ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

O CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO: ESTUDO SOBRE O PRINCÍPIO DA PROPRIEDADE PRIVADA E O DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

THE ECONOMIC CONSTITUTIONALISM: STUDY ON THE PRINCIPLE OF THE PRIVATE PROPERTY AND THE SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY

Marcus Tullius Leite Fernandes dos Santos*

RESUMO: O presente trabalho aborda aspectos do princípio da propriedade privada e da função social da propriedade que foram incluídos na Constituição Federal como princípios gerais da atividade econômica.
Palavras-chave: Ordem econômica. Propriedade privada. Função social da propriedade.

ABSTRACT: This paper discusses aspects of the principle of private property and the social function of property that were included in the Federal Constitution as general principles of economic activity.
Keywords: Economic order. Private property. Social function of property.

* Especialista em Direito e Jurisdição pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN e Universidade Potiguar – UnP. Professor da Faculdade de Ciências e Tecnologia *Mater Christi*. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

Em termos gerais, a regulamentação do direito de propriedade vem desde a antiguidade, quando se tentava, pelo Código de Hamurabi, regulamentar a compra e venda de bens móveis e imóveis. Na Roma antiga, a noção de propriedade estava vinculada, fortemente, aos direitos personalíssimos.

Passando para a Idade Média, a propriedade se caracteriza pelos contornos dados pelo feudalismo. Na idade moderna, com o advento das grandes navegações e, posteriormente, com a revolução industrial e o triunfo do capitalismo, a conotação individualista atingiu o seu ápice.

Atualmente, a concepção individualista perde espaço com o surgimento de nova ideologia, pautada na função social da propriedade, impulsionada principalmente pelos movimentos socialistas.

A expressão função social da propriedade se consolidou com as lições do célebre constitucionalista Léon Duguit, em uma série de conferências proferidas em Buenos Aires (1911) e publicadas na França (1912), nas quais desenvolveu uma arrojada tese acerca da função social da propriedade, e que foram reunidas no seu livro "as transformações gerais do Direito Privado[1]", desde o Código de Napoleão. Duguit, partindo do magistério de Augusto Comte (que nega a existência de qualquer direito subjetivo e, por isso, as pessoas em sociedade só têm deveres para com todos) e dos trabalhos de Émile Durkheim, chega à conclusão de que o homem não tem direitos, tampouco a coletividade. No entanto, todo indivíduo tem, na sociedade, uma certa função a cumprir, uma certa tarefa a executar.

Em termos de afirmação histórica do direito de propriedade como direito humano, podemos resumir, da seguinte forma: num primeiro momento, o liberalismo clássico, caracterizado pelo respeito aos direitos de primeira dimensão, onde tínhamos um Estado das "prestações negativas", e a propriedade era absoluta. Como segundo estágio, o Estado aparece como responsável pelas "prestações positivas", num contexto de segunda dimensão dos direitos fundamentais, baseado na função social da propriedade, típica do Estado Social; e, por fim, essa nova função social da propriedade,

1 DUGUIT, Léon. **Las transformaciones Generales Del Derecho Privado**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

num contexto de terceira dimensão dos direitos fundamentais, surge ligada à idéia da qualidade de vida, tendo fundamento a solidariedade, do que seja exemplo a necessidade de respeitar o meio ambiente.

O processo constitucional brasileiro recebeu influência desses modelos de Estado, de forma que podemos verificar variações ao longo das Constituições brasileiras, deste a de 1824 até a de 1988.

È de ressaltar que, no Brasil, o constitucionalismo econômico foi implantado com a Constituição de 1934, de inspiração na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919, que abandonaram a concepção da liberal-democracia (calcada no capitalismo científico), para instituírem a social-democracia, que expressa visão conjunta e justiceira do homem e da sociedade pelo reconhecimento e proteção dos direitos individuais, enquanto estes não se chocarem com os interesses maiores e supremos da coletividade, que são comuns a todos os indivíduos.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, como direito e garantia individual, a propriedade; porém aduz que deverá atender a sua função social. Assim, instituiu a harmonia entre dois princípios, os quais vamos abordar: a propriedade privada e a função social da propriedade[2].

No mesmo sentido, a regulação da atividade econômica determinada pelo Constituinte pátrio visa a fixar o ponto intermediário entre o uso ilimitado da propriedade (liberalismo econômico) e o coletivo (socialismo econômico).

Para melhor compreensão, faremos um exame do ordenamento jurídico pátrio. De início, trataremos do percurso histórico da propriedade no contexto das Constituições brasileiras.

Mais adiante, destacaremos a superioridade do princípio da função social da propriedade sobre o da propriedade privada, de modo que o exercício desse direito não pode ser egoístico, de forma improdutiva e em afronte à dignidade da pessoa humana.

Logo em seguida, faremos uma análise histórica das formas de uso e apropriação dos recursos minerais, considerando-lhes a importância para a atividade econômica do país, como fator decisivo nas discussões em torno da propriedade privada e da função social da propriedade.

2 Nosso entendimento é de que esses dois princípios possuem *status* de cláusula pétrea e não podem ser abolidos através de Emenda à Constituição (cf. art. 60, § 4.º, IV, da CF/88).

Por fim, todos os dados serão enfatizados sob o ponto de vista jurídico-formal.

2 PERCURSO HISTÓRICO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E A PROPRIEDADE

O direito à propriedade privada sempre fez parte do histórico das Constituições brasileiras, a começar do período imperial, com a Constituição de 1824, que garantiu o direito de propriedade em toda a sua plenitude (art. 179, XXII)[3].

Esse modelo constitucional esteve vinculado aos valores liberais da não-interferência nas relações individuais e da restrição das atividades estatais ao plano da manutenção da ordem pública e da gestão dos negócios públicos.

A primeira Constituição da República, elaborada em 1891, manteve o regime da propriedade privada absoluta (art. 72, § 17), preconizado pelo individualismo liberal e burguês da Carta anterior[4].

Admitia, porém, limitações à exploração das minas, cuja propriedade pertencia ao proprietário do solo.

Importante inovação veio com a Constituição de 1934, ao estabelecer que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo (art. 113, § 17)[5].

A motivação se baseava nas próprias contradições sociais e econômicas

3 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 Império, pela maneira seguinte. XXII. É 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 ele previamente indenizado do valor dela. A Lei marcará os casos, em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização.

4 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. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

5 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 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.

geradas pelo liberalismo[6], por isso o constitucionalismo passou a assumir os valores do Estado social, entendido como aquele que não apenas promove direitos e garantias, mas atua como elemento regulador da atividade econômica.

A Constituição de 1934 foi a primeira a consignar princípios e normas sobre a ordem econômica, criando, ineditamente, um título referente à "ordem econômica e social". Houve duas principais causas determinantes dos novos direitos sociais, no mundo ocidental: a crise econômica da guerra, que exigiu o conhecimento de problemas que não mais poderiam ser descurados, nem sequer situados em nível secundário, e a Revolução Russa, que simbolizou uma "experiência ameaçadora", impondo à consciência democrática uma transformação das liberdades individuais, para que, sem quebra de sua concepção substancial, se reconhecessem os novos direitos.

Essa Constituição, no art. 115, pela primeira vez, deu à liberdade econômica o status de princípio constitucional, mas o fez delimitando-lhe o exercício, e não de forma incondicionada, respeitados "os princípios da justiça social e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna", de maneira que a liberdade econômica apareceu, assim, no ordenamento jurídico brasileiro, intrinsecamente ligada à idéia de que ao Estado é facultado intervir na e sobre a economia, no resguardo de interesses maiores que aqueles dos agentes econômicos, individualmente considerados.

Assim, admitiram-se, expressamente, o dirigismo econômico, com o monopólio de determinadas indústrias e atividades, a proibição da usura, a nacionalização dos bancos de depósito e das empresas de seguro, das minas e demais riquezas do subsolo, das quedas d'água e das empresas jornalísticas (arts. 116 e 117). Tudo isso, influenciado pela crise externa de 1929, que se prolongou por quase toda a década de 30, de fato levou o Estado a intervir na economia, de maneira constante.

Outrossim, não podemos deixar de destacar o fato de a influência da Constituição de Weimar sobre o Constituinte Federal de 1934 ser tão evidente que alguns dispositivos chegavam a constituir cópia fiel daquela Carta alemã[7].

6 O regime da liberdade sem a igualdade implicava em indignidade. Entre desiguais a liberdade aprisiona, mas a lei liberta.

7 Como exemplo disso, podemos tomar o art. 115 da Constituição brasileira e o art. 151 da Constituição alemã. Dizia o *caput* do art. 115 que "a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é

Dentro desse novo contexto ideológico, o direito de propriedade individual continuou garantido. O Constituinte o inseriu no capítulo dos "direitos e garantias individuais". Mas os novos ventos imprimiram, a esse direito, uma configuração diferente. A ideologia implantada após os movimentos inovadores da revolução social pôs, perante o interesse individual, o interesse social ou coletivo, como limitador do direito que até então fora usufruído pelo indivíduo, em toda a sua plenitude.

Do texto da Constituição de 1937[8], foram suprimidos os limites ao direito de propriedade que haviam sido impostos de forma inovadora pela Constituição de 1934, de modo que não fez referência à função social da propriedade (art. 122, § 14)[9].

Quanto ao intervencionismo estatal no domínio econômico, só era admitido excepcionalmente, isto é, para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção, no interesse da nação. Foram mantidas a proibição da usura, a nacionalização das minas, quedas d'água e outras fontes de energia, dos bancos de depósito e empresas de seguro (art. 135).

Essa intervenção do Estado na economia se justificava pelo fato de as indústrias, à época (década de 30), não terem capitais e técnicas suficientes para contornar os problemas econômicos de então, e por isso as disposições econômicas do texto constitucional de 1937 foram elaboradas com base na busca, da parte do Estado, de suprir a atividade econômica privada (a intervenção estatal justificava-se em virtude do contexto econômico da época e da falta de iniciativa particular), a fim de sustentar o próprio sistema econômico, que se vislumbrava incipiente.

Em síntese, a intervenção do Estado na economia podia dar-se mediante o controle (atuação sobre a economia), estímulo (atuação sobre a

garantida a liberdade econômica". Enquanto que o art. 151 da Constituição de Weimar estabelecia que "a vida econômica deve ser organizada em conformidade com os princípios da justiça e com vista a garantir a todos uma existência digna do homem, Nestes limites, a liberdade econômica do indivíduo deve ser respeitada".

8 A Constituição Federal de 1937 era essencialmente autoritária, à semelhança da Constituição polonesa de 1935, outorgada pelo marechal Pilsudsky, e foi redigida pelo jurista Francisco Campos, ligado à Ação Integralista Brasileira. A influência da Constituição polonesa sobre a Constituição brasileira de 1937 foi tamanha que esta acabou ficando conhecida sob o epíteto de "a Polaquinha".

9 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.

economia mediante a utilização de sanções positivas) ou gestão direta (atuação do Estado na economia).

A Constituição de 1946[10] trouxe mudanças consistentes à desapropriação por interesse social e ao uso de propriedade particular, em situações emergenciais, para salvaguardar o bem público (art. 141, § 16)[11].

Essa Constituição previu o dirigismo estatal atribuindo ao Estado o poder de intervir no domínio econômico. No capítulo "da ordem econômica e social", restou consignado que o uso da propriedade seria condicionado ao bem-estar social e que a lei poderia, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos (art. 147).

Importante destacar que, após a vigência da Carta de 1946, ocorreram importantes evoluções econômicas, ou seja, o país estava em desenvolvimento, destacando-se a construção de refinarias de petróleo, com as primeiras medidas para a formação de uma frota petrolífera, além do começo da construção de hidrelétricas.

A Constituição de 1967 manteve a mesma redação da Constituição anterior, não trazendo, pois, nenhuma alteração substancial (art. 150, § 22)[12].

Já no título reservado à ordem econômica e social, houve avanço, no que se refere à linguagem legislativa, quanto ao reconhecimento do princípio da função social da propriedade. Diz o art. 160:

10 Os princípios da democracia, confirmados pelo resultado da 2.ª Guerra Mundial, condenaram definitivamente a Constituição Federal de 1937 e foram responsáveis pela queda do Estado Novo. As Forças Armadas da época, comprometidos quanto à reconstitucionalização do Brasil, acabaram por depor, em 29.10.1945, o presidente Getúlio Vargas. A nova Constituição foi aprovada pela Assembléia Constituinte em 18.09.1946, marcando o início do novo período constitucional. A Carta de 1946 manteve o regime republicano, a federação, o sistema presidencial e, ainda, a intervenção do Estado no domínio econômico-social, tomando por base o modelo consagrado pela Constituição de Weimar de 1919.

11 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.

12 Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Pais a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 22 - 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, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

> Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:
> I – liberdade de iniciativa;
> II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana;
> III – função social da propriedade;
> IV – harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;
> V – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros;
> VI – expansão das oportunidades de emprego produtivo.

Previa-se, ainda, a intervenção no domínio econômico, seja o monopólio de determinada indústria ou atividade e a desapropriação de terras rurais, com pagamento em títulos especiais da dívida agrária.

A bem da verdade, com a Emenda Constitucional n.º 1, de 17.10.1969, adotou-se o princípio da subsidiariedade em relação à autorização de intervenção estatal na economia, ou seja, admitiu-se que a intervenção estatal deveria ser efetuada de modo subsidiário.

A Constituição atual, na parte que trata dos princípios gerais da ordem econômica, estabeleceu o princípio da propriedade privada (art. 170, II), em harmonia com o direito fundamental de propriedade (art. 5.º, XXII). As disposições relativas à propriedade não só constam do núcleo dos direitos fundamentais, como também são princípios estruturantes da atividade econômica.

A propriedade não possui status de direito inviolável, mesmo no trato das relações econômicas, pois está endereçada ao escopo de assegurar a função social, de forma a resultar substancialmente superada a concepção estritamente individualista[13].

13 Em termos de legislação infraconstitucional o Código Civil estabelece que "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" (art. 1.228) e "a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário" (art. 1.231). Importante deixar bem claro que o "direito de propriedade" não se limita em função do direito civil, mas de um complexo de normas administrativas, urbanísticas, empresariais (comerciais) e civis (certamente), sob fundamento das normas constitucionais.

O regime da propriedade privada denota a natureza do sistema econômico, donde decorre a adoção da ideologia da iniciativa privada. O sistema é o da propriedade privada dos meios de produção, o que revela ser basicamente capitalista.

A propriedade privada foi vista como direito absoluto no regime do liberalismo clássico, caracterizado pelo "laissez-faire, laissez-passer". O princípio da propriedade privada servia para proteger o cidadão contra os arreganhos do Estado, ou seja, como limite ao exercício do poder político (DANTAS, 2005, p. 69).

No contexto atual do neoliberalismo, a propriedade privada relativizou-se, pois se trata de direito individual passível de limitação. Na Constituição Federal, encontramos o art. 5.º, XXIII, que prescreve como direito fundamental o de que a propriedade deve atender a sua função social. Trata-se de uma tendência publicista no Direito privado, onde o Estado deixa de lado o interesse individual em prol do interesse público.

A vigente Constituição busca criar, no mínimo, um capitalismo social, se é que isso seja possível, por meio da estruturação de uma ordem econômica intensamente preocupada com a justiça social e a dignidade da pessoa humana.

A ordem econômica deve ser regida não só pelo princípio da propriedade privada, mas também pelo princípio da função social da propriedade (art. 170, III, CF/88).

Para o uso e gozo dos bens e riquezas particulares, o Poder Público impõe normas e limites e, quando o interesse público o exige, intervém na propriedade privada e na ordem econômica, através de atos de império tendentes a satisfazer às exigências coletivas e a reprimir a conduta anti-social da iniciativa particular. O Estado intervém, na propriedade privada, de forma direta ou indireta, mediante quatro institutos (DANTAS, 2005, p. 71):

> - a ocupação compulsória, consistente na utilização transitória, porém compulsória da propriedade pelo Estado, para atender a necessidade pública;
> - a requisição, prevista no art. 5.º, inciso XXV, da CF/88, pela qual o Estado, mediante indenização posterior, se apro-

pria de bens ou serviços, para acudir a uma situação de iminente perigo público;
- a servidão administrativa, que é um ônus exigido à propriedade pelo Estado para realização de obras públicas, visando ordenar socialmente o uso;
- a desapropriação, que se fundamenta genericamente no art. 5.º, inciso XXIV, da CF/88 e tanto se aplica ao imóvel urbano quanto o rural. Consiste na 'alienação' compulsória da propriedade ao Estado, que se preconiza mediante justa e prévia indenização. Nesse caso, o Estado chega a retirar a propriedade privada para dar-lhe uma destinação pública ou de interesse social.

No tocante à atividade econômica, o Estado pode intervir para reprimir o abuso do poder econômico no sentido da dominação dos mercados, da eliminação da concorrência e do aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4.º), denotando que a propriedade dos meios de produção deve atender ao interesse coletivo.

3 DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A função social da propriedade[14] (DANTAS, 2005, p. 72) é "típica do Estado Social surgido do Primeiro Pós-Guerra (1914-1918), onde se obtém um ponto intermediário entre o uso ilimitado da propriedade (liberalismo econômico) e o uso coletivo (socialismo econômico)". Nesse contexto, destacaram-se claramente os textos constitucionais produzidos pela Revolução Mexicana de 1917[15] e pela República de Weimar, em 1919[16], que adotaram a função da

14 Algumas das Constituições que incorporaram o princípio da função social da propriedade: a) a Constituição Alemã de 1949 (incorporou as disposições da Carta de Weimar) – art. 14; b) a Constituição Italiana de 1948 – art. 41; c) a Constituição Mexicana de 1983 – art. 27; d) a Constituição Espanhola de 1978 – arts. 33, 47 e 128.

15 A ordem econômica adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as Constituições passaram a disciplinã-las sistematicamente, o que teve início com a Constituição Mexicana de 1917, que obedeceu às novas diretrizes, face a famosa Revolução Mexicana. Essa Revolução iniciou-se no movimento armado que irrompeu naquele país em 1910 e se prolongou por mais uma década de lutas e desolações. Ideologicamente, a Revolução Mexicana continha em suas formulações influências de um socialismo em velho estilo, de marxismo e, também, de capitalismo, estranha combinação à qual se somam fortes traços da cultura indígena (comunismo primitivo).

16 A queda do Kaiser a 10.11.1918, além da assinatura do armistício, culminou na proclamação da República de Weimar, em julho de 1919 e, ao mesmo tempo, no destronamento de todos os senhores feudais germânicos. Tratava-se, pois, de uma verdadeira revolução germânica, através da qual foi possível o advento da nação alemã, que tentam, inutilmente, desde Lutero e Hutten libertar-se. Uma vez proclamada a República, logo em seguida, foi votada a Constituição de Weimar de 1920.

propriedade como condicionada ao bem da sociedade e, pela primeira vez, um corpo de normas destinado a reger, especificamente, o fato econômico.

A partir de então, cresceu o interesse na regulamentação da economia e na necessidade de amparar novos direitos sociais, entendidos como prestações positivas do Estado.

O direito à propriedade privada, em sua perspectiva de Ordem Econômica, não pode ser exercido egoisticamente, de forma improdutiva e em afronte à dignidade humana, devendo, pois, cumprir sua função social, que também é direito fundamental.

O princípio da propriedade privada foi relativizado, porque os princípios da ordem econômica devem ser canalizados para o seu fim, que é assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Assim, o princípio da função social da propriedade se superpõe ao da propriedade privada.

A atividade econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição econômica brasileira, pois a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução dos fundamentos, fins e valores da ordem econômica.

Diante dos postulados constitucionais da função social da propriedade, o legislador infraconstitucional encarregou-se de regulamentar a matéria. No Código Civil (§ 1.º, do art. 1.228) está estabelecido:

> 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.

A Constituição Federal de 1988 tem muitas outras situações em que o princípio da função social da propriedade deve ser levado em conta. A função social da propriedade condiciona-se também ao respeito ao meio ambiente, com o dever de preservá-lo e defendê-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225[17], da CF/88). A atividade econômica deve pautar-se,

17 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

sobretudo, num modelo de desenvolvimento sustentável, em que a propriedade não pode ser utilizada de forma irresponsável, para não comprometer a própria sobrevivência humana, dos animais, das plantas, v.g.

A política de desenvolvimento urbano, que é executada pelo Poder Público Municipal, impõe que o uso da propriedade urbana atenda às funções sociais da cidade e garanta o bem-estar de seus habitantes (art. 182, § 2.º, da CF/88):

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

Também, no art. 156, § 12, diz que o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade.

A política de reforma agrária determina que será desapropriado o imóvel que não cumprir sua função social (art. 184, caput). Isso significa que o imóvel rural, simultaneamente, deve ser aproveitado de forma racional, adequada, respeitados o meio ambiente e as relações de trabalho (art. 186[18]):

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

É para destacar que a Constituição de 1988 estatui o confisco de

18 A Lei n.º 8.629, de 25.02.1993, regulamenta esse dispositivo constitucional (art. 9.º).

propriedade sem qualquer indenização ao proprietário, quando não atende à função social. Trata-se de hipótese em que a propriedade é utilizada para a cultura ilegal de plantas psicotrópicas (art. 243):

> Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

4 PROPRIEDADE DOS RECURSOS MINERAIS: RECORTE HISTÓRICO

É importante, para compreensão da relação entre o princípio da propriedade privada e da função social, analisarmos a propriedade dos recursos minerais em uma perspectiva histórica.

Os recursos minerais possuem um regime próprio de uso e apropriação. Esse regime tem variado desde a época do Brasil Colônia. A questão da propriedade está ligada à idéia de saber a quem pertence um bem; aqui, portanto, cabe esclarecer a quem pertencem os bens minerais ou recursos minerais.

São quatro os sistemas de uso e apropriação dos recursos minerais: o regaliano; o dominial; o da acessão; e o de concessão (SERRA, 2000).

Antes da promulgação da primeira Constituição brasileira, e em época anterior à transferência da Corte Portuguesa para o Brasil, a intervenção do Estado no econômico era praticada com finalidades muito diferentes das atuais, ou seja, a intervenção em momento algum se dava com vistas ao progresso econômico da Colônia. A fase colonial foi um período marcado pela atuação, por parte da metrópole, de uma política eminentemente fiscalista, ou seja, a Coroa buscava a utilização de uma soberania para efeitos fiscais, impondo à Colônia o pagamento de impostos que lhe garantissem o abastecimento dos cofres. Trata-se de uma política fiscalista, que procurava auferir maiores lucros com a exploração da Colônia.

Pois bem, no Brasil Colônia, os recursos minerais pertenciam à Coroa Portuguesa. A exploração era realizada por particulares, que eram obrigados a pagar o quinto, tributo que correspondia a vinte por cento – a quinta parte – da produção. Era o chamado sistema regaliano. Segundo Serra (2000, p. 35), a "regalia surgiu na Idade Média como um direito de propriedade do subsolo pertencente ao príncipe, como atributo da soberania". No sistema regaliano, portanto, havia fusão do patrimônio da Coroa com o patrimônio do Estado.

Após a independência, passou a vigorar o sistema dominial. Esse sistema teve início no momento em que o Brasil passou a seguir a legislação portuguesa, 1823. Assim, os recursos minerais deixaram de pertencer exclusivamente à Coroa, isto é, ao rei, e passaram a pertencer ao Estado em si. A Constituição Imperial, de 22 de abril de 1824, em seu Título 8.º – destinado aos direitos civis e políticos – dispunha, no art. 179, XXII, que "é 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 ele previamente indenizado do valor dela. A Lei marcará os casos, em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização"[19]. Da leitura do dispositivo da Constituição Imperial, infere-se que a propriedade dos recursos minerais não foi contemplada. Daí que o sistema dominial continuou a ser utilizado.

Apesar da diferença entre o sistema regaliano e o sistema dominial, quanto à pertença dos recursos minerais (ao rei ou ao Estado), na prática os dois sistemas produziam os mesmos efeitos, uma vez que ambos vedavam a propriedade dos recursos minerais aos particulares.

Inovação, realmente, houve com a promulgação da Constituição de 1891, a primeira Constituição republicana. Com a separação da propriedade do solo e do subsolo, foi criado o sistema da acessão: o subsolo era considerado acessório do solo. A Constituição de 1891, no Título IV (Dos cidadãos brasileiros), Seção II (Declaração de direitos), dispõe no art. 72, § 17:

> 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:

19 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 dez. 2005.

> § 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria[20].

As minas, portanto, com a Carta Magna de 1891, passaram para o domínio privado. O proprietário do solo era legítimo proprietário dos recursos minerais encontrados na superfície e no subsolo. O sistema da acessão vigorou até a vigência da Constituição de 1934.

A Constituição de 1934 instituiu o sistema da concessão no Brasil. A propriedade do subsolo e dos recursos minerais não mais pertencia ao proprietário do solo, isto é, o subsolo não era mais simplesmente acessório do solo. A disciplina da propriedade dos recursos minerais, na Constituição de 1934, foi inserida no Título VIII (Da ordem econômica e social), cujos arts. 118 e 119 traziam os seguintes dizeres:

> Art 118 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.
> Art 119 - O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.
> § 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou co-participação nos lucros.
> § 2º - O aproveitamento de energia hidráulica, de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário, independe de autorização ou concessão.
> § 3º - Satisfeitas as condições estabelecidas em lei, entre as quais a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer, dentro dos respectivos territórios, a atribuição constante deste artigo.
> § 4º - A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia

20 Disponível em:<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 dez. 2005.

> hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País.
> § 5º - A União, nos casos prescritos em lei e tendo em vista o interesse da
> coletividade, auxiliará os Estados no estudo e aparelhamento das estâncias mineromedicinais ou termomedicinais.
> § 6º - Não depende de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente na data desta Constituição, e, sob esta mesma ressalva, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa[21].

A Lei Fundamental de 1934 apresentava uma redação bastante nacionalista (§ 1.º do art. 119) e, embora o sistema da acessão houvesse sido extinto, o proprietário do solo foi premiado com a preferência na exploração e participação nos lucros. O direito adquirido dos antigos proprietários de recursos minerais foi respeitado nos casos em que já havia exploração das minas (§ 6.º do art. 119).

O respeito ao direito adquirido dos antigos proprietários de recursos naturais foi reafirmado com a edição do Código de Minas de 1934 (Decreto n.º 24.642, de 10 de julho). Aqueles que exploravam recursos minerais agora eram concessionários do Poder Público, uma vez que deviam obter a concessão das autorizações e concessões do órgão responsável, qual seja, o Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM.

A justificativa para a nacionalização dos recursos minerais se dava em função de três fatores: 1) a forma da intervenção do Estado na economia, regulando a atividade mineradora e, assim, garantindo-lhe o aproveitamento e a propriedade dos recursos minerais para a nação, através do controle do poder estatal; 2) a nacionalização associada ao regime de concessão, medida considerada mais aconselhável e racional que a exploração direta pela União, não se chocava com os interesses da empresa privada; 3) o favorecimento do capital privado nacional, para o qual se fazia necessária uma orientação protecionista que evitasse a concorrência internacional nos momentos iniciais. As demais Constituições brasileiras adotaram o regime da concessão. As divergências entre os textos constitucionais, após 1934,

21 Disponível em:<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 dez. 2005.

apenas dizem respeito às pessoas que podem ou não ser concessionárias.

A Constituição de 1937 seguiu o texto constitucional anterior, mas adicionou-lhe a previsão da nacionalização das indústrias estratégicas, isto é, aquelas consideradas básicas ou essenciais à economia e à defesa do país. Os arts. 143 e 144 tratavam da questão na Constituição de 1937:

> Art 143 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização federal.
> § 1º - A autorização só poderá ser concedida a brasileiros, ou empresas constituídas por acionistas brasileiros, reservada ao proprietário preferência na exploração, ou participação nos lucros.
> § 2º - O aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário independe de autorização.
> § 3º - Satisfeitas as condições estabelecidas em lei entre elas a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer dentro dos respectivos territórios, a atribuição constante deste artigo.
> § 4º - Independe de autorização o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente na data desta Constituição, assim como, nas mesmas condições, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa.
> Art 144 - A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia assim como das indústrias consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar da Nação[22].

O sistema da concessão foi mantido na Constituição de 1946, que, no entanto, não fez nenhuma observação sobre a participação exclusiva de brasileiros, na qualidade de acionistas de empresas concessionárias, em seu art. 153, cuja redação transcrevemos:

22 Disponível em:<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 dez. 2005.

> Art 153 - O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal na forma da lei.
> § 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País, assegurada ao proprietário do solo preferência para a exploração. Os direitos de preferência do proprietário do solo, quanto às minas e jazidas, serão regulados de acordo com a natureza delas.
> § 2º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida.
> § 3º - Satisfeitas as condições exigidas pela lei, entre as quais a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer nos seus territórios a atribuição constante deste artigo.
> § 4º - A União, nos casos de interesse geral indicados em lei, auxiliará os Estados nos estudos referentes às águas termominerais de aplicação medicinal e no aparelhamento das estâncias destinadas ao uso delas[23].

Modificações ainda foram instituídas com as Constituições posteriores. A Constituição de 1967 eliminou a preferência do proprietário do solo na exploração, isto é, na obtenção da concessão. Entretanto, ficou assegurada, ao proprietário, a participação nos resultados da lavra, salvo naquelas que constituem monopólio da União, cabendo, neste caso, ao proprietário, apenas indenização (art. 161).

De acordo com a Constituição Federal de 1988[24] (art. 22, IX), os recursos minerais são bens da União. Em sua redação original, a CF/1988 vedou a participação do capital estrangeiro na exploração mineral (§ 1.º do art. 176). Todas as outras características do regime imediatamente anterior foram mantidas, como pode ser observado na leitura do art. 176:

> Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem pro-

23 Disponível em:<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 dez. 2005.

24 Em reforço a previsão constitucional, prescreve o art. 1.230, do Código Civil: "a propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais".

> priedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.
> § 1.º - A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.
> § 2º - É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.
> § 3º - A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.
> § 4º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

A restrição ao capital estrangeiro, entretanto, teve vida efêmera. A Emenda Constitucional n.º 6, de 15 de agosto de 1995, alterou a redação do § 1.º do art. 176. O novo texto do dispositivo passou a ser o seguinte:

> A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

Desde que a empresa que explore recursos minerais seja constituída de acordo com as leis brasileiras, e tenha sede no território brasileiro, não há restrição alguma em relação ao capital estrangeiro. A exploração (incluindo-se aí a industrialização, a importação e exportação, o transporte marítimo ou por meio de dutos) de petróleo, gás natural e de qualquer ou-

tro hidrocarboneto fluido constitui monopólio da União, que pode terceirizar alguns desses serviços a empresas nacionais ou estrangeiras (art. 177, I-IV, e §§ 1.º e 2.º, CF/1988). Já "a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados" (inc. V do art. 177, e § 3.º, CF/1988) constituem monopólio da União, sendo vedada a terceirização desses serviços.

Quanto àquele que explora recursos minerais, o Constituinte previu-lhe a obrigação de recuperar o meio ambiente degradado, o que denota a adoção do princípio da função social da propriedade (art. 225, § 2.º).

5 CONCLUSÃO

Em razão das pesquisas efetuadas, percebemos a importância do tema para o Direito Constitucional Econômico. O assunto envolve uma discussão que se inicia no capítulo da Constituição que trata dos direitos e garantias individuais, e termina na parte que cuida dos princípios da atividade econômica.

O direito à propriedade sempre fez parte do histórico das Constituições brasileiras, destacando-se a atual, que fixou a função social da propriedade como direito fundamental e princípio da atividade econômica. O direito à propriedade privada não é mais ilimitado, como era no liberalismo clássico.

A Constituição Federal visa a harmonizar o uso da propriedade, para que atenda à função social, v.g., respeitado o meio ambiente, às regras estabelecidas para o desenvolvimento urbano, constantes no plano diretor, à política agrária, ao Código Civil.

O contexto atual é o de relativização do direito de propriedade. Trata-se de uma tendência publicista, em que o Estado deixa de lado o interesse individual, em prol do interesse público.

Todos os princípios da ordem econômica devem ser canalizados para o seu fim, que é assegurar, a todos, uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A propriedade dos recursos minerais não é absoluta, devendo, portanto, atender à sua função social, principalmente respeitando o meio ambiente.

Os Estados sociais-liberais (ou neoliberais), conquanto reconheçam e assegurem a propriedade privada, condicionam o uso dessa mesma propriedade ao bem-estar social. A importância dessa coordenação está justamente no fato de que a exigência da função social não pode negar a propriedade privada, que vem de igual modo garantida constitucionalmente. A propriedade privada, em termos constitucionais vem garantida ao particular, como tal; o que muda é o fundamento da atribuição da garantia, sendo tornada determinante, para a consideração do legislador, a relação da posição do particular com sua dependência a um organismo social, ou seja, sua interdependência social.

Fundamentalmente, então, não se garante a propriedade privada porque é privada, ou porque é direito subjetivo natural; protege-se sua gestão pela iniciativa privada, porquanto atende ao interesse geral da sociedade, num sistema capitalista (CF, art. 1.º, IV), ocorrendo de forma excepcional a apropriação e a gestação da atividade econômica pelo Poder Público (CF, art. 173, caput). Contudo, a partir do momento em que a atividade do particular não corresponda à satisfação do interesse social, ainda sendo propriedade privada e garantida constitucionalmente, esta expõe-se à exploração pelo sistema jurídico, o que decorre da atuação do legislador, do administrador ou do juiz, dependendo do tipo de ofensa e da necessidade coletiva.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Dean Fábio Bueno de. **Direito Constitucional Econômico**: elementos para um direito econômico brasileiro da alteridade. São Paulo: Juruá: 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. Função Social da Propriedade. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 25-26, p. 67-81, jan./dez. 1986.

BASTOS, Wallace de Oliveira. **Direito econômio-constitucional**: a intervenção do Estado: eficácia e efetividade das normas de controle. São José do Rio Preto: Meio jurídico, 2002.

BUENO, Bartolomeu. A Função Social da Propriedade Rural e Urbana. **Justilex,** v. 4, n. 45, p. 24-25, set. 2005.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico**: globalização & constitucionalismo. Curitiba: Juruá, 2005.

DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da função social. **Revista de Direito Ambiental**, v. 7, n. 27, p. 58-69, jul./set. 2002.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. A Função Social da Propriedade. **Revista de Direito Público,** v. 14, n. 55/56, p. 308-320, jul./dez. 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A Propriedade no Direito Ambiental**: a dimensão ambiental da função social da propriedade. Rio de Janeiro: Adcoas, 2004.

GAMA, Lídia Elizabeth Penaloza Jaramillo**.** Princípio da Função Social e Ambiental da Propriedade. **Consulex: revista jurídica**, v. 9, n. 195, p. 58-62, fev. 2005.

GOMES, Orlando. A Função Social da Propriedade. **Boletim da Faculdade de Direito**/Universidade de Coimbra, estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correira, n.nesp. 2afc, p. 423-437, 1986.

LEAL, Rogério Gesta. **A Função Social da Propriedade e da cidade no Brasil**: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Edunisc, 1998.

MANNRICH, Nelson. **Consolidações das Leis do Trabalho, legislação trabalhista e previdenciária, Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito Constitucional Econômico. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, v. 5, n. 18, p. 229-237, jan./mar. 1997.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. **Posse e Propriedade**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2000.

REALE, Miguel. **Novo Código Civil Brasileiro**: estudo comparativo com o código civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIBEIRO, Fernando J. Armando. O Princípio da Função Social da Propriedade e a compreensão, constitucionalmente adequada do conceito de propriedade. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, n. 7, p. 87-106, 2000.

ROCHA, José de Albuquerque**.** Novas Reflexões sobre a Função Social da Propriedade. **Gênesis**: **Revista de Direito Processual Civil,** v. 5, n. 18, p. 711-722, dez. 2000.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função Social da Propriedade Pública**. São Paulo: Malheiros, 2005.

RUSSOMANO, Rosah. Função Social da Propriedade. **Revista de Direito Público**, v. 18, n. 75, p. 263-268, jul./set. 1985.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito Constitucional Econômico**: estado e normalização da economia. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2000.

SERRA, Silvia Helena. **Direitos Minerários**: formação, condicionamento e extinção. São Paulo: Signus, 2000.

SILVA, Antônio Aécio Bandeira da. **O princípio constitucional da função social da propriedade**: teoria e prática. Dissertação de mestrado em Ciências Jurídicas. João Pessoa: UFPB, 2003.

SILVA NETO, Manoel Jorge E. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. O Direito Econômico no Discurso Constitucional. **Revista Brasileiro de Estudo Políticos**, n. 60/61, p. 271-319, jan./jul. 1985.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003.

TOLEDO, Gastão Alves de. **O Direito Constitucional Econômico e sua Eficácia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.