Seabra Fagundes destaca que o interesse social está ligado à solução de problemas sociais que, ligados à condição econômica dos envolvidos, tem como finalidade a diminuição de desigualdades sociais.²³¹

²³⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis : OAB/SC, 2000. p.50. verbete: Interesse.

²³¹ SALLES, Carlos de Moraes. **A desapropriação**: à luz da doutrina e da jurisprudência. 4 ed. São Paulo : RT, 2000. p.92.

Se por um lado há busca pela solução, ou ao menos, identificação de necessidades sociais, noutra reside a identidade sistêmica. O coletivo identificado como Interesse voltado para o Bem Comum.

O artigo 2º da Lei 4.132/62 elenca as possibilidades de fundamento para desapropriação por 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;

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 casa populares;

VI - as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, 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 cursos 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.

Francisco Carlos Duarte destaca que quaisquer destes fundamentos para a Desapropriação são orientados pela autonomia da vontade do poder expropriante, cabendo ao Judiciário (se for o caso), analisar somente quanto o *quantum* indenizatório, considerando a área, os lucros cessantes, benfeitorias e melhorias ali existentes.²³²

²³² DUARTE, Francisco Carlos. **Ação de indenização por desapropriação indireta**. Curitiba:

Mesmo sendo autonomia da vontade do expropriante, a clara identificação do que está abarcado no Interesse Social deve ser clarificado. José Augusto Delgado, por exemplo, busca informações quanto ao Interesse Social reportando-se a Mancuso ao enunciar:

Interesse social, no sentido amplo que ora nos concerne, é o interesse que consulta à maioria da sociedade civil: o interesse que reflete o que esta sociedade entende por 'bem comum'; o anseio de proteção à *res publica*; a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais essa sociedade, espontaneamente, escolheu como sendo os mais relevantes. Tomando-se o adjetivo 'coletivo' num sentido amplo, poder-se-ia dizer que o interesse geral equivale ao exercício coletivo de interesses coletivos.²³³

Neste sentido, destaca-se o “resgate coletivo” trabalhado por Pilati e que exterioriza o confronto de dois modelos que convivem e que se exigem: “o da *propriété* napoleônica, reproduzida no art. 1228 do CCB [...] e o das propriedades especiais constitucionais de 1988, que despontam sob a égide jurídica do coletivo e a aura política da participação”²³⁴.

De sorte que a Função Social decorre do coletivo como Propriedade extrapatrimonial pertencente à Sociedade, e do qual o proprietário privado é condômino. É essa dimensão consitucional que autoriza e legitima a Desapropriação por Interesse Social, ou seja, privilegiando os desígnios constucionais fundamentais de preservação do ambiente, das relações laborais sadias, do trabalho (no campo), da moradia.

Na modernidade o coletivo foi estatalizado, converteu-se em público estatal; na Pós-modernidade ou a partir da Constituição de 1988, com a introdução da participação popular soberana (art. 1º, parágrafo único, segunda parte) e os direitos sociais fundamentais, o coletivo ganha especificidade jurídica, sem desrespeito ao individual privado, brindo-se o espaço da função social: da propriedade, da empresa, do contrato.²³⁵ Assim, a desapropriação judicial do § 4º

Juruá, 2003. p. 37-38.

²³³ DELGADO, José Augusto. **Interesses difusos e coletivos**: evolução conceitual: doutrina e jurisprudência do STF. **Revista de Processo**, [s.l.], v.25, n. 28. p.61-81, abr./jun. 2000.

²³⁴ PILATI, José Isaac. **Propriedade e Função Social na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 15.

²³⁵ PILATI, José Isaac. **Propriedade e Função Social na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro:

do Código Civil encontra respaldo e fundamento no arcabouço constitucional, que por sua vez, ademais, garante o devido processo legal e assegura a indenização justa.

Olhando sob o prisma do proprietário individual, e a ótica do direito econômico, Nusdeo²³⁶ pontua que o titular do direito de Propriedade sofre, no campo do direito administrativo, a ação estatal por meio do poder de polícia "para controlar ou coibir determinadas atividades, com vistas à defesa da saúde, da incolumidade, do sossego e da segurança da sociedade" e vê essa restrição à liberdade dos cidadãos em relação à própria coisa num caráter "puramente negativo".

Mas esse é o ponto. A liberdade citada acima, é a liberdade individualista. Tanto que se utilizam os termos "controlar ou coibir" vez que numa dimensão econômica o agir do proprietário é *erga omnes*, ou seja procura "agir nos vazios jurídicos, numa espécie de jogo [...], que exclui os não proprietários, desconsidera o coletivo"²³⁷.

Alem disso, essas restrições de âmbito administrativo ainda são insuficientes para dar conta de todos os aspectos que norteiam a dinâmica dos mercados "férteis na distribuição aleatória de custos sociais".

Daí, para o autor, a atribuição de uma Função Social à Propriedade, de forma não mais negativa,

Segundo a qual não basta a ela deixar de gerar efeitos nocivos, mas deve promover benefícios ainda quando indiretos ao todo social. Trata-se do conceito jurídico de poder-dever, isto é, o poder dado ao titular de um direito como instrumento para que ele cumpra o dever decorrente daquela titularidade. E, portanto, passa-se a exigir dele, titular do direito, não apenas uma abstenção, mas uma ação, da qual, supostamente, advirão

Lumen Juris, 2011. p. 26.

²³⁶ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3 ed rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.207.

²³⁷ PILATI, José Isaac. **Propriedade e Função Social na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 29.

benefícios gerais, por exemplo, construindo um edifício ou plantando terrenos até então ociosos.²³⁸

A Lei de Introdução a Código Civil em seu artigo 5º disciplina que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum" exteriorizando enfaticamente, no mesmo sentido, o Código Civil Brasileiro em seu artigo 1228, em especial o parágrafo primeiro, que dispõe textualmente

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 quer 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.

O parágrafo acima citado não só determina que exerça em consonância com as finalidades econômicas e sociais como também inclui no texto o objetivo a ser alcançado com tal exercício.

Neste ponto, convém utilizar a classificação da propriedade em: Propriedade comum e Propriedade Especial trazida por Pilati, que assim se refere à propriedade comum de caráter dominial:

Regida pelo Código Civil (art. 1.228), que se contrapõe como sistema, tradicionalmente, à propriedade pública, regida pelo direito administrativo. Estrutura-se e classifica-se pelas categorias tradicionais: móvel e imóvel, plena e restrita, perpétua e resolúvel. É avessa ao condomínio, que tolera como uma situação transitória; tem na posse um instrumento avançado de defesa (interditos) e nas ações petitórias (reivindicatória, negatória) o instrumento adequado de tutela; e desdobra-se em direitos reais limitados de gozo (que se tutelam por interditos e ações confessórias) e de garantia (créditos privilegiados).²³⁹

²³⁸ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 3 ed rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.207.

²³⁹ PILATI, José Isaac. **Propriedade e Função Social na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 48.

A propriedade comum, assim, permanece à disposição do indivíduo, e de seus uso, gozo, disposição e reivindicação. Essa é a propriedade em que os elementos intrínsecos do absolutismo relativizado (mas ainda existente) da propriedade cohabita com a oponibilidade erga omnes.

E como Propriedade especial aquelas com interdependência, com decisões compartilhadas com instrumentos constitucionais que a garantem. Com o coletivo como paradigma a ser considerado.

Podem ser identificadas [as Propriedades especiais] entre outras²⁴⁰: as propriedades especiais particulares, as público-privadas e as propriedades especiais coletivas, sendo que estas últimas podem ser patrimoniais ou étnicas e extrapatrimoniais. A propriedade especial particular é a que tem dimensão própria de função social, como a urbana e a rural, ou regime jurídico diferenciado, com a intelectual, e a público-privada, que é a empresária²⁴¹.

Esta visão da Propriedade especial tem consonância direta com o exposto constitucionalmente. Cita-se como exemplo normatização que determina haver cumprimento da Função Social quando a Propriedade Rural tiver, simultaneamente, utilização adequada dos recursos naturais, preservar o meio ambiente, observar as disposições de regulamentação do trabalho e tiver exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores; e a Propriedade Urbana quando satisfizer as exigências expressas no Plano Diretor.

José Isaac Pilati classifica, ante à “pluralidade de formas proprietárias”, como Propriedades especiais particulares: a Propriedade urbana; a Propriedade especial rural; a Propriedade intelectual e a Propriedade especial público privada.

Tratam-se de Propriedades nas quais há um rompimento com a referência à propriedade absoluta, codificada em seu paradigma de valor privado.

O que surge é um novo panorama no qual a Propriedade urbana mantém a dualidade de ser identificada como comum quanto aos seus principais

²⁴⁰ Para fins da presente pesquisa manter-se-á o Referente estabelecido que é a Propriedade Urbana.

²⁴¹ PILATI, José Isaac. **Propriedade e Função Social na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 51.

aspectos: “objeto (bens corpóreos imóveis); [...] regime jurídico (de direito real, a título singular ou sob condomínio); [...] aquisição (os modos previstos no Código Civil) e [...] limitações (regulamentos administrativos, direito de vizinhança e outros)”.²⁴²

José Isaac Pilati discorre que o papel “que a propriedade dominial codificada” desempenhou foi determinante na Modernidade garantindo um “espaço privilegiado ao individualismo proprietário” que dimensiona o exercício dos direito ao reduzido espaço da “clausura do direito real”, a

ordem constitucional de 1988 contrapõe um conceito ampliado de propriedade, em que destacam as propriedades especiais constitucionais: individual privada (urbana, rural, intelectual); público-privada (v.g. jazidas minerais e petrolíferas mediante concessão pública); principalmente as propriedades coletivas, patrimoniais (propriedade étnica de quilombolas, indígenas, e também as reservas extrativistas) e extrapatrimoniais (titularidade coletiva de ambiente, cultura, patrimônio histórico).²⁴³

Como identificado alhures, a Propriedade Urbana traz consigo elementos da Propriedade comum mas transcende em sua natureza especial ao cumprir sua Função Social²⁴⁴.

Seu conteúdo já não é definido exclusivamente pelo regime jurídico do direito comum codificado, como reza o paradigma da propriedade moderna; é a comunidade municipal [no caso das diretrizes emanadas do Estatuto da Cidade, Leis de Parcelamento do Solo Urbano e Incorporações e texto constitucional] mediante lei e instrumentos participativos e democráticos, ou seja, pelo pluralismo jurídico, quem define o conteúdo específico de uso e gozo so solo na dimensão social e também particular, por consequência”.²⁴⁵

Esse pluralismo jurídico destacado por José Isaac Pilati vem exemplificado naqueles que expressam a conciliação dos interesses comunitários

²⁴² PILATI, José Isaac. **Propriedade e Função Social na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 51 - 59.

²⁴³ PILATI, José Isaac. **Audiência pública na justiça do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 38.

²⁴⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Cerrano. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p.141.

²⁴⁵ PILATI, José Isaac. **Propriedade e Função Social na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 52.

nos diversos planos: particular, público, ambiental e coletivo e que delineiam a Propriedade Urbana de forma integrada com as demais.

Não há mais espaço para exercício “autista”, independente, voltando a Propriedade para si mesma, sem integração com o meio e o coletivo na qual está inserida.

Identificada a Propriedade como Urbana, é imperativo reportar-se ao texto dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988 e o disciplinado pela Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001²⁴⁶ - Estatuto da Cidade. Ambos os textos explicitam que a Propriedade, por ser um Direito Fundamental, há de atender à sua Função Social ou, em caso contrário, ficará suscetível à Desapropriação.

Por isso é propriedade especial. Seu conteúdo já não é definido exclusivamente pelo regime jurídico do direito comum codificado, com reza o paradigma da propriedade moderna; é a comunidade municipal, mediante lei e instrumentos participativos e democráticos, ou seja, pelo pluralismo jurídico, quem define o conteúdo específico de uso e gozo do solo na dimensão social e também particular, por consequência.²⁴⁷

Esse pluralismo pode ser compreendido, então, como a soma, a aliança de todos os interesses coletivos exteriorizados conforme o interesse e o Bem Comum desejados.

Com o Bem Comum identificado, a Desapropriação por Interesse Social visa o progresso social e/ou o desenvolvimento da Sociedade e vem disciplinada pelo Estatuto da Cidade atribuindo competência ao Município para declarar ou submeter um dado bem ao regime desta espécie de Desapropriação (conforme disposto no artigo 8º) na medida em que em seu território lhe cabe promover a política de desenvolvimento urbano utilizando como instrumentos o parcelamento, a edificação ou a utilização do solo urbano²⁴⁸.

²⁴⁶ GASPARINI, Diógenes. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: NDJ, 2002. p.60

²⁴⁷ PILATI, José Isaac. **Propriedade e Função Social na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 52.

²⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.425

Mas essa Desapropriação tem parâmetros de análise que, de acordo com aquele Estatuto, devem ser observados tais como:

- ✓ existência de um plano diretor;
- ✓ que a área objeto da Desapropriação esteja indicada no plano diretor como sujeita ao parcelamento, edificação ou utilização compulsórios;
- ✓ esteja a área classificada como não edificada, subutilizada ou não utilizada;
- ✓ existência de lei específica determinando, para aquela área do plano diretor o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios e, por fim,
- ✓ estarem vencidas as etapas do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios e da imposição do IPTU progressivo sem que o proprietário dotasse seu imóvel da devida Função Social.

Esse entrelaçamento entre a política Urbana expressada no Estatuto da Cidade e a disposição constitucional expressa no título dedicado à Ordem Econômica e Financeira pode, conforme Araújo e Nunes Júnior, a primeira vista, parecer estranho.

Especialmente no que diz respeito às disposições acerca de política pública ali dispostas mas se justifica estar atrelada aos princípios gerais da atividade econômica vez que dentre tais princípios encontra-se o da Função Social da Propriedade que, em se tratando de imóvel urbano, só é comprida quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.²⁴⁹

²⁴⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Cerrano. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p.432.

Quanto ao parcelamento, a edificação e a utilização compulsórios, pode-se afirmar que são parâmetros de urbanizações impostas coativamente ao titular do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado.

Como são determinações de natureza urbanísticas previstas em lei municipal, e baseadas no plano diretor, obrigam o proprietário e todas as pessoas que detenham direitos reais sobre coisas alheias²⁵⁰ que e estejam direta ou indiretamente ligadas ao uso da Propriedade em área lá identificada.

Esse Plano Diretor, em sua concepção fora²⁵¹ definido como o instrumento básico de um processo de planejamento municipal para a implantação da política de desenvolvimento urbano, norteando a ação dos agentes públicos e privados²⁵² tem a participação popular como um dos elementos basilares.

No coletivo, por exemplo, a audiência pública deita suas raízes no direito romano e, em palavras de José Isaac Pilati,

é um instrumento a ser visto como supraestatal [...] a autoridade administrativa ou mesmo judicial, apenas conduz e depois homologa o que os titulares do bem decidiram em audiência pública. Não usurpa. É o que ensina a *iurisdictio romana*, na sua feição participativa, com o acréscimo de três aspectos importantes: respeito à autoridade competente, que ordena; respeito à esfera de soberania popular no processo pertinente; e possibilidade de veto à decisão por quem tem prerrogativa para tanto, como tinham o Tribuno da plebe e o Senado romano.²⁵³

²⁵⁰ Tais pessoas podem ser exemplificadas como o superficiário, o compromissário comprador e até mesmo o usufrutuário do bem imóvel.

²⁵¹ A NBR que determinava as normas para elaboração do Plano Diretor foi cancelada um mês após entrar em vigor, motivo pelo qual será aproveitado apenas o conceito operacional lá existente.

²⁵² ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 12.267** – Normas para elaboração de plano diretor. Disponível em: <http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=2837>. Acesso em: 11 maio 2015.

²⁵³ **DIGESTO de Justiniano**: livro segundo: jurisdição. Tradução de José Isaac Pilati. Florianópolis: Editora da UFSC; FUNJAB, 2013. p. 18.

No tocante ao Estatuto da Cidade vale destacar que a indenização por meio de títulos da dívida pública municipal somente pode ser implementada após esgotada a fase da cobrança desse imposto "se o Município não preferir manter a exigência desse tributo cobrando-o pela última alíquota, pode promover a Desapropriação do imóvel"²⁵⁴, pagando a indenização com esses títulos.

A exceção destacada é em relação a titularidade pública como o Estado e a União vez que

Mesmo que seus imóveis estejam em área incluída no plano diretor e haja lei municipal disciplinando o parcelamento, a edificação e a utilização compulsórios. Primeiro porque seria uma intervenção de um ente federado em outro, pois cada um tem exclusiva competência para usar, gozar e dispor de seus bens segundo o interesse público que lhe compete perseguir, observadas, naturalmente, as exigências municipais de ordem edilícia e urbanística.²⁵⁵

Ademais, tais entes públicos não podem ser tributados, nem desapropriados e, de acordo com o artigo 2º parágrafo 2º da Lei Geral das Desapropriações:

Art. 2º - Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados, pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

[...]

§ 2º - Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa.

Não há previsão, no texto legal, de o Município desapropriar bens de domínio dos Estados e da União e, quanto a isso convém destacar que,

²⁵⁴ GASPARINI. Diógenes. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: NDJ, 2002. p.61

²⁵⁵ GASPARINI. Diógenes. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: NDJ, 2002. p.28

A legislação [...] contemplou a possibilidade de a União expropriar bens dos demais entes federativos e de os Estados-membros produzirem desapropriação de bens municipais.

Essa diferenciação não é compatível com a Constituição de 1988, que determina que a federação importa igualdade entre todos os entes federativos (art. 19, III).

Isso não significa a impossibilidade de entes federativos desapropriarem bens públicos alheios, mas tal possibilidade deverá ser reconhecida em igualdades de condições para todos os membros da federação. [...] Não é compatível com a Constituição afirmar que a União é superior ao Estado-membro e ao Município, do que se extrairia o cabimento de expropriar os bens deles. Cada ente federativo tem sua autonomia consagrada, e lhe é assegurado valer-se de seu patrimônio para cumprir seus fins.²⁵⁶

Feita a ressalva e retornando à necessidade de adequar-se o bem ao previsto no plano diretor, deve o parcelamento, a edificação ou a utilização do solo urbano serem utilizados como vetores da política pública mesmo possuindo conceitos dinâmicos e não particularizados.

O solo urbano, neste caso, pode, por exemplo, ser um terreno com qualquer configuração e área, não importando a figura geométrica que ostente nem tampouco a área que encerra ou a topografia que apresenta. Basta ser uma gleba de terra ou um lote que possa ter alguma utilização e as dimensões mínimas exigidas segundo a legislação municipal.

Trata-se, neste caso, de Desapropriação-sanção²⁵⁷ vez que a não ação do titular do direito de Propriedade é que gera a necessidade de intervenção do Poder Público Municipal no sentido de expropriar a Propriedade tendo em vista o bem comum.

O princípio [da função social da propriedade] não visa à negação do direito de propriedade, 'mas de somar racionalmente as

²⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.427

²⁵⁷ CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Et al.* **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 81.

vantagens existentes nos sistemas socialistas e liberais, condicionando o uso das riquezas ao bem estar coletivo.²⁵⁸

Enfatiza de modo contundente Torres que quando o operador se atenta a aspectos de maior interesse social “vê todas as propriedades afetadas pela função social, possibilitando o aniquilamento do direito, através de expropriação” mas, em verdade, o que se dá é uma “demonstração de respeito do sistema pela propriedade individual, face à sub-rogação operada com a indenização ou, através de restrições, sem correspectiva indenização”²⁵⁹.

Sublinha-se que a desapropriação com esse fundamento não ocorre de forma indistinta ou sem critério. Ao contrário. O critério é a Função Social. Inobstante a isso, ainda traz o ordenamento jurídico pátrio possibilidades de aplicação dos fundamentos do interesse social, não como uma solução para as demandas mas, antes, um poder-dever em relação ao adequado ordenamento da cidade.

3.2 POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DO INTERESSE SOCIAL

O legislador ao prever expressamente em texto de lei, no caso, no Código Civil Brasileiro, a expropriação em ação reivindicatória dá abertura à possibilidade de o Poder Judiciário diretamente, e sem intervenção prévia dos demais poderes identificar, no caso concreto, o preenchimento dos requisitos elencados e, bem assim, garantir o cumprimento da Função Social da Propriedade.

E esse é o primeiro problema que o exegeta tem a enfrentar. *Prima facie* a observação do texto legal leva a dar ao termo o sentido civilista, qual seja, a do titular do direito de Propriedade frente às suas prerrogativas, quais sejam:

²⁵⁸ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A Propriedade e a Posse**: um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 227.

²⁵⁹ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A Propriedade e a Posse**: um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 227.

usar, gozar, dispor e reivindicar e a tutela petitória impingida pela Ação Reivindicatória.

Mas, antes de adentrar na Ação Reivindicatória, convém destacar que além do cumprimento do preceito constitucional que é a Função Social, a propriedade é também um Direito Fundamental previsto na Carta Magna.

Este é o ponto em que se deve ter maior atenção na análise. Em primeiro lugar, alerta Luigi Bonizzato, deve-se buscar “separar a fundamentalidade da patrimonialidade do direito de propriedade” já que “não há dúvidas de que o direito de propriedade tem marcantes características patrimoniais”, é cultural que exista a ideia do ter, do possuir, associada à vetusta noção do *meu* e do *teu* e à conseqüente representação econômica do bem, faz com que claramente se perceba o seu teor patrimonial”

Certamente não se confunde que a propriedade e o direito dela decorrente com o patrimônio, o qual é muito mais abrangente. Nada mais é este do que o conjunto das relações jurídicas imputáveis a um titular e suscetíveis de avaliação econômica. A propriedade surge assim como uma destas relações jurídicas.²⁶⁰

Para clarificar, tem-se em Ferrajoli a definição teórica de direitos fundamentais, ao afirmar que

São direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados de *status* de pessoa, ou de cidadão, ou de pessoa capaz de agir.²⁶¹

Esses direitos subjetivos entendidos na construção da definição de forma positiva (prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada, por uma determinada norma, ao sujeito.

²⁶⁰ BONIZZATO, Luigi. **Propriedade urbana privada & direitos sociais**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 184.

²⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Direitos fundamentais. Tradução de Alfredo Copetti Neto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 09. Título original: *Diritti fondamentali*.

Prosseguindo no raciocínio adotado para a definição retro, o sujeito dotado de *status* é aquele que tem como diferencial a capacidade de agir e a cidadania. Isso é que confere ao sujeito o diferencial.

Se por um lado todos são humanos e, como tais, devem ter garantidos o direito à vida, à liberdade e à dignidade, por outro lado, alguns são garantidos como cidadãos e, além de pessoas humanas, têm capacidade de agir, tendo, por exemplo, a capacidade contratual, na qual pode exercer seus direitos potestativos, de voto, e exercer funções públicas.

Esse é o encadeamento que se desdobra na diferenciação entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais. Partindo da premissa do caráter polissêmico do termo “Direito de Propriedade” é, ao mesmo tempo o “direito de se tornar proprietário e de dispor dos próprios direitos de propriedade, que é um aspecto da capacidade jurídica e da capacidade de agir conduzível à classe dos direitos civis e o conceito de propriedade sobre aquele bem”²⁶².

Luigi Ferrajoli, de modo pontual, leciona que os direitos fundamentais são “universais”, já os direitos patrimoniais são, por sua natureza, “singulares”.

Isso diante dos elementos intrínsecos da propriedade que conferem ao seu titular, dentre outros direitos, o de oponibilidade *erga omnes*, ou seja, o de opor a sua propriedade contra todos os não titulares daquele seu direito, mas não se atém a isso, destaca outras três diferenças entre os direitos fundamentais e os patrimoniais:

- ✓ os fundamentais são indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransponíveis e personalíssimos e os patrimoniais, por sua vez, disponíveis, negociáveis e alienáveis;
- ✓ os fundamentais são normas e os patrimoniais são “predispostos” por normas;

²⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Direitos fundamentais. Tradução de Alfredo Copetti Neto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 19. Título original: *Diritti fondamentali*.

- ✓ os fundamentais são verticais – com as relações entre os sujeitos do tipo publicísticas (somente, ou também, com o Estado) e os patrimoniais são horizontais (são relações intersubjetivas de tipo civilísticas).²⁶³

Neste ponto Ferrajoli diferencia, dando sequência ao raciocínio, bens fundamentais e bens patrimoniais. Para tanto, inicia o pensamento definindo coisas e bens:

São “coisas” todos aqueles objetos observáveis e tangíveis que possuem um valor de uso e são por isso utilizáveis por seres humanos.

[...]

São bens as coisas que podem ser objeto de direitos.²⁶⁴

Assim, somente bens podem ser classificados em fundamentais e patrimoniais, de tal forma que os fundamentais são aqueles cuja acessibilidade é garantida – são, assim, vitais; ao passo que os patrimoniais estão disponíveis no mercado e são passíveis de uso e gozo.

Esses bens fundamentais é que podem ser distinguidos por Luigi Ferrajoli em: bens personalíssimos, bens comuns e bens fundamentais sendo:

- ✓ Bens personalíssimos: “que são objeto de direitos passivos consistentes unicamente em rígida imunidade ou *liberdade da* sua violação, sua apropriação ou utilização por parte de outros: como os órgãos do corpo humano [...]” (grifo no original)

- ✓ Bens comuns: “que são objeto de direitos ativos de liberdade, consistentes, além de imunidade de devastação e saque, também em faculdade ou *liberdade de*, isto é, no direito de todos de aceder aos seu uso e gozo: como o ar, o clima [...]” (grifo no original)

²⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Direitos fundamentais. Tradução de Alfredo Copetti Neto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 24. Título original: *Diritti fondamentali*.

²⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Por uma carta dos bens fundamentais. Tradução de Daniela Cademartori e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 50 - 51. Título original: *Per una carta dei beni fondamentali*.

✓ Bens sociais: “que são objeto de direitos sociais à subsistência e à saúde garantidos pela obrigação da sua prestação: como a água, os alimentos básicos [...]”²⁶⁵

Essa classificação e suas declinações é essencial para a compreensão da dimensão coletiva e social do Direito. A pressão econômica e o caráter individualista da propriedade podem, de forma imperceptível, deixar no ordenamento jurídico, lacunas, falsetes interpretativos.

Mas, se a Propriedade for restrita ao individualismo, à forma de exteriorizar sucesso, capital e poder, estar-se-ia observando a Propriedade exclusivamente sob a ótica econômica como uma fonte de riqueza almejada em detrimento da coletividade.

A Função Social da Propriedade é que a coloca, numa dimensão coletiva, no patamar de bens comuns e, portanto, fundamentais.

A Propriedade, ao mesmo tempo em que recebe, constitucionalmente, o status de Direito Fundamental, exterioriza sua incapacidade de manter-se, na esfera estritamente privada, como tal.

Peces-Barba ao adentrar na questão dos direitos fundamentais, enfatiza que, para serem assim considerados, tais direitos devem ser gerais e aplicáveis para todos.

Para ele a propriedade como sendo um bem escasso, não poderia figurar como fundamental vez que não pode ser garantida de forma irrestrita, a todos, universalmente:

la propiedad no puede ser una pretensión justificada, base ética de un derecho fundamental, porque no se puede extender a todo el mundo, y eso es un privilegio, pero al carácter de la generalidad, no un derecho igual de todos los seres humanos: no

²⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Por uma carta dos bens fundamentais. Tradução de Daniela Cademartori e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 58. Título original: *Per una carta dei beni fondamentali*.

cabe por razones de escasez y porque no existen bienes libres para alcanzar la igualdad como equiparación.²⁶⁶

Essa escassez é o que se busca enfrentar por meio dos mecanismos existentes no ordenamento jurídico pátrio com vistas à tutela da Função Social da Propriedade.

Com o raciocínio desenvolvido por Ferrajoli é possível identificar que a crítica de Peces-Barba depende do ponto referencial de análise da propriedade. A distorção ocorre quando se retira a análise do contexto e a inclui em raciocínio que tem como filtro a experiência exclusivamente do pensamento individualista da propriedade imóvel privada, não abrangendo, no caso do Ordenamento Jurídico Pátrio, as propriedades especiais²⁶⁷. Propriedades essas que, como explicita José Isaac Pilati, têm a dimensão do coletivo.

Como Bem Fundamental, a perda da propriedade por meio dos mecanismos que existem no Ordenamento Jurídico Pátrio e que tem como escopo a Função Social, deve ser analisada tendo como “lente de análise” o Bem Comum a ser alcançado por meio da Justiça Social. Quando se refere à perda, em verdade se está tratando de mecanismos de efetivação de direitos fundamentais.

Destaca Marcos Leite Garcia que tais mecanismos são essenciais posto que,

Então os direitos fundamentais, para se tornarem efetivos devem ser uma norma positiva acompanhada dos respectivos meios, instrumentos ou procedimentos, mecanismos de técnica jurídica que a doutrina chama de garantias. Ditas garantias não são um

²⁶⁶ Tradução livre da Autora; A propriedade não pode ser uma pretensão justificada, base ética de um direito fundamental, porque não se pode estender a todo mundo, e isso é um privilégio, uma característica da generalidade, não um direito igual de todos os seres humanos: não cabe por razões de escassez e porque não existem bens livres para alcançar a igualdade como equiparação. *In*: PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. *In* PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de los Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Dykinson/Universidad Carlos III, 1998. p. 170

²⁶⁷ Essas propriedades especiais incluem as terras quilombolas, as indígenas, as com tutela específica do meio ambiente, ou seja, todas as que têm como foco principal, a dimensão do coletivo.

fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito fundamental. Dito de forma mais completa: deve tratar-se de uma pretensão moral justificada incluída numa norma legal acompanhada de uma garantia.²⁶⁸

Sopesar o bem comum e o interesse individual é que torna-se o desafio da Desapropriação Judicial posto que, no requisitos constantes do parágrafo 4º do artigo 1228 do Código Civil Brasileiro há categorias com conceitos jurídicos indeterminados.

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 quer que injustamente a possua ou detenha.

[...]

§ 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.

A Propriedade por sua construção histórica e legal tem como faculdades previstas ao titular do direito o *jus fruendi*, a *rei vindicatio*, o *jus utendi* e o *jus abutendi* ou *jus disponendi*.

Ou seja, tem o proprietário o direito de retirar os frutos da coisa, sejam eles naturais ou civis, além de poder promover demanda petítória na qual judicialmente busca obter o bem de quem quer que injustamente o possua ou detenha.

²⁶⁸ GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: <http://www.univali.br/direitoepolitica> - ISSN 1980-7791. Acesso em 11 maio 2015.

Quanto ao direito de usar da coisa (o *jus utendi*) como uma faculdade que lhe é posta à disposição para que exerça a posse na forma que lhe convenha mas que não fira o princípio da Função Social da Propriedade, há o proprietário de exercê-lo em conformidade com os diplomas legais que limitam sua utilização.

Já no tocante ao direito de dispor ou alienar seus bens (*jus abutendi ou jus disponendi*) , o titular tem o poder de manter ou não a coisa em seu patrimônio, bem como onerá-la, se assim o desejar, desde que de acordo com o previsto no ordenamento jurídico pátrio.

O artigo 1.228, parágrafo 2º, do Código Civil Brasileiro, proíbe o abuso de direito atentatório no exercício do direito de Propriedade, cabendo a análise do caso concreto pelo judiciário. Com a leitura do previsto no parágrafo 3º do mesmo artigo é possível verificar circunstâncias em que o proprietário pode ser privado da coisa por interesse social.

Trata-se da Desapropriação Judicial por posse-trabalho. Uma nova espécie de Desapropriação posto que reside na esfera privada. O interesse é social mas os beneficiários diretos estarão individualizados após comprovados os requisitos legais, previstos no artigo 1228 do Código Civil Brasileiro.

Identificar o que venha a ser considerável para qualificar o número de pessoas; verificar o interesse social e econômico para adjetivar as obras e serviços realizados e ainda analisar serviços e extensa para identificar a área objeto da lide, é um rol de caracterizadores a serem tratados pelo magistrado diretamente, o que faz dele o principal artífice desta modalidade expropriatória.

Há ainda que se observar entre União, Estados e Municípios, deve ser identificada a competência e responsabilizações decorrentes.

Para os imóveis rurais, não resta dúvida que essa indenização deve ser arcada pela União, quer por força do comando do artigo 184 a 186 da Constituição Federal, quer por observância dos critérios estabelecidos pela Lei 8.629 de 25.2.93 com a redação que lhe foi conferida pela Lei 10.279 de 12.09.2001 e Lei complementar 76, de 6 de julho de 1993.

Ocorre que o instituto, em que pese não haver qualquer limitação expressa na legislação, foi concebido tendo em vista, especialmente os imóveis localizados em área Urbana.

Nessa hipótese inadmissível a aplicação direta dos mencionados dispositivos. Perceba-se, outrossim, que não é exigida, como ocorre com a usucapião, o exercício da posse com *animus domini*.

Parece que o ônus será do Município em que esteja localizada a área, haja vista que o comando do plano diretor da cidade é de competência exclusivamente municipal.

Há uma corresponsabilidade na tolerância da ocupação de terrenos com a criação de verdadeiras favelas, nascidas de invasões pelos que não têm moradia.

[...]

Nesse sentido, a regra constitucional estampada no artigo 182 que impõe ao Poder Público Municipal o dever de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes²⁶⁹.

Assim, o que se busca, em regramentos de direito privado, é a solução em nível coletivo e constitucional. Um bom exemplo de medida que deve abarcar o Interesse Social em sua essência é o previsto na Lei nº 11.977/09²⁷⁰, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida e trata da regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, traz em seu bojo uma série de ações voltadas para a Propriedade Urbana.

A concentração populacional nas áreas urbanas impõe uma série de demandas sociais que necessitam uma coadunação dos interesses privados com os interesses primordiais da coletividade.

A regularização fundiária prevista consiste, assim, num conjunto de medidas que abrangem as áreas jurídica, urbanística, ambiental e social e que tem como objetivo a regularização de assentamentos irregulares e a titulação de seus ocupantes.

²⁶⁹ CASTRO. Mônica. A desapropriação judicial no novo Código Civil. *In: Revista Âmbito Jurídico*. Disponível em: < <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/807.pdf>> . Acesso em: 15 mar. 2016.

²⁷⁰ As disposições acerca da Regularização Fundiária de Assentamentos Urbanos encontram-se na Lei nº11.977/09, nos artigos 46 e seguintes.

Com isso objetiva-se garantir o direito social à moradia com o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana, assegurando o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por meio de procedimento administrativo, o poder público demarcará imóvel de domínio público ou privado, definirá limites, área, localização e confrontantes, com o fim de identificar seus ocupantes e qualificar a natureza e o tempo das respectivas posses.

Com esse procedimento, o mesmo poder público conferirá o título de reconhecimento de posse de imóvel objeto de demarcação urbanística, detalhando a identificação do ocupante, tempo e natureza da posse.

Além disso, de acordo com o artigo 47 da Lei 11.977/2009, as Zonas Especiais de Interesse Sociais (ZEIS), ou seja, “as parcelas de área urbana instituídas pelo Plano Diretor ou definidas por outra Lei Municipal, destinadas, predominantemente, à moradia de população de baixa renda, uso e ocupação do solo”, servirão diretamente para a regularização fundiária de interesse social.

Assim, os “assentamentos irregulares”, ou seja, as ocupações inseridas em parcelamentos informais ou irregulares, localizadas em áreas urbanas públicas ou privadas e utilizadas predominantemente para fins de moradia, que tenham ocorrido há mais de 5 anos de forma mansa e pacífica.

Quando esses assentamentos estiverem situados nas ZEIS ou em áreas da União, Estados, Distrito Federal ou dos Municípios, declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social, poderão pleitear o reconhecimento dos seus direitos e ter concedidos os respectivos títulos que regularizem suas posses.

Respeitada a Política Urbana, a regularização fundiária prevista no Programa Minha Casa, Minha Vida, observará, de acordo com o artigo 48 da Lei 11.977/09, os seguintes princípios:

Art. 48. Respeitadas as diretrizes gerais da política urbana estabelecidas na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001²⁷¹, a regularização fundiária observará os seguintes princípios:

I – Ampliação do acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, com prioridade para sua permanência na área ocupada, assegurados o nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental;

II – Articulação com as políticas setoriais de habitação, de meio ambiente, de saneamento básico e de mobilidade urbana, nos diferentes níveis de governo e com as iniciativas públicas e privadas, voltadas à integração social e à geração de emprego e renda;

III – participação dos interessados em todas as etapas do processo de regularização;

IV – Estímulo à resolução extrajudicial de conflitos; e

V – Concessão do título preferencialmente para a mulher.

Todo o procedimento de regularização fundiária de Interesse Social depende de análise e aprovação Municipal, ou seja, o licenciamento urbanístico do Projeto de Regularização Fundiária de Interesse Social, respeitadas as características da ocupação existentes, lotes, vias de circulação e áreas destinadas ao uso público.

De acordo com o texto do artigo 59 da Medida Provisória 459/2000, posteriormente convertida na Lei nº 11.977/2009 e mantida a mesma redação:

Art. 55. Na regularização fundiária de interesse social, caberá ao Poder Público, diretamente ou por meio de seus concessionários ou permissionários de serviços públicos, a implantação do sistema viário e da infra-estrutura básica, previstos no [art. 2º, § 6º, da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979](#), ainda que promovida pelos legitimados previstos nos incisos I e II do art. 50.²⁷²

Tais obras poderão ocorrer concomitantemente ou mesmo antes da regularização dos títulos dominiais aos legitimados.

²⁷¹ Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 11 maio 2014.

²⁷² BRASIL. **Medida Provisória nº 459 de 25 de março de 2009**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV, a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/mpv/459.htm. Acesso em: 15 mar. 2016.

Para a regularização de que trata o Programa Minha Casa, Minha Vida, o poder público poderá, de acordo com o previsto no artigo 56, lavrar auto de demarcação urbanística nos seguintes termos:

Art. 56. O poder público responsável pela regularização fundiária de interesse social poderá lavrar auto de demarcação urbanística, com base no levantamento da situação da área a ser regularizada e na caracterização da ocupação.

§ 1º O auto de demarcação urbanística deve ser instruído com:

I - Planta e memorial descritivo da área a ser regularizada, nos quais constem suas medidas perimetrais, área total, confrontantes, coordenadas preferencialmente georreferenciadas dos vértices definidores de seus limites, número das matrículas ou transcrições atingidas, indicação dos proprietários identificados e ocorrência de situações mencionadas no inciso I do § 5º;

II - Planta de sobreposição do imóvel demarcado com a situação da área constante do registro de imóveis e, quando possível, com a identificação das situações mencionadas no inciso I do § 5º; e

III - certidão da matrícula ou transcrição da área a ser regularizada, emitida pelo registro de imóveis, ou, diante de sua inexistência, das circunscrições imobiliárias anteriormente competentes.

Havendo o auto de demarcação urbanística, dá-se prosseguimento com as notificações aos órgãos responsáveis pela administração patrimonial dos bens, conforme disposto nos parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 56:

§ 2º O poder público deverá notificar os órgãos responsáveis pela administração patrimonial dos demais entes federados, previamente ao encaminhamento do auto de demarcação urbanística ao registro de imóveis, para que se manifestem no prazo de 30 (trinta) dias quanto:

I - À anuência ou oposição ao procedimento, na hipótese de a área a ser demarcada abranger imóvel público;

II - Aos limites definidos no auto de demarcação urbanística, na hipótese de a área a ser demarcada confrontar com imóvel público; e

III - à eventual titularidade pública da área, na hipótese de inexistência de registro anterior ou de impossibilidade de identificação dos proprietários em razão de imprecisão dos registros existentes.

§ 3º Na ausência de manifestação no prazo previsto no § 2º, o poder público dará continuidade à demarcação urbanística.

§ 4º No que se refere a áreas de domínio da União, aplicar-se-á o disposto na Seção III-A do Decreto-Lei nº_9.760, de 5 de setembro de 1946, inserida pela Lei nº_11.481, de 31 de maio de 2007, e,

nas áreas de domínio dos Estados, Distrito Federal ou Municípios, a sua respectiva legislação patrimonial.

A supremacia do Interesse Social fica exteriorizada de forma inequívoca no parágrafo 5º do mesmo artigo 56 do Programa Minha Casa, Minha Vida, ao dispor:

§ 5º O auto de demarcação urbanística poderá abranger parte ou a totalidade de um ou mais imóveis inseridos em uma ou mais das seguintes situações:

- I - Domínio privado com proprietários não identificados, em razão de descrições imprecisas dos registros anteriores;
- II - Domínio privado objeto do devido registro no registro de imóveis competente, ainda que de proprietários distintos; ou
- III - domínio público.

Lembrando que o auto de demarcação urbanística tem como origem a ocupação lá existente e que depende de tempo e de posse mansa e pacífica, as etapas que seguem são procedimentos que culminarão com o registro da usucapião extrajudicial, mas que iniciam com a notificação dos interessados. Determina o artigo 57 que:

Art. 57. Encaminhado o auto de demarcação urbanística ao registro de imóveis, o oficial deverá proceder às buscas para identificação do proprietário da área a ser regularizada e de matrículas ou transcrições que a tenham por objeto.

§ 1º Realizadas as buscas, o oficial do registro de imóveis deverá notificar o proprietário e os confrontantes da área demarcada, pessoalmente ou pelo correio, com aviso de recebimento, ou, ainda, por solicitação ao oficial de registro de títulos e documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, para, querendo, apresentarem impugnação à averbação da demarcação urbanística, no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 2º O poder público responsável pela regularização deverá notificar, por edital, eventuais interessados, bem como o proprietário e os confrontantes da área demarcada, se estes não forem localizados nos endereços constantes do registro de imóveis ou naqueles fornecidos pelo poder público para notificação na forma estabelecida no § 1º.

Para disciplinar a abrangência dos procedimentos, o parágrafo seguinte do mesmo artigo 57 determina quais os requisitos da notificação por edital:

§ 3º São requisitos para a notificação por edital:

I – Resumo do auto de demarcação urbanística, com a descrição que permita a identificação da área a ser demarcada e seu desenho simplificado;

II – Publicação do edital, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, uma vez pela imprensa oficial e uma vez em jornal de grande circulação local; e

III – determinação do prazo de 15 (quinze) dias para apresentação de impugnação à averbação da demarcação urbanística.

§ 4º Decorrido o prazo sem impugnação, a demarcação urbanística será averbada nas matrículas alcançadas pela planta e memorial indicados no inciso I do § 1º do art. 56.

§ 5º (Revogado).

§ 6º Havendo impugnação, o oficial do registro de imóveis deverá notificar o poder público para que se manifeste no prazo de 60 (sessenta) dias.

§ 7º O poder público poderá propor a alteração do auto de demarcação urbanística ou adotar qualquer outra medida que possa afastar a oposição do proprietário ou dos confrontantes à regularização da área ocupada.

§ 8º Havendo impugnação apenas em relação à parcela da área objeto do auto de demarcação urbanística, o procedimento seguirá em relação à parcela não impugnada.

§ 9º O oficial de registro de imóveis deverá promover tentativa de acordo entre o impugnante e o poder público.

§ 10. Não havendo acordo, a demarcação urbanística será encerrada em relação à área impugnada.

Exterioriza-se, assim, dois cenários. No primeiro, o Estatuto da Cidade que prevê a usucapião coletiva requerida diretamente e que culmina com um título de propriedade condôminial que somente pode ser desfeito com *quorum* qualificado.

No segundo cenário, o Programa Minha Casa, Minha Vida, surge com uma proposta que visa garantir o direito individual à propriedade por meio de uma tutela que, delineada coletivamente respeita e se alicerça em outros elementos, como o urbanismo, o meio ambiente, a infraestrutura básica e todos os demais

que garantem qualidade àquela propriedade que futuramente lhes será atribuída e, neste caso, com possibilidade de sê-lo, individualmente.

Para que o registro culmine com a propriedade individual, prossegue o artigo 58 normatizando que:

Art. 58. A partir da averbação do auto de demarcação urbanística, o poder público deverá elaborar o projeto previsto no art. 51 e submeter o parcelamento dele decorrente a registro.

§ 1º Após o registro do parcelamento de que trata o caput, o poder público concederá título de legitimação de posse aos ocupantes cadastrados.

§ 2º O título de que trata o § 1º será concedido preferencialmente em nome da mulher e registrado na matrícula do imóvel.

§ 3º Não será concedido legitimação de posse aos ocupantes a serem realocados em razão da implementação do projeto de regularização fundiária de interesse social, devendo o poder público assegurar-lhes o direito à moradia.

Assim, de acordo como previsto em Lei, a legitimação de posse devidamente registrada passa a constituir um direito em favor do detentor da posse direta para fins de moradia. De posse deste título, passados cinco anos do registro, poderá o interessado requerer ao oficial do Registro de Imóveis, a conversão deste em registro de Propriedade, na forma da Usucapião Extrajudicial.

Essa tutela do poder público que facilita, fiscaliza e organiza a aquisição da propriedade para esse grupo social específico, emana da função administrativa do Estado, que, como função básica necessária para atingir os fins próprios do Estado, “tem por escopo a busca do bem estar social através da satisfação de interesses e necessidades públicas, realizando-se por diversos modos e em variadas circunstâncias²⁷³.”

Mas não se trata de desapropriação. Identifica-se, de logo, os elementos que compõem a prescrição aquisitiva.

²⁷³ CORDEIRO NETO, Guilherme. Limitações administrativas à propriedade. In: **Verba Iuris** - Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Curso de Direito. Ano I, n. 1. Ago/98. p. 77.

Nesta espécie de usucapião extrajudicial, ou administrativa, os elementos essenciais estão ali contidos. Devem estar presentes, a posse, o tempo e o *animus domini*.

É uma relação entre particulares, sem transmissibilidade, posto serem os elementos caracterizadores da prescrição aquisitiva os necessários para essa espécie de aquisição, sem a necessidade de qualquer intervenção da esfera pública.

Outro destaque necessário é o fato de que, dentre todos aqueles que exerceram a posse e que detém o título mencionado, pode haver proprietários com títulos sobre a própria coisa e que, com a demarcação, garantiram a continuidade das suas titularidades, posto estarem, *prima facie*, cumprindo com a função social analisada naquele momento. A moradia.

3.2.1 ESPECIFICIDADES DA DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL

Os denominados limites positivos “que fixam o elenco de poderes e faculdades do titular do direito e o alcance do respectivo exercício, indicando até onde aquele pode ir na realização de tais poderes e faculdades”²⁷⁴ há de serem sempre observados, independentemente da forma aquisitiva.

Da mesma forma deve-se estar atento àqueles limites e limitações negativas que estabelecem até onde “podem ocorrer ingerências, tangenciamentos de terceiros em relação ao direito alheio, quais os poderes e faculdades de que não se dispõe o titular e onde esse não pode ir no exercício do direito”²⁷⁵.

²⁷⁴ LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil**: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 125.

²⁷⁵ LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil**: aspectos

Esses limites geram o direito de “fazer”, de “não-fazer” e o de “suportar”, estabelecidos no Ordenamento Pátrio,

formam um estatuto de direito mínimo e atendem ao princípio de sua relatividade, não podendo ser absoluto um direito como o de propriedade, eis que seu conteúdo e seu exercício têm de possibilitar sua coexistência com outros direitos, o respeito recíproco dos mesmos, não podendo possuir conteúdo e exercício ilimitáveis nem ilimitados.²⁷⁶

Talvez a leitura com um filtro mais distorcido que se tenha em relação ao Direito de Propriedade seja considerar, como ponto inicial da análise a propriedade privada de bens imóveis como sendo a regra geral, quando a coexistência deve ser vista, inclusive, quanto aos variados objetos e titularidades que a Propriedade pode ter.

O Ordenamento Jurídico Pátrio abarca tanto a propriedade material quanto a imaterial, a consumível e a inconsumível, a móvel e a imóvel, a coletiva, a particular individual e a pública, dentre tantas outras formas de classificação.

No mesmo diapasão, a norma inserida no artigo 39 do Estatuto da Cidade, ao estatuir que a Propriedade Urbana atende à sua Função Social quando cumprir as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

A Desapropriação se impõe sobre a Propriedade, mas não é a única forma involuntária de perda prevista no Ordenamento Jurídico Pátrio. A Usucapião em suas variadas espécies tem como fundamento principal a aquisição originária, sem transmissibilidade e anuência do titular anterior.

O fato de essa aquisição ser originária é que faz com que a Propriedade originada por meio da Usucapião surja sem quaisquer ônus, limitações ou restrição de caráter privado.

jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 126.

²⁷⁶ LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil**: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 128.

Por outro lado, a Desapropriação por Interesse Social, mesmo almejando o mesmo objetivo, qual seja, a obtenção da propriedade pelas pessoas que exerçam a posse durante o decurso de tempo estabelecido em lei, segue procedimento diverso da Usucapião.

Não se pode olvidar que a Desapropriação administrativa prevista no art. 8º do Estatuto da Cidade é efetuada pelo Poder Público Municipal como cumprimento de ser poder-dever de realizar o adequado ordenamento da cidade.

Convém destacar, em palavras de Luigi Bonizzato que a desapropriação urbanística “não é instrumento de transferência de bem particular para o patrimônio público”, mas tem como finalidade “fazer com que o bem seja adequadamente utilizado, vale dizer, nos termos de lei municipal específica e no plano diretor”²⁷⁷.

Assim, acaba essa desapropriação servindo, em última análise como coação ao proprietário renitente, “motivo pelo qual deve ser entendida com a finalidade de forçar o aproveitamento do bem pela sua só possibilidade de ocorrência”. Seu intuito acaba sendo muito mais de “ameaça do que [de] aplicação propriamente dita”²⁷⁸.

Possibilita-se, assim, minorar o desnível na relação entre população e moradia nas cidades com a Desapropriação dita diretamente judicial.

A superação da perpetuidade como atributo indissociável do domínio urbano é apenas uma nuance dessa nova tendência urbanística, muito mais voltada para a produção de bem-estar social e de qualidade de vida para os habitantes das cidades brasileiras, apontando para a necessidade inadiável de se conduzir o direito de propriedade em direção à fundamentalidade declarada na Constituição Federal.²⁷⁹

²⁷⁷ BONIZZATO, Luigi. **Propriedade urbana privada & direitos sociais**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 139.

²⁷⁸ BONIZZATO, Luigi. **Propriedade urbana privada & direitos sociais**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 138.

²⁷⁹ BONIZZATO, Luigi. **Propriedade urbana privada & direitos sociais**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 141.

Miguel Reale na Exposição de Motivos do atual Código Civil, destacou, ainda em 1975, na qualidade de Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil que:

Trata-se, como se vê, de inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho, expressão pela primeira vez por mim empregada, em 1943, em parecer sobre projeto de decreto-lei relativo às terras devolutas do Estado de São Paulo, quando membro de seu “Conselho Administrativo”.²⁸⁰

Enfatizando a posse como ponto central, Miguel Reale prossegue afirmando, ainda, que a Lei tem a obrigação de outorgar especial “proteção à posse que se traduz em trabalho criador, quer este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em investimentos de caráter produtivo ou cultural”, distinguindo-a do “simples poder manifestado sobre uma coisa, “como se” fora atividade do proprietário, com a ‘posse qualificada’, enriquecida pelos valores do trabalho”, e conclui:

Não há como situar no mesmo plano a posse, como este conceito fundante de “posse-trabalho” justifica e legitima que, ao invés de reaver a coisa, dada a relevância dos interesses sociais em jogo, o titular da propriedade reivindicanda receba, em dinheiro, o seu pleno e justo valor, tal como determina a Constituição.

Vale notar que, nessa hipótese, abre-se, nos domínios do Direito, uma via nova de desapropriação que se não deve considerar prerrogativa exclusiva dos Poderes Executivo ou Legislativo. Não há razão plausível para recusar ao Poder Judiciário o exercício do poder expropriatório em casos concretos, como o que se contém na espécie analisada.²⁸¹

²⁸⁰ REALE, Miguel. **Novo Código Civil**: exposição de motivos e textos sancionados. Mensagem nº 160, de 10 de junho de 1975. Brasília: Senado Federal, 2005. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70319>. Acesso em: 20 jul 2015.

²⁸¹ REALE, Miguel. **Novo Código Civil**: exposição de motivos e textos sancionados. Mensagem nº 160, de 10 de junho de 1975. Brasília: Senado Federal, 2005. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70319>. Acesso em: 20 jul 2015.

Essa valorização impinge limitação de ordem privada imposta à Propriedade. O disposto nos parágrafos do artigo 1228 do Código Civil merece exame quanto aos requisitos e efeitos dali decorrentes.

Analisando sistemicamente o Código Civil e o Estatuto da Cidade há que se destacar a proximidade do previsto na Desapropriação por Interesse Social do parágrafo 4º do Código Civil com aspectos relativos à aquisição (e consequente perda) da Propriedade por meio da usucapião.

Se um considerável número de pessoas classificadas como de baixa renda exercer a posse mansa, pacífica, contínua e justa durante cinco anos em área Urbana com mais de 250 metros quadrados para sua moradia poderão, com base no artigo 10 do Estatuto da Cidade requerer a usucapião especial coletiva Urbana.

Aí reside a sensível linha que ilude alguns doutrinadores. Monteiro, um deles, conclui que

as regras contidas nos §§ 4º e 5º abalam o direito de propriedade, incentivando a invasão de glebas urbanas e rurais, criando uma forma nova de perda do direito de propriedade, mediante o arbitramento judicial de uma indenização, nem sempre justa e resolvida a tempo, impondo dano ao proprietário que pagou os impostos que incidiram sobre a gleba.

[...]

tal forma de usucapião aniquila o direito de propriedade previsto na Lei Maior, configurando-se um verdadeiro confisco, pois, como já dissemos, incentiva a invasão de terras Urbanas, subtrai a propriedade de seu titular²⁸²

Verdadeiramente se não for estudado e analisado a fundo o instituto pode dar margem a um desvirtuamento de sua nobre razão e encadear ações de

²⁸² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 37 ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3. p. 86.

indivíduos mal intencionados que buscam por meio de deturpação hermenêutica ter para si vantagens inimagináveis inatingíveis sob o manto da legalidade.

Feita a ressalva, não há como concordar com a segunda parte do raciocínio retro, no que se refere àquela Desapropriação ser confundida com usucapião. O primeiro ponto, e portanto, primeira especificidade do instituto é tratar, desde logo, o parágrafo 4º a nomear tal perda como Desapropriação. E, se assim o fez não há como peregrinar-se no âmbito da usucapião pela diferenciação elementar que norteia as duas formas de perda da Propriedade.

Numa- na usucapião - a perda se dá de forma gratuita e na outra, a Desapropriação, há, por preceito constitucional, a justa e prévia indenização ao titular do direito.

Quanto à necessidade de integralização do valor da indenização, se manifestou o Supremo Tribunal Federal que mesmo a parcialidade do depósito pode ser considerado para fins de cumprimento do dispositivo constitucional, como ver-se-á no item a seguir.

Também há de ser considerado que a Desapropriação pode ter como espectro tanto o interesse difuso em alguns casos, quanto o coletivo em outros.

Conforme sintetizado por José Augusto Delgado podem esses interesses serem identificados com base nos seguintes parâmetros: é difuso o interesse que abrange número indeterminado de pessoas unidas pelo mesmo fato; é coletivo o interesse que abrange os pertencentes a grupos ou categorias determináveis, possuindo uma só base jurídica. Assim, a indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos, ao passo que a determinidade é a que marca o conceito dos interesses coletivos.²⁸³

Da mesma forma pode ser vista a Desapropriação posto que, na forma ordinária por necessidade ou utilidade pública os beneficiários são um número indeterminado de pessoas unidas pelo mesmo fato sendo, portanto,

²⁸³ DELGADO, José Augusto. Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual: doutrina e jurisprudência do STF. **Revista de Processo**, [s.l.], v.25, n. 28. p.61-81, abr./jun. 2000.

analogicamente, de interesse difuso e, por outro lado, a Desapropriação por Interesse Social que, como o interesse coletivo inclui grupos ou categorias determináveis do direito.

Conforme disciplinado em lei, a Desapropriação Judicial ocorre quando da Ação Reivindicatória intentada pelo titular do direito e, tal como nos casos de usucapião vêm arguida em contestação, com argumentos trazidos pelos possuidores nos quais explicitam que preencheram os requisitos legais. Neste sentido Teori Albino Zavascki propõe que,

o caso da denominada 'desapropriação judicial', ora em comento, a situação fática valorizada no projeto é também a incorporação do imóvel a uma função social, representada pelas obras e serviços relevantes nele implantados. Solução em tudo semelhante, atribuindo ao juiz a possibilidade de converter prestação específica em alternativa – e cuja constitucionalidade não é posta em questão – é dada pelo novo Código no parágrafo único do art. 1.255, nos casos em que alguém edifica ou planta em terreno alheio. Nesses casos, diz o dispositivo, 'se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou adquirirá a propriedade do solo, mediante indenização fixada judicialmente, se não houver acordo'. Como se vê, é situação assemelhada à do referido § 4º: lá como aqui, converte-se a prestação específica de restituir a coisa em prestação alternativa de repô-la em dinheiro".²⁸⁴

Trata-se das duas espécies previstas no Código Civil Brasileiro: a Desapropriação Judicial e a Desapropriação no interesse privado.

A primeira disciplinada no artigo 1228 e a segunda nos artigos referentes à aquisição por acessão do artigo 1.255 o qual possibilita que o acessório (no caso a construção ou plantação) faça com que se adquira o principal (qual seja, o terreno).

²⁸⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no Projeto do Código Civil. In MARTINS-COSTA, Judith (organizadora). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002. p. 853/854

Em ambos os casos há uma imposição legal que reflete na perda da Propriedade com direito de indenização dela decorrente.

Há argumentos ventilados acerca da inconstitucionalidade da previsão legal levantando como fundamento “a separação de Poderes, arguindo-se não competir ao Judiciário a análise da conveniência ou oportunidade de se efetivar uma desapropriação”²⁸⁵, o que não encontra amparo consubstancial posto não haver, no Ordenamento Pátrio que determine a exclusividade do Poder Executivo para o exercício da prerrogativa expropriatória. Mas vale pontuar que: “parece-nos inadequada a nomeação do instituto como desapropriação, vez existirem no ordenamento outras hipóteses de transferência compulsória de bens, sem por isso caracterizarem tais institutos como desapropriação”²⁸⁶.

Neste ponto, cita Fernanda Lousada Cardoso, a título exemplificativo, a alienação judicial de bens em suas formas – execução singular ou coletiva, de devedor solvente ou não.

O Conselho da Justiça Federal antecipando as demandas futuras e discussões acerca da Desapropriação por Interesse Social publicou em 2007 enunciados de números 82 a 84 versando sobre o tema e prevendo que:

82 – Art. 1.228: É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil.

83 – Art. 1.228: Nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público, não são aplicáveis as disposições constantes dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil. (Alterado pelo Enunciado 304 – IV Jornada)

84 – Art. 1.228: A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4º e 5º, do novo Código

²⁸⁵ CARDOSO, Fernanda Lousada. **A propriedade privada urbana obriga?** análise do discurso doutrinário e da aplicação jurisprudencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 69.

²⁸⁶ CARDOSO, Fernanda Lousada. **A propriedade privada urbana obriga?** análise do discurso doutrinário e da aplicação jurisprudencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 70.

Civil) deve ser arguida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização.²⁸⁷

Por tratar-se de interesses diretos entre particulares, a indenização ter-se-á como devida por aqueles a quem aproveite a reversão da titularidade.

A discricionariedade do judiciário é, pois, a alavanca desta Desapropriação e, por isso dita como Desapropriação Judicial e o ato expropriatório, essencial nas modalidades ordinárias de Desapropriação, aqui será substituído pela decisão na esfera judicial transitada em julgado.

Camilo de Lelis Colani Barbosa e Rodolfo Pamplona Filho²⁸⁸ denominam este procedimento trazido pelo Código Civil como Desapropriação especial e destacam que devido às peculiaridades processuais é essencial a verificação quanto a legitimação dos possuidores, bem como a cientificação do Poder Público competente que, neste caso, atuará como parte legítima e necessária.

No tocante à operacionalização do processo, dever-se-á partir de uma premissa básica, qual seja o ajuizamento da Ação Reivindicatória por parte daquele proprietário que detém uma posse indireta do bem contra aqueles que detém a posse direta de forma contínua e por 5 anos daquela extensa área de terra de titularidade do primeiro.

Por ser uma extensa área de terra fica o judiciário, em análise impingido a descartar a usucapião especial Urbana posto esta ter como exigência que a área tenha menos de 250 metros quadrados, mas fica com a tarefa de distinguir, diante do caso concreto, o previsto no artigo 10 do Estatuto da Cidade - a usucapião coletiva - da Desapropriação Judicial, uma vez que se deparará com o primeiro critério de análise: a extensão da área.

²⁸⁷ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornada de direito civil**. Org. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: CJF, 2007.

²⁸⁸ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Compreendendo os novos limites à propriedade**: uma análise do art. 1228 do Código Civil brasileiro. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6725&p=2>>. Acesso em: 20 de julho de 2009.

No primeiro - a usucapião coletiva - deixa claro o Estatuto que trata-se de área com mais de 250 metros quadrados. Mas e o segundo? Se idênticas as características iniciais, qual o elemento que os distinguiria?

Veja-se a segunda premissa, qual seja o considerável número de pessoas, o que descartaria novamente as hipóteses de apenas um casal estar solicitando tal direito. Por mais singelo que seja o entendimento, deve-se ater à expressão "considerável" como uma pluralidade de sujeitos.

Por fim o, talvez, mais aberto de todos os conceitos qual seja "obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante". Somente diante do caso concreto é que se poderá analisar o conteúdo esperado.

Destaca-se na expressão que o legislador buscou indissociar o interesse social do econômico de tal feita que um e outro estejam presentes com maior ou menor intensidade, dependendo do caso concreto mas que, na soma de ambos encontre-se o fim desejável, qual seja o interesse maior da Sociedade.

A metodologia é, também, a mesma utilizada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que, como visto, tratou da Desapropriação no capítulo que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, no título que trata da organização do Estado e no da Ordem Econômica e Financeira, no específico no capítulo da política Urbana.

Retornando ao procedimento ainda há de, superadas todas as premissas retro, que se implemente o disposto no parágrafo 5º do artigo 1228 do Código Civil e que seja determinado o valor a ser pago a título de indenização.

Da mesma forma que nas demais espécies de Desapropriação, somente pago o valor devido é que se operacionaliza a transferência da Propriedade ao novo titular, sob pena de desvirtuar o preceito angular da Desapropriação que o diferencia do confisco de bens.

Diferente do traçado até aqui, Barbosa e Pamplona Filho destacam categoricamente que,

Se há um direito subjetivo à percepção de uma indenização e se a hipótese legal é de desapropriação, não temos dúvida de que o responsável final pelo pagamento é a Administração Pública.

Mas qual das esferas do Estado deve ser responsabilizada no caso concreto?²⁸⁹

Esse é o ponto nevrálgico da prévia e justa indenização posto que, neste caso em especial, não haverá aquisição da propriedade por parte do expropriante

Nesse ponto, temos a convicção de que, para os imóveis rurais, tal indenização deve ser adimplida pela União, seja por força da regra constitucional dos arts. 184 a 186, seja pela estrita observância dos critérios estabelecidos pela Lei 8.629, de 25/05/1993 (com a redação conferida pela Lei 10.279, de 12/09/2001, e Lei Complementar 75, de 06/07/1993).

Nesse caso, como a ação reivindicatória corre, normalmente, na justiça estadual, com o reconhecimento da situação fática caracterizadora da desapropriação especial, devem os autos serem remetidos à Justiça Federal para a devida execução.²⁹⁰

Por tratar-se de processo comum de Desapropriação há necessidade do depósito prévio para o prosseguimento da ação (mantendo o disposto em lei de que a indenização há de ser justa e prévia).

Sendo fato a necessidade de justa e prévia indenização, outro senão deve ser considerado. Quem e em que momento providenciará a avaliação prévia do imóvel?

A dúvida reside no quanto ao termo "avaliação prévia" que, da mesma forma que as demais categorias dessa espécie de Desapropriação, carece de melhor conceituação senão aquela dada pelo magistrado diante do caso concreto.

²⁸⁹ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Compreendendo os novos limites à propriedade**: uma análise do art. 1228 do Código Civil brasileiro. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6725&p=2>>. Acesso em: 20 de julho de 2009.

²⁹⁰ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Compreendendo os novos limites à propriedade**: uma análise do art. 1228 do Código Civil brasileiro. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6725&p=2>>. Acesso em: 20 de julho de 2009.

Quanto a quem deve exarar a avaliação, parece ser possível ser feito tanto pelo Poder Público (no caso, o Município) quanto por particulares que auferam valores com um certo grau de confiabilidade, novamente, a critério do magistrado.

A doutrina diverge quanto a quem deva pagar a indenização estabelecida, existindo entendimento de que tal obrigação é do Poder Público. E já majoritário, no entanto, que tal valor seja custeado pelos possuidores²⁹¹. Adotamos essa posição, não obstante se reconheça a inviabilidade, muitas das vezes, da transferência do domínio, diante da vinculação da eficácia da sentença a esse pagamento.²⁹²

Neste sentido e concordando com os autores retro citados, Mônica Aguiar Castro destaca o problema pontual causado pelo chamamento do Poder Público aos autos vez que:

O problema é que, como se trata de uma desapropriação tentada por particulares, não haveria quem realizasse a vistoria do imóvel, para fixar uma avaliação preliminar. Todavia, não é defeso ao Juiz dar seguimento à ação, sem o depósito preliminar, sob pena de causar prejuízos maiores ao expropriado, que, ao final da ação, pode restar vencedor. Assim, a parte autora deverá providenciar uma avaliação prévia do valor do imóvel, através de órgãos competentes (técnicos da Prefeitura ou do Incra, nos casos de imóveis urbanos ou rurais, respectivamente), ou mesmo por corretores devidamente credenciados, havendo depósito prévio de 30 % (trinta por cento) do valor informado.

Como essa é uma questão que vem permeada de situações que não estão totalmente clarificadas, é possível que haja questionamentos como a liberação do depósito prévio realizado (já que não se é parte no processo).

Parece que a saída será um procedimento prévio, perante a Fazenda competente. Nos casos de imóveis urbanos, os expropriantes devem requerer ao Poder Municipal a vistoria e

²⁹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. I Jornada de Direito Civil. **Enunciado 84**. – Art. 1.228: A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4º e 5º, do novo Código Civil) deve ser argüida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização”. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2014.

²⁹² CARDOSO, Fernanda Lousada. **A propriedade privada urbana obriga?** análise do discurso doutrinário e da aplicação jurisprudencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 71 - 72.

avaliação do imóvel a ser expropriado, documentos estes que farão parte essencial da peça exordial, com o respectivo depósito providenciado pela autoridade municipal. Tratando-se de imóveis rurais, tal procedimento administrativo caberá ao Incra, como órgão competente para vistoria e avaliação de tais áreas, inclusive verificando-se a sua extensão e adequação às exigências legais.²⁹³

Processualmente, o papel da Fazenda Pública é identificado pontualmente pois,

Como parte interessada, a Fazenda Pública deverá ser intimada para todos os atos do processo e a intervenção do Ministério Público obrigatória, na qualidade de *custos legis*, como determinam os arts. 82, inciso III (litígio em área rural ou interesse social) e 84 do Código de Processo Civil.²⁹⁴

Desta feita haveria um procedimento administrativo prévio a ser promovido perante o Poder Público como requisito formal obrigatório para conhecimento da demanda com base no que prevê o artigo 182 da Constituição Federal de 1988, que impõe ao Poder Público (em específico, o Municipal) o dever de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais e, bem assim, garantir o bem comum.

Também o disciplinado nos artigos 8º e 39 do Estatuto da Cidade, no qual o primeiro dispõe ser efetivada pelo Poder Público Municipal a Desapropriação administrativa como meio de cumprimento de seu poder-dever de realizar o adequado ordenamento da cidade e, o segundo o qual estatui que a Propriedade Urbana atende sua Função Social ao cumprir as exigências fundamentais da ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Essas exigências, de acordo com Fernanda Lousada Cardoso, culminam com a Desapropriação-sanção cuja indenização se operacionaliza com

²⁹³ CASTRO. Mônica. A desapropriação judicial no novo Código Civil. In: **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: < <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/807.pdf>> . Acesso em 11 de julho de 2009.

²⁹⁴ CASTRO. Mônica. A desapropriação judicial no novo Código Civil. In: **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: < <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/807.pdf>> . Acesso em 11 de julho de 2009.

pagamento de títulos da dívida pública, e que “consiste em uma privação forçada da propriedade urbana em razão do descumprimento de obrigações e ônus urbanísticos impostos ao proprietário” sob o argumento de que

o pagamento de indenização, ainda que em títulos da dívida pública, desvela um grau menor de proteção dispensado pelo ordenamento jurídico à propriedade urbana que não observa sua função social. De fato, o instituto ora em análise, além de punir o proprietário, pretende dar ao solo urbano função social.²⁹⁵

Para tanto, essa desapropriação mediante pagamento em títulos da dívida pública, somente incidirá após o insucesso da incidência de IPTU progressivo no tempo e dependerá, conforme disciplinado, de autorização do Senado Federal para emissão destes títulos públicos²⁹⁶.

Tal previsão encontra guarida no artigo 8º do Estatuto da Cidade, sendo tal indenização no valor correspondente ao valor real do imóvel – considerado, nestes casos, o valor de lançamento do IPTU – não computando lucros cessantes, juros compensatórios nem valorizações correspondentes a realização de obras públicas no local. Isso porque o objetivo não é o de valorização ou especulação imobiliária, ao contrário, posto não ter essa desapropriação-sanção, o mesmo fundamento das desapropriações por necessidade pública, utilidade pública ou interesse social.

O que está em cheque é o fato de que a questão envolve muito mais que só a persistência da propriedade como um “direito subjetivo do proprietário, mas um outro aspecto mais saliente, pois se considerada como um direito subjetivo, deixaria de ser instituto pertencente ao direito privado para migrar para o direito público.”²⁹⁷

Esse é o temor. Afinal foram vários tempos históricos no qual a propriedade imobiliária brasileira foi perpassando num

²⁹⁵ CARDOSO, Fernanda Lousada. **A propriedade privada urbana obriga?** análise do discurso doutrinário e da aplicação jurisprudencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 94.

²⁹⁶ BEZNOS, Clóvis. Desapropriação em nome da política urbana. *In*: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). **Estatuto da Cidade**: comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 130.

²⁹⁷ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 210.

longo processo que marca a saída dos bens do patrimônio público régio, um esforço gradativo de delimitação da esfera privada, em oposição ao que era público – as terras do rei. A cristalização do direito de propriedade privada foi, certamente, o resultado de uma complexa “construção” forjada em meio às tensões sociais e às condicionantes da infraestrutura econômica.²⁹⁸

O equilíbrio imperioso nem sempre é alcançado pelas leis, “normas abstratas e frias, ora envelhecidas pelo ranço de antigas concepções, ora falsamente sociais e progressistas, decorrentes de oportunismos e interesses corporativos”²⁹⁹.

Mesmo no ordenamento jurídico pátrio é possível contemplar sanções ao Proprietário que não observa, ou melhor, não dá uma destinação produtiva ou útil à Propriedade.

Há instrumentos tradicionais, além da Desapropriação, que também orbitam a esfera administrativa e que são meios específicos de intervenção na Propriedade Urbana.

Eles também exteriorizam o compromisso com a coletividade que é intrínseco à Propriedade – a título exemplificativo: as limitações administrativas, a ocupação temporária, as servidões administrativas, a proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional.

Paralelamente à perda da Propriedade na esfera administrativa, há as formas, também involuntárias, que podem ser efetivadas tendo como modo a Usucapião.

Analisando a Usucapião é possível identificar, mesmo entre as variadas espécies de Usucapião existentes no Ordenamento Jurídico Pátrio, elementos essenciais comuns a todas. São eles:

²⁹⁸ VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna**: um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro : Renovar, 2005. p. 231.

²⁹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direitos reais. São Paulo : Atlas, 2001. p. 142.

- ✓ **Capacidade:** tanto pessoas capazes quanto as relativamente ou absolutamente incapazes podem adquirir bens por meio da Usucapião, por si ou através do seu representante legal;
- ✓ **Objeto:** as coisas que podem ser objeto de direitos patrimoniais, excetuando deste universo, por disposição constitucional, os bens públicos.
- ✓ **Lapso temporal:** respeitada a continuidade (tanto com a posse direta quanto com a posse indireta) e as previsões legais dispostas no Código Civil Brasileiro que obstam ou suspendem a prescrição e que, por essência, também se aplicam à usucapião;
- ✓ **Posse:** mansa, pacífica e justa, podendo ser exercida, como dito acima, na forma direta ou indireta. Posse esta que, para fins de aquisição da propriedade, deve ser exercida com *animus domini*.
- ✓ **Forma prevista em Lei:** a Legislação prevê várias espécies de usucapião – extraordinária, ordinária, especial urbana, especial rural, especial conjugal, especial coletiva e indígena – cada uma com elementos caracterizadores próprios que se adequam ao tipo pretendido.

Quando se implementa materialmente uma usucapião, mesmo antes de ajuizada a ação ou que haja, se for o caso, o procedimento administrativo, já há a aquisição da propriedade³⁰⁰.

A usucapião tem como foco principal a perda/aquisição entre particulares e não pode ser olvidada ao se tratar de Propriedade. Ainda mais pela proximidade dos requisitos da Desapropriação por Interesse Social, prevista no Código Civil Brasileiro e os requisitos elencados no Estatuto da Cidade em relação à usucapião coletiva.

³⁰⁰ ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio:** a teoria da autonomia. Titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2014. p. 143.

Em ambos os casos há um considerável número de pessoas exercendo uma posse mansa, pacífica, contínua e justa, em extensa (portanto superior a 250 metros quadrados), mas na usucapião coletiva há identificação da população de baixa renda e na Desapropriação por Interesse Social que as pessoas, de baixa renda ou não, tenham realizado obras de interesse social e econômicos relevantes.

O resultado é diverso. Na usucapião coletiva prevista no artigo 10 do Estatuto da Cidade, o título será concedido na forma de condomínio sem necessidade de intervenção do Município.

Por ser forma originária de aquisição da propriedade, não há que se falar em transmissibilidade ou indenização posto ser a Sentença da Usucapião declaratória do direito que fora constituído mediante implemento de todos os requisitos necessários: posse mansa, pacífica, contínua e justa, exercida para fins de moradia, por 5 anos, por pessoas de baixa renda, que não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural, em áreas urbanas com mais de 250 metros quadrados, na qual não seja possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor.

Soma-se a esses requisitos, o fato de que o exercício desta posse é diretamente ligado aos direitos fundamentais e tem resguardo no direito à moradia de quem, em exercício de *ultima ratio* se encontra sem ter onde morar ou produzir e que utiliza-se da usucapião como forma de garantir esse direito.

Já na Desapropriação por Interesse Social haverá necessidade de intervenção do Ministério Público e papel ativo da Municipalidade pois, como visto, haverá a indenização em contrapartida a essa perda da Propriedade.

Outro ponto é a possibilidade de o bem imóvel objeto da Desapropriação por Interesse Social ser público. Quanto a isso, dependendo da sua destinação, os bens públicos disciplinados no artigo 99 do Código Civil podem ser classificados em:

Art. 99. São bens públicos:

I - Os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - Os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - Os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Por essa classificação e pela determinação do artigo 100 do Código Civil que disciplina que “Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”, para que sejam alienados, é necessária sua desafetação, de tal maneira que passem, após, a serem considerados bens públicos dominicais.

E, assim sendo, com a previsão do artigo 101, que dispõe que “Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei”, identificados os bens públicos dominicais como aqueles que fazem parte do patrimônio estatal disponível, nada impediria que fossem expropriados.

A vedação constitucional é quanto à Usucapião, e não quanto às formas de Desapropriação previstas no Ordenamento Jurídico Pátrio.

Não basta o Proprietário abster-se de praticar determinados atos, ele também possui deveres positivos. Para ele é impingido o dever de agir. Ou, ao menos, o dever de fazer cumprir a Função Social da sua propriedade.

Faz-se necessária a aplicação da lei ao fato concreto, dinâmico, através, inclusive, de decisões proferidas pelo Judiciário. Judiciário, aliás, em cujas mãos assenta-se, em termos imediatos, a responsabilidade de análise e interpretação do ordenamento como será visto no último capítulo desta pesquisa. Esse é o ponto central do próximo e último capítulo no qual será evidenciado o papel da dogmática jurídica nas decisões judiciais em ações que culminem com a Desapropriação por Interesse Social.

CAPÍTULO 4

A DOGMÁTICA JURÍDICA E A DISCRICIONARIEDADE NA DESAPROPRIAÇÃO URBANA POR INTERESSE SOCIAL

Considerando que a Desapropriação Judicial por Interesse Social objeto desta Tese não prescinde de um esclarecimento conceitual e dogmático para sua aplicação como direito atual e vivo, o presente capítulo trata de completar a abordagem dos anteriores, trazendo a voz dos tribunais e o espírito que vem orientando a jurisprudência brasileira nessa temática.

4.1 FUNDAMENTO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES: REALIDADE E A PROXIMIDADE COM A DESAPROPRIAÇÃO URBANA POR INTERESSE SOCIAL – ELEMENTOS BASILARES

Todas as interpretações, sejam elas na esfera judicial, extrajudicial, administrativa ou mesmo no campo doutrinário, que tenham como foco as normas constitucionais atinentes à Propriedade não pode ser apressada.

O intérprete há de examinar, além do conflito de interesses levados à decisão, institutos paralelos variados como validade, eficiência, eficácia e fundamentalidade num plano transdisciplinar. Não se concebe, no momento atual vivido, leitura estreita de um tema de tão amplo espectro como é o da Propriedade Urbana.

E, em relação à caracterização de Imóvel Urbano ou Rural, o Tribunal Regional Federal da Segunda Região assim se manifestou:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEL URBANO. NATUREZA RURAL OU URBANA. DESTINAÇÃO ECONÔMICA. COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA

DEFINIÇÃO DE PERÍMETRO URBANO. AVALIAÇÃO PERICIAL.³⁰¹

O fundamento da decisão considerou que o critério para “aferição da natureza do imóvel, para a sua classificação, se urbano ou rural”, com a finalidade de desapropriação, leva em consideração não apenas sua localização geográfica, mas também a destinação do bem. (RESP 200902401112, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:24/06/2010 ..DTPB:.)”, destacando que cabe à Municipalidade, com base no previsto no artigo 30 da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelecer o zoneamento urbano e rural, “observado por exclusão o conceito apresentado pelo Estatuto da Terra (Lei 4.504/64) para imóvel rural para definir os imóveis urbanos”.

E, quanto a esse zoneamento, afirma enfaticamente que, “apesar de o critério de definição da natureza do imóvel não ser a localização, mas a sua destinação econômica, os Municípios podem, observando a vocação econômica da área, criar zonas urbanas e rurais”.

Culminando com o pensamento de que, “mesmo que determinado imóvel esteja em zona municipal urbana, pode ser, dependendo da sua exploração, classificado como rural. (AR 200800957479, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:07/05/2010 .DTPB:.)”³⁰².

Considerando, ainda para fins de identificação de área urbana ou rural, que o alargamento do perímetro urbano decorre do crescimento das cidades, sendo competência dos municípios definir as áreas de expansão urbana”, para

³⁰¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal – 2ª Região. **Apelação Cível 0012090-07.2005.4.02.5001** (TRF2 2005.50.01.012090-1), 5ª turma especializada. Rel. Des. Fed. Alúcio Gonçalves de Castro Mendes. j. 13/05/2014. Disponível em: <http://www10.trf2.jus.br/portal?q=NATUREZA.RURAL.OU.URBANA&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&filter=0&getfields=*&lr=lang_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&sort=date%3AD%3A%3Ad1&base=JP-TRF&wc=200&wc_mc=0&ud=1>. Acesso em: 25 ago. 2015.

³⁰² BRASIL. Tribunal Regional Federal – 2ª Região. **Apelação Cível 0012090-07.2005.4.02.5001** (TRF2 2005.50.01.012090-1), 5ª turma especializada. Rel. Des. Fed. Alúcio Gonçalves de Castro Mendes. j. 13/05/2014. Disponível em: <http://www10.trf2.jus.br/portal?q=NATUREZA.RURAL.OU.URBANA&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&filter=0&getfields=*&lr=lang_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&sort=date%3AD%3A%3Ad1&base=JP-TRF&wc=200&wc_mc=0&ud=1>. Acesso em: 25 ago. 2015.

que, assim, “possam ser aplicadas, nessas áreas, normas urbanísticas específicas, destinadas ao ordenamento territorial” mas que a comprovação quanto à localização do imóvel em uma ou outra área, “cumpra ao expropriado”³⁰³, vez que é seu interesse que o imóvel receba um ou outro tratamento.

A interpretação transdisciplinar exigida vem focada muito mais no coletivo, no fundamento social, na função social da propriedade e nos reflexos de tal análise em médio e longo prazo do que no individual, no argumento da perda, da limitação, da “novidade restritiva” que pode ser argumentada pelo titular da propriedade privada.

Assim, por exemplo, “indubitável se mostra que direitos constitucionalmente previstos como a educação, a saúde, o lazer e a moradia comportam uma série de desdobramentos epistemológicos[...]”³⁰⁴.

Vistos os elementos positivos e doutrinários das desapropriações e a lacuna existente em relação à Desapropriação Judicial, tratar-se-á de buscar no entendimento jurisprudencial elementos a ela atinentes com o fulcro de delinear, no somatório das poucas decisões atinentes à matéria, o amplo espectro da discussão com vistas a serem identificados não só os pontos de fragilidade do tipo expropriatório bem como a ambiguidade com que se deparará o judiciário diante dos casos concretos.

O termo “Jurisprudência” aqui é utilizado conforme definida por Gilberto Callado de Oliveira:

aquele conjunto de enunciados sobre casos já resolvidos, de franca utilidade para orientar uniformemente os juristas da

³⁰³ BRASIL. Tribunal Regional Federal – 2ª Região. **Apelação Cível 0012090-07.2005.4.02.5001** (TRF2 2005.50.01.012090-1), 5ª turma especializada. Rel. Des. Fed. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. j. 13/05/2014. Disponível em: <http://www10.trf2.jus.br/portal?q=NATUREZA.RURAL.OU.URBANA&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&filter=0&getfields=*&lr=lang_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&base=JP-TRF&wc=200&wc_mc=0&ud=1>. Acesso em: 25 ago. 2015.

³⁰⁴ BONIZZATO, Luigi. **Propriedade urbana privada & direitos sociais**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 167.

interpretação das questões jurídicas. É conhecimento casuístico, sintético, com baixo grau de teorização e abstração, mas não se confunde com o repositório doutrinário ou dogmático da ciência jurídica, ou com as decisões imediatamente práticas da prudência política no âmbito da *sententia ferenda*.³⁰⁵

Esse é o ponto que se quer destacar. Os exemplos jurisprudenciais aqui trazidos residem no campo da interpretação frente a casos concretos, com as limitações processuais impostas, tanto em relação às limitações da sentença – que deve ater-se ao pedido e às provas trazidas aos autos – quanto objeto de análise em segundo grau.

Quanto à Metodologia utilizada para a seleção das Jurisprudências trazidas no presente trabalho, buscou-se nos Tribunais Pátrios exemplos pontuais nos quais os elementos caracterizadores da perda da Propriedade por Desapropriação formavam o fundamento das decisões.

Por isso se inicia com um dos elementos principais da Desapropriação: a prévia e justa indenização.

Um ponto fulcral da Desapropriação habita na necessária, justa e prévia indenização ao titular do direito de Propriedade que fora privado de seu bem compulsoriamente. Mas o *quantum* desta prévia e justa indenização é, por vezes, entendido de forma parcial.

Há entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a parcialidade do valor a ser pago resta suficiente para cumprimento do preceito legal. Diz a ementa:

EMENTA: Desapropriação. Depósito prévio. Imissão na posse. Precedentes da Corte.

1. Já assentou a corte que o "depósito prévio não importa o pagamento definitivo e justo conforme artigo 5º, XXIV, da Lei Maior de 1988", com o que não existe "incompatibilidade do art. 3º do Decreto-Lei 1075/1970 e do art. 15 e seus parágrafos, Decreto-Lei nº 3365/1941, com os dispositivos constitucionais aludidos (incisos XXII, XXIII e XXIV do art. 5º e 182, § 3º, da Constituição)"

³⁰⁵ OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Filosofia da política jurídica**: propostas epistemológicas para a política do direito. Itajaí: UNIVALI, 2001. p. 160.

(RE nº '84.069/SP, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ de 8/3/02). Também a primeira turma decidiu que "a norma do artigo 3º do Decreto-Lei nº 1.075/70, que permite ao desapropriante o pagamento de metade do valor arbitrado, para imitir-se provisoriamente na posse de imóvel urbano, já não é incompatível com a Carta precedente (RE 89.033 - RTJ 88/345 e RE 91.611 - RTJ 101/717) e nem o é com a atual" (RE nº 141.795/SP, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 29/9/95).

2. Recurso ordinário conhecido e provido.³⁰⁶

Aqui, na discussão acerca da matéria ponderou-se a possibilidade de a avaliação prévia ficar muito aquém da real indenização devida. Isso faria com que o depósito prévio não correspondesse nem ao menos a cinquenta por cento do valor do bem expropriado gerando um nítido prejuízo ao titular do direito objeto da ação de Desapropriação.

Mesmo assim Corte alinhou-se ao pensamento dominante no sentido de que, uma vez efetuado o depósito, mesmo que parcial, há cumprimento do dispositivo legal, havendo portanto, preenchido esse requisito formal. Da mesma forma, a decisão na qual restou como ementa:

EMENTA: Desapropriação. Imissão prévia na posse. Discute-se se a imissão provisória na posse do imóvel expropriado, **iníto litis**, fica sujeita ao depósito integral do valor estabelecido em laudo do perito avaliador, se impugnada a oferta pelo expropriado, ou se, por força dos parágrafos do art. 15 do Decreto-lei n. 3.365/1941 e do art. 3º do Decreto-lei n. 1.075/1970, é possível, aos efeitos indicados, o depósito pelo expropriante da metade do valor arbitrado. O depósito prévio não importa o pagamento definitivo e justo conforme o art. 5º, XXIV, da Constituição. (grifo no original)³⁰⁷

³⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 191.078-0**, São Paulo, Brasília, DF. Dje nº 112. Divulgação 19.06.2008. Publicação 20.06.2008, Ementário nº 2324-4. disponível em <<http://buziosp1.stf.gov.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=1743&tipo=CJ&termo=fun%E7%E3o+social+da+propriedade#ctx1>>. Acesso em 11 de julho de 2009.

³⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 184.069-0**, Rel. Min. Néri da Silveira. São Paulo, Brasília, DF. DJ 08.03.2008, Ementário nº 2060-2. Disponível em <<http://buziosp1.stf.gov.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=1743&tipo=CJ&termo=fun%E7%E3o+social+da+propriedade#ctx1>>. Acesso em 11 de julho de 2009.

Em se tratando de Desapropriação por Interesse Social, conforme visto, se não houver um laudo que aponte o valor minimamente razoável para a indenização haverá possibilidade de avultar-se o direito do proprietário.

Não é porque o fundamento é de Desapropriação por Interesse Social que a avaliação possa ser relativizada diante do depósito de um valor irrisório mínimo unicamente para fins de preenchimento de requisito formal. Ainda há necessidade de analisar-se se o imóvel objeto da expropriação é residencial ou não residencial, conforme se depreende da decisão do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL. IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE. PRÉVIA AVALIAÇÃO. ART. 15, § 1º, C, DODECRETO 3.365/1941. DESNECESSIDADE. DECRETO 1.075/1970. IMÓVEL COMERCIAL URBANO. INAPLICABILIDADE.

1. *In casu*, o Tribunal a quo, não obstante a alegação de urgência do ente expropriante e o depósito do valor venal do imóvel para fins de lançamento do IPTU, vedou-lhe a imissão provisória na posse, fundamentando-se no entendimento de que "a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social se dá mediante justa e prévia indenização. Para fins de imissão provisória na posse do imóvel expropriado, a justa e prévia indenização deverá, necessariamente, ser apurada mediante avaliação provisória" (fl.101).

2. Dessume-se do art. 15, § 1º, c, do Decreto 3.365/1941 que, alegada a urgência na desapropriação e depositado o valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do IPTU ou do ITR, a imissão provisória na posse pode ser realizada, independentemente da citação do réu e, por óbvio, em momento anterior à avaliação, visto que esta ocorre na instrução processual. Precedentes do STJ.³⁰⁸

Nesse Recurso, o qual se analisava a necessidade da prévia e justa indenização ao Proprietário, cujo prédio estava sofrendo a expropriação, se levantou o limitador previsto no artigo 6º do Decreto-Lei 3.365/41 ao explicitar, ainda no mesma decisão que:

3. O Supremo Tribunal Federal firmou, pela Súmula 652, a compreensão de que o art. 15, § 1º, do Decreto-Lei 3.365/1941

³⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.202.448 - SP** (2010/0126146-0), Rel. Min. Herman Benjamin. São Paulo, Brasília, DF. j. 07.10.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1011293&num_registro=201001261460&data=20110202&formato=PDF>. Acesso em 25 ago. 2015.

não afronta o princípio da justa e prévia indenização, preconizado no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal.

4. Como *obiter dictum*, cabe salientar que o disposto no Decreto-Lei 1.075/1970 - necessidade de avaliação provisória do imóvel antes da imissão na posse - só se aplica à desapropriação de prédio residencial urbano, habitado pelo proprietário ou compromissário comprador, conforme prevê o art. 6º da citada norma: "O disposto neste Decreto-lei só se aplica à desapropriação de prédio residencial urbano, habitado pelo proprietário ou compromissário comprador, cuja promessa de compra esteja devidamente inscrita no Registro de Imóveis".³⁰⁹

E esse foi o fundamento vencedor, por unanimidade, em relação à prévia e justa indenização devida, não havendo dúvidas quanto à necessidade de que, para fins de avaliação e depósito prévio, o imóvel seja residencial:

5. Tal hipótese não se vislumbra no presente caso, em que o imóvel sub judice é comercial, conforme se deduz do seguinte excerto da petição inicial da ação desapropriatória: "Trata-se de ação de desapropriação de imóvel comercial urbano, localizado na Praça Júlio Prestes, 29/137, onde funciona um centro de compras denominado Fashion Center Luz, para construção do Teatro de Dança e da Companhia Estadual de Dança" (fl. 4).

6. Recurso Especial provido.³¹⁰

Mormente diante da excepcionalidade do tipo expropriatório pode colocar uma das partes, no caso o proprietário, em situação de pechinha em relação ao seu bem.

Sendo uma Desapropriação que nasce da reivindicação do titular do bem em relação a outros que lá exercem a posse é possível ter-se a avaliação influenciada por essa presença/posse, o que pode fazer com que o valor do bem, para fins de avaliação sofra uma depreciação em relação a outros imóveis de mesma natureza situados em áreas semelhantes o que, por si só, pela decisão abaixo, não serve de escopo para revisão de valores:

³⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.202.448 - SP** (2010/0126146-0), Rel. Min. Herman Benjamin. São Paulo, Brasília, DF. j. 07.10.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1011293&num_registro=201001261460&data=20110202&formato=PDF>. Acesso em 25 ago. 2015.

³¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.202.448 - SP** (2010/0126146-0), Rel. Min. Herman Benjamin. São Paulo, Brasília, DF. j. 07.10.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1011293&num_registro=201001261460&data=20110202&formato=PDF>. Acesso em 25 ago. 2015.

EMENTA: Desapropriação: princípio constitucional da justa indenização. Determinar a incidência automática de um percentual qualquer — no caso, de 60% — para reduzir o valor do imóvel regularmente definido por perito judicial, sem que seja demonstrada a sua efetiva depreciação em razão da presença de posseiros no local, ofende o princípio constitucional da justa indenização.³¹¹

Essa depreciação levantada em razão da presença daqueles que estão efetivamente exercendo a posse decorre, em sua origem, do não cumprimento anterior à Função Social da Propriedade o que não deixa de ser uma sanção ao proprietário relapso no trato com o seu direito de Propriedade e factual ante a existência da nova realidade.

Em análise é possível dizer que não somente nestes casos o juiz poderá conhecer da Função Social da Propriedade. Um pensamento assim limitador, de interpretação literal, feriria o que se tem de maior. O preceito constitucional.

Antônio Alcino de Azevedo Torres disserta que “a teoria jurídica tradicional concebe o ordenamento jurídico como um todo coerente e organizado, de forma que as antinomias encontradas são só aparentes”. Essa bruma de completude, de “plenitude e coerência do sistema” é mantida por métodos preestabelecidos através dos quais “se permite [...] por procedimentos lógicos, a indicação da norma aplicável a cada caso concreto”. Mas esse é o ponto nevrálgico,

O sistema não atende adequadamente à necessidade de um direito que reclama passagem obrigatória pela Constituição Federal. O sistema constitucional está repleto de princípios, valores, enunciados de modo vago e aberto, que se concretizam não pela escolha abstrata, na forma de um simples silogismo, mas através de adequada avaliação e constatação de qual de seus princípios em rota de tensão, de colisão (quando mais de um é passível de aplicação ao caso concreto) deve prevalecer.³¹²

³¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 2.233-8**, Paraná, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF. DJ 19.05.2006, Ementário nº 2076-2. disponível em < <http://buziosp1.stf.gov.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=1743&tipo=CJ&termo=fun%E7%E3o+social+da+propriedade#ctx1>>. Acesso em 11 de julho de 2009.

³¹² TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da

Assim a análise da justa indenização. Se há a desapropriação do imóvel em que já há a presença de posseiros no local, a justa indenização deve considerar, além do preço estabelecido pela terra, a necessidade do cumprimento do direito constitucional à moradia e a Função Social da Propriedade e o ônus que isso representa financeiramente à Sociedade.

Já no tocante a outro dos requisitos essenciais da Desapropriação, qual seja a possibilidade de prescrição, o mesmo Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, assim se posicionou:

EMENTA: De há muito, a jurisprudência desta Corte afirmou que a ação de desapropriação indireta tem caráter real e não pessoal, traduzindo-se numa verdadeira expropriação às avessas, tendo o direito à indenização que daí nasce o mesmo fundamento da garantia constitucional da justa indenização nos casos de desapropriação regular. Não tendo o dispositivo ora impugnado sequer criado uma modalidade de usucapião por ato ilícito com o prazo de cinco anos para, através dele, transcorrido esse prazo, atribuir o direito de propriedade ao Poder Público sobre a coisa de que ele se apossou administrativamente, é relevante o fundamento jurídico da presente arguição de inconstitucionalidade no sentido de que a prescrição extintiva, ora criada, da ação de indenizar por desapropriação indireta fere a garantia constitucional da justa e prévia indenização, a qual se aplica tanto à desapropriação direta como à indireta.³¹³

É possível, sob essa ótica, observar a Desapropriação por Interesse Social também é possível forma de uma Desapropriação indireta, com a mesma garantia constitucional, posto que, se ação de natureza real, aquele é o prazo para requerê-la em juízo sem qualquer prejuízo no tocante ao direito posto em tela.

Desapropriação Indireta aqui entendida como sendo um “apossamento administrativo irregular, ilegal e abusivo de um bem pelo Poder Público, de forma

função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 406.

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.260**, Distrito Federal, Brasília, DF. DJ 02.08.2002, Ementário nº 2076-2. disponível em <<http://buziosp1.stf.gov.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=1743&tipo=CJ&termo=fun%E7%E3o+social+da+propriedade#ctx1>>. Acesso em 11 de julho de 2009.

a tornar irreversível a recuperação possessória do bem em face desta já estar de fato incorporado ao patrimônio público”³¹⁴.

Seja a Desapropriação Judicial entendida como direta ou indireta, fato é que, respeitada a denominação atribuída "Desapropriação" deve ser mensurado o fato de haver necessidade da vistoria a ser realizada no imóvel a ser expropriado posto que, conforme consta da ementa:

A vistoria efetivada com fundamento no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.629/93 tem por específica finalidade viabilizar o levantamento técnico de dados e informações sobre o imóvel rural, permitindo à União Federal, que atua por intermédio do INCRA, constatar se a propriedade realiza, ou não, a função social que lhe é inerente. O ordenamento positivo determina que essa vistoria seja precedida de notificação regular ao proprietário, em face da possibilidade de o imóvel rural que lhe pertence, quando este não estiver cumprindo a sua função social, vir a constituir objeto de declaração expropriatória, para fins de reforma agrária. [...] A notificação a que se refere o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.629/93, para que se repute válida e possa, conseqüentemente, legitimar eventual declaração expropriatória para fins de reforma agrária, há de ser efetivada em momento anterior ao da realização da vistoria. Essa notificação prévia somente considerar-se-á regular, quando comprovadamente realizada na pessoa do proprietário do imóvel rural, ou quando efetivada mediante carta com aviso de recepção firmado por seu destinatário ou por aquele que disponha de poderes para receber a comunicação postal em nome do proprietário rural, ou, ainda, quando procedida na pessoa de representante legal ou de procurador regularmente constituído pelo *dominus*.³¹⁵

Por se tratar de prova técnica que deve ser realizada anteriormente, a notificação no mesmo dia é destaque na ementa que prossegue decidindo que

³¹⁴ CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Intervenção do Estado na propriedade**: instrumentos tradicionais e novos. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 87.

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.949-2**, Distrito Federal, Brasília, DF. Dje nº 59. Divulgação 26.03.2009. Publicação 27.03.2009, Ementário nº 2354-2. disponível em: <<http://buziosp1.stf.gov.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=1743&tipo=CJ&termo=fun%E7%E3o+social+da+propriedade#ctx1>>. Acesso em 11 de julho de 2009.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reputado inadmissível a notificação, quando efetivada no próprio dia em que teve início a vistoria administrativa promovida pelo INCRA. (...) O descumprimento dessa formalidade essencial; ditada pela necessidade de garantir, ao proprietário, a observância da cláusula constitucional do devido processo legal; importa em vício radical que configura defeito insuperável, apto a projetar-se sobre todas as fases subsequentes do procedimento de expropriação, contaminando-as, de maneira irremissível, por efeito de repercussão causal, e gerando, em consequência, por ausência de base jurídica idônea, a própria invalidação do decreto presidencial consubstanciador de declaração expropriatória.³¹⁶

A vistoria prévia, em caso de Desapropriação por Interesse Social poderia objetivar, dentre outros elementos que a compõem, evidenciar a efetividade da posse exercida e os caracterizadores das obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Daí a discussão acima trazida em relação à necessidade desta vistoria – com o fim de serem verificadas as possíveis obras ou identificados os serviços, mesmo quando tratar-se de grupo certo e determinado de pessoas a serem beneficiadas com tal direito. Neste sentido:

O postulado constitucional do *due process of law*, em sua destinação jurídica, também está vocacionado à proteção da propriedade. Ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). A União Federal — mesmo tratando-se de execução e implementação do programa de reforma agrária — não está dispensada da obrigação de respeitar, no desempenho de sua atividade de expropriação, por interesse social, os princípios constitucionais que, em tema de propriedade, protegem as pessoas contra a eventual expansão arbitrária do poder estatal. A cláusula de garantia dominial que emerge do sistema consagrado pela Constituição da República

³¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.949-2**, Distrito Federal, Brasília, DF. Dje nº 59. Divulgação 26.03.2009. Publicação 27.03.2009, Ementário nº 2354-2. disponível em: <<http://buziosp1.stf.gov.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=1743&tipo=CJ&termo=fun%E7%E3o+social+da+propriedade#ctx1>>. Acesso em 11 de julho de 2009.

tem por objetivo impedir o injusto sacrifício do direito de propriedade.³¹⁷

Ainda mais nos casos que envolvem conceitos indeterminados como estes, o que se tem é a aplicação da lei, pois trata-se de “substituir numa categoria normativa (configurada apesar da sua imprecisão quanto a limites, com a intenção de demarcar uma hipótese concreta) a circunstâncias reais determinadas”³¹⁸.

Muitos conceitos indeterminados são [num dado sentido] conceitos “normativos”. Contrapõem-se estes conceitos aos conceitos “descritivos”, quer dizer, àqueles conceitos que designam “descritivamente” objectos reais ou objectos que de certa forma participam da realidade, isto é, objectos, que são fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos ou de qualquer outra forma percepcionáveis: “homem”, “morte”, “cópula”, “escuridão”, “vermelho”, “velocidade”, “intenção”.

Como estes exemplos mostram, também entre os conceitos descritivos se encontram muitos conceitos indeterminados³¹⁹.

Se, mesmo entre conceitos descritivos é possível encontrar conceitos indeterminados, muito mais atenção deve ser dada aos conceitos normativos, mormente os atinentes à propriedade.

Na decisão do Superior Tribunal de Justiça³²⁰, um dos pontos levantados foi que, para esse elevado número de pessoas, que, *in casu* incluía a “ocupação de terreno urbano por milhares de pessoas”, tinha-se como um dos pontos o fato de ser “inviável exigir-se a qualificação e a citação de cada uma

³¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22.164-0**, São Paulo, Brasília, DF. DJ 17.11.1995. Ementário nº 1809. disponível em: <<http://buziosp1.stf.gov.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=1743&tipo=CJ&termo=fun%E7%E3o+social+da+propriedade#ctx1>>. Acesso em 11 de julho de 2009.

³¹⁸ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. Curitiba : Juruá, 2001. p.138.

³¹⁹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7.ed. tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 210. Título original: *Einführung in das juristische denken*.

³²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 154906/MG**. Recurso Especial 1997/0081257-0. Rel. Min. Barros Monteiro. T4 – quarta turma. J.04/05/2004. P. DJ 02/08/2004, p.395. RDDP v. 19. p. 124. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=desapropriacao++moradia&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 04 jul 2015.

delas (AgRg na MC n. 610/SP)”. Mas esse não era a única análise do julgamento em que decidiu-se, conforme pode ser visto no resumo estruturado que:

NÃO OCORRENCIA, NULIDADE, AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE, ALEGAÇÃO, FALTA, CITAÇÃO, CONJUGE, REU, DECORRENCIA, FALTA, IMPUGNAÇÃO, CONJUGE, CARACTERIZAÇÃO, AÇÃO PESSOAL, OBSERVANCIA, JURISPRUDENCIA, STJ. NÃO OCORRENCIA, NULIDADE, AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE, ALEGAÇÃO, FALTA, AUTOR, IDENTIFICAÇÃO, INTEGRALIDADE, PESSOA FISICA, INVASÃO DE PROPRIEDADE, TERRENO URBANO, DECORRENCIA, DIFICULDADE, INDIVIDUALIZAÇÃO, PLURALIDADE, FAMILIA, SUFICIENCIA, INDICAÇÃO, REU, EXERCICIO, LIDERANÇA. LEGALIDADE, DECISÃO JUDICIAL, PROCEDENCIA, AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE, PROPRIETARIO, HIPOTESE, PLURALIDADE, FAMILIA CARENTE, INVASÃO, TERRENO URBANO, IRRELEVANCIA, PROPRIEDADE IMPRODUTIVA, DECORRENCIA, FALTA, REU, PREENCHIMENTO, REQUISITO, CINCO ANOS, OCUPAÇÃO, IMOVEL, PREVISÃO, NOVO CODIGO CIVIL, IMPOSSIBILIDADE, PODER JUDICIARIO, REALIZAÇÃO, DESAPROPRIAÇÃO, COMPETENCIA PRIVATIVA, PODER EXECUTIVO, OBSERVANCIA, TRIBUNAL A QUO, RECONHECIMENTO, PROVA, AUTOR, PERDA, POSSE, MOTIVO, ESBULHO, PROPRIEDADE, IMPOSSIBILIDADE, STJ, REEXAME, MATERIA DE PROVA.³²¹.

Nesta decisão, o Ministro Barros Monteiro, ainda que se tratasse de imóvel urbano ocioso, era “inadmissível a sua ocupação por milhares de pessoas carentes de modo unilateral, com objetivo de ali instalar suas moradias”.

O fundamento da decisão levou em consideração a prova da posse por parte da autora da ação considerando a ocupação lá existente como um esbulho encontrando-se “preenchidos os pressupostos do art. 927 do Código de Processo Civil”³²².

³²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 154906/MG**. Recurso Especial 1997/0081257-0. Rel. Min. Barros Monteiro. T4 – quarta turma. J.04/05/2004. P. DJ 02/08/2004, p.395. RDDP v. 19. p. 124. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=desapropriacao++moradia&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 04 jul 2015.

³²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 154906/MG**. Recurso Especial 1997/0081257-0. Rel. Min. Barros Monteiro. T4 – quarta turma. J.04/05/2004. P. DJ 02/08/2004, p.395. RDDP v. 19. p. 124. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=desapropriacao++moradia&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 04 jul 2015.

Essa “maleabilidade do dispositivo legal” é um “adequado voto de confiança transferido ao Poder Judiciário”. Caberá ao Juiz, ante o caso concreto “aferir o preenchimento dos requisitos legais e a presença dos valores sociais que pretende tutelar”.

Ainda mais num País com dimensões como o Brasil em que “a diversidade regional [...] está a indicar a adoção de conceitos passíveis de adequação ao caso concreto, sob pena de estabelecer normas inexecutáveis em razão da realidade social vivida”³²³.

Trata-se da cautela/respeito que se deve ter em relação à Função Social da Propriedade como direito e sua atribuição constitucional de fundamental a ser examinado pelo judiciário com o mesmo zelo utilizado nos demais casos que constam o com mesmo *status* constitucional.

4.1.1 Leitura e posicionamento judicial desejável em relação ao Interesse Social.

Quando se busca os fundamentos da “legislação civil adotada nos países de tradição romano-germânica” é possível identificar claramente “sua semente em conceitos e tradições seculares os quais não condizem as necessidades da Sociedade atual. É necessária cautela redobrada ao citá-los pois esses fundamentos refletem “um momento histórico-político diferenciando do atual”.³²⁴

O momento histórico, de então, refletia os valores da Sociedade liberal da época, que possuía um sistema civil organizado em codificações e tinha a pretensão de apresentar soluções jurídicas para todo e qualquer fato social, era a

³²³ CARDOSO, Fernanda Lousada. **A propriedade privada urbana obriga?** análise do discurso doutrinário e da aplicação jurisprudencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 71.

³²⁴ Helena Nastassya Paschoal; GONÇALVES, Sandra Krieger. Função social da propriedade e sustentabilidade. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.2, 2o quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em 15 mar. 2016.

inserção da "completude e unicidade do direito, que passou a ter como fonte única o Estado"³²⁵.

A atual leitura que se tem aplicado às normas civis não tem sido suficiente para alterar o caráter conservador destas, pois as novas regras permanecem presas a interpretações rígidas que são determinadas pela parte geral da codificação civil³²⁶.

Para uma análise crítica do Direito Civil atual é necessário pensar em alguns paradigmas que trarão uma postura mais evoluída ao Direito Civil, no qual haja uma ruptura com o padrão estático das codificações e se abra para a análise interpretativa do Direito Civil considerando fortemente as diretrizes constitucionais, bem como os mais diversos princípios que atuam em co-relação com as normas civis.³²⁷

Neste sentido Rodolfo Luis Vigo esclama aos intérpretes que

Não somente venham a expandir o direito vigente ao explicitar o campo dos princípios e explicar criticamente as normas, mas que também reconstruam ou reformulem sistematicamente o conjunto de normas e princípios que constituem o direito vigente nesta sociedade. Assim, o futuro desta tarefa científica é um direito que se compreende, em maior ou menor medida como algo único, coerente, hierárquico, econômico e suficientemente pleno; a seguir, na medida em que dita o resultado, se difunde entre os operadores jurídicos dessa sociedade avançar-se-á para a segurança jurídica enquanto se aporta clareza e firmeza sobre o que corresponde a cada um.³²⁸

Caso contrário, a insegurança, as contradições ou as reiteradas normas que disciplinam o já disciplinado, geram dúvidas e se distanciam da Sociedade.

³²⁵ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. *IN: FACHIN, Luiz Edson. Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2000. p. 4.

³²⁶ É na parte geral do Código Civil Brasileiro que são encontrados os conceitos de sujeito, de relação jurídica, princípio informador, dentre outras categorias fundamental para a interpretação tradicional do direito civil.

³²⁷ Helena Nastassya Paschoal; GONÇALVES, Sandra Krieger. Função social da propriedade e sustentabilidade. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.2, 2o quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em 15 mar. 2016.

³²⁸ VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica**: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 284. Título no original: *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*.

Para uma reflexão atual do Direito Civil, faz-se necessário uma adaptação interpretativa das normas aos anseios sociais. Para tanto, além da necessária utilização dos princípios já consagrados no Direito Civil, hodiernamente, abrem-se novas portas para o estudo do direito privado.

Assim como a codificação é fruto do Estado burguês-liberal, os paradigmas que ora se apresentam surgiram a partir do Estado de Bem-Estar Social, que, embora, tenham originado-se após a segunda guerra mundial se fez refletir, tardiamente, frente à crise enfrentada pela codificação.

Pensar hermenêuticamente num Código como regulador exclusivo de todas as relações privadas, considerando-o como a constituição do direito privado, capaz de regular todas as relações familiares e patrimoniais do indivíduo, não abarca o dinamismo das relações sociais.

Os institutos de direito privado necessitam ser revistos de forma profunda, de tal maneira que se redesenhe seu conteúdo sob a luz da legalidade constitucional.

As transformações publicizantes, ou socializantes, necessitam ser identificadas para descobrir o real alcance e influência no próprio conceito de direito privado, impregnado que estaria por elementos publicistas a impedir uma fácil distinção do direito público³²⁹.

Na publicização do direito privado, a tradicional divisão teórico-acadêmica dos ramos do Direito positivo é apresentada entre o direito público e o direito privado.

O primeiro como sendo aquele que reúne as normas jurídicas que têm por conteúdo o Estadocujo pilar encontra-se na Constituição, com vistas ao bem comum³³⁰.

Já o segundo, o Direito privado, como sendo aquele ramo do Direito que reúne as normas jurídicas que têm por missão regular os particulares e as

³²⁹ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 185.

³³⁰ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 183.

relações entre eles estabelecidas, como sujeitos de direitos e cujos interesses mantêm a perspectiva individual³³¹.

Estas conceituações, no entanto, não alcançam a extensão dos conteúdos existentes nos dois 'ramos' do direito. Pois, a determinação de que o interesse coletivo fica em uma esfera alienada do direito privado não condiz com a realidade vivenciada pelo Direito Civil moderno.

O epicentro da criação judicial incide na decisão de casos particulares e não na formulação de regras, sejam elas gerais ou abstratas posto que, segundo Antônio Carlos Wolkmer "a decisão judicial expressada por sentenças dos juízos nos tribunais representa a fonte autêntica do Direito objetivado"³³².

Fica-se no tênue limite entre o privado e o coletivo, pois o coletivo, ou seja, "uma comunidade não seria uma comunidade se não fosse possível concebê-la como um amplo corpo de vontades compartilhadas de interesses comuns"³³³. Friza-se interesses *prima facie* individuais, mas que se aninham coletivamente.

A forma mais latente de visualização desta publicização, que adveio ao direito privado, foi a inserção de normas de interesse, teoricamente, privados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³³⁴.

De acordo com Cruz: "[...] são de fundamental importância as cláusulas sociais das Constituições, que não são meras proclamações retóricas, já que equivalem a autênticas autorizações constitucionais, aos poderes públicos, para regular a vida social."³³⁵

³³¹ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 183.

³³² WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 185.

³³³ PITSICA, Nicolau Apóstolo; PITSICA, Diogo Nicolau. **Realismo jurídico atimetafísico de Alf Ross**: uma introdução à política jurídica. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 166.

³³⁴ O direito privado sofreu o processo de publicização, também, em razão das medidas legais restritivas dos princípios que garantiam plenas autonomia e individualismo aos sujeitos do direito.

³³⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 200.

Na Constituição Brasileira há exemplos de determinações, anteriormente consideradas exclusivamente de caráter privado e que hoje integram a Carta Magna.³³⁶

De acordo com Fiúza, a leitura sobre Propriedade não pode "desvinculada da coletividade, à qual deverá servir" uma vez que "propriedade maléfica não é direito. É um antidireito. O exercício dos direitos deve ser útil à coletividade"³³⁷.

A Propriedade impõe, a todos que a tem em sua titularidade, a todos que a utilizam, exercem a posse ou mesmo, a estudam, a completude de seus elementos: o individual e o coletivo.

Realidade conjugada que é, por ser direito subjetivo, a propriedade só se compreende de forma adequada na presença de sua função social. Configura-se, nesse passo, como poder-dever (no caso, poder-função), sendo seu titular verdadeiro devedor para com a sociedade de comportamentos positivos, sintonizados com os ditames da ordem jurídica como um todo. Suas obrigações, sublinhe-se derradeiramente, não se confundem com limitações ao direito (hipótese, *verbi gratia*, dos direitos de vizinhança). Enquanto essas são circunstâncias externas limitadoras do exercício do direito, a função social é elemento estrutural do conteúdo do instituto da propriedade.³³⁸

Para Orlando Gomes é papel do titular do direito cuidar para, com a sua Propriedade não só acumular riqueza imobiliária, mas identificar e contribuir para a missão social que isso importa vez que:

A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode

³³⁶ Helena Nastassya Paschoal; GONÇALVES, Sandra Krieger. Função social da propriedade e sustentabilidade. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.2, 2o quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em 15 mar. 2016.

³³⁷ FIÚZA, César. **Direito civil**: curso completo de acordo com o Código Civil de 2002. 6 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 637.

³³⁸ RIOS, Roger Raupp. A função social da propriedade e desapropriação para fins de reforma agrária. In **Desapropriação e Reforma Agrária**, Org por PAULSEN, Leandro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 19/20.

executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder.³³⁹

Rodrigues, neste sentido, chama a atenção para a necessidade de se buscar as sementes primeiras da Função Social da Propriedade nas ideias Duguit que,

entende a propriedade como uma instituição jurídica que, atendendo a uma necessidade econômica, transforma a propriedade em função social, deixando, assim, de ser um direito individual para se transformar em uma função.

O ponto primordial da teoria defendida por Duguit é a negativa dos direitos subjetivos do indivíduo sem que, com isso, se negue a existência da propriedade.³⁴⁰

O ponto em referência que chamou a atenção é o pensar de Duguit de que a propriedade *era* uma função social decorrente do direito objetivo que todo indivíduo tem de cooperar na sociedade social, tendo ele que “praticar todos aqueles actos pelos quais coopera na sociedade social e de impedir que, seja quem for, obste à realização do papel social que lhe incumbe”³⁴¹.

Rodrigues ainda afirma ter sido essa teoria sistematizada por Machado que a identifica, por exemplo, tanto no âmbito das necessidades individuais quanto nas da coletividade nacional, determinando que a inércia do proprietário no exercício do seu Direito deveria ser coibida posto que:

a) o proprietário tem o dever e, portanto, o poder de empregar a coisa que possui na satisfação das necessidades individuais e, especialmente, das suas próprias de empregar a coisa no desenvolvimento de sua atividade física, intelectual e moral. Não

³³⁹ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 97.

³⁴⁰ RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Função social da propriedade privada**: notas sobre sua evolução conceitual. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/18317/2/Função_Social_da_Propriedade_Privada.pdf> Acesso em 29 de junho de 2009.

³⁴¹ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 206.

se olvide, com efeito, que a intensidade da divisão social do trabalho está em razão direta da intensidade da atividade individual;

b) o proprietário tem o dever e, portanto, o poder de empregar a sua coisa na satisfação de necessidades comuns de uma coletividade nacional inteira ou de coletividades secundárias.³⁴²

De tal maneira deve ser entendido, levando em consideração o poder de empregar a coisa de acordo com a sua natureza que Mota expressa uma função natural de cada coisa que existe na natureza.

Destaca que somente com análise jurídica do caso concreto, com a união de dois fatores complementares: "por um lado o estudo da natureza e, num segundo momento, a precisa determinação do legislador ou do juiz" e com a análise que considere também quanto à função de cada bem é que se "expressa a ordem das tendências ou inclinações naturais aos fins próprios do ser humano, aquela ordem que é própria do homem enquanto pessoa"³⁴³.

A Propriedade deixando de ser um direito subjetivo do proprietário passa a ser compreendida como sendo a Função Social, o que implica, dentre outras coisas, que seu titular tem a obrigação de empregar a Propriedade para aumentar a riqueza social, sempre estando alinhada ao anseio coletivo e à garantia dos interesses comuns.

Neste sentido, concorda-se que a Função Social é, deve ser vista, antes de mais nada como expressa num "compromisso (dever de agir) e na atuação (agir) em favor de **toda a Sociedade**"³⁴⁴ surgido da necessidade de uma interação contínua dos elementos que compõem a Sociedade.

³⁴² MACHADO, Hermano Augusto, A função social e a tipificação no direito de propriedade *apud* RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Função social da propriedade privada**: notas sobre sua evolução conceitual. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/18317/2/Função_Social_da_Propriedade_Privada.pdf> Acesso em 29 de junho de 2009.

³⁴³ MOTA, Maurício Jorge Pereira da. Fundamentos teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino. *In* **Revista Jurídica**. Brasília, v. 10, n. 92, p.01-37, out./2008 a jan./2009. p. 29.

³⁴⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado contemporâneo**. 4 ed. atual. e ampl. Disponível em: <<http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

Esta publicização do direito privado e seu contorno voltado para a coletividade enquadra-se no 'constitucionalismo social', que tem como característica "[...] a crescente inclusão, nas Constituições, não só de previsões de regulação estatal das relações contratuais mas também de comandos aos poderes públicos para que passem a prover ou financiar uma série de prestações de serviços, em geral público e gratuitos, aos cidadãos."³⁴⁵

Assim, a dicotomia privado/público está tornando-se etérea e diluída, pelas normas de alcance constitucional que têm iniciado, a partir da constitucionalização, o processo que irá trazer repercussões inovadoras ao Direito Civil.³⁴⁶

Dentre os princípios que ora se vislumbra no panorama jurídico destaca-se o princípio da relevância social previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXIII que, como dito, preceitua-se que "a propriedade atenderá a sua função social" no sentido de que só alcançará os objetivos que a Sociedade moderna almeja, se atender, além da determinação das partes inseridas na relação da titularidade, também, as normas individuais que atendam e respeitem o meio social em que estão inseridas³⁴⁷.

Fachin analisa, a respeito desse tema, que o direito privado afastou-se da realidade social em decorrência da pretensão de neutralidade e cientificidade imposta pelos século XVIII.

E é por isso que o Direito cada vez mais se afastou desta pretensão de pseudo-cientificidade, mediante a qual os conceitos buscavam, aprisionar os fatos da vida até que as águas desses diques represados acabavam rompendo as comportas para que os fatos se impusessem.³⁴⁸

³⁴⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 202.

³⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. São Paulo: Renovar, 2000. p. 74.

³⁴⁷ Trecho publicado em: Helena Nastassya Paschoal; GONÇALVES, Sandra Krieger. Função social da propriedade e sustentabilidade. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.2, 2o quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em 15 mar. 2016.

³⁴⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. São Paulo: Renovar, 2000. p. 55.

Importa, atualmente, libertar o jurista da clausura imposta pelos dogmas liberais do direito privado, possibilitando que se faça uma leitura atual do direito de Propriedade em simetria com os valores da Sociedade atual.

A legislação civil, mesmo nos dias atuais, tem forte influência dos dogmas oriundos do Estado Liberal (com destaque para os valores revolucionário franceses) e eternizados pelo sistema da codificação, faz-se necessário abrir o horizonte do operador jurídico com a intenção de demonstrar uma nova aurora que tenta surgir.

Nos últimos anos, surgiram no panorama civil normas com um pretense espírito modernizador, a exemplo do Código Civil Brasileiro e o Estatuto da Cidade, que trazem em seus objetivos o respeito à coletividade, a relevância e a Função Social, mas que ainda dependem de uma interpretação judicial de forma sistêmica.

Interpretar a substância da propriedade privada, a partir de um ponto de vista constitucional não é tarefa singela, ao contrário. Depende do que foi ou é a Função Social da Propriedade sob a avaliação do legislador ordinário, tendo em vista o significado social representado pela propriedade à dominação privada.

José Isaac Pilati destaca que,

A Função Social não se esgota na dimensão de princípio e sanção. Não deve ficar na dependência exclusiva do voluntarismo estatal, e muito menos da interpretação das normas e dos contratos. Sua eficácia, e mais que isso, sua efetividade, dependem de meios adequados de exercício e de tutela. Assim, o resgate do coletivo [perpassa] o processo participativo: legislativo, administrativo e judicial, com o auxílio metodológico do direito romano de contraponto [...].³⁴⁹

A concepção da propriedade privada e a noção abstrata de propriedade como direito absoluto e ilimitado, não encontra lugar no Ordenamento Jurídico Pátrio.

³⁴⁹ PILATI, José Isaac. **Propriedade e Função Social na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 116.

E assim tem sido a leitura jurisprudencial. A propriedade urbana mantém intrinsecamente deveres e limites estabelecidos que moldam a função social da propriedade de tal modo que esse interesse difuso se sobressai frente a qualquer restrição individual acerca da mesma.

O desafio reside em adequar a leitura no âmbito infraconstitucional ao que couber e do âmbito constitucional de forma exclusiva naquilo que lhe for atinente pela especialidade da matéria.

A influência da doutrina [...] como um fio condutor da concretude dos princípios e das regras jurídicas, e isto resta evidente no confronto entre aqueles que insistem numa interpretação minúscula, tímida, arcaica, do direito privado e os outros que procedem a uma releitura adaptativa e proveitosa, considerando o direito como ciência da vida e que deve servir ao homem, como pessoa, figura-centro do sistema, sem ignorá-lo, dando preferência a outros valores que só existem em razão deste mesmo homem.³⁵⁰

As demandas que tem como objeto o direito de Propriedade e a Desapropriação por Interesse Social podem e não devem analisadas e decididas com base em títulos e prerrogativas que se sobrepunham, nem por legislação, nem por interpretação limitada ao caso, ao interesse da Sociedade.

4.2 A DOGMÁTICA JURÍDICA E A DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS REFERENTES À PERDA DA PROPRIEDADE POR MEIO DA DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL.

Com a compreensão da Dogmática Jurídica como a que tem por objeto o Direito Positivo vigente em um dado tempo e espaço e como a que tem, por tarefa metódica, a exteriorização da malha de conceitos elaborados a partir da interpretação do material normativo e como a que tem por finalidade ser útil à

³⁵⁰ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 187.

vida, isto é, à aplicação do Direito, é possível compreender o Ordenamento Jurídico como um sistema, ou seja “uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”³⁵¹.

A Dogmática, em seu papel de interpretação do Direito vigente, explicita a conexão interna e a malha de teorias e conceitos que compõem o sistema jurídico de tal maneira que garanta a uniformização e previsibilidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) “do Direito que, subtraída à arbitrariedade, garanta essencialmente a segurança jurídica”³⁵².

Partindo do Conceito de Hans Kelsen, de que a “interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”, podendo essa interpretação ocorrer no âmbito judicial ou por “pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica”³⁵³, é possível verificar-se, variados pontos de vista acerca desta atividade.

Dentre as orientações esposadas, Rubens Limongi França tem classificação dos sistemas interpretativos em três: o sistema dogmático (também denominado exegético ou jurídico-tradicional); o sistema histórico-evolutivo e o sistema da livre pesquisa ou livre criação do direito³⁵⁴.

No sistema dogmático, exemplifica Rubens Limongi França, para os mais ferrenhos, a Lei é clara e, portanto “os seus termos correspondem ao pensamento do legislador”. Como que a letra da Lei exteriorizasse de forma clara e formal de tal maneira que ao intérprete cabe, tão somente, explicá-la, devendo, ainda, “aceitar seus defeitos”.

³⁵¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 8. ed. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996. p.71. Título Original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

³⁵² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.18.

³⁵³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.387 – 388. Título original: *Reine Rechtslehre*.

³⁵⁴ FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica jurídica**. Atualização de Antônio de S. Limongi França. 9.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.27.

É esse aspecto trazido por Nicolau Apóstolo Pítsica³⁵⁵ quando destaca o fundamento histórico em relação ao vocábulo “Dogmática”, retornando às origens religiosas nas quais a associação com dogma (da igreja católica) vinculavam à ideia de verdade irrefutável, algo que sequer precisa ser provado.

Neste ponto, observa-se o pensar de Claudia Rosane Roesler que, analisando o fundamento de Theodor Viehweg e Ferraz Júnior, enfaticamente expõe que:

Ao contrário do que o sentido comum da palavra “dogmático” indica, o pensamento dogmático não trabalha com as normas como se elas representassem um condicionamento fixo, de sentido único. Embora sejam seus pontos de partida inquestionáveis e nesse sentido funcionem como dogmas, a sua natureza linguística, com a incerteza conotativa e denotativa que lhe é inerente, confere uma margem relativamente ampla de manipulação, necessária, ademais, para que os próprios dogmas possam ser continuamente adaptados às circunstâncias sociais mutáveis.³⁵⁶

Assim, para os moderados, a não se trata de um dogma, a “interpretação sistemática consulta às fontes que propiciaram o texto ao legislador, o exame dos trabalhos preparatórios, a ponderação das consequências das interpretações possíveis e, finalmente, a indagação do espírito da lei”³⁵⁷.

O sistema histórico-evolutivo, por sua vez, além da perspectiva legal, há que ser considerado, também, toda a correlação da história com a dogmática.

Já o sistema da livre pesquisa, ou “sistema da livre formação do direito”, tem como características básicas o alargamento de suas vistas para horizontes mais dilatados.

³⁵⁵ PITSICA, Nicolau Apóstolo. **Evolução do pensamento jurídico ocidental**: alicerces construtores do direito brasileiro. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 330.

³⁵⁶ ROESLER, Claudia Rosane. **Enfoque dogmático e enfoque zetético como pontos de partida para realizar a interdisciplinaridade no ensino jurídico contemporâneo**. Disponível em: <<http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/enfoquedogmatico.doc>>. Acesso em: 08 ago 2015.

³⁵⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica jurídica**. Atualização de Antônio de S. Limongi França. 9.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.28.

A ciência precisa romper com o fechamento da razão lógica e recuperar a razão sensível, para que possa compreender a socialidade nascente que se expressa em todas as formas de solidariedades coletivas, nas relações afetuais, proxêmicas e empáticas, no sentimento de pertença a distintos grupos – neotribalismo – na identificação com um nós que supera todos os individualismos, na ação conjunta que busca a transformação do tempo presente e leva à constituição da comunidade de destino.³⁵⁸

Maria da Graça Santos Dias destaca que ao se refletir acerca do Direito como um sistema normativo e que regula as relações em Sociedade, que “torna-se necessário ter presente a noção de complexidade do mundo da vida e da ciência”. Considerando que a “Ciência do Direito é complexa, uma vez que este, ao regular as relações sociais que são profundamente complexas, gesta a utopia de realizar Justiça, um dos valores fundamentais da vida social”³⁵⁹.

O cerne da questão que envolve a Desapropriação por Interesse Social é a decisão judicial. Ela definirá a amplitude, o valor e a forma que efetivamente tomará a perda da Propriedade.

Alípio Silveira destaca que o legislador opera com “valorações sobre tipos de situações reais ou hipotéticas em termos genéricos e relativamente abstratos” mas essa etapa, da produção da norma, é só um momento de todo o processo de produção do Direito que,

Continua na obra do órgão jurisdicional, o qual, em lugar de valorar, em termos gerais, certos tipos de situações, tem de valorar em termos concretos, situações individuais. Para isso, tem que valorar a prova, valorar os fatos do caso apresentado, compreendendo seu sentido singular, qualificando-os juridicamente, e estimando qual seja a norma adequada. O conjunto destas operações, travadas recíproca e indissolúvelmente entre si, é o plano de solução mais justa dentro da ordem jurídica positiva.³⁶⁰

³⁵⁸ DIAS, Maria da Graça Santos. Direito e pós-modernidade. In: DIAS, Maria da Graça Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. **Política jurídica e pós-modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 23-24.

³⁵⁹ DIAS, Maria da Graça Santos. Direito e pós-modernidade. In: DIAS, Maria da Graça Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. **Política jurídica e pós-modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 15.

³⁶⁰ SILVEIRA, Alípio. **Hermenêutica jurídica**: seus princípios fundamentais no direito brasileiro. 2.ed. São Paulo; Brasiliense Coleções. v.1, 1985. p.174.

Ao tratar da interpretação judicial, assim, faz-se necessário dissertar acerca da produção legislativa do direito. Afinal é nela que repousa o primeiro olhar na busca da decisão judicial mais Justa.

Pois enquanto que o legislador dispõe de uma “esfera de liberdade relativamente ampla” na definição de finalidades ou propósitos, enquanto que o “juiz, de ater-se não tanto ao texto da lei – o qual frequentemente levá-lo-ia a disparates ou injustiças -, mas sobretudo e principalmente às valorações positivas sobre as quais a lei de fato inspira” guardadas as proporções e “aplicar essas mesmas inspirações ao caso singular”³⁶¹.

Para tanto, interessa registrar a teoria de Manuel Atienza em sua *Contribucion a una Teoria de la Legislacion*³⁶² e os níveis de racionalidade da produção legislativa para então compreender a natureza e função do sistema dogmático e a norma jurídica e sistematizar a interpretação legislativa possível para o tema proposto.

Em Atienza, os níveis de racionalidade legislativa podem ser classificados em cinco modelos que compreendem elementos tais quais: editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores divididos em:

- a) R1: racionalidad comunicativa lingüística;
- b) R2: racionalidad jurídico-formal;
- c) R3: racionalidad pragmática;
- d) R4: racionalidad teleológica;
- e) R5: racionalidad ética.

Neste sentido, primeiro nível de racionalidade "R1: racionalidad comunicativa lingüística" aborda a clareza que as leis devem ter, no sentido de que, o “edictor” e o “destinatário” das leis vêm-se como transmissores e receptores de um certo tipo de informações que se organizam em um sistema (jurídico).

³⁶¹ SILVEIRA, Alípio. **Hermenêutica jurídica**: seus princípios fundamentais no direito brasileiro. 2.ed. São Paulo; Brasiliense Coleções. v.1, 1985. p.174.

³⁶² ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoria de la legislacion**. Madrid: Civitas. 1997.

Tal sistema consistirá em uma série de enunciados linguísticos, organizados a partir de um código comum ao transmissor e receptor (linguagem) e dos canais que asseguram a transmissão das mensagens (leis)³⁶³.

É o que Roberto Wagner Marquesi destaca como sendo a interpretação gramatical

Facilmente se percebe que a interpretação literal relaciona-se intimamente à palavra, entendida esta como os signos empregados pelo emissor do enunciado para fazer chegar ao receptor sua ideia. Ocorre que nem sempre o signo empregado pelo emissor suscita no destinatário a mesma ideia que moveu.³⁶⁴

Aí reside a atividade intelectual interpretativa na qual se busca identificar, não apenas o estreito significado da palavra analisada, mas seu contexto, seu alcance, buscando a ideia inculcada neste ou naquele termo. Para tanto, quanto mais clara for a comunicação estabelecida, mais eficaz será a compreensão.

Manter clareza comunicativa é essencial pois, conforme preceitua Pasold,

um Processo comunicativo deve, sempre com empenho de todos os seus participantes, buscar a efetividade máxima, porque com ela terão sido atingidos os mais elevados padrões de racionalidade, eficiência e eficácia³⁶⁵.

Assim, com o fim de alcançar esta clareza comunicativa, o “edictor” da lei, não deve ser somente um editor formal, mas também o redator da mensagem (draftsman) e ser um conhecedor do contexto social em que a norma será aplicada. Neste sentido, como processo é salutar que nele haja a menor causa possível de “ruídos comunicativos”³⁶⁶.

³⁶³ ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas. 1997. p. 28

³⁶⁴ MARQUESI, Roberto Wagner. **A propriedade-função na perspectiva civil constitucional: desapropriação de imóveis produtivos não funcionais**. Curitiba: Juruá, 2013. p.120.

³⁶⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Personalidade e comunicação**. Florianópolis: Plus Saber, 2002. p. 56

³⁶⁶ “Ruído é a designação para os fatores e/ou fenômenos que se fazem negativamente presentes num Processo Comunicativo”. In. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da comunicação nos trabalhos científicos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 37

No entanto, destaca Atienza que em alguns casos especiais, convém ao sistema jurídico que leis não tenham a clareza comunicativa posto que a clareza comunicativa pode, por exemplo, fazer com que uma lei que restrinja obscuramente as liberdades políticas, é preferível do que uma que a faça de maneira clara e inequívoca³⁶⁷.

Este nível de racionalidade, como todos os demais a seguir, tem também uma irracionalidade intrínseca, atentando para o vocábulo denominado irracionalidade aqui entendido como “não racional” ou “não plenamente racional”. Tal irracionalidade, neste nível, se configurará quando fracassa como ato de comunicação. Rara é a lei que atinge cem por cento este nível de racionalidade.

É o que Luis Alberto Warat denomina “vagueza”, no sentido de que

às vezes os objetos ou situações significados pela linguagem apresentam a propriedade referida pelo critério definatório mas os apresenta em graus distintos dos que exibem certos casos aceitos pela comunidade como paradigmáticos” e, por isso, duvida-se quanto a utilização de um ou outro rótulo que pode ser “aplicado àqueles casos³⁶⁸”.

Neste sentido, “a única fórmula para eliminar transitoriamente, as dúvidas ou impressões consiste em estabelecer definições esclarecedoras”, mesmo sabendo que “a vagueza dos termos facilita” de modo geral, “a introdução de definições aclaratórias que possibilitam soluções retóricas para resolver divergências” além de, no específico permitir “alterar os âmbitos de validade pessoal das normas, quer dizer, o rol de sujeitos aos quais as mesmas se aplicam”.

Afinal, note-se que definições aclaratórias juridicamente produzidas não tem por finalidade superar dificuldades linguísticas mas se aproveitam destas deficiências para fixar critérios definatórios e impor um sentido às palavras da lei que respeite decisões previamente estabelecidas.³⁶⁹

³⁶⁷ ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 29.

³⁶⁸ WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 96 - 97.

³⁶⁹ WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 99.

Assim, um caso extremo de irracionalidade "en R1 se produce cuando el mensaje que se transmite es justamente el contrario del que se deseaba transmitir"³⁷⁰ A lei, tal qual um contrato, não pode cair na ilogicidade.

Para tanto o uso de conhecimentos como a lógica, a linguística, a informática ou a psicologia minimizam possibilidade da ocorrência da irracionalidade neste primeiro nível.

Por outro lado, é desejável o segundo nível de racionalidade denominado " R2: racionalidad jurídico-formal" reside no campo da dogmática jurídica pois ela é responsável pela organização do sistema jurídico.

Sistema jurídico entendido, para este fim, como um conjunto de normas validamente estabelecidas e estruturadas em um sistema, pois, segundo Atienza a finalidade da atividade legislativa é a sistematicidade, ou seja, que sejam um conjunto sem lacunas, contradições ou redundâncias de tal maneira haja segurança jurídica já que se trata de um mecanismo de previsão das condutas Humanas e suas consequências³⁷¹.

Tal sistematicidade é que faz com que as normas estejam hierarquicamente dispostas e que tenham sempre respeitados os preceitos constitucionais, dentro de uma competência legislativa determinada.

Implementar este nível de racionalidade significa, assim, melhorar o que usualmente é denominado técnica legislativa, com conhecimentos dogmáticos buscando no Direito comparado, na teoria do Direito e na lógica jurídica as bases de suas proposições³⁷².

Neste nível de racionalidade, poderia ser considerado irracional uma lei que contribuísse, por exemplo, para desestruturar o ordenamento jurídico (sistema jurídico). Esta irracionalidade pode ocorrer caso a lei não cumpra

³⁷⁰ ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 30.

³⁷¹ ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 32.

³⁷² Esta técnica legislativa poderia ser estabelecida com a elaboração de uma série de diretrizes legislativas combinadas com oficinas qualificadoras para os responsáveis pela elaboração das leis.

critérios estabelecidos pelo ordenamento em que tomará parte, ou porque, ao não respeitar os critérios, incorre em lacunas ou contradições.

Prosseguindo, a " R3: racionalidad pragmática", por sua vez, consiste na adequação da conduta dos destinatários ao que está prescrito na lei. Sua finalidade é conseguir que as leis sejam obedecidas, ou ainda, que as leis não sejam somente um enunciado linguístico, mas, o Direito em ação.

Este nível trata, assim, da efetividade ou eficácia da lei vez que a lei deve ter em seu espectro elementos de ciência política, psicologia e, sobretudo, elementos advindos da sociologia³⁷³.

Por outro lado, no "R4: racionalidad teleológica"³⁷⁴ os editores são os portadores dos interesses sociais, sejam eles particulares ou gerais que fazem com que os mesmos sejam traduzidos em leis. Aqui, o sistema jurídico há de ser entendido como um meio para conseguir os fins.

Estes fins podem ser os fins ou objetivos do Estado, e/ou da Sociedade Política, mas sempre convergindo com os princípios estabelecidos na Constituição. A irracionalidade deste nível estaria configurada a partir do momento em que as leis não produzirem efeitos ou ainda, quando produzem efeitos não previstos.

Roberto Wagner Marquesi, neste ponto, enfatiza a necessidade de se aplicar os postulados da lógica geral, indo além do que a gramática orienta. Não se trata de apreender o significado morfológico dos termos, "seu escopo é o de examinar as correlações existentes"³⁷⁵.

Por fim, no nível "R5: racionalidad ética" os editores são vistos sob o ponto de vista de quem esta legitimado e em que circunstâncias o esta para

³⁷³ ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoria de la legislacion**. Madrid: Civitas, 1997. p. 37.

³⁷⁴ Teleologia como "princípio regulador da capacidade de julgar e de estabelecer critérios e juízos, tendo em vista os fins que se pretende alcançar" *In*. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis : OAB Editora, 2000. Vebete: teleologia. p.92.

³⁷⁵ MARQUESI, Roberto Wagner. **A propriedade-função na perspectiva civil constitucional: desapropriação de imóveis produtivos não funcionais**. Curitiba: Juruá, 2013. p.121.

exercer o poder normativo. Aqui repousa um destaque necessário: há definições que são persuasivas que, segundo Luis Alberto Warat

Interpretar a lei implica sempre na produção de definições eticamente comprometidas e por isso, persuasivas. Definições onde são estabelecidos critérios de relevância visando a convencer o receptor a compartilhar o juízo valorativo postuado pelo emissor para o caso. Definições, ainda, em que não se busca produzir um critério de uso para a expressão definida, mas antes um acordo ético sobre o conteúdo da definição emitida.³⁷⁶

Neste nível, o sistema jurídico como um sistema de normas deve ser pautado por uma ética tomada como referência que, por mais abstrata que possa ser, deve ser balizada pela liberdade, igualdade e justiça³⁷⁷.

A irracionalidade da lei, neste nível ocorrerá se não estiver justificada eticamente, ou se tiver sido feita por quem não tenha legitimação ética, ou ainda, por prescrever comportamentos imorais, ou que pretenda fins ilegítimos.

Assim, com os conhecimentos advindos da sociologia do Direito, será possível identificar quais são os valores morais socialmente vigentes em relação à matéria regulada por uma determinada lei, qual a conexão de um determinado sistema ético com determinados interesses materiais, e assim por diante.³⁷⁸

Com base nos níveis de racionalidade acima explicitados Atienza realizou uma análise contrapondo os níveis de racionalidade para ver como estes poderiam combinar-se para dar conta do processo real legislativo, de tal forma que o nível de racionalidade comunicativa linguística (R1) pode ser considerado o nível mais básico de racionalidade e em composição com o nível da racionalidade jurídico-formal (R2), ajuda a alcançar os fins desejados no sistema jurídico, quais sejam, precisão, e sistematicidade pois uma lei não perde nunca a sistematicidade por ser clara e ter precisão linguística, ao contrário.

Já o nível de racionalidade comunicativa linguística (R1), talvez pudesse entrar em conflito com a racionalidade pragmática prevista no nível R3

³⁷⁶ WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 93.

³⁷⁷ ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 39.

³⁷⁸ ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 42.

ou da racionalidade teleológica prevista no R4 - se a lei é simbólica, ou que tenha sido feita para não ser cumprida, ou para não produzir os efeitos declarados.

Isso poderia ocorrer, por exemplo, se fosse utilizado método interpretativo baseado exclusivamente na lógica. Sabe-se que a lógica jurídica não é “lógica de demonstração formal, mas lógica de argumentação, que utiliza não provas analíticas, mas provas dialéticas, que visam a convencer o ouvinte”³⁷⁹ ou, no caso, o intérprete.

A interpretação baseada na lógica associada à teleológica tem como escopo deixar o simplismo da fria exegese das palavras, permitindo conclusões mais afinadas com a equidade.

Assim, as leis costumam ser obscuras e imprecisas, o que significa que a racionalidade linguística se subordina a racionalidade pragmática e à teleológica: as obscuridades linguísticas podem ser um meio para alcançar a racionalidade pragmática ou teleológica³⁸⁰.

O mesmo poderia acontecer em relação com a racionalidade axiológica. Uma lei pode ser racional – no nível da racionalidade comunicativa linguística (R1) e não o ser no em relação à racionalidade ética (R5).

Também pode ocorrer que para que os fins de liberdade, igualdade e justiça, aconteçam, seja necessário dar uma ampla margem de equidade ao órgão aplicador da lei.

Neste caso, o que se necessita é de uma forma linguisticamente imprecisa. Mas, o nível de racionalidade jurídico-formal (R2) tem com a racionalidade pragmática (R3) uma relação de dependência pois não basta que a lei seja racional no nível R2 sem o ser no nível R3, pois para que uma lei alcance um elevado grau de cumprimento é necessário que seja perfeita sob o ponto de vista da sistematicidade. A sistematicidade de uma lei facilita de alguma maneira que esta seja eficaz.

³⁷⁹ MARQUESI, Roberto Wagner. **A propriedade-função na perspectiva civil constitucional: desapropriação de imóveis produtivos não funcionais**. Curitiba: Juruá, 2013. p.123.

³⁸⁰ ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 59.

Por sua vez, os níveis da racionalidade jurídico-formal (R2) e da racionalidade teleológica (R4) podem ser considerados como de oposição. A racionalidade R2 é basicamente a racionalidade da dogmática (dogmática tradicional).

A racionalidade R4 é também a racionalidade em que opera o jurista (dogmático não tradicional): o jurista realista de orientação sociológica, por exemplo, que considera o direito como meio para alcançar certos fins tais como o técnico social manipula as normas para conseguir determinados objetivos.

Assim, a contraposição clássica existente entre segurança e justiça não é nem mais nem menos que a contraposição entre a racionalidade jurídico-formal e a ética - níveis R2 e R5.

A sistematicidade de uma lei faz com que esta seja um mecanismo de previsibilidade, de segurança, mas não faz com que se assegure a liberdade, a igualdade e a Justiça.

As implicações mútuas entre a racionalidade pragmática e a racionalidade teleológica são evidentes, mas R4 não é simplesmente uma continuidade em relação a R3. Evidente que uma lei racional sob o ponto de vista pragmático pode não o ser em nível teleológico (o cumprimento de uma lei não assegura que com isso se alcance os objetivos sociais).

O mesmo ocorre com os níveis de racionalidade pragmática, de racionalidade teleológica e de racionalidade ética (R3, R4 e R5) o cumprimento do Direito e/ou a realização dos objetivos sociais estabelecidos é uma questão independente de sua justificação moral. É a distinção entre técnica e ética, entre a racionalidade instrumental e a racionalidade dos fins.

Manuel Atienza busca, ao identificar os níveis de racionalidade da produção das leis, é que o pragmatismo exagerado do elaborador das leis pode prejudicar a eficácia.

Esses níveis de racionalidade interferem na interpretação hermenêutica da previsão legal uma vez que a hermenêutica jurídica, conforme palavras de

Orlando Ferreira de Melo, e de acordo com o entendimento clássico, formalista, “tem seu centro de interesse entranhado na compreensão da lei para extrair da sua estrutura verbal o sentido do conteúdo, com vista à aplicação a um caso concreto” já que numa visão mais moderna e dinâmica, a hermenêutica “não se firma somente ou preferencialmente na interpretação do direito escrito, normado, mas nos fatos da vida” cujo norteador é a conduta humana.³⁸¹

Interpretação é, pois, a palavra chave em questão, o homem, de posse dos textos legislativos, que devem ser claros, objetivos, elaborados com uma linguagem apropriada, utilizando-se do poder mental, sua razão e sua inteligência emocional, associada ao ideal, (composto por justiça, verdade e valores), e de experiências de vida e de comportamento humano chega a uma conclusão.

A exteriorização da interpretação, na área jurídica, manifesta-se através de parecer ou sentença que é o produto final, proveniente do fato e da norma, numa leitura feita através dos filtros que processam as informações e formam as convicções.

O parecer e a decisão judicial são o produto final, baseado nas normas e influenciado por vivências, sempre valorado por filtros pessoais e legais aplicados ao fato.

Apesar de o texto legal que permite a Desapropriação por Interesse Social ser permeado por conceitos operacionais abertos, não se trata de uma falta de racionalidade, senão pelo contrário, é exatamente por conter elementos que permitem amplo entendimento é que não há como escusar-se o judiciário de, com base nos elementos postulatórios, decidir acerca da Desapropriação que tenha como fundamento o interesse social.

As leis podem ter conceitos determinados e indeterminados. Para Luiz Henrique Urquhart Cademartori, os conceitos determinados “delimitam na esfera do objeto que designam de maneira precisa, sem deixar dúvidas”³⁸².

³⁸¹ MELO, Orlando Ferreira de Melo. Conexões possíveis entre hermenêutica jurídica e política do direito. **Novos Estudos Jurídicos**. n. 4, out. 98. Itajaí: Univali. p.83.

³⁸² CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Conceitos jurídicos no âmbito da nova hermenêutica.

Para estes casos a decisão exterioriza muito mais uma aplicação do conceito ou parâmetro estabelecido.

Tem-se como exemplo as normativas acerca do direito de vizinhança que impõem valores métricos que devem ser observados ao se construir – em especial em relação à abertura de janelas prevista no artigo do Código Civil Brasileiro:

Art. 1.301. É defeso abrir janelas, ou fazer eirado, terraço ou varanda, a menos de metro e meio do terreno vizinho.

§ 1º As janelas cuja visão não incida sobre a linha divisória, bem como as perpendiculares, não poderão ser abertas a menos de setenta e cinco centímetros.

§ 2º As disposições deste artigo não abrangem as aberturas para luz ou ventilação, não maiores de dez centímetros de largura sobre vinte de comprimento e construídas a mais de dois metros de altura de cada piso.

Este é um exemplo preciso em que os assistentes técnicos exaram parecer com precisão acerca do ocorrido, das propriedades das partes envolvidas, da construção em análise e de todos os itens que a matéria exigir para a tomada de decisão.

Mas, por outro lado, há os conceitos indeterminados que Luiz Henrique Urquhart Cademartori afirma referir-se a uma “esfera da realidade” cujas delimitações não constam de modo preciso nos enunciados. Mas que se referem a situações concretas.

É o caso da Desapropriação por Interesse Social e seus conceitos indeterminados em relação ao “elevado número de pessoas”, “extensa área de terras” e, em especial “tornar produtivo”.

Para o autor, é essencial que se identifique que:

Apesar de que a lei não determina com precisão os limites de tais conceitos, posto que eles [os conceitos indeterminados] não possuem uma quantificação ou determinação rigorosa, está sim

se referindo a hipótese da realidade que, a despeito da sua conceituação indeterminada, podem tornar-se mais precisas em sua avaliação no momento da sua incidência no caso concreto.³⁸³

Há, nesta ótica, conceitos numa primeira leitura, se apresentam, numa leitura generalista, como plurissignificativos, mas que ao serem deparados com situações específicas, tornam-se unívocos no seu sentido.

Analisando sob a ótica dos níveis de racionalidade de Manuel Atienza, portanto, a interpretação perpassa a racionalidade comunicativa linguística - numa dimensão puramente sintaxica e semântica – mas insuficiente para estes casos – para em direção ao aporte que reside na racionalidade pragmática e de determinação significativa.

Tais níveis de racionalidade exteriorizam o que o intérprete vai enfrentar ao iniciar interpretação do Direito. De acordo com Roberto Wagner Marquesi, “a norma pode ser captada em múltiplos sentidos, certo que cada operador do direito carrega uma bagagem intelectual e axiológica singular”³⁸⁴.

Neste sentido cabe uma breve análise acerca do papel da dogmática jurídica e a discricionariedade do juiz na solução das lides.

Em Osvaldo Ferreira de Melo, mencionado também por Alceu de Oliveira Pinto Júnior, cita-se dois fundamentos que possibilitam identificar o sistema dogmático e Ciência Geral do Direito. “A primeira diz respeito aos limites da soberania de um Estado, que influenciará na criação e alimentação de um determinado sistema dogmático, diferindo-o de outros sistemas pelas suas particularidades”³⁸⁵, e:

Em segundo lugar esse aspecto prático mencionado pelos autores citados, que se compadece diretamente com a atividade dos operadores do Direito, é a característica suficiente para diferenciá-

³⁸³ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Conceitos jurídicos no âmbito da nova hermenêutica. In. VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR. Julio Cesar (org.). **Reflexões da Pós-Modernidade**: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p.122.

³⁸⁴ MARQUESI, Roberto Wagner. **A propriedade-função na perspectiva civil constitucional**: desapropriação de imóveis produtivos não funcionais. Curitiba: Juruá, 2013. p.118.

³⁸⁵ PINTO JR. Alceu de Oliveira. A dogmática jurídica e a discricionariedade do juiz na aplicação da pena. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 8, n. 1 (2003). Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/318/263>. Acesso em: 19 mar. 2016.

lo da natureza da Ciência Jurídica, cujos conceitos e princípios lhe dão a necessária armadura para descrever rigorosamente o seu objeto que é o direito positivo como uma realidade jurídica, segundo a conhecida lição de Kelsen³⁸⁶.

O sistema dogmático, pode ser, assim, aqui entendido como “conjunto ordenado de normas, princípios, conceitos e regras de procedimentos, que conduz a uma decisão jurisdicional”³⁸⁷ ou, em palavras de Manuel Atienza:

Para a dogmática, em opinião, a sistematização de um certo material normativo é uma tarefa central, mas que não constitui um fim em si mesma, senão um meio para realizar o que constitui sua função social mais relevante: subministrar critérios para a aplicação, interpretação e modificação do Direito. definitivamente, o que caracteriza a dogmática não é tanto - ou, ao menos, não é apenas - sua função explicativa, senão sua função de justificação.³⁸⁸

Esses critérios para aplicação, interpretação e modificação do Direito são vistos por Osvaldo Ferreira de Melo como "um saber teórico (construção de um sistema conceitual) mas também como uma atividade funcional, e por isso comprometida com a práxis"³⁸⁹.

Assim, dependendo da fonte de alimentação em que repousa com exclusividade no Direito Positivo, tal sistema somente existirá nos “limites da soberania de um Estado, ou seja, um determinado sistema dogmático deferirá de outros similares pelas peculiaridades da realidade normativa de cada Estado”.

A Dogmática neste contexto, baseia-se em princípios e contextos extraídos dos textos legais, que por sua vez encontram os sistemas a partir das normas, o que faz com que qualquer imagem de indeterminação e incompletude do direito é uma restrição na perspectiva de análise uma vez que

³⁸⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.69

³⁸⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis : OAB Editora, 2000. p.88.

³⁸⁸ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Las piezas del derecho**: teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel, 1996. p.20

³⁸⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.67.

O que é incompleto não é o direito, mas antes a imagem dele aceita pelo positivista, e que a circunstância, de isso assim ser emergirá da sua própria concepção "interpretativa" do direito, enquanto inclui, além do direito estabelecido *explícito*, identificado por referência às suas fontes sociais, princípios jurídicos *implícitos*, que são aqueles princípios que melhor se ajustam ao direito explícito ou com ele mantém coerência, e também conferem melhor justificação moral dele (grifo no original) ³⁹⁰.

Neste sentido, é na decidibilidade dos conflitos que “parece” estar a função essencial da Dogmática jurídica.

É na “orientação das decisões e na mediação articulada entre a instância normativa e a judicial” que está a práxis cotidiana das tarefas dogmáticas e “isso significa que o desejado pelo legislador vai ganhar vida nas decisões de quem julga. Tal expectativa é alimentada por todo um sistema conceitual que pretende garantir e controlar sua racionalidade”³⁹¹

A Dogmática pode ser identificada como um método de se observar, estudar, analisar e aplicar o disposto no Ordenamento Jurídico. Isso porque ela tem como filtro uma investigação mais descritiva ou mais expositiva de fundamentos e princípios que formam o Direito vigente.

Seu foco está em orientar a ação, possibilitar a interpretação e a tomada de decisão e tem como pilares conceitos fixados, premissas estabelecidas. Algumas críticas feitas apressadamente aos dogmáticos devem, por vezes, basear-se muito mais nos filtros utilizados pelo jurista do que propriamente à Dogmática.

O Ordenamento Jurídico Pátrio com suas normas estabelecidas tem muito mais fundamentos e entrelaçamentos que a percepção de um ou de outro consegue alcançar frente a um problema existente ou um ato ou fato posto em análise.

³⁹⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 335. Título original: *The Concept of Law*.

³⁹¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.69.

Quando se depara com o problema que envolve o Direito de Propriedade se tem muito mais a acrescentar do que a visão limitadora do Direito Civil Codificado pode alcançar por si só.

É aí que reside a riqueza interpretativa possível que rompe com paradigmas codificados e reage numa visão mais sistêmica e complexa da malha que compõe o Ordenamento.

A solução dogmática, então, não é a de proclamar a morte ou o declínio do direito privado, mas sim descobrir a concepção do tempo presente para orientar um futuro próximo, para tal campo de atuação

[...]

[posto que] o direito privado não deve fechar-se por receio de uma perda de identidade nas suas formas clássicas de pensamento, mas deve ordenar sozinho ou em atuação conjunta com o direito público, e isto só pode dar resultado se o direito privado levar em conta a parcela pública.³⁹²

Com isso, diante da premissa de que o pensamento dogmático não tem como escopo somente a sistematização do Direito posto, tem também sua função persuasiva ao apresentar regras e proposições que visam orientar a fase decisória, não há porque buscar argumentos pontuais e positivistas quando da solução das demandas que envolvam a Propriedade posto ser a decidibilidade um dos pilares da dogmática jurídica.

Em que pese sua inestimável e permanente tarefa de sustentar o estado de Direito, o pensamento dogmático, pelo inflexível compromisso com o princípio da segurança jurídica, tem sofrido crítica cada vez mais perturbadora em razão de pretender insistir na fonte normativa dividida entre o direito público e o direito privado, para a decisão sobre a norma. Isso significa não só o estudo do Direito vigente, abstraindo-se de emitir juízo de valor, como se bastante fosse explicar e ampliar a norma sem justificá-la.³⁹³

³⁹² TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 186.

³⁹³ PINTO JR. Alceu de Oliveira. A dogmática jurídica e a discricionariedade do juiz na aplicação da pena. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 8, n. 1 (2003). Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/318/263>. Acesso em: 19 mar. 2016.

Em casos que envolvam a perda da Propriedade como ocorre na expropriação, cabe identificar, em palavras de Alípio Silveira que na “aplicação do Direito, não há a uniformidade lógica do raciocínio matemático, e sim a flexibilidade do entendimento razoável do preceito”³⁹⁴ seguindo o pensamento de Clóvis Beviláqua que assim sintetizava as doutrinas hermenêuticas: “em conclusão, na interpretação da lei deve atender-se antes de tudo *ao que é razoável*, depois às conseqüências sistemáticas e, finalmente, ao desenvolvimento histórico da civilização”³⁹⁵.

A análise dos casos de Desapropriação por Interesse Social e a drástica interferência na Propriedade privada pode fomentar a discussão acerca do processo de tomada de decisão por parte do Magistrado, ainda mais em elementos identificadores da Desapropriação com conceitos abertos como os estudados.

Manuel Atienza tem o Direito como o conjunto de comandos normativos que há de ser produzido tendo como objeto final o bem comum com a resolução dos conflitos da vida em Sociedade.

Por isso a atenção que se deve ter com o “criador” da norma jurídica e a necessidade de racionalização do processo legislativo. Quaisquer incorreções afloram da necessidade de interpretações e de criações que emanam, não do legislativo, mas do Judiciário.

Esse processo inicia, conforme Manuel Atienza, com a “acumulação de unidades de prova ou informação” com as quais se segue com a avaliação, adotados os critérios valorativos do objeto do julgamento.

A seguir, o próximo passo identificado é o de “atribuir peso para cada informação; depois a informação avaliada e sopesada é integrada num julgamento singular”, e culmina levando-se “em conta a impressão inicial, isto é,

³⁹⁴ SILVEIRA, Alípio. **Hermenêutica jurídica**: seus princípios fundamentais no direito brasileiro. 2.ed. São Paulo; Brasiliense Coleções. v.1, 1985. p.179.

³⁹⁵ BEVILAQUA, Clóvis. A boa-fé no Código Civil, vol. 1, 1972, pp. 16 e segs.; vol. 2, 1973, pp. 7 e segs. *Apud* SILVEIRA, Alípio. **Hermenêutica jurídica**: seus princípios fundamentais no direito brasileiro. 2.ed. São Paulo; Brasiliense Coleções. v.1, 1985. p.179.

os preceitos do juiz [...], que podem porvir tanto de condições circunstanciais (por exemplo o estado de humor no momento do julgamento) quanto de condições ligadas à sua personalidade”³⁹⁶.

Na decisão que envolve os casos de Desapropriação pode ser utilizado o pensamento de Marcos Alcino de Azevedo Torres que assevera parecer surgir um embaralhamento na identificação do espaço público e do espaço privado provocado por uma nuvem de situações que cobrem suas fronteiras, anteriormente ditas estanques”, de tal maneira que abale “a unidade sistemática lógica do próprio sistema”.

Mas é essa a unidade, contudo, que se “restabelece, deslocando o ponto de partida do exame das relações privadas do Código Civil para a Constituição”³⁹⁷, reunificando o sistema.

Por isso a argumentação da decisão é ponto necessário, inclusive para que seja exteriorizada não só o fundamento legal como também todo o processo de busca e identificação deste ou daquele fundamento.

Além disso, destaca Rodolfo Luis Vigo que essa exteriorização, identificada como a exigência da justificação “descansa não somente naquele interesse segundo um exercício democrático do poder, mas também no interesse mais imediato dos destinatários da norma [...] e consagra um determinado resultado interpretativo”³⁹⁸.

Intervir na Propriedade tendo como base validade, legitimidade e eficácia é conceber o direito não só sob o seu aspecto formal, exclusivamente a partir da norma.

³⁹⁶ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3.ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003. Título original: *Las razones del derecho: teorias de la argumentación jurídica*.

³⁹⁷ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 187.

³⁹⁸ VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica**: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 56. Título no original: *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*.

É ter elementos diretamente ligados à Justiça, à Utilidade Social e à Segurança Jurídica observados sob a ótica da Política Jurídica, mas, também, e principalmente, vislumbrando neste direito a influência de fatores externos ao sistema jurídico, vale dizer, dos valores, dos elementos axiológicos, originados na Sociedade, justamente o campo de nascimento e atuação do direito.

Isso considerando que as variadas espécies de Desapropriação previstas no Ordenamento Jurídico tem, em cada uma, elementos que as caracterizam e embasam, razão pela qual, qualquer que seja o fundamento do pedido expropriatório ou o tipo de Desapropriação – direta ou indireta -, há de se observar a singularidade de cada tipo não havendo possibilidade de mescla de fundamentos da Desapropriação por Interesse Social com a Desapropriação por Necessidade ou Utilidade Pública.

Inda mais distante qualquer pensamento que aproxime os fundamentos e elementos da perda da propriedade por Usucapião e a perda compulsória da Desapropriação Judicial ou da Desapropriação- Sanção.

Pela disposição constitucional, a proteção à propriedade só impede a perda sem indenização, mas nada obsta a perda tendo como fundamento o socialmente justo.

A propriedade desfuncionalizada não tem proteção constitucional “por que ela viola não só a função social que mantém a relação de inerência com a propriedade, mas impede que de algum modo se atenda a outros direitos fundamentais, pois se erige em instituição-obstáculo, que deve ser afastado”³⁹⁹ para que se cumpra o constitucionalmente previsto.

Desta forma, na hipótese de descompasso entre a norma engessada, tal qual como apresentada pela Dogmática Jurídica e a dinâmica da Sociedade, deve a Política Jurídica atuar de forma a propiciar a consecução da Justiça, da Utilidade Social e da Segurança Jurídica, mesmo em ambiente no qual, em

³⁹⁹ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 413.

virtude de sua inflexibilidade e arraigados valores oriundos do absolutismo da Propriedade, haja costumeira resistência.

Contudo, há que se ter firme que a concretização desta utopia, será possível somente, com uma maior humanização, particularização da norma abstrata, em face dos valores, anseios e necessidades da Sociedade.

O direito não pode cingir-se ao formalismo da norma, em detrimento das reais necessidades individuais e coletivas, mas, ao contrário, precisa ter o homem – individual ou coletivamente considerado – como centro de atenção e tutela, utilizando como referência conceitos operacionais claros, políticas definidas e parâmetros constitucionais expressos.

Aquela Propriedade exclusiva, absoluta não mais tem cabimento em tempos atuais em que o “princípio ordenador da propriedade privada” rechaça a ideia de que a expressão Função Social “seja alusiva a uma simples fórmula verbal indicadora de um conjunto de obrigações impostas ao proprietário por diversas disposições legais”⁴⁰⁰.

Segundo José Neure Bertan, numa visão mais radical, o “direito individual à propriedade privada está garantido no art. 5º, XXII, da Constituição Federal. Porém tal direito é condicional. O Estado só tutela a propriedade privada que cumpre sua função social”⁴⁰¹.

Essa visão política, pautada em Justiça Social e no “todo que contribui para cada um, não como uma dádiva generosa e paternalista, mas como um dever decorrente de sua condição inalienável do todo, provedor e beneficiário potencial e efetivo”⁴⁰², resulta no alcance dos anseios do todo social.

Assim, atuará a decisão judicial neste vácuo deixado entre a norma e a consciência jurídica, mediante a utilização hermenêutica sistêmica, uma vez que cabe ao Direito a consecução dos interesses da Sociedade.

⁴⁰⁰ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 113.

⁴⁰¹ BERTAN, José Neure. **Propriedade privada & função social**. Curitiba: Juruá, 2009. p.145.

⁴⁰² PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado contemporâneo**. 4 ed. rev. e ampl. Itajaí: UNIVALI. 2003. p. 83.

CONCLUSÕES

Tratar de Função Social da Propriedade, e particularmente da Desapropriação Judicial com fundamento nela, é tratar de questões do cotidiano do Direito. E a *utilização responsável da Propriedade* não prescinde de uma construção Dogmática que inclua a Função Social como um elemento intrínseco à Propriedade enquanto instituto jurídico central da civilização.

Isso significa dizer que não há que se vê-la dissociada da Função Social, mas ao mesmo tempo, não se pode intervir nela sem fundamentos legais da mesma estirpe constitucional, pois que se trata de um Direito Fundamental.

Quando a Propriedade se apresenta sob o prisma exclusivo dos interesses subjetivos dos seus titulares, como poder econômico desassociado do coletivo e sua dimensão do social, existem instrumentos jurídicos de natureza judicial ou administrativa de intervenção em defesa da saúde, do ambiente, do emprego, da moradia e outros interesses gerais da Sociedade. A Desapropriação Judicial do art. 1248, §§ 4º e 5º insere-se neste contexto.

A Conclusão da Tese é de que urge construir um novo panorama dogmático, no qual a Propriedade urbana ou rural mantenha a dualidade de ser ao mesmo tempo identificada nos aspectos de direito comum (objeto, regime jurídico, aquisição e limitações), como na dimensão de direito especial, pendente de lei especial (Estatuto da Terra, Estatuto da Cidade) proveniente de raiz constitucional. Em suma, um conjunto de princípios, regras e procedimentos baseado no pluralismo que a compõe, pluralismo que pode ser compreendido como a soma, a composição de todos os interesses coletivos exteriorizados conforme o Bem Comum.

Não há mais espaço para exercício de absolutismo jurídico socialmente irresponsável, voltando a Propriedade para si mesma, sem integração com o meio e o coletivo na qual está inserida.

Se a Propriedade continuasse restrita ao individualismo, à forma de exteriorizar sucesso econômico, capital e poder à custa do patrimônio coletivo (que não pertence individualmente ao proprietário particular), estar-se-ia reduzindo a Propriedade à ótica econômica predatória, o que em si, nos tempos de hoje, revela-se contraproducente e inseguro para a própria propriedade particular.

A Desapropriação em pauta tem como escopo servir de instrumento para solucionar e harmonizar situações e relações jurídicas, por vezes antagônicas, entre o interesse público, o interesse social e o interesse privado do proprietário. Qual deles deve prevalecer? A maior utilidade contemplando o Bem Comum. Mas de tal forma que se evite, afaste e compense qualquer prejuízo a qualquer um deles.

Em regra, as normas que tratam do processo expropriatório identificam e prevêm as hipóteses a serem comprovadas, inclusive no tocante à indenização. Assim, essas categorias: considerável número de pessoas; extensa área de terras e tornar produtivo o imóvel, devem ser aferidas no caso concreto, devem ser interpretadas pelo judiciário tendo em vista os fundamentos constitucionais e hermenêuticos, a contextualização social, e os parâmetros da política jurídica de tal forma que se alcance a mola propulsora que deve mover a Sociedade, qual seja, o Bem Comum.

Isso posto, pode-se retornar ao problema da Tese: se a Desapropriação Judicial do Código Civil é instituto exclusivamente de direito comum, e portanto, uma ameaça à propriedade privada constitucionalmente garantida? Ou estaria inserida num contexto mais amplo a abeberar-se nos fundamentos constitucionais, especialmente da Função Social?

A hipótese levantada foi de que a Desapropriação Judicial, conforme está prevista no artigo 1228, parágrafo 4º do Código Civil Brasileiro pode sim ser considerada Desapropriação por Interesse Social, e como tal deduzida em juízo; mas não prescinde de um esclarecimento conceitual e dogmático para sua aplicação

segura e justa, em face da sua complexidade como instituto de inspiração constitucional pela Função Social.

A hipótese está comprovada. Assim como se atinge também o objetivo de não sacrificar a segurança jurídica das partes, na busca da utilidade maior que é o Bem Comum sem sacrifício injusto de direito fundamental; seja velando para evitar a perda ou prejuízo para a propriedade particular, seja procurando assegurar a justiça da decisão em sentido social, haja vista que o interesse maior é o prestígio tanto da função social quanto da propriedade privada.

Aí está a resposta para quem acredita que as regras contidas nos parágrafos do artigo 1228 do Código Civil abalam o direito de propriedade ao incentivar, por exemplo, a invasão de glebas urbanas e rurais, de prédios desocupados, de áreas cuja destinação ainda cogita. O simples fato de pagar os impostos não confere direito absoluto sobre o imóvel. Aliás, não evita nem mesmo a usucapião. E a desapropriação judicial é quase isso, uma espécie de usucapião antecipada por sentença, fundada na função social, mediante justa indenização.

De um lado, a Função Social não é uma sanção; decorre da compreensão de que a Propriedade que não cumpre sua Função Social é propriedade sem alma, ou seja, sem legitimar-se no interesse coletivo constitucional é como um corpo inerte, que não torna à vida após o preenchimento de determinados requisitos previstos em lei.

Por outro lado, os argumentos ventilados acerca da inconstitucionalidade da previsão legal levantando como fundamento a separação de Poderes, sob a alegação de não competir ao Judiciário a análise da conveniência ou oportunidade de se efetivar uma desapropriação, também não procedem. Não há no Ordenamento Pátrio norma alguma que determine exclusividade ao Poder Executivo para o exercício da prerrogativa expropriatória. Ao contrário, o que se tem é a garantia de que nada pode ser excluído da apreciação jurisdicional.

O que se deve identificar são os elementos diretamente ligados à Justiça, à Utilidade Social e à Segurança Jurídica, que é o que o Direito impõe.

O filtro que se deve ter em mente é o do Bem Comum, com a observância de fatores externos, vale dizer, dos valores, dos elementos axiológicos, originados na Sociedade e presentes na Constituição, que habitam justamente o campo de nascimento, respaldo e atuação do direito.

Sob o ponto de vista dos Tribunais Superiores, o ponto nevrálgico da questão parece residir mais na prévia e justa indenização e nos elementos que devem ser considerados ao se estabelecer o quantum indenizatório. Também é objeto de análise e discussão quanto à identificação da área em que se encontra o bem expropriado, se urbana ou rural. Aspectos dessa natureza aos quais socorre sem dúvida os elementos de construção dogmática levantados nesta Tese.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Paulo Guilherme. **Direito agrário**: a propriedade imobiliária rural. São Paulo: LTr, 1980.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Cerrano. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: a teoria da autonomia. Titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Propriedade e domínio**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 12.267** – Normas para elaboração de plano diretor. Disponível em:
<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=2837>. Acesso em: 11 maio 2015.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Las piezas del derecho**: teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel, 1996.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3.ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003. Título original: *Las razones del derecho: teorias de la argumentación jurídica*.

_____. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas. 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PAMPLONA FILHO, Rodolfo.

Compreendendo os novos limites à propriedade: uma análise do art. 1228 do Código Civil brasileiro. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6725&p=2>>. Acesso em: 20 de julho de 2009.

BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista Jurídica Virtual**. Vol. 5. Nº 48. Maio 2003. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em 06 abr. 2014.

BERDEJO, José Luis Lacruz. Nociones de derecho civil patrimonial e introducción al derecho. Barcelona: Librería Bosch, 1982.

BERNARDES, Lysia Maria Cavalcanti (Coord); SANTOS, Sérgio Roberto Lordello dos; NALCACER, Fernando Cavalcanti. **Redefinição do conceito de urbano e rural**. [Impresso]: Curitiba, 1983.

BERTAN, José Neure. **Propriedade privada & função social**. Curitiba: Juruá, 2009.

BEVILAQUA, Clóvis. A boa-fé no Código Civil, vol. 1, 1972, pp. 16 e segs.; vol. 2, 1973, pp. 7 e segs. *Apud* SILVEIRA, Alípio. **Hermenêutica jurídica**: seus princípios fundamentais no direito brasileiro. 2.ed. São Paulo; Brasiliense Coleções. v.1, 1985.

BEZNOS, Clóvis. Desapropriação em nome da política urbana. *In*: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). **Estatuto da Cidade**: comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002.

BLANC, Priscila Ferreira. **Plano diretor e função social da propriedade**. Curitiba: Juruá. 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**.8. ed. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996. Título Original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONIZZATO, Luigi. **Propriedade urbana privada & direitos sociais**. Curitiba: Juruá, 2011.

BORDA, Guillermo Antonio. **Manual de derechos reales**. 5. ed. rev. atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 06 set. 2014.

_____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil** (de 1º de janeiro de 1916). Disponível em:
<<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75875>>. Acesso em 04 de julho de 2009.

_____. **Código Tributário Nacional**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 04 jul 2014.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 24 de fevereiro de 1891) Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 04 de julho de 2009.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 16 de julho de 1934). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 04 de junho de 2009.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil** (de 05 de outubro de 1988). Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 06 de abril de 2009.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil** (de 24 de janeiro de 1967). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 06 de abril de 2009.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (de 10 de novembro de 1937). disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. acesso em 06 de abril de 2009.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (de 18 de setembro de 1946). Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>>. Acesso em 06 de abril de 2009.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil** (de 25 de março de 1824). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso em: 04 de junho de 2009.

_____. **Decreto 59.900 de 30 de novembro de 1966**. Regulamenta o Decreto-lei nº 57, de 18 de novembro de 1966 e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D59900.htm>. Acesso em 06 abr. 2009.

_____. **Decreto nº 1.021, de 26 de agosto de 1903**. Manda aplicar a todas as obras da competência da União e do Distrito Federal o decreto n. 816, de 10 de julho de 1855, com algumas alterações. Disponível em:

<<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=59054>> . Acesso em 04 de julho de 2009.

_____. **Decreto nº 4.956, de 09 de setembro de 1903**. Approva o regulamento de consolidação e modificação do processo sobre as desapropriações por necessidade ou utilidade pública. Disponível em:

<<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=60897>>.
Acesso em 04 de julho de 2009.

_____. **Decreto-Lei nº 25 (de 30 de novembro de 1937)**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del0025.htm>>. Acesso em 06 de abril de 2009.

_____. **Decreto-Lei nº 3.365 (de 21 de junho de 1941)**. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3365.htm>>. acesso em 06 abr. 2009.

_____. **Decreto-Lei nº 311, de 02 de março de 1938**. Dispõe sobre a divisão territorial do país, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-311-2-marco-1938-351501-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 09 abr. 2009.

_____. **Decreto-Lei nº 57, de 18 de novembro de 1966**. Altera dispositivos sobre lançamento e cobrança do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, institui normas sobre arrecadação da Dívida Ativa correspondente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0057.htm>. Acesso em 06 abr. 2009.

_____. **Decreto-Lei nº 58 (de 10 de dezembro de 1937)**. Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del058.htm>. Acesso em: 06 de abril de 2009.

_____. **Decreto-Lei nº 7.449, de 09 de abril de 1945**. Dispõe sobre a organização da vida rural. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del7449.htm. Acesso em: 22 fev 2015.

_____. **Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009.** Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: 11 maio 2014.

_____. **Lei nº 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/leis/L4132.htm>>. Acesso em 06 de abril de 2009.

_____. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964.** Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm Acesso em: 21 fev. 2015.

_____. **Lei nº 6.766** (de 19 de dezembro de 1979). Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6766.htm>. Acesso em: 06 de abril de 2009.

_____. **Lei nº 8.629** de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8629.htm>. Acesso em 04 de julho de 2013.

_____. **Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.** Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm. Acesso em 15 mar. 2016.

_____. Medida Provisória nº 459 de 25 de março de 2009. Dispõe sobre o

Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV, a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, e dá outras providências.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/mpv/459.htm. Acesso em: 15 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.202.448 - SP** (2010/0126146-0), Rel. Min. Herman Benjamin. São Paulo, Brasília, DF. j. 07.10.2010. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1011293&num_registro=201001261460&data=20110202&formato=PDF>. Acesso em 25 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 154906/MG**. Recurso Especial 1997/0081257-0. Rel. Min. Barros Monteiro. T4 – quarta turma. J.04/05/2004. P. DJ 02/08/2004, p.395. RDDP v. 19. p. 124. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=desapropriacao++moradia&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 04 jul 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.260**, Distrito Federal, Brasília, DF. DJ 02.08.2002, Ementário nº 2076-2. disponível em <

<http://buziosp1.stf.gov.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=1743&tipo=CJ&termo=fun%E7%E3o+social+da+propriedade#ctx1>>. Acesso em 11 de julho de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22.164-0**, São Paulo, Brasília, DF. DJ 17.11.1995. Ementário nº 1809. disponível em:

<<http://buziosp1.stf.gov.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=1743&tipo=CJ&termo=fun%E7%E3o+social+da+propriedade#ctx1>>. Acesso em 11 de julho de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.949-2**, Distrito Federal, Brasília, DF. Dje nº 59. Divulgação 26.03.2009. Publicação 27.03.2009, Ementário nº 2354-2. disponível em:

<<http://buziosp1.stf.gov.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=1743&tipo=CJ&termo=fun%E7%E3o+social+da+propriedade#ctx1>>

o=fun%E7%E3o+social+da+propriedade#ctx1>. Acesso em 11 de julho de 2009.

_____.Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 184.069-0**, Rel. Min. Néri da Silveira. São Paulo, Brasília, DF. DJ 08.03.2008, Ementário nº 2060-2. Disponível em

<<http://buziosp1.stf.gov.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=1743&tipo=CJ&termo=fun%E7%E3o+social+da+propriedade#ctx1>>. Acesso em 11 de julho de 2009.

_____.Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 191.078-0**, São Paulo, Brasília, DF. Dje nº 112. Divulgação 19.06.2008. Publicação 20.06.2008, Ementário nº 2324-4. disponível em

<<http://buziosp1.stf.gov.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=1743&tipo=CJ&termo=fun%E7%E3o+social+da+propriedade#ctx1>>. Acesso em 11 de julho de 2009.

_____.Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 2.233-8**, Paraná, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF. DJ 19.05.2006, Ementário nº 2076-2. disponível em <

<http://buziosp1.stf.gov.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=1743&tipo=CJ&termo=fun%E7%E3o+social+da+propriedade#ctx1>>. Acesso em 11 de julho de 2009.

_____.Tribunal Regional Federal – 2ª Região. **Apelação Cível 0012090-07.2005.4.02.5001** (TRF2 2005.50.01.012090-1), 5ª turma especializada. Rel. Des. Fed. Alúcio Gonçalves de Castro Mendes. j. 13/05/2014. Disponível em:

<http://www10.trf2.jus.br/portal?q=NATUREZA.RURAL.OU.URBANA&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&filter=0&getfields=*&lr=lang_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&base=JP-TRF&wc=200&wc_mc=0&ud=1>. Acesso em: 25 ago. 2015.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Conceitos jurídicos no âmbito da nova hermenêutica. *In.* VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR. Julio Cesar (org.). **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

_____.**Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito.**

Curitiba : Juruá, 2001.

CARDOSO, Fernanda Lousada. **A propriedade privada urbana obriga?** análise do discurso doutrinário e da aplicação jurisprudencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARLIN, Volnei Ivo. **Direito administrativo:** doutrina, jurisprudência e direito comparado. Florianópolis: OAB/SC, 2001.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Intervenção do Estado na propriedade:** instrumentos tradicionais e novos. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CARVALHO FILHO. **Manual de direito administrativo.** 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014.

CASTRO. Mônica. A desapropriação judicial no novo Código Civil. In: **Revista Âmbito Jurídico.** Disponível em: < <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/807.pdf>> . Acesso em 11 de julho de 2009.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Et al.* **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2004.

CINTRA, Valentina Jungmann. **Da ação de desapropriação por utilidade pública.** Disponível em < http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4272>. Acesso em 13 de maio de 2009.

CÓDIGO DE NAPOLEÃO ou Código Civil dos Franceses (texto integral do Código de 1804 com tôdas as modificações nêle posteriormente introduzidas e ainda em vigor e mais as principais leis complementares). Tradução de Souza Diniz. Prefácio de: Miguel Reale. Apresentação de: Des. José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Record, 1962.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil.** São Paulo: Saraiva. v 4, 2006.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornada de direito civil.** Org. Min. Ruy

Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: CJP, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. I Jornada de Direito Civil. **Enunciado 84**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2014.

CORDEIRO NETO, Guilherme. Limitações administrativas à propriedade. *In: Verba Iuris* -Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Curso de Direito. Ano I, n. 1. Ago/98.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1998. Título original: *La Cité Antique*.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. 3.ed. São Paulo : Forense Universitária. v.1, 1992.

_____. **Dicionário de direito administrativo**. Rio de Janeiro : Forense, 1978.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

DANNEMANN, Fernando Kitzinger. **1834**: Ato Adicional (documento). Disponível em: <<http://www.fernandodannemann.recantodasletras.com.br/visualizar.php?id=1033609>>. Acesso em 04 de julho de 2009.

DELGADO, José Augusto. Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual: doutrina e jurisprudência do STF. **Revista de Processo**, [s.l.], v.25, n. 28. p.61-81, abr./jun. 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003.

DIAS, Maria da Graça Santos. Direito e pós-modernidade. *In*: DIAS, Maria da Graça Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. **Política jurídica e pós-modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

DIGESTO de Justiniano: livro segundo: jurisdição. Tradução de José Isaac Pilati. Florianópolis: Editora da UFSC; FUNJAB, 2013.

DUARTE, Francisco Carlos. Ação de indenização por desapropriação indireta. Curitiba: Juruá, 2003.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. 11 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987. Título original: *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7.ed. tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Título original: *Einführung in das juristische denken*.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1988.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. São Paulo: Renovar, 2000.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **Da desapropriação no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Direitos fundamentais. Tradução de Alfredo Copetti Neto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Título original: *Diritti fondamentali*.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Por uma carta dos bens fundamentais. Tradução de Daniela Cademartori e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Título original: *Per una*

carta dei beni fondamentali.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIÚZA, César. **Direito civil:** curso completo. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Direito civil:** curso completo de acordo com o Código Civil de 2002. 6 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica jurídica.** Atualização de Antônio de S. Limongi França. 9.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: <http://www.univali.br/direitoepolitica> - ISSN 1980-7791. Acesso em 11 maio 2015.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **O Estatuto da Cidade.** São Paulo: NDJ, 2002.

GILISSEN, John. **Introdução histórica do direito.** Tradução de Antônio Manoel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979. Título original: *Introduction historique au droit.*

GOMES, Orlando. **Direitos reais.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito.** Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Título original: *The Concept of Law.*

HOBBS, Thomas. **Leviathan:** reprinted from the edition of 1651 with an Essay by the Late W.G. Pogson Smith. Oxford: Clarendon Press, 1909. [documento baixado] de "the online library of liberty" . Disponível em:

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/Hobbes_Leviathan_1909.pdf>
acesso em: 23 mar 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Título original: *Reine Rechtslehre*.

LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. Título original: *Two Treatises of Government*.

MACHADO, Hermano Augusto, A função social e a tipificação no direito de propriedade *apud* RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Função social da propriedade privada**: notas sobre sua evolução conceitual. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/18317/2/Fun%C3%A7%C3%A3o_Social_da_Propriedade_Privada.pdf>. Acesso em 29 de junho de 2009.

MACKELDEY, Ferdinand. **Elementos del derecho romano**. Madrid: L. Lopez, 1886.

MARQUESI, Roberto Wagner. **A propriedade-função na perspectiva civil constitucional**: desapropriação de imóveis produtivos não funcionais. Curitiba: Juruá, 2013.

MARTIGNETTI, Giuliano. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de C. Varrialle. 3 ed. Brasília: UnB, 1991, 2 v. Título original: *Dizionario di Politica*.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**: de acordo com a EC 19/98. 4 ed. São Paulo : RT, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. e atual. até a Emenda Constitucional 51, de 14.2.2006, por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

MELO, Orlando Ferreira de Melo. Conexões possíveis entre hermenêutica jurídica e política do direito. **Novos Estudos Jurídicos**. n. 4, out. 98. Itajaí: Univali.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis : OAB/SC, 2000.

_____. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 37 ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. Fundamentos teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino. *In* **Revista Jurídica**. Brasília, v. 10, n. 92, p.01-37, out./2008 a jan./2009.

NAVAS, Raúl. **Derechos reales de propiedad, uso y goce**. Buenos Aires: Oxford University Press, 1999.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Desapropriação para fins de reforma agrária**. 3 ed. Curitiba: Juruá. 2006.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3 ed rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Filosofia da política jurídica: propostas epistemológicas para a política do direito**. Itajaí: UNIVALI, 2001.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013.

_____. **Função social do Estado contemporâneo**. 4 ed. atual. e ampl. Disponível em: <<http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

_____. **Função social do Estado contemporâneo**. 4 ed. rev. e ampl. Itajaí: UNIVALI. 2003.

_____. **Metodologia da comunicação nos trabalhos científicos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

_____. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 13 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Conceito Editorial, 2015.

_____. **Personalidade e comunicação**. Florianópolis: Plus Saber, 2002.

PECES-BARBA, Gregório. Concepto y problemas actuales de los derechos fundamentales. I **Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas**. Disponível em: http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/7958/concepto_pecces-barba_DYL_1993.pdf?sequence=1. Acesso em 21 fev. 2015.

_____. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. *In* PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de los Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Dykinson/Universidad Carlos III, 1998.

_____. Escasez y Derechos Humanos. **Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales**. Edición de José M^a Sauca. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas. Universida Calos III de Madri. Boletín Oficial del Estado. Madri, 1994. [impresso]

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **Propriedade privada no direito romano**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

PINTO JR. Alceu de Oliveira. A dogmática jurídica e a discricionariedade do juiz na aplicação da pena. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 8, n. 1 (2003). Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/318/263>. Acesso em: 19 mar. 2016.

PILATI, José Isaac. **Audiência pública na justiça do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 38.

_____. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PÍTSICA, Helena Nastassya Paschoal; GONÇALVES, Sandra Krieger. Função social da propriedade e sustentabilidade. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.2, 2o quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

PITSICA, Nicolau Apóstolo; PITSICA, Diogo Nicolau. **Realismo jurídico atimetafísico de Alf Ross**: uma introdução à política jurídica. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

_____. **Evolução do pensamento jurídico ocidental**: alicerces construtores do direito brasileiro. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**: volume III. livros IV e V: reprodução facsimile da edição feita por Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. *IN*: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Renovar, 2000.

REALE, Miguel. **Novo Código Civil**: exposição de motivos e textos sancionados. Mensagem nº 160, de 10 de junho de 1975. Brasília: Senado Federal, 2005.

Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70319>. Acesso em: 20 jul 2015.

RIOS, Roger Raupp. A função social da propriedade e desapropriação para fins de reforma agrária. *In*: PAULSEN, Leandro (Org.) **Desapropriação e Reforma Agrária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Função social da propriedade privada**: notas sobre sua evolução conceitual. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/18317/2/Fun%C3%A7%C3%A3o_Social_da_Propriedade_Privada.pdf> Acesso em 29 de junho de 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito das coisas. 28 ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-01-2002) São Paulo: Saraiva. v. 5, 2003.

ROESLER, Claudia Rosane. **Enfoque dogmático e enfoque zetético como pontos de partida para realizar a interdisciplinaridade no ensino jurídico contemporâneo**. Disponível em: <<http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/enfoquedogmatico.doc>>. Acesso em: 08 ago 2015.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução de Ary dos Santos. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1958. v.2. Título original: *Istituzioni di diritto civile*.

RUSCHELL. Ruy Rubem. **Direito constitucional em tempos de crise**. Porto Alegre : Sagra Luzitano, 1997.

SALLES, Carlos de Moraes. **A desapropriação**: à luz da doutrina e da jurisprudência. 4 ed. São Paulo : RT, 2000.

SANTOS, Delmino dos. **Direito agrário**. Belém: CEJUP, 1986.

SCIALOJA *apud* RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução de Ary dos Santos. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1958. v.2. Título original: *Istituzioni di diritto civile*.

SILVA, Edson Jacinto. **Desapropriação no direito positivo**: doutrina, legislação, jurisprudência. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVEIRA, Alípio. **Hermenêutica jurídica**: seus princípios fundamentais no direito brasileiro. 2.ed. São Paulo; Brasiliense Coleções. v.1, 1985.

SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. A propriedade agrária e suas funções sociais. *In* **O Direito Agrário em Debate**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SODERO, Fernando Pereira. Conceito de estatuto: Estatuto da Terra. **Justitia**, São Paulo, 44 (116): 9-14, jan/mar. 1982. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/2bdcdb.pdf>>. Acesso em 26 fev 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. *In*: **Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna**: um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro : Renovar, 2005.

VARELLA, Marcelo Dias. **Introdução ao direito e à reforma agrária**: o direito face aos novos conflitos sociais. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

VAZQUEZ, Javier Barnes. **La propiedad constitucional**: el estatuto jurídico del suelo agrario. Madri: Civitas, 1988.

VENOSA, Silvio de Salvio. **Direito civil**: direitos reais. São Paulo : Atlas. 2001.

_____. **Direito civil**: direitos reais. 4 ed. São Paulo: Atlas. v.5, 2004.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica**: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Título no original: *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*.

WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no Projeto do Código Civil. *In* MARTINS-COSTA, Judith (organizadora). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002.