

Parecer n.º 264 - T - Desapropriação por Interêsse Social

PARECER

N.º de referência — 264-T.

I

1. O Excelentíssimo Sr. Presidente da República, tendo recebido um memorial sôbre a situação dos habitantes do nordeste do país, vítimas da sêca, enviou-o ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores para estudo. O ilustre titular da pasta, em exposição de motivos, examinou a sugestão ali contida, de desapropriação das terras próximas dos açudes, para serem distribuídas e cultivadas pelos habitantes pobres das referidas zonas. S. Ex.^a assim focalizou o assunto:

“A restrição constitucional do direito de propriedade, permissiva da desapropriação, sempre dependeu de legislação ordinária que lhe tem definido os casos e regulado o processo. O Decreto-lei n.º 3.396, de 1941, não inclui, entre os que enumera, o da distribuição de terras a necessitados, significando isso que a desapropriação para esse fim não pode ser feita por simples decreto do poder executivo. Está ela, entretanto, prevista no art. 147, da Constituição, precisamente com o objetivo de justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos, e uma vez estabelecido, por lei, o plano da mesma, nada impedirá seja executado por partes, atendendo a circunstâncias de relêvo, como sejam aquelas que cercam os flagelados em consequência das sêcas do Nordeste”.

2. Ante o exposto, o Exmo. Sr. Presidente da República exarou despacho, determinando a audiência, com urgência, desta Consultoria-Geral, sôbre as seguintes proposições:

“Se é possível decretar a desapropriação por interêsse social de acôrdo com os arts. 147 e 141, § 16, da Constituição, para atender à localização de retirantes nordestinos em terras irrigáveis;

Se as condições prevaletentes no Nordeste caracterizam o caso de perigo iminente de comoção intestina, para o mesmo efeito”.

II

3. A desapropriação por interêsse social, que a Constituição de 1946 acrescentou às causas tradicionais de desapropriação — a necessidade e a utilidade públicas — está fadada a representar um fator decisivo na configuração da ordem econômica e social, preconizada na mesma Constituição, sustentei em trabalho recente (“A Desapropriação por interêsse social” in Revista de Direito Administrativo, vol. 29, págs. 1-15 e Revista Forense, vol. 144, págs. 7-15).

4. Inspirou-se a inovação no conceito da propriedade como função social, fórmula lançada por Augusto Comte, em 1851, no seu “Sistema de Política Positiva”, e defendida por juristas de prol como o insigne Duguit. Segundo tal concepção, a propriedade individual, perde cada vez mais, o seu caráter absoluto e intangível, para se tornar uma situação objetiva, constituída principalmente de deveres impostos aos proprietários, cujas prerrogativas estão condicionadas à satisfação destes deveres e que devem ser, entretanto, diante da utilidade pública entendida em sen-

tido amplo (Traité de Droit Constitutionnel”, 3.^a ed. 1930, vol. 3.º pág. 388).

5. Na Constituição de 1934, estas idéias tiveram guardida. Disciplinou-se, em título próprio, a Ordem Econômica e Social e foi dito que o direito de propriedade não se poderia exercer contra o interêsse social ou coletivo. A Constituição de 1937 seguiu a mesma trilha e a de 1946 condicionou o uso da propriedade ao bem-estar social, facultando ao legislador promover a sua justa distribuição (art. 147).

6. A idéia de que o interêsse social deve prevalecer sôbre o individual é hoje pacífica conforme os testemunhos recentes dos professores de direito AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO (*Crise do Direito e Direito de Crise*, in Revista Forense, vol. 142, pág. 14); ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA (*Socialização e Humanização do Direito*, in Revista Forense, vol. 141, pág. 11); VALDEMAR FERREIRA (*O conteúdo econômico da Constituição brasileira de 1946*, in Revista Forense, vol. 122, pág. 17) e THEMISTOCLES B. CAVALCANTI (*A ordem econômica nas Constituições*, in Revista Forense, vol. 122, pág. 342).

7. Deve-se à iniciativa do Senador FERREIRA DE SOUZA, Professor da Faculdade Nacional de Direito, a emenda ao projeto de Constituição de que resultou o texto vigente, possibilitando a desapropriação por interêsse social (JOSÉ DUARTE, *A Constituição Brasileira de 1946*, vol. 3, pág. 49; ILDEFONSO MASCARENHAS DA SILVA, *Desapropriação por necessidade e utilidade pública*, 1947, págs. 35 e 177). A sua justificação, que CARLOS MAXIMILIANO transcreve em seus comentários ao texto de 1946 (*Comentários à Constituição Brasileira*, vol. III, págs. 102-103), foi a seguinte:

“Que o homem possua como seu, de forma absoluta, aquêles bens necessários à sua vida, à sua profissão, à sua manutenção e à da sua família, mesmo os que constituem economias para o futuro, é perfeitamente lógico, mesmo de Direito Natural.

Mas, além dêsse mínimo, ou a propriedade tem uma função social, ou o seu proprietário a explora ou a mantém dando-lhe utilidade, concorrendo para o bem comum, para o enriquecimento geral, ou ela não se justifica. Na hipótese, a Emenda não chega ao extremo de negá-la. Mas superpondo o bem comum ao bem individual, admite a expropriação das propriedades inúteis, das que poderiam ser cultivadas e não o são, daquelas cujo domínio absoluto chega a representar um acinte aos outros homens”.

8. Perante a Comissão Constitucional, em sua 30.^a sessão realizada em 1-5-46, o Senador FERREIRA DE SOUZA foi ainda mais explícito, dizendo, ao par de outras considerações, que “a propriedade improdutiva que o proprietário não explora no sentido de transformá-la numa utilidade geral, criando riqueza para a coletividade, é um pêso para a coletividade”. “Deve ser possível ao Estado, em casos especiais, desapropriá-la, a fim de tornar a propriedade uma utilidade, uma riqueza social, seja porque vá dividi-la entre os que pretendem cultivá-la, seja para outro fim de ordem coletiva (*Anais da Comissão da Constituição*, vol. III, págs. 116-117, Imprensa Nacional, 1946 e “Diário da Assembléia” de 3-5-46, pág. 1.435).

9. A nova fórmula de desapropriação por interêsse social foi acolhida com aplausos por juristas consagrados.

PEDRO CALMON afirma que a desapropriação por interesse social "parecendo à primeira vista, uma forma acessória das desapropriações de necessidade pública, é em verdade o potencial de todas as interferências do Estado naquela raia privativa do domínio particular em função da ordem geral". E prossegue o ilustre professor de Direito Constitucional: "Entende-se por desapropriação de interesse social a que é promovida para atender ao melhor uso da propriedade, ao seu rendimento em consonância com aquele interesse, a sua devida estimativa, em articulação com ele, ao bem comum que não pode ficar na dependência do egoísmo, que a despreza, ou da estupidez, que a contraria. E' o caso da fábrica imobilizada ou desservida; é o caso do latifúndio inculco ou resguardado; é o caso da vasta área apartada da utilização popular nas zonas super-habitadas, pela ganância do dono que a valoriza; é o caso das fontes de riqueza excluídas do mecanismo econômico pelos cálculos individualistas do proprietário; é o caso de todo imóvel, benfeitoria, instalação ou negócio, que, interessando ao trabalho, esteja amesquinçado pelo exclusivismo da propriedade, ou mereça do Estado especial atenção. A desapropriação, nesta hipótese, significa a incorporação para a distribuição, que se pressupõe equânime, e então melhor se denominará de justiça distributiva do Estado — tendo por escopo o interesse social, assim no seu primado sobre a esfera individualista da ação econômica. Este detalhe da dogmática constitucional é uma consulta ao coração do seu sistema" (Revista Forense, vol. 110, pág. 316).

SEABRA FAGUNDES, cuja obra sobre desapropriações se tornou clássica, vê na desapropriação por interesse social um meio para atingir as finalidades sociais da Constituição. "Haverá motivo de interesse social quando a expropriação se destine a solucionar os chamados problemas sociais, isto é, aqueles diretamente atinentes às classes pobres, aos trabalhadores e à massa do povo em geral pela melhoria nas condições de vida, pela mais equitativa distribuição da riqueza, enfim, pela atenção das desigualdades sociais. Com base nele terão lugar as expropriações que se façam para atender a plano de habitações populares ou de distribuição de terras, à monopolização de indústrias ou nacionalização de empresas quando relacionadas com a política econômico-trabalhista do Governo, etc." (Revista Forense, vol. 120, pág. 6).

VALDEMAR FERREIRA diz que por via de desapropriação por interesse social será possível o combate ao latifúndio e uma justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos (ob. cit., pág. 17).

PRADO KELLY, em conferência pronunciada na Universidade do Chile, sobre a Constituição de 1946, focaliza a nova causa da desapropriação "por interesse social", como corolário do conceito da propriedade e como "função social" destinada a possibilitar a "reforma agrária, ou quaisquer outras destinadas à justa distribuição da riqueza, com igual oportunidade para todos" (Revista de Direito Administrativo, vol. 7, pág. 9).

10. É, portanto, na desapropriação por interesse social que os juristas, amantes da ordem e do progresso, da solução pacífica dos conflitos sociais, da garantia dos direitos do indivíduo, dentro de uma sociedade organizada com base na justiça social, com igual oportunidade para todos, repousam as suas esperanças.

III

11. Este instrumento tão fecundo e destinado a operar tantos benefícios à coletividade, conforme os prognósticos citados, continua entretanto *letra morta* em nosso direito. Os projetos de lei visando à disciplina da desapropriação por interesse social não vingaram no Congresso. O do Senador Adalberto Ribeiro (Projeto 38 de 1948) foi rejeitado em virtude de parecer do Senador Ferreira de Souza, na Comissão de Finanças do Senado (D.C.N. de 18-11-49 pág. 11.500 e Revista de Direito Administrativo, vol. 17, pág. 473 e vol. 18, pág. 412).

Atualmente transita naquela casa do Congresso Nacional outro projeto no mesmo sentido da autoria do Senador GOMES DE OLIVEIRA (Projeto 17, de 1952, in "Jornal do Comércio", 6-6-52).

12. Assim, na ausência de lei ordinária a faculdade de desapropriar por interesse social não pôde, ainda, ser usada pelo Poder Executivo.

13. De fato, as Constituições brasileiras, desde a de 1824, previam as causas de desapropriação por necessidade e utilidade públicas; mas à lei ordinária coube sempre definir os casos em que tais motivos ocorriam (Lei de 9-9-1826, Lei n.º 57, de 18-3-1836; Decreto n.º 353, de 12-7-845; Decreto-lei n.º 4.956, de 9-9-1903; Código Civil, art. 590, Decreto-lei n.º 3.365, de 21-6-41).

14. De acordo com este princípio a lei vigente, depois de enumerar os casos de utilidade pública, prevê a definição de outros "por leis especiais" (art. 5.º, letra P, do Decreto-lei n.º 3.365, de 1941).

15. Seabra Fagundes, comentando o preceito, observa que "as restrições do direito de propriedade são as reguladas em lei; não é possível admitir qualquer caso de expropriação sem estar legalmente previsto" e conclui:

"Inconstitucional seria a lei em que o legislador abdicasse do dever de limitar os casos de desapropriação, deixando ao administrador, numa expressão vaga, a fixação de novos casos".

(Da Desapropriação no Direito Brasileiro, 2.ª ed., 1949, pág. 129).

16. Em parecer, emitido em 25-9-51, procurei esclarecer o sentido do texto legal (cujo anteprojeto me coube elaborar).

Disse então:

"A Constituição não define os casos de necessidade ou utilidade pública nem os de interesse social da desapropriação. Cabe à lei ordinária esta tarefa. No art. 5.º da lei geral (Decreto-lei n.º 3.365, de 1941) especificou de forma taxativa as hipóteses comuns. Mas previa que outras a elas se pudessem juntar, desde que o legislador federal, de futuro, o entendesse. E' que o conceito de utilidade pública varia no tempo e no espaço e não seria possível esgotar-se a enumeração de uma só vez.

A discriminação legal e taxativa tem grande importância no sistema da lei, porque a declaração de utilidade é ato dos agentes do Poder Executivo (artigo 6.º).

A generalização traria o risco de alargar-se o conceito a ponto de confundir-se o interesse público com o privado.

A possibilidade de abuso, excesso ou desvio de poder, por parte das autoridades administrativas, na declaração de utilidade pública, se ampliaria e difícil seria a sua verificação judicial quando o particular fôsse colhido por um ato suspeito de ilegalidade por vício daquela natureza". (Revista Forense, vol. 140, pág. 82).

17. Para que o Executivo (federal, estadual ou municipal) decreta a desapropriação, seja por necessidade ou utilidade públicas, ou por interesse social, é necessário que uma lei ordinária haja, anteriormente, definido e indicado as hipóteses em que aquelas causas ocorrem.

Não me parece admissível que por atos regulamentares se possam criar restrições ao direito de propriedade, configurando hipóteses, sem prévio pronunciamento do Congresso Nacional, de acordo com uma tábua de aferição expressamente articulada.

18. Em face do exposto, respondo negativamente ao primeiro item da consulta presidencial. No havendo lei, definindo os casos de desapropriação por interesse social, não pode o Executivo decretá-la.

IV

19. Mas, se aquela causa constitucional de desapropriação não dá remédio para a hipótese configurada no processo por falta de regulamentação, nem por isto o Poder Executivo está inibido de tomar providências adequadas.

Em verdade, no art. 5.º letra c do Decreto-lei número 3.365, de 12-6-41, é autorizada a desapropriação por utilidade pública na hipótese de

"socorro público, em caso de calamidade".

20. Este motivo vem dos textos anteriores. A lei de 9-9-1826 a êle se referia nestes termos: "socorro público em tempo de fome, ou outra extraordinária calamidade" (art. 1.º, n.º 3); a Lei n.º 57, de 18-3-1836, assim contemplava a hipótese: "salubridade ou prestação de socorros públicos — em tempo de fome ou presença de alguma outra calamidade" (art. 1.º, § 2.º); o Decreto n.º 4.956, de 9-9-1903, refere-se ao "socorro público em tempo de fome, ou outra extraordinária calamidade" (art. 2.º, n.º 3); o Código Civil aludia aos "socorros públicos, aos casos de calamidade" (art. 590, § 1.º, número III).

21. Entre as "calamidades" se incluem as sêcas do nordeste.

Virgílio Sá Pereira, comentando o art. 590, § 1.º, n.º III, do Código Civil, cuja redação foi reproduzida na lei vigente, exemplifica:

"Temos o caso doloroso das sêcas do nordeste. Muitas vezes para socorrer os flagelados tem o Estado necessidade de expropriar o particular, ou tomando-lhe o imóvel para nêle estabelecer hospedarias, hospitais e refúgios, ou para construção de vias férreas ou estradas, aquedutos ou poços que minorem ou contrariem os efeitos da calamidade". (*Manual do Código Civil*, 1924, vol. VIII, págs. 326-327).

Seabra Fagundes ("Da Desapropriação no Direito Brasileiro", 1947, 2.ª ed., pág. 112) e Sylvio Pereira ("O Poder de Desapropriar", 1948, pág. 77) incluem as sêcas entre os casos de calamidade, que autorizam a desapropriação.

22. Como o despacho presidencial alude "à localização de retirantes nordestinos em terras irrigáveis", penso que, dentro da lei vigente, será possível dar solução ao caso. Decretada a urgência da desapropriação e mediante o depósito do valor da indenização, calculado de acôrdo com a lei, poderá o expropriante imitir-se na posse dos bens, independente da citação do réu (art. 15 do Decreto-lei n.º 3.365, de 1941, alterado pelo Decreto-lei n.º 9.811, de 9-9-46). E, em seguida, nêles localizar os retirantes e permitir-lhes atividades que possibilitem a sua manutenção. Esta utilização temporária poderá tornar-se definitiva, com o advento de lei que regule a desapropriação por interesse social. Integrados os bens no domínio da União, poderão êles ser arrendados aos particulares, na forma da lei geral.

V

23. Pergunta, ainda, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República "se as condições prevaletentes no Nordeste caracterizam o caso de perigo iminente de comoção intestina, para o mesmo efeito".

24. No art. 141, § 16, segunda parte, a Constituição dispõe que

"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 à indenização ulterior".

25. Igual faculdade se encontrava na Constituição de 1934, art. 113, n.º 17, bem como no Código Civil, artigo 591, cuja redação foi reproduzida no texto constitucional vigente. Normas semelhantes se encontram na Lei de 9-9-1826, art. 8.º e no Decreto n.º 4.956, de 9 de setembro de 1903, art. 40.

26. Não se trata, porém, de desapropriação, mas do uso da propriedade particular. "Cessando a causa, cessa o efeito; cessando a necessidade que determinou a ocupação, o imóvel é restituído ao proprietário, que é indenizado dos incômodos e dos danos sofridos", advertia Virgílio de Sá Pereira (ob. cit., pág. 329).

Clóvis Beviláqua observou também que na hipótese é do uso que se trata e não da desapropriação (Código Civil, comentário ao art. 591).

João Luís Alves faz o mesmo reparo:

"O que o Código, porém, prevê neste artigo é o simples uso temporário, ocupação transitória, da propriedade, uso que cessa com a cessação da causa que a determinou, revertendo ao proprietário, cujo domínio não cessou durante êle". (Código Civil, comentário ao art. 591).

27. Esta forma de ocupação temporária, no entender de Solidônio Leite não se confunde com as requisições militares e civis. Entendia o mesmo jurisconsulto, antigo Consultor-Geral da República e autor de obra especializada sobre desapropriações, que a ocupação temporária independia do estado de sítio ou de declaração de guerra. (Exposição sobre o regulamento das requisições militares, publicado como apenso, do livro de Solidônio Leite Filho *Requisições Militares e Civis*, págs. 70 e 72).

28. O Código Civil, entretanto, no art. 591, depois da expressão — "comoção intestina", fez remissão ao art. 80 da Constituição de 1891, que dispunha sobre o estado de sítio. Explicou porém, Solidônio Leite, que "o perigo iminente pode não ser guerra ou comoção: mas sim inundação, ou incêndio, por exemplo. E se em qualquer caso de perigo iminente, se permite a ocupação temporária, não há porque torná-la dependente do sítio em um caso, em outros não".

29. E' o "perigo iminente" que autoriza a ocupação temporária. A referência à guerra e à comoção intestina se deve entender como meramente exemplificativa e não taxativa.

30. A "ocupação temporária" é, entretanto, uma faculdade excepcional, que os agentes do poder público devem usar com a máxima cautela. Aliás, quaisquer abusos teriam imediato corretivo através das medidas judiciais que a Constituição prevê (art. 141, §§ 4.º e 24.º).

31. "As Constituições são instrumentos de vida e não de morte" disse o primeiro titular desta Consultoria-Geral, T.A. Araripe Júnior (*Pareceres — 1906-1908 — Tomo II*, página 383).

32. Carlos Maximiliano adverte que "a Constituição não é repositório de doutrina; é instrumento de governo, que assegura a liberdade e o direito, sem prejuízo do progresso e da ordem". E, por isto mesmo, se deve repelir, na sua interpretação, "as especulações engenhosas dos espíritos concentrados", "amantes de teorias e de idéias gerais, desabitados a encontrar dificuldades e a resolvê-las a cada passo, na vida real, como sucede aos homens de Estado, coagidos continuamente a adaptar a letra da lei aos fatos inevitáveis" (Comentários à Constituição Brasileira", 2.ª ed., pág. 98, n.º 80 e "Hermenêutica e Aplicação do Direito", 3.ª ed., 1941, pág. 362).

VI

33. As circunstâncias descritas no memorial apesar de não configurarem nem o estado de guerra nem a comoção intestina, em sentido estrito, que reclame o estado de sítio (Constituição, art. 206, n.º I) constituem sem dúvida "perigo iminente", de perturbação da ordem, pela exasperação das massas famintas, bastante, portanto, para justificar a "ocupação temporária" da propriedade particular, na forma do art. 141, § 16, *in fine*, da Constituição.

34. *Em conclusão*: A desapropriação por interesse social, para ser usada pelos agentes do Poder Executivo, requer lei definindo os casos em que ela ocorre, porque ela envolve a perda da propriedade, em caráter definitivo. Mas, no caso que deu origem a êste processo, é lícito a desapropriação por necessidade ou utilidade públicas, com imissão de posse, mediante depósito prévio do valor provável da indenização, na forma do Decreto-lei n.º 3.365, de 1941, art. 5.º, letra c, combinado com o art. 15, parágrafo único, com a redação do Decreto-lei n.º 9.911, de 9-9-46; ou, ainda, a "ocupação temporária", com indenização posterior na forma do dispositivo constitucional.

E' o que me parece.

S.M.J.

Rio de Janeiro, 7 de maio de 1953. — Carlos Medeiros Silva, Consultor-Geral da República.