

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB)

Comissão de Direito Constitucional (CDC)

INDICAÇÃO 027/2019

Indicante: SÉRGIO LUIZ PINHEIRO SANT'ANNA

Relator: JOYCEMAR LIMA TEJO

Ementa: *Estudo da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 80, apresentada pelo Senador Flávio Bolsonaro (PSL-RJ) que "Altera os artigos 182 e 186 da Constituição Federal para dispor sobre a função social da propriedade urbana e rural".
Estudo da Constitucionalidade.*

Palavras-chave: *Estudo da Constitucionalidade. Função social da propriedade. Desapropriação.*

1. Introdução

Tenho a honra de relatar a presente matéria, indicação da lavra do ilustre Dr. Sérgio Luiz Pinheiro Sant'anna versando sobre a *função social da propriedade* e o *instituto da desapropriação*.

O mote da indicação é a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 80 de 2019, que visa alterar os artigos 182 e 186 da Carta para discriminar o cumprimento da função social pela propriedade urbana e rural, respectivamente, bem como os critérios para desapropriação no caso de seu descumprimento.

Passo abaixo a expor minhas impressões sobre o tema.

2. Breve apontamento sobre o Estado Social & Democrático de Direito

De início há que apontar que os artigos em comento se encontram nos capítulos "POLÍTICA URBANA" e "POLÍTICA AGRÍCOLA E FUNDIÁRIA E DA REFORMA AGRÁRIA", sob a égide do Título VII, "Ordem Econômica e Financeira", tudo da Carta. *Política* aqui, bem entendido, como "*modo de haver-se a fim de obter o que se deseja*"¹, ou seja, o encaminhamento adotado pelo Constituinte que balizará as opções do Administrador e do Legislador ordinário.

Registrado isso, aponto também que a República Federativa do Brasil se conforma como sendo um Estado Democrático — e Social — de Direito. Assim, tem como fundamentos, conforme sua Constituição, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV) e tendo como objetivos fundamentais, também de forma exemplificativa, construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) e erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades (idem, III), tudo sob égide da aludida Carta, a qual

*incluiu um elenco generoso de direitos sociais e direitos dos trabalhadores no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, além de um conjunto de princípios e regras versando sobre matéria econômica, social, ambiental e cultural nos títulos da ordem constitucional econômica e social*².

Vale dizer, há uma opção evidente pela satisfação das necessidades sociais em seu sentido mais amplo, corrigindo as mazelas sociais e buscando a realização plena dos direitos fundamentais³. Isso demanda um Estado proativo. Diferentemente do idílico sonho liberal dos séculos XVIII-XIX, em que cabia ao Estado um papel negativo — isto é, omissivo, o de não-interferência nos negócios particulares —, já aqui é mister que tome as rédeas e conduza, em maior ou menor grau, as situações da vida social. Podemos falar então em um "constitucionalismo dirigente", conforme já tive a oportunidade de ponderar alhures:

Miguel Calmon Dantas, em seu "Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade" (Saraiva), diz que a constituição dirigente (dirigismo constitucional) tem uma função de resistência e outra de projeção. Resistência contra o exercício arbitrário do poder, e projeção do que chama de "utopias jurídicas", dirigindo a manifestação do

¹ Verbete "*Política*", def.5, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa (DPLP).

² SARLET, Ingo. "*Direitos sociais no Estado Democrático de Direito (parte 1)*", in <https://bit.ly/3gQFA86>.

³ Evidentemente, na medida em que as condições materiais assim permitam. Ver nesse sentido, sobre a "reserva do possível", o já clássico "*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*" de Ana Paula de Barcellos, ed. Renovar.

poder, portanto, "vinculando positiva e negativamente o legislador".

Essa função de "resistência" é inerente ao constitucionalismo, sinteticamente entendido como limitação do poder e supremacia da lei (Barroso). Contempla a primeira dimensão de direitos fundamentais, que pedem um Estado negativo, no sentido de não-interventor nos negócios dos particulares (na verdade, também essa primeira dimensão pede ação estatal, mas falemos disso outra hora). Mas a segunda dimensão de direitos, os de natureza social, e as posteriores, pedem um Estado positivo. Aqui entra o caráter de projeção do qual Calmon Dantas fala. O constitucionalismo clássico, pois, enriquecido, não só controla o poder como dirige-o, em caráter dialético, de modo que, hodiernamente, constitucionalismo é constitucionalismo dirigente⁴.

Dentro desse espírito, não se pode, como dito, reipristinar a já arcaica mentalidade liberal, individualista, a da intangibilidade do interesse particular. Ao contrário, exige-se hoje a devida solidariedade social, uma teia de relações harmônicas mediadas pelo Estado em busca do cumprimento dos direitos fundamentais, conforme os objetivos constitucionais. Não estamos cegos à *natureza de classe* do Estado e sua subordinação aos interesses dominantes, conforme a teoria marxista, mas fato é que, em sua complexidade, o Estado *"apesar dos pesares, é ainda, entre nós, o único defensor do interesse público"*, e que *"mesmo o mero enfraquecimento do Estado conduz, inevitavelmente, à ausência de quem possa prover adequadamente o interesse público e, no quanto isso possa se verificar, o próprio interesse social"*⁵. É alvissareiro, portanto, que o Estado intervenha⁶ nas questões da vida, sobretudo em uma iníqua economia de mercado como a nossa.

3. Sobre o instituto da desapropriação

A *desapropriação* por interesse social deve ser compreendida dentro desse diapasão. É garantida a propriedade (art. 5º, XXII da Constituição), e a propriedade atenderá a sua função social (idem, XXIII). Há uma complementariedade aí: a atenção à função social é a *conditio sine qua non* da garantia da propriedade.

⁴ Em meu blog, o Juspublicista. "*Constitucionalismo dirigente: resistência e projeção*" - <https://bit.ly/3jL7P9Y>.

⁵ GRAU, Eros. "*O direito posto e o direito pressuposto*". São Paulo: Malheiros, 2005.

⁶ Respeitados limites, obviamente.

Tradicionalmente a desapropriação é estudada entre as modalidades de **limitações ao direito de propriedade**. Na linha do que expusemos acima, MEDAUAR leciona que

o direito de propriedade evoluiu muito, deixando de ter, na atualidade, a conotação absoluta que o caracterizava até as primeiras décadas do século XX. Ampliaram-se as intervenções públicas e ocorreu a mudança da própria configuração estrutural do direito de propriedade ante sua funcionalização social, percebida de modo sensível em matéria urbanística e agrária⁷.

A **funcionalização social**, como dito, considerada dimensão intrínseca à propriedade em sua perfectibilidade. Faltando aquela, esta é viciada e pode, e deve, sofrer a intervenção estatal em seu múnus de realizar as satisfações das necessidades sociais.

É oportuno neste momento fazer duas observações. *Primo*, não quero dizer que haja uma "guerra", um estado beligerante — guerra de todos contra todos, *bellum omnium contra omnes*, à moda de Hobbes — entre o interesse coletivo e o particular. É na crença desse estado de guerra que faz surgir o corolário da *supremacia do interesse público*, tradicional princípio do Direito Administrativo consoante o qual na hipótese de colisão o particular deve sempre ceder. Penso, como BINENBOJM, que tal noção tomada de forma absoluta remonta a um passado autoritário e que, na verdade, o que deve prevalecer é a ideia de um *Estado de ponderação*, onde caso a caso o interesse proeminente em dado conflito da vida social deve ser aferido, à luz do balizamento constitucional⁸. É por isso que mais acima eu falo em **solidariedade social** e em **teia de relações harmônicas**. Em outras palavras, a relativização do direito de propriedade, uma vez rejeitada sua "intocabilidade" liberal, não implica, conforme a Carta de 1988, no extremo oposto da generalização do confisco.

Secundo, nessa toada a desapropriação — em todas as modalidades, necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, salvo a expropriação de propriedades onde "*forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo*", que se dão "*sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei*" conforme o art. 243 da Carta — será sempre indenizada (art. 5º, XXIV; art. 182, §3º; art. 182, §4º, III; art. 184, caput).

⁷ MEDAUAR, Odete. "*Direito administrativo moderno*". p.400. 5.ed. São Paulo: RT, 2001.

⁸ BINENBOJM, Gustavo. "*Uma teoria do direito administrativo*". 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Em síntese, o instituto da desapropriação, que pressupõe indenização e obedece o adequado procedimento administrativo, está em consonância com o constitucionalismo contemporâneo, o qual, à luz de buriladas formulações jusfilosóficas, passa a entender que *"a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade"*⁹.

4. Sobre a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 80 de 2019

A PEC sob análise tem por escopo dificultar a desapropriação da propriedade urbana e rural nos casos de desrespeito à função social.

Com efeito, onde a redação atual da Carta diz que a *"propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor"* (art. 182, §2º), a PEC em comento pleiteia a substituição pelo seguinte texto: *"A propriedade urbana cumpre sua função social quando é utilizada sem ofensa a direitos de terceiros e atende ao menos uma das seguintes exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor: I- parcelamento ou edificação adequados; II- aproveitamento compatível com sua finalidade; III- preservação do meio ambiente ou do patrimônio histórico, artístico, cultural ou paisagístico"*.

Veja-se como é descabida a inclusão do "sem ofensa a direitos de terceiros" como um dos elementos configuradores do cumprimento da função social. Trata-se de uma redundância, porque o ordenamento jurídico já pune o abuso de direito, vide o artigo 187 do Código Civil (*"também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes"*).

E há outra coisa aí: dizer que basta "não ofender terceiros" é emular novamente o individualismo liberal do passado. Ora, a teia de solidariedade social que deve permear as relações humanas em um Estado Democrático e Social de Direito não pode se amesquinhar ao egoístico "cada um na sua". Nesse sentido, não basta não ofender outrem; é preciso que a propriedade cumpra função social.

Além disso, ao passo que a redação original exige que *"sejam atendidas as exigências expressas"* no plano diretor, a PEC em comento passa a exigir apenas *"ao menos uma das seguintes exigências"* e enumera as três elencadas acima. Ou seja: conforme a PEC, ainda que falhe fragorosamente em atender as

⁹ SILVA, José Afonso. "Curso de direito constitucional positivo". p.284. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

demais exigências, caso ao menos uma delas esteja cumprida poderia se falar em cumprimento de sua função social.

Ora, escusado dizer que isso reduziria substancialmente os casos "*in concreto*" suscetíveis de desapropriação, ao mesmo tempo em que permitiria a proliferação de propriedades cumprindo atabalhoadamente sua suposta função social, porque 1 (um) requisito — de vários! — estaria sendo respeitado.

Não é possível aquiescer com a medida.

A PEC almeja incluir ainda no citado art. 182 um parágrafo 5º, com a seguinte redação: "*o descumprimento da função social de que trata o § 2º somente será declarado por ato do Poder Executivo, mediante autorização prévia do Poder Legislativo, ou por decisão judicial*", medida que engessaria sobremaneira o rito desapropriatório, e também o 6º, *verbis*, "*a desapropriação por descumprimento da função social será feita pelo valor de mercado da propriedade urbana*", o que nada mais é do que um prêmio ao proprietário desidiioso alvo de desapropriação.

Acerca do art. 186, que trata da propriedade rural, a PEC em análise inclui também a ausência de ofensa a direito de terceiros como um dos elementos da função social, sobre o que comentamos acima, e, onde a redação original fala em "*atenção aos requisitos*", a proposta fala em "*pelo menos um dos requisitos*", no mesma linha do aqui já falado. Exige igualmente que o descumprimento da função social somente será declarado por ato do Poder Executivo, mediante autorização prévia do Poder Legislativo, ou por decisão judicial, o que deve ser rejeitado pelo engessamento do rito, e também estabelece que a desapropriação se dará pelo valor de mercado da propriedade rural — vale dizer, trata-se essencialmente de uma medida legislativa feita sob a ótica dos proprietários e, nesse sentido, preservar-lhes os interesses em detrimento da solidariedade social.

5. Conclusão

Diante de tudo isso, entendo que a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 80 de 2019 está em dissonância com o art. 1º, III e IV (a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República), o art. 3º — objetivos fundamentais constitucionais — *in totum*, o art. 5º, XXIII e XXIV (sobre função social da propriedade e a previsão de desapropriação em seu descumprimento), o art. 170, III (função social da propriedade como princípio da ordem econômica) e com os já citados arts. 182 e 186, os quais pretende modificar, todos da Constituição.

Haja vista que as disposições no art. 5º (novamente, incisos XXIII e XXIV, sobre função social da propriedade e a previsão de desapropriação no caso de seu descumprimento) constituem **cláusula pétrea** (art. 60, §4º, IV), vale dizer, o dito "núcleo constitucional intangível", a PEC em questão é materialmente inconstitucional por afrontá-las, pois obviamente as inovações que pretende trazer, se não chegam ao ponto de eliminar, claramente restringem e dificultam o desiderato do Constituinte Originário.

Além disso, há que apontar também a cabal violação à separação de Poderes, igualmente **cláusula pétrea** (art. 60, §4º, III) — afinal a PEC em comento condiciona a iniciativa da Administração no rito desapropriatório à autorização prévia do Poder Legislativo ou a decisão judicial. Fere-se assim a higidez do equilíbrio entre Poderes, harmônicos entre si mas independentes (art. 2ª da Carta).

À luz de todo o exposto, penso que o Instituto dos Advogados Brasileiros deve rejeitar a aludida proposta, devendo ser remetida à Casa Legislativa, caso assim seja aprovado, a nossa posição sobre o tema.

N.t.

JOYCEMAR LIMA TEJO
ADVOGADO
OAB/ RJ Nº 116.978

Rio de Janeiro, 21 de setembro de 2020.

ANEXO

INTEIRO TEOR DA PEC Nº 80 DE 2019 E
SUA JUSTIFICAÇÃO