

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 33 • nº 132

outubro/dezembro – 1996

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

A função social da propriedade e sua repercussão na propriedade urbana

KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA

SUMÁRIO

1. Introdução ao tema. 2. O direito de propriedade no mundo em evolução. 3. A propriedade e sua função social. 4. O direito de propriedade no Brasil: a visão civilista e a visão constitucional. 5. A propriedade urbana 5.1. A função social da propriedade urbana e a desapropriação. 5.2. O plano diretor e seus efeitos sobre o direito de propriedade 5.3. A separação entre o direito de propriedade do solo e o direito de construir. 6. A função social da propriedade e o Poder Judiciário. 7. Considerações finais.

1. Introdução ao tema

O presente trabalho visa abordar o direito de propriedade, considerando-o dentro do direito urbanístico. A evolução da visão acerca da propriedade privada, desde a noção de direito absoluto até a sua função social, também encontra ressonância ao estudarmos esse direito no que pertine às cidades e não só ao campo, como costumeiramente se ocupam os jornais e revistas desse país.

Para tanto, é imprescindível a compreensão do significado contemporâneo do direito de propriedade e o significado da função social consagrada constitucionalmente, para que possamos captar como se opera tal direito no contexto do direito urbanístico.

Não nos ocuparemos em analisar as características que os doutrinadores atribuem à propriedade, tais como seus atributos de caráter absoluto, perpétuo e exclusivo, salvo quando essenciais para alcançar o objetivo desse trabalho, qual seja estudar o direito de propriedade na *urbs*.

Não podemos deixar de ressaltar a dificuldade de tratar de um tema tão cotidiana-

namente abordado por nossos doutrinadores, mas que incita, tanto hoje como sempre, tantas divergências e tantas paixões, havendo inclusive teorias que sequer admitem a propriedade como direito fundamental, como, por exemplo, a marxista, para quem a propriedade privada é, mais que qualquer outra coisa, um instrumento de subjugação e opressão.

2. O direito de propriedade no mundo em evolução

A propriedade, enquanto direito, foi difundida para o mundo com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que a definia como direito inviolável e sagrado (art. 17), bem em consonância com as necessidades da época, que pressentia de uma propriedade sem vínculos, conforme a noção explicitada por Savigny, segundo o qual a propriedade constituía “o domínio irrestrito e exclusivo de uma pessoa sobre uma coisa”.¹

Discorrendo sobre os vínculos concepcionais entre propriedade e liberdade, o alemão Ernst Benda relatou :

“A liberdade econômica alcançada com a extinção das corporações e restrições às atividades empresariais só era realizável mediante uma ordem da propriedade móvel e não-condicionada. E aqui, mesmo no isolamento da garantia da propriedade, vamos encontrar o vínculo entre liberdade e propriedade, que alcançava, todavia, apenas a propriedade material, ou seja, as coisas móveis ou imóveis. Isso correspondia plenamente à então dominante constituição social agrário-burguesa. Tratava-se da propriedade da burguesia para quem a propriedade significava sua liberdade. Para os que não possuíam propriedade – principalmente para a classe trabalhadora em surgimento – para estes, esta disposição interativa entre propriedade e liberdade parecia duvidosa.

Demorou bastante até que se afirmasse a constatação de que a propriedade

¹ A presente citação de Savigny foi extraída da palestra de abertura do II Congresso Internacional da Sociedade de Estudos Jurídicos Brasil-Alemanha, São Paulo, setembro de 1986. O palestrante, Ernst Benda, foi Presidente da Corte Constitucional da Alemanha e é professor de Direito Público da Universidade de Freiburg.

também pode significar falta de liberdade”².

Vê-se, pois, que, assim como os vínculos entre propriedade e liberdade foram pertinentes a épocas próprias, o conceito de propriedade esteve nitidamente vinculado aos condicionamentos econômicos. Antes, por exemplo, a propriedade material constituía a base fundamental da noção econômica de propriedade, enquanto hoje, na era industrial, é apenas uma forma, entre outras (direitos reais, direito de obrigações), de acumulação do patrimônio.

No prisma acima aludido, caminhou bem a Constituição brasileira no reconhecimento do elo propriedade-atividade econômica, ao inserir a propriedade privada entre um dos princípios da ordem econômica, consoante o art. 170.

3. A propriedade e sua função social

A partir da superação da propriedade desvinculada, surge a noção de uma propriedade com função social, o que levou a uma série de polêmicas, tais como: seria a propriedade, em si mesma, uma função social? A função social constituiria uma característica tão intrinsecamente condicionante ao ponto de configurar uma *conditio juris*?³

Para o autor espanhol Jose Castan Tobeñas, a expressão função social possui conteúdo amplo e vago, o que explica sua acolhida tanto pelos positivistas como pelos naturalistas, e,

² A palestra do eminente Professor alemão foi publicada na Revista dos Tribunais, ano 1, outubro a dezembro de 1992, nos Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.

Na conferência aludida, Ernst Benda cita a apaixonada citação de Jhering contra o conceito de propriedade individualista : “Quando for reconhecida à verdade a vitória no mundo, então virá a era em que a propriedade se investirá em uma outra forma que hoje, na qual a sociedade reconhecerá tão pouco o pretensão direito do proprietário de acumular os bens deste mundo na quantidade que lhe aprovar, como o direito do pai romano de dispor sobre a vida de seus filhos, o direito de desafio e o assalto de estradas dos cavaleiros medievais, como o direito corporativo da Idade Média”.

³ ENNECCERUS apud CASTAN TOBEÑAS. *La propiedad y sus problemas actuales*. Madrid : Instituto Editorial Reus, 1963. p. 117, que chama “conditio juris a “*un acontecimiento futuro e incierto del que depende la eficacia del negocio según su naturaleza, su objeto o una especial disposición del Derecho*”.

embora defenda o autor que a propriedade deve servir não somente para assegurar a hegemonia do proprietário como para a realização de seus fins, de modo que o direito de propriedade de um grupo não impeça a propriedade dos demais, defende que a função social não é uma condição em seu sentido técnico, apesar da interpretação do que seja “um direito condicionado a sua função social” merecer esclarecimentos atrelados aos princípios da Lei Fundamental.⁴

Ocorre que, sendo a propriedade privada um direito subjetivo constitucionalmente garantido, há de se concluir que a antiga característica de direito absoluto, na qual o proprietário poderia livremente usar e dispor ao seu prazer individual, já não mais pode prevalecer, vez que, ao impor direitos, a ordem jurídica também impõe deveres; portanto, o proprietário, seja urbano, seja rural, tem o direito de dispor de sua propriedade desde que atendendo a sua função social.

A Professora Magnólia Guerra já tratara do tema, entendendo que tal correspondência entre direitos e deveres era inerente à essência do direito, constituindo a bilateralidade atributiva.⁵

Ressalte-se, nesse tocante, que a Lei Fundamental Alemã estatui, em seu artigo 14, que “a propriedade obriga. Seu uso deverá, ao mesmo tempo, servir ao bem da coletividade”, reafirmando a moderna teoria da propriedade atrelada ao princípio jurídico de que “todo direito corresponde a um dever”.

Para o jurista pátrio José Afonso da Silva, o princípio da funcionalização da propriedade é um processo longo e não é uma limitação da propriedade, visto que esta diz respeito ao exercício do direito, e aquela, à função social, interferindo, pois, com a própria estrutura do direito. Alega ainda o citado professor que a função social da propriedade modifica-se com as mudanças na relação de produção. Em suas palavras, continua o mestre :

“E toda vez que isso ocorreu, houve transformação na estrutura interna do conceito de propriedade, surgindo nova concepção sobre ela, de tal sorte que, ao

⁴ A discussão levantada foi extraída da obra supracitada.

⁵ Extraído do texto “Direito de propriedade”, de autoria da Professora de Direito Urbanístico do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará.

estabelecer expressamente que a *propriedade atenderá a sua função social*, mas especialmente quando a reputou princípio da ordem econômica (art. 170, II e III), a Constituição não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus relativamente à propriedade privada, mas adotando um princípio de transformação da propriedade capitalista, sem socializá-la, um princípio que condiciona a propriedade como um todo, não apenas seu exercício, possibilitando, em geral ou com certos tipos de propriedade, seu uso, gozo e disposição”.⁶

4. O direito de propriedade no Brasil: a visão civilista e a visão constitucional

Em primeiro lugar, importa acentuar que o direito de propriedade tem caráter primordialmente constitucional, estando inserido no Título II, que trata Dos Direitos e Garantias Fundamentais, artigo 5º, inciso XXII : “é garantido o direito de propriedade”, combinado com o inciso XXIII : “a propriedade atenderá a sua função social”, motivo pelo qual não se pode concebê-la como um regime jurídico meramente subordinado ao direito civil.

A antiga dicotomia que aceitava a propriedade ora como direito civil subjetivo, ora como direito público subjetivo já não pode prosperar se entendermos a função social da propriedade como um “princípio ordenador da propriedade privada”, que impõe novo conteúdo ao direito de propriedade.⁷

Enquanto nosso Código Civil adotou a concepção clássica de propriedade, herança do direito romano, nossa Constituição adotou a concepção contemporânea, consentânea com a evolução da nossa sociedade atual.

A propriedade já não é mais um direito absoluto e desvinculado, afirmação que serve para a propriedade agrária, urbana e inclusive para a propriedade dos meios de produção, que também estão sujeitas às limitações estatais e sociais, econômicas e fiscais, civis e trabalhistas.

A propriedade deve servir ao bem geral; portanto, não só os direitos daí inerentes como

⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 65-66.

⁷ *Ibidem*.

os deveres devem ser adequados para o alcance do equilíbrio na coletividade.

Segundo o supracitado Ernst Benda, “a garantia constitucional da propriedade tem, por fim, também uma função de distribuição de poderes que caracterizam um estado de direito”,⁸o que implica dizer que sua concentração exacerbada pode prejudicar a comunidade, causando-lhe a restrição de bens socialmente relevantes. A função da distribuição de poderes, todavia, só pode ser alcançada quando todos, ou pelo menos muitos, tenham acesso real à aquisição da propriedade.

5. A propriedade urbana

5.1. A função social da propriedade urbana e a desapropriação

Com o crescimento das cidades e sua predominância nas áreas culturais, políticas e de desenvolvimento, surgiram preocupações concretas com a política urbana. É que as cidades, por aglomerarem um número maior de pessoas que o campo, necessitam, ainda com mais veemência, de um planejamento, de uma ordenação que venha a favorecer o bem-estar de seus cidadãos.

Infelizmente, os grandes centros urbanos de nosso país crescerem de maneira desordenada, criando situações de difíceis, mas não impossíveis, reversões, a exemplo do que ocorre no tumultuadíssimo centro da cidade de São Paulo, com prédios imponentes, construídos sem que se respeitasse a preservação do meio ambiente ou mínimas noções de ventilação, para não falar no congestionamento permanente no trânsito nessa e em praticamente todas as capitais do Brasil.

A questão da função social da propriedade, diante do acima exposto, torna-se ainda mais grave, vez que precisamos harmonizar a convivência das pessoas nos centros urbanos, o que significa soluções enérgicas visando à proteção das pessoas individuais, bem como o bom desenvolvimento dos negócios realizados pelas pessoas jurídicas.

Nesse tocante, é bom lembrar a imprescindível e efetiva participação da Administração Pública para regular a atividade urbanística, visto que essa atividade é função da Administração.

A Constituição Federal insere, de maneira expressa, a *propriedade urbana*, no artigo 21, inciso XX, e 182, aclarando que a política urbana tem por objetivo *ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes*. Para isso, fala a *Lex Magna* do *plano diretor*, aprovado pelo Legislativo municipal e obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes, que serviria como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

Significa dizer que a cidade possui funções sociais a desenvolver, o que apenas serve para reafirmar que qualquer propriedade assentada nessa cidade há de possuir, por consequência, uma função social que venha a compatibilizar com as próprias funções da cidade, tais como, um meio ambiente ecologicamente equilibrado, vias de acesso e trânsito razoáveis, edificações ventiladas e com distâncias mínimas, garantias de habitação, recreação e trabalho, entre outras que assegurem uma boa convivência entre os cidadãos.

Por outro lado, a Constituição vincula o cumprimento da função social da propriedade ao atendimento das exigências constantes no plano diretor, consoante § 2º do artigo 182, facultando ao Poder municipal, nos termos de lei federal, *exigir do proprietário do solo não edificado, subutilizado ou não utilizado, a promoção de seu adequado aproveitamento*, desde que, mediante, evidentemente, lei específica para a área incluída no plano diretor.

A exigência supra-referida, feita pelo Poder municipal ao proprietário omissivo na utilização de seu imóvel, tem o intuito de garantir a função social inerente ao direito de propriedade, podendo levar à aplicação de penas sucessivas, correspondentes a: I – parcelamento ou edificações compulsórias; II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III – desapropriação.

No que concerne ao parcelamento ou edificação compulsórias, a matéria carece de melhor disciplinamento, vez que lei federal irá estabelecer as regras sobre a aplicação dessas penas, cabendo ao município estabelecer as regras específicas para a efetividade das sanções. Quanto ao imposto progressivo, é importante observar que não se trata da progressividade aplicada aos impostos para a arrecadação tributária, e sim como sanção, objetivando coibir comportamentos contrários aos valores urbanísticos.

⁸ Cf. autor e obra citados, p. 248.

Quanto à previsão de desapropriação, concordamos com o entendimento do Professor José Afonso da Silva,⁹ em que a propriedade urbana pode ser desapropriada como qualquer outro bem privado, sendo que existem para ela dois tipos de desapropriação: uma prevista no art. 5º, XXIV, que trata da desapropriação por utilidade ou necessidade pública, ou por interesse social e a prevista no art. 182, § 3º (desapropriação mediante prévia e justa indenização em dinheiro); o outro tipo é a desapropriação-sanção (art. 182, § 4º da CF), originada pelo descumprimento de sua função social, ocasionando a substituição da indenização em dinheiro por indenização mediante títulos da dívida pública, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas iguais e sucessivas, o que importa dizer que, embora fique assegurado o valor real da indenização e os juros, não haverá o pagamento prévio, o que torna tal indenização, no mínimo, indesejável para o proprietário.

Ressalte-se que a propriedade também possui sua *vinculação situacional*, o que pode ocorrer tanto no caso de o plano diretor configurar certo terreno como de condição especial, como quando o planejamento estipulado para uma determinada área acabar por modificar a situação do terreno.

5.2. O plano diretor e seus efeitos sobre o direito de propriedade

Já ressaltamos várias vezes a vinculação estabelecida constitucionalmente entre a propriedade urbana e o plano diretor, realizado pelos municípios; entretanto, o direito de propriedade também condiciona o plano e influencia o seu conteúdo, ou seja, o *direito de propriedade constitui também um limite à discricionariedade de conteúdo do plano*.¹⁰

Segundo o português Fernando Alves Correia¹¹, o direito de propriedade atua como limite à liberdade de plasmação ou de conformação do plano urbanístico, particularmente de duas formas:

a) mediante a garantia da *existência ou da manutenção*, na medida em que os planos diretores ou planos urbanísticos, conforme a

terminologia usada em Portugal, devem respeitar as edificações já existentes à data de sua vigência, só operando para as edificações futuras, não podendo o edifício construído legalmente pelas normas anteriores ser eliminado sem a conseqüente *indenização*;

b) mediante a obrigação da ponderação dos interesses dos proprietários do solo, que devem ser levados em consideração pelos elaboradores do plano. Trata-se do velho direito de ser ouvido, e, embora os proprietários não tenham o poder de exigir que seus interesses sejam expressos no plano diretor, vez que não possuem preferência sobre o interesse público, deve-lhes ser resguardado o direito de ponderar perante os agentes públicos responsáveis.

No Brasil, tais limites ainda não se encontram suficientemente delineados, mesmo porque a doutrina acerca do direito urbanístico é escassa, e até mesmo o conhecimento dos administradores sobre as atividades urbanísticas e o significado e conteúdo do plano diretor é nebuloso até para os seus operadores.

5.3. A separação entre o direito de propriedade do solo e o direito de construir

Finalmente, é proveitoso observar que o direito de propriedade abrange o uso, o gozo e a disposição sobre o qual incide, o que dá ao proprietário, entre outros direitos, o direito de construir, citado nessa conjuntura apenas para demonstrar o quanto o direito de propriedade vem passando por evoluções.

É que o direito de construir ou edificar tem cada vez mais encontrado argumentos doutrinários favoráveis a sua separação do direito de propriedade, até porque o direito de construir é reconhecido por autorização ou concessão administrativas, em face do interesse público presente, e não apenas em função do direito de propriedade do solo pura e simplesmente; ou seja, o direito de construir concerne à possibilidade de edificação em um determinado terreno, direcionado pelo planejamento urbanístico.

Da separação entre o direito de propriedade e o direito de construir, surge, por sua vez, o direito de superfície, que permite a construção em solo de outro proprietário, com tempo e regras previamente fixadas, tratando-se, pois, de um direito real, assim como surge a noção

⁹ SILVA, op. cit. p. 67.

¹⁰ CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 343.

¹¹ Ibidem. p. 299-391.

de solo criado, que seria o direito de edificar ou utilizar área superior aos limites permitidos pelo coeficiente de aproveitamento, legalmente definido.

6. A função social da propriedade e o poder judiciário

Não há dúvida acerca da evolução constitucional legislativa e das modernas construções doutrinárias sobre o dever de o proprietário atender às funções sociais da propriedade para o pleno e legítimo exercício de seu direito de propriedade, mas será que o Judiciário tem acompanhado, na essência, tais transformações ?

Tal análise torna-se necessária na medida em que uma resposta negativa à pergunta supraformulada demonstra não só um entrave jurisprudencial, como também uma dificuldade constitucional; além do que, um instituto novo só fica bem delineado ao passar pelo filtro do Judiciário.

Parece-nos que a evolução legislativa nessa matéria foi superior à evolução jurisprudencial. Pouco se tem conhecimento de decisões que restrinjam a propriedade por não estar sendo-lhe destinada uma função social.

Sabemos que os institutos jurídicos tendem a se fortalecer quando são divulgados e encravados por meio de decisões concretas e não só assegurados em plano abstrato. As leis expressam um conteúdo que se abatece em cada situação em que é exigido, ou seja, a jurisprudência é importantíssima na cristalização de direitos e de expressiva contribuição seria a constância de decisões que viessem a responsabilizar proprietários que utilizem a propriedade em prejuízo da comunidade, com a finalidade, por exemplo, meramente especulativa, enquanto a cidade e seus habitantes têm de conviver com um imóvel que não oferece nenhum tipo de benefício ao interesse público e coletivo.

Os Tribunais italianos e alemães, por exemplo, têm sido de grande contribuição para a fixação e delimitação da vinculação do direito de propriedade. O Tribunal Constitucional Alemão, em sentença proferida em 12-1-67, já determinava a obrigação social da propriedade do solo ao estatuir:

“O facto de o solo ser indispensável

e de não ser multiplicável impede que a sua utilização seja abandonada completamente ao jogo não controlável da livre iniciativa e à vontade do particular; uma ordem social e jurídica justa exige, pelo contrário, que os interesses gerais sejam salientados no caso do solo numa medida mais forte do que nos outros bens econômicos.”¹²

Do exposto, depreende-se que o sentido hermenêutico da visão constitucional do direito de propriedade, no direito pátrio, depende também de ativa jurisprudência, afirmando, nos casos concretos, a impossibilidade de o ordenamento jurídico admitir, na atualidade, a preferência incondicional de interesses particulares sobre os interesses gerais da sociedade.

7. Considerações finais

O objetivo do presente trabalho foi apresentar uma visão geral sobre o direito de propriedade vigente no Brasil de hoje, acentuando os aspectos polêmicos e ressaltando a vinculação do *direito* de propriedade com o *dever* de exercê-lo com função social.

Tal preceito justifica-se sobretudo pelo fato de a propriedade do solo ser escassa e não possuir a característica de, por si só, reproduzir-se, além de ser um instrumento importantíssimo na satisfação das necessidades humanas, seja o solo rural, na produção de alimentos, seja o solo urbano, na realização do direito de moradia.

Do que foi dito, conclui-se que a propriedade urbana, ponto específico da nossa pesquisa, há de atender a sua função social, por obediência ao texto da Lei Suprema, a Constituição Federal, e cabe não só aos legisladores, aos doutrinadores e aos juízes compreenderem e garantirem a eficácia desse preceito, como também cabe à própria sociedade romper com as pilastras do individualismo, pois disso também depende a salvaguarda do almejado Estado Social.

Bibliografia

ABELA, José Manuel Merelo. *Régimen jurídico del suelo y gestión urbanística*. Barcelona : Praxis, 1995.

¹² CORREIA, op. cit. p. 322.

- SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1995.
- _____. Curso de Direito Constitucional Positivo. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.
- BASTOS, Celso. Desapropriação e imissão provisória na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, a. 1, n. 4, p. 6-12.
- SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Direito de propriedade e direito de construir. *Revista dos Tribunais*, a. 2, n. 8. p. 93-100.
- BENDA, Ernst. Função da garantia da propriedade na Constituição moderna. *Revista dos Tribunais*, a. 1, out/dez/ 1992, p.238-249.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra : Almedina, 1993.
- CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra : Almedina, 1989.
- GUERRA, Maria Magnólia Lima. *Direito de propriedade*. Nota de aula publicada no curso de Mestrado da UFC.
- MOTA, Leda Pereira e SPITZCOVSKY, Celso. *Direito Constitucional*. São Paulo : Terra, 1994.
- PIOVEZANE, Pedro de Milanelo. *Elementos de direito urbanístico*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981.
- CASTAN TOBENAS, José. *La propiedad y sus problemas actuales*. 2. ed. Madrid : Instituto Editorial Reus, 1963.