

A Função Social da Propriedade Urbana

Livia Maria Armentano Koenigstein Zago

Procuradora do Município de São Paulo. Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada.

Nunca, mais do que hoje, a clássica dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado está posta em confronto em razão dos interesses que constituem o objetivo e a própria razão de ser da conhecida divisão. O direito de propriedade ou, mais adequadamente, o direito à propriedade expressa, de maneira nítida, a ingerência do público sobre o privado, substituindo a visão individualista dos privatistas clássicos, apoiados na autonomia da vontade, pelo princípio do interesse social, bússola do Direito Público.

A crise de propriedade, questão ingente e crucial, afeta a maioria dos países do mundo e, em especial, o nosso país. Esta questão pode

ser vislumbrada de imediato apenas mediante a singela citação das expressões os "sem-terra" e os "sem teto" e está muito intimamente ligada à crise da propriedade.

A 2ª Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, realizada no ano de 1.996 em Istambul, concentrou suas atenções na urbanização ante o dado alarmante, veiculado pela ONU, de que no ano 2.000 metade da humanidade viverá e trabalhará em cidades e o restante dependerá das cidades para sua sobrevivência econômica.

Pretendeu a Conferência Brasileira Habitat 2 o reconhecimento de dispositivo que garanta ao cidadão o direito à moradia. Foram elencados como pontos principais do plano nacional de ação para a melhoria das condições de vida na cidade, dentre outros: a democratização do Estado, via planejamento e gestão das cidades, reforma agrária, defesa da função social da cidade e da propriedade, habitação, transporte, saneamento e meio ambiente.⁽¹⁾

A informação, dando conta de que 50% da população mundial já vive em cidades e grande parte em péssimas condições, faz ressurgir o importante papel da função social da propriedade urbana, objeto deste estudo, que seguirá o seguinte esquema: 1. Conceito de propriedade; 2. O Direito Constitucional brasileiro; 3. A função social da propriedade; 4. A função social da propriedade urbana; 5. O Estatuto da Cidade; e 6. Considerações Finais.

1. Conceito de propriedade

A propriedade surgiu com caráter coletivo, tribal, muito mais assemelhada à posse do que ao direito de propriedade, como hoje é conhecido. A propriedade individual da terra só apareceu com a fixação do homem na atividade agrícola, que marcou, então, a propriedade familiar, caracterizada por seu caráter religioso e individualista.

Fustel de Coulanges ensina que "a idéia de propriedade privada fazia parte da religião. Cada família tinha o seu lar e os seus antepassados. Esses deuses podiam ser adorados apenas pela família, e só a família protegiam".⁽²⁾

(1) Jornal "O Estado de São Paulo, de 13/05/1.996.

(2) A Cidade Antiga, Ed. Hemus, SP, 1.975 12ª Ed., pág. 49 e seq.

Refere o mesmo autor que “o verdadeiro significado da família é propriedade, que designa o campo, a casa, dinheiro, escravos. A família é ligada ao lar, o lar é ligado à terra”.⁽³⁾

No Direito Romano, com Justiniano, emergiu a propriedade como o direito de usar (“jus utendi”), gozar (“jus fruendi”) e abusar (“jus abutendi”) da coisa, de sorte que se verifica uma vinculação muito íntima entre o sujeito e a coisa.

O senhorio, o proprietário não precisa de ninguém, de nada para exercer seu direito, até porque, no direito de propriedade, não há um sujeito passivo definido, universal, na medida em que o direito de propriedade é direito “erga omnes”. “Res clamat pro domino”, diziam os romanos, para quem a propriedade tinha característica de imediatez, jungindo o direito de posse ao de propriedade como se existisse entre eles um vínculo invisível, mesmo que o proprietário não fizesse uso do bem. Ao titular do direito de propriedade assistia a “plena in re potestas”, vale dizer, o dono tem todos os atributos da propriedade, podendo desfalcá-la até torná-la nua.

Vigorava o corolário de que ao direito de usar, gozar e dispor da coisa, tinha, inversamente, o proprietário, também o direito de não usar, não gozar e não dispor da mesma.

Tal situação perdurou até a Idade Média, quando a propriedade perdeu o caráter unitário que lhe imprimiu o Direito Romano, passando a ser considerada como superposição de direitos sobre o mesmo bem, cada direito com uma natureza, mas com densidade diversa, conforme exercida pelo senhorio direto, pelo enfiteuta, pelo vassalo ou suserano. Assim, o soberano era o proprietário, detentor de um domínio eminente sobre todo o território. A propriedade, desmembrada, atribuía o domínio a diversas pessoas.

Os abusos da propriedade eminente foram combatidos pelos revolucionários franceses de 1.789, que erigiram o direito de propriedade à esfera de direito natural do indivíduo, sagrado e intocável.

(3) Idem supra.

Na época revolucionária, a propriedade equiparava-se à liberdade, ambos direitos naturais invioláveis dos indivíduos, oponível a todos, inclusive contra o Estado.

Vale citar que a Convenção Americana de 1.776 apenou com a morte mera proposição de lei agrária ou limitadora da propriedade territorial.

O artigo 544 do Código Civil Francês proclamou o direito absoluto da propriedade, tomado como padrão pelos demais Códigos, inclusive o nosso, fazendo-se "tabula rasa" de seu condicionamento às leis ou regulamentos.

Já o direito inglês tem, da propriedade, um conceito diverso do poder absoluto conferido ao proprietário sobre a coisa corpórea, já enfatiza na propriedade um conjunto de faculdades, sendo mais compatível, pois, com a compreensão do instituto nas sociedades industriais e em nossos dias.

Augusto Comte lançou os fundamentos da função social, mas foi Leon Duguit quem estruturou a transformação da propriedade, que passou a ser entendida não mais como direito subjetivo, mas como função social, impositiva de deveres, obrigações e ônus.

São de Duguit as seguintes palavras: "todo o indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade uma certa função, em razão direta do lugar que nela ocupa. Ora, o detentor da riqueza, pelo próprio fato de detê-la, pode cumprir uma certa missão que só ele pode cumprir. Somente ele pode aumentar a riqueza geral, assegurar a satisfação das necessidades gerais, fazendo valer o capital que detém. Está, em consequência, socialmente obrigado a cumprir esta missão, e não será socialmente protegido senão se cumpri-la e na medida em que o fizer. A propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário; é a função social do detentor da riqueza".⁽⁴⁾

A função social aparece positivada após a primeira guerra mundial, quando a Constituição de 1.919 de Weimar, Alemanha, firmou o conceito

(4) Les Transformations Générales du Droit Privé Depuis le Code Napoléon, 2^a Ed., 1.920, pág. 158.

de que "A propriedade obriga. Seu uso constituirá, também, um serviço para o bem comum" (Art. 153).

A Carta Magna Italiana de 1.942 reconhece e garante a propriedade pela lei, que determinará os meios de aquisição, de gozo e os limites, a fim de assegurar a acessibilidade da função social a todos.

O atual diploma civil italiano - 1.942 - abandonou o conceito absolutista pelo conceito de plenitude, usando a fórmula de que "a propriedade é o direito de dispor de modo pleno e exclusivo da coisa".

Após a 1ª Guerra Mundial, a função social da propriedade erigiu-se em princípio fundamental de Direito Constitucional.

Houve o ressurgimento do importante papel desempenhado pela Igreja Católica em suas ações pastorais, com fundamento nos ensinamentos de Santo Tomás de Aquino, para quem "Deus destinou os bens a todos os homens e é necessária a partilha tanto para a boa gestão dos bens como para a paz, pois a falta de partilha é fonte de conflitos".

Diversas encíclicas papais proclamam a função social da propriedade como concepção cristã de conduta, traduzindo o direito natural à propriedade como fundamento ou justificativa de sua utilidade social.

Cada vez mais se assiste a um processo de coletivização da propriedade, por intermédio dos novos mecanismos que visam a assegurar e cumprir os interesses e as metas ditadas pela sociedade. Já não se pode falar no direito natural e individual da propriedade, que norteou a filosofia, a política, a economia e o direito após a Revolução Francesa, ante a ocorrência da propriedade sob a forma de corporações, associações e consórcios.

Da mesma forma, quando se fala em propriedade não se deve considerar, apenas, a terra, o imóvel, mas os variados tipos de propriedade, sob as diversas facetas com que se apresenta: móvel ou imaterial, como os direitos marcário, autoral, acionário, societário, de crédito, de consumo, de produção, literária, artística, científica. Ou imóvel, como a propriedade agrícola, industrial, urbana, edilícia, rural. O traço comum a todas elas, sem exceção, é que devem cumprir a função social.

Toda esta diversificação implicou, por certo, na transformação do conceito de propriedade e de tal forma, em razão das exigências da vida moderna e da sua multifacetariedade, que Castán Tobenhas, referido por Angel Sustaeta Elustizia⁽⁵⁾, refere-se à existência de propriedades sem proprietários e de proprietários sem propriedades.

Também Hannah Arendt,⁽⁶⁾ quando discorre sobre a profunda conexão entre o privado e o público, da qual a propriedade representa o nível mais elementar, refere-se a sociedades atuais reais ou potencialmente muito ricas, nas quais ao mesmo tempo não existe propriedade, "porque a riqueza de qualquer um de seus cidadãos consiste em sua participação na renda anual da sociedade como um todo".

Fala-se em crise da propriedade, debilitamento e extinção da propriedade.

No entanto, o que se deverá é encarar cada tipo de propriedade segundo suas conotações e dentro do princípio da função social.

2. O Direito Constitucional brasileiro

As Constituições do Brasil de 1.824 (arts. 22 e 179) e 1.891 (art. 72, § 17) limitaram-se a garantir o pleno direito de propriedade. A Carta de 1.934 (arts. 17, 113 e 118) concedeu a mesma garantia e, pela vez primeira, proibiu o exercício do direito de propriedade contra o interesse social ou coletivo. Esta mesma Constituição transferiu para o patrimônio do Estado as minas e demais riquezas do subsolo e as quedas d'água. A Constituição de 1.937 não inova a respeito.

Os maiores avanços, que se constituíram em verdadeiros pilares históricos, originaram-se da ordem constitucional de 1.946 (arts. 141, § 16, 146, § 16 e 147), que não apenas condicionou a garantia do direito de propriedade ao "exercício em consonância com o bem-estar social", mas introduziu a desapropriação por interesse social e admitiu a edição de lei

(5) Propiedad Y Urbanismo, Madrid, 1.978, pág. 87.

(6) A Condição Humana, Forense Universitária, 7ª Ed, 1.995, pág. 70.

visando à promoção “da justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.

Nos diplomas de 1.967 e 1.969, nos artigos 157 e 160, respectivamente, é utilizada a expressão “função social da propriedade”.

A atual Constituição consigna como um dos princípios gerais da Ordem Econômica e Financeira a função social da propriedade, com o objetivo de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, erigindo à categoria de direitos e garantias fundamentais o direito de propriedade, que atenderá sua função social (artigos 170, III e 5º, XXII e XXIII).

A propriedade, outrossim, não pode se prestar a uso nocivo à coletividade, como é o caso de sua utilização para plantio de plantas psicotrópicas, objeto da prescrição do artigo 243 da Constituição, que dispõe: “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”.

Com relação à propriedade rural, a Constituição Federal de 1988 dispõe que sua função social é cumprida quando atendidos, simultaneamente, os requisitos de aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (artigo 182).

Os parâmetros referidos pela Carta Magna com relação à propriedade rural não foram consignados no tocante à propriedade urbana que, consoante o artigo 186, cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor. Pela análise do § 4º a função social do imóvel urbano deve ser a edificação ou adequada utilização, pena de parcelamento compulsório, imposto e desapropriação chamados de sanção.

3. A função social da propriedade

Muito se falou, até aqui, da função social da propriedade. Mas o que é a função social da propriedade?

Constitui a função social um elemento extrínseco à propriedade, concernente com o seu exercício ou não exercício? É, sob este enfoque, a propriedade, um direito que deve cumprir uma função ou, contrariamente, a propriedade constitui-se na própria função social, não podendo mais ser considerada um direito?

Para Angel Sustaeta Elustizia a função social está ínsita no direito de propriedade. Afirma que "a função social não absorve o conteúdo da propriedade, mas condiciona, estimula e dirige tal direito. Não o anula, pois é princípio do direito espanhol reconhecer a propriedade como fundamento da atividade económica".⁽⁷⁾

Carlos Ari Sundfeld entende que "ao acolher o princípio da função social da propriedade, o Constituinte pretendeu imprimir-lhe uma certa significação pública, pretendeu trazer ao Direito Privado algo até então tido por exclusivo do Direito Público: o condicionamento do poder a uma finalidade. Não se trata de extinguir a propriedade privada, mas de vinculá-la a interesses outros que não os exclusivos do proprietário".⁽⁸⁾

Também Celso Antonio Bandeira de Mello⁽⁹⁾ vê na propriedade um direito que deve cumprir uma função social e não uma mera função social. Se assim fosse, a propriedade só estaria protegida enquanto cumprisse sua natureza de função, o que não acontece, já que a própria Constituição Federal prevê pagamento de indenização na hipótese da chamada desapropriação-sanção para os imóveis que descumprem sua função social.

É o caso do artigo 184 da Magna Carta, que estabelece a competência da União para desapropriar por interesse social, para fins de reforma

(7) *Propiedad Y Urbanismo*, cit., pág. 293.

(8) "A função social da propriedade", in "Temas de Direito Urbanístico, 1., Coordenação de Adilson Abreu Dallari e Lúcia Valle Figueiredo, Ed. RT, SP, 1.987, pág. 10.

(9) *Novos Aspectos da Função Social da Propriedade*, Revista de Direito Público Nº 84, outubro-dezembro de 1.987, pgs.39/41.

agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação de valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos.

Já os imóveis urbanos cumprem sua função social quando atendem às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no Plano Diretor. Se isto não ocorrer, o Poder Público municipal está autorizado a promover, na linha de sucessão estabelecida no § 4º, do artigo 182 da Constituição Federal, a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública, resgatáveis em até dez anos.

Nas duas hipóteses citadas acima está assegurado o pagamento do valor real da indenização.

Celso Ribeiro Bastos⁽¹⁰⁾ insurge-se contra os que viram nas disposições da Constituição Federal de 1.988 a propriedade transformada em mera função, na medida em que inexistente oposição entre o social e o individual, acreditando existir "uma maximização do atingimento dos interesses sociais pelo exercício normal dos direitos individuais". Afirma não existir um regime único da função social, porque "são diversos os domínios sob os quais se exerce a propriedade".

Analisando a questão da função social da propriedade, Eros Roberto Grau afirma a "distinção sensível entre as limitações do exercício do direito de propriedade e as limitações da propriedade", estas, mais amplas e que implicam na própria negação da fórmula de que a propriedade não pode ser "usada de modo contrário à utilidade social".⁽¹¹⁾

Reconhece o emérito professor que a lei, dependendo da hipótese, pode condicionar o exercício da propriedade para que não contrarie a utilidade social, como pode adequar este exercício àquela utilidade. Na realidade, ocorre verdadeira integração entre o público e privado, de sorte que podem ser encontradas, dentre os diversos tipos de propriedade, verdadeiras propriedades e verdadeiras propriedades-função social.

(10) Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 1.989, pág. 191 a 196.

(11) Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 39.

Baseado no artigo 44 da Constituição Italiana, acima já transcrito, Pietro Perlingieri, citado por Eros Roberto Grau, entende que o proprietário foi transformado em proprietário empreendedor "ao qual está atribuída a obrigação juridicamente relevante de utilizar, do ponto de vista econômico, a sua propriedade".⁽¹²⁾

Para a Igreja Católica a função social é uma característica intrínseca da propriedade, que compreende o individual e o social. A natureza do direito de propriedade comporta a função social.

Leciona José Afonso da Silva⁽¹³⁾ que "o princípio da função social da propriedade tem sido mal definido na doutrina brasileira, obscurecido, não raro, pela confusão que dele se faz com os sistemas de limitação da propriedade. Não se confundem, porém. Limitações dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário, enquanto a função social interfere com a estrutura do direito mesmo".

A "função social da propriedade", diz, "de conteúdo maleável, impregnado de significação pública, é fundamento de legitimação da propriedade e não das limitações administrativas". Pode ser considerado um instrumento que autoriza impor ao proprietário uma obrigação, seja de fazer, de não fazer ou de deixar de fazer, relativa à própria utilização do bem. Esta utilização particular pode ceder frente aos interesses da comunidade.

A nosso ver hoje em dia não se discute, até por ser princípio constitucionalmente posto, que toda propriedade deve cumprir uma função social. E que a função social está integrada no próprio conceito de propriedade.

Expressa-se a função social de forma mais ou menos intensa, de acordo com os vários tipos de propriedade e se manifesta e age externamente no exercício do direito, impondo ao seu titular ônus, deveres e obrigações.

(12) Idem retro, rodapé nº 11.

(13) Direito Urbanístico Brasileiro, Malheiros Ed., 1995, págs. 65 e 66.

Pode a função social consistir na obrigação de uso economicamente útil por parte do proprietário, visto como empresário empreendedor, que realiza e cumpre papel positivo na sociedade.

A própria Constituição Federal refere-se à função social em diversos tópicos, como na política urbana, na agrícola, fundiária, de reforma agrária. No título da Ordem Econômica e Financeira vem consignada como um dos princípios gerais da atividade econômica. A propriedade, aqui, cumpre função de utilidade econômica. Ao mesmo tempo, por ter a ordem econômica e financeira a finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, a função social também pode ser enfocada sob o aspecto de justiça distributiva. O meio ambiente, tão bem disciplinado pela Carta em vigor, também está intrinsecamente unido à função social da propriedade. De fato, há muito pouco tempo quem pensaria que uma indústria ou usina teriam dever de cumprir a função social de preservação ambiental, não lhes bastando, para iniciarem ou permanecerem em atividade, apenas a licença de construção e instalação?

A função social, ainda, pode representar a obrigação de cumprir uso socialmente útil e conforme à lei, como já mencionado acima na hipótese de confisco constitucionalmente autorizado, sem indenização, de quaisquer glebas utilizadas como cultura ilegal de plantas psicotrópicas (artigo 243).

Impende frisar que, mesmo nas hipóteses em que afeta intensamente a propriedade, a função social não retira do proprietário direitos e interesses próprios. Se assim não fosse, a propriedade ficaria reduzida a simples exercício de uma função.

A função social não degrada e nem tampouco anula o direito de propriedade, visto que é direito constitucionalmente garantido como fundamental e inviolável e como princípio da atividade econômica de iniciativa privada.

Enfim, ocorre que a socialização da propriedade é gradativamente mais intensa em certos tipos de propriedade. Assim, a propriedade intelectual, artística, imobiliária, industrial, mobiliária, agrícola, urbana, de

águas, das minas, conforme seu destino seja o cultivo, a urbanização, a edificação, a defesa, a participação e difusão da cultura, a preservação da ética e da saúde, podem ter gradações diversas de interferência do social sobre o privado.

4. A função social da propriedade urbana

A propriedade urbana, vinculada pelo texto constitucional às normas urbanísticas, de caráter eminentemente publicístico, tem por objetivo a previsão das funções urbanísticas básicas, apontadas na Carta de Atenas por Le Corbusier como habitar, trabalhar, circular e praticar o lazer.

As alterações na disciplina urbanística, segundo o professor José Afonso da Silva⁽¹⁴⁾, modificam o conteúdo do direito de propriedade. Seu titular, no interesse da coletividade, é compelido cada vez mais a ceder o exercício das faculdades daquele direito.

Angel Sustaeta Elustiza⁽¹⁵⁾ pondera que o direito de propriedade vem conformando-se, constantemente, pela saturação do meio urbano, com aumento cada vez mais expressivo das necessidades coletivas, propiciando verdadeira invasão do Direito Público sobre a esfera do privado. Houve uma debilitação do direito de propriedade tal como era conhecido. O proprietário, até então titular de um poder de decisão sobre a coisa, em muitos casos transformou-se em seu servidor, ante o crescimento da carga de obrigações que lhes são impostas. Acrescente-se, também, que o ordenamento espanhol prevê para o proprietário uma atuação que se harmonize com a imensa força de sua iniciativa. Passa o proprietário a ser verdadeiro criador de riqueza comunitária.

O artigo 3º da Constituição Italiana entende constituir a função social da propriedade urbana "um equilíbrio entre o interesse privado e o interesse público que orienta a utilização do bem e predetermina os seus usos, de sorte que se pode obter nos seus modos de vida e nas condições de moradia do indivíduo, um desenvolvimento pleno da personalidade".

(14) Ob. cit., pág. 359.

(15) Ob. cit., pág. 86.

A propriedade urbana, hoje, colhe imensa carga social e deve cumprir as leis e planos de ordenação urbanística.

A atuação da função social na propriedade urbana incide de diversas formas: na classificação do solo urbano, urbanizável ou não urbanizável, segundo o destino a ser cumprido; na delimitação, pela lei, de parcelamento urbanístico, na fixação de parcelas mínimas de construção, na imposição de construção obrigatória, segundo o Plano Diretor, na compensação dos gastos de urbanização que implique em "plus valia", no reparcelamento como meio justo de distribuir entre os proprietários os benefícios e ônus do ordenamento, na desapropriação para urbanização ou na desapropriação-sanção, na formação de estoques públicos de terrenos via direito de preempção, expropriação e outros.

A edificação foi um dos institutos mais atingidos pela função social da propriedade urbanística. O direito de construir, segundo Hely Lopes Meirelles⁽¹⁶⁾, sofre imposições do Poder Público mediante limitações administrativas, servidões administrativas e desapropriações, no interesse coletivo. As limitações, editadas em normas de ordem pública, têm em vista a função social da propriedade, derivam do poder de polícia da Administração e se exteriorizam em imposições de fazer, não fazer e deixar fazer.

As limitações urbanísticas destinam-se, conforme o saudoso mestre, a regular o uso do solo, as construções e o desenvolvimento urbano, sob o aspecto físico-social, ordenando, enfim, a cidade.

Segundo José Afonso da Silva⁽¹⁷⁾, o solo passa a ter a qualificação urbana quando ordenado para cumprir destino urbanístico, especialmente regulando as edificações e o sistema viário. Neste aspecto, a utilização do solo não é a natural, como a eminentemente agrícola, mas a legal, determinada por planos e leis urbanísticas. A edificabilidade é uma qualificação do terreno. Dependendo dos equipamentos e serviços urbanos ou fatores culturais, muitas vezes implementados pelo Poder Público, o valor dos imóveis é aumentado, sem que o proprietário tenha qualquer participação nas despesas, auferindo, no entanto, as melhorias dos empreendimentos encetados.

(16) Direito de Construir, Malheiros Ed., 6ª ed., 1.994, pág. 40 e seq.

(17) Ob. cit., pág. 71 e seq.

Por isto há uma tendência de publicização do "jus aedificandi", como ocorre na Itália, onde a lei urbanística de 1.942 consagrou a separação entre a propriedade e o direito de construir. O artigo 1º da lei italiana de 1.971 sobre urbanismo dispõe que "toda atividade que comporte transformação urbanística e edificação do território comunal participa dos ônus que lhe são relativos e a execução da obra está subordinada à concessão do prefeito".

Na França também existe a separação do direito de construir, mas certamente é a Espanha o país europeu mais desenvolvido no processo do urbanismo, numa evolução que vem desde a "Ley De Régimen Del Suelo Y Ordenación Urbana" de 1.956, cuja exposição de Motivos esclarece que o ideal seria que todo o "solo necessário para a expansão das cidades fosse de propriedade pública mediante justa aquisição, para oferecê-lo, uma vez urbanizado, a quem deseja edificar". Ante o custo elevadíssimo que representa este ideal, outras soluções foram adotadas.

O Real Decreto Legislativo espanhol nº 1/1.992, que refundiu a Lei Sobre o Regime do Solo e Ordenação Urbana, tem por objetivo que o solo seja utilizado em congruência com a utilidade pública e a função social da propriedade, garantindo o cumprimento das obrigações e encargos decorrentes da mesma; contém normas que visam impedir a desigual atribuição de benefícios e ônus do planejamento aos proprietários afetados e impor sua justa distribuição, assegurando a participação da comunidade nas plus-valias derivadas da ação urbanística dos poderes públicos.

A função social da propriedade, segundo a lei espanhola, delimita o conteúdo das faculdades urbanísticas suscetíveis de aquisição e condiciona seu exercício.

O mesmo diploma ibérico regulamenta os direitos e deveres dos proprietários, inclusive a aquisição das faculdades da propriedade urbanística, que é feita gradualmente. Disciplina a aquisição do direito de edificar, bem como a não aquisição desse direito. Assim, a outorga de licença determinará a aquisição do direito de edificar, sempre que estiver de acordo com a ordenação urbanística aplicável, fixando prazo para a

conclusão da obra e sanção pelo descumprimento de tal prazo. A falta de aquisição do direito de edificar por culpa do proprietário do terreno determinará sua desapropriação ou venda forçada. O diploma também prevê as consequências derivadas da inatividade da Administração, os gastos de urbanização, seu sistema de compensação, o reparcelamento do solo, as desapropriações, reversões de terrenos expropriados para fins urbanísticos, o regime de venda forçada por descumprimento de deveres urbanísticos. Estabelece, outrossim, as parcelas urbanísticas mínimas. A lei define as infrações urbanísticas, que são "as ações ou omissões que vulnerarem as prescrições contidas na legislação e no planejamento urbanísticos", bem como seus responsáveis, as sanções aplicáveis e o respectivo processo sancionatório.

Interessante observar que a lei espanhola, no Título VIII, denominado "Instrumento de Intervenção no Mercado do Solo", disciplina o estoque público municipal do solo, com a finalidade de regulamentar o mercado de terrenos, obter reservas de solo para atuações de iniciativa pública e facilitar a execução do planejamento. Este chamado "patrimônio municipal do solo" é separado do restante dos bens municipais. Os imóveis desta forma adquiridos são incorporados ao processo de urbanização e edificação, destinando-se à construção de moradias sujeitas a um regime de proteção pública ou à destinação prevista no Plano Urbanístico. Este terrenos podem ser administrados pelo Poder Público ou cedidos, a título oneroso ou gratuito, por exemplo, para construção de casas populares.

Outro ponto a merecer referência é a regulamentação, pela Lei do Solo Espanhola, do chamado direito de superfície.

Inexistente no direito brasileiro em vigor é, segundo José Afonso da Silva, "instituto mediante o qual se atribui a pessoa diversa do proprietário o direito real de utilização do solo. É um contrato pelo qual o proprietário (superficiente), mediante escritura pública inscrita no Registro de Imóveis, concede a outrem (superficiário) o direito de erguer na superfície de seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, a título gratuito ou oneroso, qualquer construção, cujo domínio caberá ao superficiário pelo tempo de vigência do contrato".⁽¹⁸⁾

(18) Ob. cit., págs. 368 a 372.

Pelo ordenamento espanhol o direito de superfície pode ser constituído por “entidades locais e demais pessoas públicas”, em terrenos de sua propriedade ou integrantes do patrimônio municipal destinados à construção de moradias sujeitas à proteção pública ou outros usos de interesse social. O direito de superfície é extensivo aos particulares que podem, desta forma, construir em terreno público. Pode ser a título oneroso ou gratuito, importando várias formas, como o pagamento de preço fixado pela concessão, ou adjudicação de casas, direito de arrendamento, sem prejuízo da reversão total no prazo assinado, que não pode ser superior a 75 anos para os entes públicos e 95 anos para os particulares.

Todas as formas de atuação da função social da propriedade urbana, acima vistas, podem e devem ser implementadas no Brasil, pena de relegar-se a “função social da propriedade a uma bela expressão, por si muito indeterminada”.⁽¹⁹⁾

5. O Estatuto da Cidade

A Carta de 1.988 repartiu as competências para a edição de normas urbanísticas entre a União, Estados e Distrito Federal e Municípios.

À União compete editar normas gerais sobre urbanismo, elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transporte urbano (arts. 24, § 1º e 21, IX e XX).

Organizar o plano estadual de ordenação do território e estabelecer normas urbanísticas regionais, que suplementam as normas federais, constitui competência dos Estados.

Os Municípios detêm competência para promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano e para executar a política de desenvolvimento urbano, cujo objetivo é a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Tal promoção se dá por intermédio do Plano Diretor.

(19) Barassi, referido por Elustiza, ob. cit., pág. 294.

Nada obstante não ter o Brasil uma tradição urbanística, são alentadores os avanços trazidos, na área, pelo Projeto de Lei nº 181, de 1989, denominado para todos os efeitos "Estatuto da Cidade", que estabelece diretrizes para a política urbana, da qual a função social constitui um dos objetos.

A Exposição de Motivos do Projeto diz que para haver "ordenação da vida na cidade, cada habitante, cada cidadão deve ceder parcela de seus direitos, em troca de melhores condições de vida. Refere o objetivo de contenção da indevida e artificial valorização imobiliária, que dificulta o acesso dos menos abastados a terrenos para habitação e onera duplamente o poder público, forçado a intervir em áreas cuja valorização resulta, na maioria das vezes, de investimentos públicos, custeados por todos em benefício de poucos. Essa realidade, a da especulação imobiliária, reclama ações específicas para as diferentes áreas urbanas, de modo a compatibilizar sua utilização com as necessidades da comunidade. Daí o destaque conferido pelo Projeto à função social da propriedade, estabelecendo-se as condições e penalidades que obrigam a sua realização".

Dentre as diretrizes gerais da política urbana colhe-se, com respeito ao tema ora em estudo, a imposição de orientação obrigatória no sentido de ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a ociosidade do solo urbano edificável, a recuperação dos investimentos do Poder Público que resultaram em valorização para imóveis urbanos e o cumprimento da função social da propriedade imobiliária, que deve prevalecer sobre o exercício do direito de propriedade individual ou coletivo.

A política setorial aponta para o ajustamento do direito de construir às normas urbanísticas, para a correção das distorções de valorização do solo urbano e ajustamento dos tamanhos dos lotes urbanos a padrões mínimos de qualidade de vida urbana, estabelecidos no artigo 42, XIV, pela proibição de construção de moradias cujas áreas úteis não permitam o desenvolvimento condigno das atividades familiares e que não sejam dotadas do equipamento sanitário mínimo para uma família de um casal e dois filhos, bem como não sejam ligadas à rede de energia elétrica. Disciplinada, outrossim, a política de desfavelamento.

O Estatuto da Cidade considera cumprida a função social da propriedade imobiliária urbana desde que atendidas as exigências fundamentais do Plano Diretor, sobretudo no sentido da: I- democratização das oportunidades de acesso à propriedade urbana e à moradia; II- justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização; III- ajustamento do processo de valorização da propriedade urbana às exigências sociais; IV- correção das distorções do solo urbano; V- regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e VI- adequação do direito de construir às normas urbanísticas, os interesses sociais e os padrões mínimos de construção estabelecidos nesta lei (artigo 7º).

Interessante observar que estão expressamente configuradas no Projeto as hipóteses de abuso de direito e da função social da propriedade.

Assim, constituem desrespeito à função social da propriedade: I - retenção especulativa de solo urbano não construído ou qualquer outra forma de deixá-lo subutilizado ou não utilizado; II - recusa de oferecer à locação, sob qualquer pretexto, imóveis residenciais, não necessários à habitação do proprietário ou seus dependentes, salvo os casos expressos no Plano Diretor; III - manobras especulativas, diretamente ou por intermédio de terceiros, que visem à extorsão de preços ou locação; IV - construção ou reconversão que impliquem a venda ou locação de habitações para população de baixa renda com padrões inferiores aos estabelecidos na lei; V - posse ou domínio de área urbana excedente ao máximo fixado em módulos pelo Plano Diretor.

A punição competente está a cargo do Poder Público Municipal e consiste na determinação do parcelamento, edificação ou utilização compulsória do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, medidas as quais, se não realizadas no tempo previsto, farão incidir o imposto territorial urbano progressivo que, se não suficiente ao cumprimento das obrigações determinadas, cederá lugar à chamada desapropriação-sanção, pagável por intermédio de títulos públicos.

Responde o Prefeito pessoalmente pelas distorções na aplicação do Plano Diretor, inclusive por crime de responsabilidade.

Qualquer munícipe, ou suas organizações de base, sentindo-se prejudicado por procedimentos que considerem danosos aos interesses sócio-comunitários, tem titularidade ativa para propor "a ação de reclamação de direito no exercício da cidadania", nos termos do artigo 52 do Projeto.

O Poder Público dispõe, para implementar a política de desenvolvimento urbano, de instrumentos fiscais, financeiros e econômicos, jurídicos, administrativos e políticos (art.16).

Os instrumentos fiscais são as taxas e tarifas diferenciadas, os incentivos e benefícios sociais e o imposto predial e territorial progressivo (cujas hipóteses de incidência já foram acima referidas) e regressivo, este, em benefício dos proprietários de habitações em áreas de expansão urbana, de trabalhadores de baixa renda ou de proprietários de única moradia, com padrões mínimos de construção. O imposto não terá caráter expropriatório, nos termos do Projeto, guardando proporcionalidade capaz de produzir o efeito de conversão social da propriedade.

Como instrumentos jurídicos, constam a edificação compulsória, obrigação de parcelamento ou remembramento, a desapropriação, as servidões administrativas, a limitação administrativa, o tombamento, o direito real de concessão de uso, direito de preempção, de superfície e usucapião especial.

São instrumentos administrativos as reservas de áreas para utilização pública, regularização fundiária, licença para construir, consoante o Código de Obras e Edificações e autorização para o parcelamento, desmembramento ou remembramento do solo para fins urbanos, nos termos do Plano Diretor.

Reportar-nos-emos, tão somente, à análise e menção de alguns instrumentos, para harmonia com as ferramentas utilizadas pelo direito espanhol, quais sejam: parcelamento, edificação ou utilização compulsória do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, direito de preempção, direito de superfície e formação de estoques de terrenos urbanos municipais.

O artigo 20 do Projeto cuida da obrigatoriedade do parcelamento, edificação ou utilização compulsória do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, sendo que a venda transfere ao adquirente as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização. Se não cumpridas as obrigações a tempo, serão sucessivamente aplicados: imposto territorial progressivo, pelo prazo máximo de cinco anos e, decorridos estes sem o cumprimento das obrigações, desapropriação com pagamento de títulos públicos de valor real.

O Poder Público municipal terá preferência na aquisição de terrenos urbanos postos à venda por particulares, conforme lei que delimita as áreas em que incidirá o direito de preempção, cujo prazo de vigência não excederá a dez anos e que servirão para: execução de programas habitacionais; criação de espaços públicos de lazer; implantação de equipamentos urbanos e comunitários; constituição de reserva fundiária; ordenação e direcionamento da expansão urbana; criação de áreas de preservação ambiental e outras finalidades de interesse social ou utilidade pública definidas no Plano Diretor.

A venda de áreas compreendidas no direito preferencial de aquisição tem processo especial, iniciado pela notificação do proprietário ao Poder Público, dando conta de sua intenção de alienar o terreno e do preço desejado. O Município tem prazo de trinta dias para manifestar interesse na compra. Se quedar silente, o proprietário, sem mais formalidades, fica liberado para a venda. Manifestando-se a Prefeitura em desacordo com o preço constante da notificação, haverá arbitramento (arts. 24 a 26).

O direito de superfície, objeto dos artigos 27 a 32 do Projeto, constitui a concessão, do proprietário urbano a outrem, do direito de construir em seu terreno por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no órgão competente. A concessão poderá ser a título gratuito ou oneroso, respondendo o superficiário pelos tributos incidentes sobre o bem, proporcionalmente à ocupação. Assiste ao superficiário o direito de preferência em caso de alienação do imóvel. Extingue-se o direito de superfície, antes do prazo final pactuado, se o superficiário der ao imóvel destinação diversa da contratada.

A formação de estoque de terrenos municipais edificáveis também está prevista no Projeto e será feita mediante: a) reserva de áreas incluídas expressamente no Plano Diretor como programa de expansão urbana. O Plano Diretor deverá fixar limites mínimos e máximos para esta reserva de áreas destinadas à ordenação do território, à implantação dos equipamentos urbanos e comunitários, de acesso à moradia e nos projetos de incorporação de novas áreas à estrutura urbana, imitando-se o Município em sua posse imediata; b) preempção e desapropriação e c) doações, compras e outras formas admitidas em lei (art. 35).

6. Considerações Finais

- Como diz Hannah Arendt⁽²⁰⁾, os direitos de propriedade foram afirmados expressamente contra a esfera comum e contra o Estado, chegando a tal ponto de apropriação particular que Proudhon define a propriedade, vista em sua natureza egoísta e satânica, como um roubo. Hoje, todas as teorias da propriedade encontram-se na defensiva. Passou-se da propriedade direito subjetivo absoluto, à propriedade função social.

- Muito debate a doutrina sobre ser a função social elemento intrínseco e estrutural do direito de propriedade ou se condiz, tão somente, com o exercício do direito de propriedade, não se instalando na estrutura e na essência do direito em si. Opinamos no sentido de ser a função social, hoje, elemento estrutural do instituto que, no entanto, não o anula e tampouco desvirtua os direitos do proprietário. Apenas condiciona e limita tais direitos, segundo a intensidade da participação do bem no interesse social, intensidade variável conforme os tipos multifacetários conhecidos de propriedade.

- A Constituição Federal de 1.988 reconheceu como direito fundamental do cidadão o direito de propriedade, que deve cumprir sua função social. Erigiu, tanto a propriedade privada, quanto a função social da propriedade, em princípio da ordem econômica, fundado na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. No entanto, não albergou o direito à propriedade, sobretudo à propriedade rural e urbana, com vistas a propiciar a subsistência, o trabalho e a moradia.

(20) Ob. cit., pág. 77.

- Importante avanço foi dado pela Emenda Constitucional nº 26, de 15 de fevereiro de 2.000, que qualificou a moradia como um direito social, ao lado de outros direitos sociais como a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

- A saturação do meio urbano, com aumento cada vez mais expressivo das necessidades coletivas, propiciou verdadeira invasão do Direito Público sobre a esfera do privado. O direito de propriedade perdeu muitas de suas faculdades, debilitando o proprietário singular de seus direitos e impondo-lhe deveres e obrigações ditados pelas necessidades sociais.

- O direito de propriedade de imóveis urbanos está sofrendo tal desmembramento de suas faculdades, que se pode ver, nele, um retorno ao chamado domínio eminente da Idade Média, já que não mais se admite a propriedade urbana com o sentido absoluto e unitário, conforme existia no Direito Romano, e após a Revolução Francesa.

- A atuação e efetivação da função social da propriedade urbana é disciplinada nas leis urbanísticas, que são leis de direito público. Na Itália, França e sobretudo na Espanha, as leis urbanísticas estabeleceram e criaram instrumentos visando a ordenar e propiciar um sentido de vida digno na cidade. Dentre estes instrumentos estão a separação do direito de propriedade do direito de construir, o direito de superfície, de preempção do Poder Público na aquisição de terrenos postos à venda por particulares, a formação de estoque de terrenos municipais destinados à urbanização.

- A Constituição Federal de 1.988 deu destaque antes nunca consignado ao urbanismo e disciplinou a política de desenvolvimento urbano, a cargo dos Municípios. Normas gerais de urbanização são de competência da União. Tramita no Congresso Projeto de Lei que estabelece Diretrizes Gerais da Política Urbana, chamado de "Estatuto da Cidade", do qual foram analisados alguns instrumentos, em consonância com a Lei do Solo, da Espanha.

- A política e os instrumentos consignados no Projeto são louváveis. Há que, realmente, colocá-los em prática, em consonância com o Plano Diretor, buscando um equilíbrio: do ponto de vista jurídico, há que se

balancear as normas de Direito Público com as normas de Direito Privado. Sob o enfoque econômico, segundo José Afonso da Silva, deve haver equilíbrio entre os Planos e Planejamentos Urbanísticos dirigidos à especulação, em benefício das classes mais favorecidas, e aqueles que, em benefício das classes menos favorecidas, podem levar à extrema oneração o exercício da propriedade, a ponto de se anular seu conteúdo econômico. Do ponto de vista social, a função social deve ter caráter distributivo e não de aniquilação. A miscigenação do elemento individual e social nas palavras do Professor Gitrama, "não significa a inexistência de interesses do indivíduo que não possam ser sobrepostos aos da sociedade. Até porque o indivíduo é parte da sociedade. O homem não foi feito para a sociedade, esta é que foi feita para o homem. Assim, não é lícito nem possível sacrificá-lo sistematicamente no altar da coletividade".⁽²¹⁾

Bibliografia

- Arendt, Hannah - A Condição Humana, Forense Universitária, 7ª Ed.
- Bastos, Celso Ribeiro - Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 1.989.
- Coulanges, Fustel de - A Cidade Antiga, Hemus Ed., 1.975.
- Elustizia, Angel Sustaeta - Propriedad y Urbanismo, Madrid, 1.974.
- Figueiredo, Lucia Valle - Disciplina Urbanística da Propriedade, Ed. RT, 1.980.
- Filho, Manoel Gonçalves Ferreira, Ada Pellegrini Grinover e Anna Candida da Cunha Ferraz - Liberdades Públicas, Parte Geral.
- Grau, Eros Roberto - Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 39.
- Medauar, Odete - Direito Administrativo Moderno.
- Mello, Celso Antonio Bandeira de - Novos Aspectos da Função Social da Propriedade, Revista de Direito Público nº 84, outubro-dezembro de 1.987, pgs.39/41.
- Meirelles, Hely Lopes - Direito de Construir, 6ª ed. Malheiros Ed., 1.994.
- Viana, Rui Geraldo Camargo - A Participação do Particular no Urbanismo, Ed. Forense, R.J., 1.985.
- Jornal "O Estado de São Paulo", de 13/05/1.996.
- Projeto de Lei do Senado nº 181, de 1.989.
- Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junho.

(21) Citado por Angel Sustaeta Elustiza, pág. 298.