

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL: PROTEÇÃO E EXIGIBILIDADE

Daniela Richter*

Marizélia Peglow da Rosa**

RESUMO

O presente estudo busca fazer uma análise da propriedade urbana como princípio constitucional, considerando a mudança de paradigma ideológico do Estado Liberal para o Estado do Bem Estar Social e, a conseqüente instauração de processos democráticos, tornou-se necessário, até mesmo como condição de sobrevivência deste novo modelo de Estado, que o princípio da função social da propriedade fosse remodelado, de forma que garantisse a estabilidade das relações, uma vez que a conceituação da plenitude da propriedade restou ultrapassada. Neste contexto, superada a concepção da propriedade absoluta, de noção estanque, onde seu proprietário poderia fazer o que bem entendesse com seu bem, passamos a visualizar a função social da propriedade como um princípio basilar da estruturação dos Estados modernos, resguardado pela Constituição. Considerando-se que o trabalho é de natureza bibliográfica, o *método de abordagem* utilizado foi o método dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: FUNÇÃO SOCIAL, PROPRIEDADE URBANA, PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.

RESUMEN

El actual estudio busca hacer un análisis de la propiedad urbana como principio constitucional, en vista del cambio del paradigma ideológico del Estado Liberal para el

* Advogada, Especialista em Direito Constitucional, Mestre em Direito, Professora de Direito da Criança e do Adolescente e de Direito Constitucional da UNISC, Integrante do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas da UNISC, coordenado pela Prof. Marli da Costa. Endereço eletrônico: danielarichter@ibest.com.br.

** Professora da Universidade de Santa Cruz do Sul. Mestre em Direito e Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisas Direito, Cidadania e Políticas Públicas, da mesma Universidade. Endereço eletrônico:marizelia@unisc.br.

Estado del Bienestar Social y la consecuente instauración de procesos democráticos. Se hizo necesario hasta mismo como condición de supervivencia de este nuevo modelo de Estado, que el principio de la función social de la propiedad fuera remodelado, de forma que garantizara la estabilidad de las relaciones, una vez que la concepción de la plenitud de la propiedad resultó ultrapasada. En este contexto, superado el concepto de la propiedad absoluta, de noción estanque, donde su propietario podría hacer lo que quisiera con su bien, pasamos a visualizar la función social de la propiedad como un principio fundamental de la estructuración de los Estados modernos, protegido por la Constitución. Considerándose que el trabajo es de naturaleza bibliográfica, el método de abordaje que se adoptó fue el método deductivo.

PALABRAS-CLAVE: FUNCIÓN SOCIAL, PROPIEDAD URBANA, PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O interesse pelo tema em análise, tem aumentado nos últimos anos, sobretudo, pela imperiosidade de entendermos e melhor compreendermos qual o objetivo da adoção de mecanismos estabelecidos, primeiramente, pela Constituição Federal, a qual estabeleceu as diretrizes gerais para a política urbana e, num segundo momento, a promulgação do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/01, que foi quem trouxe efetividade para tais preceitos. Não se pode esquecer, outrossim, que também o CCB de 2002, trouxe referência sobre o assunto.

Inicialmente se faz necessário ressaltar alguns aspectos históricos acerca do surgimento da função social da propriedade, bem como a importância da aplicação dos mecanismos trazidos pelos institutos acima referidos. Na seqüência, busca-se a definição do que cada um deles representa, e após, se examina os principais temas debatidos na atualidade sobre o assunto e a conseqüente efetividade. É o que se passa a demonstrar.

2. UM BREVE HISTÓRICO DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO

A primeira Constituição brasileira já trazia em seu bojo o direito à propriedade, garantido-a em toda sua plenitude. Tal previsão, constitui-se nos reflexos dos pensadores liberais dominantes naquele período. A Constituição Republicana de 1891, reafirmou tal preceito, trazendo, de maneira análoga a Constituição anterior, a possibilidade de desapropriação, como único limite que poderia ser imposto ao proprietário².

Nessa órbita, o Código Civil de 1916 representou um considerado avanço no tratamento dedicado ao direito de propriedade, pois apesar de se manter na linha traçada anteriormente pelas Constituições antecessoras, onde a propriedade era marcada pela autonomia plena, acabou trazendo normas que continham restrições aos atributos intrínsecos à propriedade.

Tal feição vai alterar-se significativamente após os anos 30, onde se começa a vislumbrar um caráter mais socializante na intervenção da ordem social. Foi a Carta de 1934 quem trouxe o direito à propriedade e o conseqüente atendimento à sua função social, já com sensível alteração no conteúdo ideológico. Depois dela, “todos os demais textos constitucionais brasileiros (1937, 1946, 1967, 1969, 1988) reafirmaram esse princípio condicionando a propriedade ao interesse público, embora sua efetiva consolidação só tenha ocorrido com a Constituição de 1988”³.

Nesse diapasão, a Carta Magna de 1988 trouxe o princípio da função social da propriedade como pressuposto estrutural do exercício do direito de propriedade, prevendo não só condições de atendimento, mas também os casos de sanção para o seu descumprimento.

Para Ana Rita Vieira Albuquerque⁴

² MATTOS, Liana Portilho. *O Estatuto da Cidade e o acesso à Justiça em matéria urbanística*. In: Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria Municipal de Cultura, nº 15, 2001.

³ MATTOS, Ibidem.

⁴ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Função Social da Posse*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 51.

Com a Constituição de 1988, a propriedade transmutou seu caráter constitucional individualista em um instituto de natureza social – que vai além da simples limitação do direito de propriedade, não pretendendo o legislador apenas conciliar o interesse proprietário com um programa social, inserido, no caso brasileiro, no âmbito da “Política Urbanística” e da “Política Agrária” (...), mas representa uma alteração em seu conteúdo, submetendo os interesses patrimoniais aos princípios fundamentais do ordenamento.

Contudo, no entender de Liana Portilho Mattos⁵

não obstante a Constituição da República ter inaugurado um novo paradigma legal para dar tratamento às questões envolvendo os direitos de propriedade e de posse, o entendimento prevalente desde 1988, era o de que as normas constitucionais que dispunham sobre política urbana – artigos 182 e 183 – careciam de regulamentação, por lei federal, pelo que não tinham aplicabilidade.

Para a solução de tal desiderato, é que se promulgou o Estatuto da Cidade, visando estabelecer a regulamentação dos artigos da Constituição Federal concernentes a política urbana, que será analisado adiante, oportunidade na qual falaremos da efetividade da função social da propriedade à luz de tal instituto.

Assim, delineados os contornos históricos do surgimento da questão da propriedade e da sua conseqüente função social é que se torna necessário, agora, conceituar tal princípio.

3. CONCEITO DE FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA.

Antes de adentrarmos na questão específica da função social da propriedade urbana, cumpre ressaltar a conceituação do que seja a função social como um todo. Assim, no entendimento de Ana Rita Vieira Albuquerque⁶

A função social está integrada, pois, ao conteúdo mínimo do direito de propriedade, e dentro deste conteúdo está o poder do proprietário de usar, gozar e dispor do bem, direitos que podem ser objetos de limitações que atentem a interesses de ordem pública ou privada.

Assim, com a mudança de paradigma ideológico do Estado Liberal para o Estado do Bem Estar Social, e com a conseqüente instauração de processos democráticos,

⁵ MATTOS, *Ibidem*.

⁶ ALBUQUERQUE, *Ibidem*, p. 52.

tornou-se necessário, até mesmo como condição de sobrevivência deste novo modelo de Estado, que o princípio da função social da propriedade fosse remodelado, de forma que garantisse a estabilidade das relações, uma vez que a conceituação da plenitude da propriedade restou ultrapassada.

Nesse sentido, Finger⁷, com propriedade, destaca a mudança paradigmática da chamada “Constitucionalização do Direito Privado”.

Percebe-se, destarte, que os valores desta sociedade não são mais aqueles pregados pelo direito civil do Estado Liberal. Ao invés da autonomia da vontade e da igualdade formal, sobrepõem-se os interesses de proteção de uma população que aguarda providências e prestações estatais. Estes valores, que outrora estavam no direito civil, estão agora nas Constituições. A Constituição, que no paradigma burguês era desinteressada quanto às relações sociais, passa a preocupar-se com elas, incorporando os valores que, ao mesmo tempo, vão sendo expressos no ordenamento. A Lei Fundamental então é que positiva os direitos concernentes à justiça, segurança, liberdade, igualdade, propriedade, herança etc, que antes estavam no Código Civil. Além disso, uma grande parte do complexo de relações sociais (e portanto jurídicas) não está mais regulada pelo Código Civil, mas pelos microssistemas. A Constituição (...) passou a expressar essa supremacia também no campo normativo. Como consequência, o centro do ordenamento passou a ser, em vez do Código Civil, a Constituição, (...) expressando uma ordem material de valores.

Dessa forma, superada a concepção da propriedade absoluta, de noção estanque, onde seu proprietário poderia fazer o que bem entendesse com seu bem, passamos a visualizar a função social da propriedade como um princípio basilar da estruturação dos Estados modernos, resguardado pela Constituição.

Isto, contudo, não significa dizer que o proprietário perderá o seu status, mas que ele poderá usar, gozar e dispor de sua propriedade desde que isso venha ao encontro do atendimento da função social do instituto, porque a “função social é o próprio conteúdo do direito de propriedade”⁸. Em outras palavras, “não se trata de extinguir a propriedade privada, mas de vinculá-la a interesses outros que não os exclusivos do proprietário”⁹.

⁷FINGER, Júlio César. Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 93-94.

⁸ ALBUQUERQUE, Ibidem, p. 52-53.

⁹ LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado/ Edunisc, 1998, p. 120.

Essa nova visão é decorrente do fenômeno conhecido atualmente como a “constitucionalização do Direito Privado”. Para Facchini Neto¹⁰ o referido fenômeno

ao implicar a leitura do Direito Civil (centro do Direito Privado) à luz da tábua axiológica da constituição, apresenta um direcionamento bastante claro, pois implica um necessário compromisso do jurista com a eficácia jurídica (no mínimo) e com a efetividade social dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Rogério Orrutea¹¹ destaca a condição de princípio basilar (fundamental) do princípio da função social da propriedade

Não há qualquer margem de dúvidas sobre a premente necessidade do Poder Constituinte em observá-la quando da elaboração, sob critérios formais, do documento político-jurídico-constitucional. É que o princípio da função social da propriedade já é visto como condição essencial na organização do Estado dada a sua implicação com as relações sócio-econômicas que devem ser objeto de ordenação na vida social moderna. Assim, constitui o princípio da função social, entre outras, uma das pilstras mestras que são colocadas na edificação de qualquer Estado levado pela inspiração de democracia clássica, e como tal, consubstancia numa Constituição um dos elementos indispensáveis na regulamentação jurídica da pessoa política - Estado.

Portanto, tal reconhecimento, impôs uma modificação na interpretação do instituto da propriedade, e conseqüentemente, a relativização da situação jurídica daquele preceito.

No que se refere à função social da propriedade urbana, objeto desse estudo, temos que analisar, primeiramente, na Constituição Federal de 1988 algumas previsões legais sobre o direito de propriedade.

Assim, em seu artigo 5º, inciso XXII, a CF prescreve a garantia do direito à propriedade, e no inciso seguinte, XXIII, dispõe que: “a propriedade atenderá a sua função social”. No artigo 170 da CF a propriedade e sua função social recebem relevo como princípios gerais da ordem econômica. Enquanto que, o artigo 182, § 2º, da CF, preceitua especificamente que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as suas exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano

¹⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. Direitos Fundamentais e relações privadas – algumas premissas. In: II Seminário Internacional sobre Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2005, Santa Cruz do Sul, *Anais do II Seminário Internacional sobre Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*. Porto Alegre: Evangraf, 2005, p.28.

¹¹ ORRUTEA, Rogério Moreira. Da propriedade e a sua função social no direito constitucional moderno. Londrina: Ed. UEL, 1

diretor”.

Com efeito, o artigo 186 da CF vincula o cumprimento da função social da propriedade ao atendimento de interesses extraproprietários, no que diz respeito, por exemplo, ao direito ao meio ambiente equilibrado, às relações de trabalho, dentre outros.

O novo Código Civil, ratificando o texto constitucional, consagrou, no âmbito das relações jurídicas por ele regidas, o princípio da função social da propriedade, conforme as disposições do artigo 1228 e seus respectivos parágrafos.

Assim, para Patrícia Flores e Bernadete Santos¹² pode-se conceituar a função social da propriedade urbana como “o conjunto de atividades tendentes ao desenvolvimento das cidades, através do atendimento aos interesses públicos e privados”.

Para Rogério Gesta Leal¹³

A propriedade privada, inclusive e principalmente a urbana, é garantida desde que atenda à sua função social, como um dos princípios gerais da ordem econômica; deve ela estar vinculada a suas finalidades, o que significa que deve assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de uma justiça social efetivamente isonômica.

Nas palavras de Flores e Santos¹⁴

Quanto à função social da propriedade urbana, deve o Poder Público chegar ao maior equilíbrio possível entre o interesse do proprietário e o da coletividade. Deve visar, sempre, à urbanização da cidade e ao seu aproveitamento eficaz, de sorte a que o proprietário veja-se compelido a explorar o conteúdo econômico de sua área urbana. Com efeito, pelo uso da propriedade procura-se fazer justiça social, contribuindo para o desenvolvimento e planejamento urbano. E isso tudo, é bem de se ver, deve estar expresso no Plano Diretor, conforme mandamento constitucional.

¹² FLORES, P. T. R; SANTOS, B. S. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2002, p. 14.

¹³ LEAL, *Ibidem*, p. 120

¹⁴ FLORES e SANTOS, *Ibidem*, p. 15.

Certamente, com o advento do estatuto da cidade, o proprietário que não atender as exigências da lei quanto à realização dos pressupostos da função social, poderá ser coagido a fazê-lo, sob pena de ter sua propriedade declarada como não utilizada e podendo ser sujeito a edificação compulsória. Este, e os demais instrumentos serão analisados no decorrer desta investigação.

Rogério Gesta Leal¹⁵, adverte para o fato de que a idéia da propriedade traduzir a realidade social da atualidade reclama “regulamentações específicas cotidianas junto às decisões governamentais, legislativas e judiciais”, representando um “enorme perigo, eis que as elites dominantes, a dogmática e seus juristas” têm recebido espaço para o esvaziamento das “matrizes políticas socializantes”.

Dito isso, passamos a analisar a instigante questão da efetividade da função social da propriedade. Para tanto, se faz necessário algumas conceituações.

4. A EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA À LUZ DO ESTATUTO DA CIDADE E AS FORMAS DE RESISTÊNCIA IDEOLÓGICA A ESSA APLICAÇÃO

Primeiramente é de bom tom ressaltar que à extensão dos direitos fundamentais sobre as relações privadas envolve outras concepções além daquelas envolvidas, são elas, noções de Estado, sociedade, Direitos Humanos, dentre outros.

Dessa forma, o objeto de nosso estudo não pode ser analisado de forma isolada, uma vez que numa sociedade pluralista como a nossa, é impossível deixar de lado as realizações sociais da realidade em que essas pessoas vivem, assim como não é possível a dissociação desses temas por estarem umbilicalmente jungidos.

Neste sentido, é preciso, delinear alguns conceitos, já que é comum na doutrina haver divergências sobre o real significado dos termos como efetividade, eficácia, eficácia social, eficácia jurídica e aplicabilidade.

¹⁵ LEAL, *Ibidem*, p. 119.

Assim, a eficácia *lato sensu* consiste “na aptidão do ato jurídico para produzir efeitos, para irradiar as conseqüências que lhe são próprias”. Enquanto que, a eficácia jurídica “guarda relação com a qualidade da norma em produzir os seus efeitos ínsitos, em regular as situações, relações e comportamentos”¹⁶.

Para Mattos¹⁷, a eficácia social da norma jurídica está adiante da “aptidão típica da norma para produzir efeitos (eficácia jurídica)”, ou seja, diz respeito à “aproximação íntima entre os efeitos possíveis e sua irradiação efetiva no plano concreto” da aplicação.

Já para Ingo Sarlet¹⁸, na esteira da doutrina majoritária, é necessário que se faça a distinção apenas

entre as noções de validade e eficácia, considerando esta como sendo a possibilidade da norma (no caso, da norma definidora de direitos e garantias fundamentais) gerar os efeitos jurídicos que lhe são inerentes. Assim, a eficácia (...) pressupõe a vinculação jurídica dos destinatários, já que toda e qualquer norma vigente, válida e eficaz (conceitos distintos, embora inter-relacionados) implica um certo grau de vinculatividade, embora se possa discutir quem e como está vinculado.

Dessa forma, feitos esses primeiros contornos a despeito dos termos que a doutrina comumente se utiliza para designar tal instituto, passamos a adentrar na questão da efetividade da função social da propriedade urbana após a promulgação do Estatuto da Cidade.

Antes disso, contudo, é importante salientar que, por vezes, não se fará distinção entre a função social da propriedade e o caso específico da função social da propriedade urbana, justamente por serem aplicáveis aos dois casos.

Como vimos, a efetividade significa a realização do Direito, a concreção de sua

¹⁶MATTOS, Liana Portilho. A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Temas e Idéias Editora, 2003, (4ª parte), pg 86.

¹⁷Ibidem, p. 87.

¹⁸SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. *A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 114-115.

função social, por meio da aproximação do mundo fático e dos preceitos legais. Assim, ao tratar da efetividade da função social da propriedade à luz do Estatuto da Cidade, objetiva-se a concretização do princípio referido no plano fático. Em outras palavras, o Estatuto da Cidade, veio justamente para implementar e para dar concretude às normas já contidas na Constituição, que embora lá estivessem resguardadas, segundo parte da doutrina, não eram passíveis de concretização.

O que se argumentava até a entrada em vigor do referido Estatuto é que os princípios constitucionais não possuem força normativa, e que, por esse motivo, careciam da concretização imediata.

Nessa órbita, não se pode olvidar que a questão dos princípios passou por vários estágios até obter “o status de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes”¹⁹. Hodiernamente, é quase que unânime a idéia de que os princípios são normas jurídicas, e que se dividem em duas categorias, quais sejam, a de regras e a de princípios.

Segundo Mattos²⁰, há que se pontuar, ainda, a confusão estabelecida entre a força normativa dos princípios constitucionais com os princípios gerais de direito, uma vez que a doutrina civilista os equiparava, ocasionando o uso dos últimos, apenas aos casos de lacuna normativa.

Nesse sentido, é pertinente a afirmação de Daniel Sarmiento²¹

É verdade que o positivismo não renegava completamente os princípios. No entanto, atribuía a eles uma função meramente subsidiária e supletiva na ordem jurídica. O tema dos princípios era discutido sobretudo no âmbito do Direito Privado, onde eles surgiam como princípios gerais de Direito. Neste contexto, não se lhes reconhecia o caráter de norma jurídica, mas de meio de integração do Direito, cuja utilização caberia apenas nas hipóteses de lacuna.

Portanto, no entendimento da autora²²

(...) o Estatuto da Cidade contribuiu para sepultar de vez esse argumento, na medida em que, ao positivizar o princípio da função social da propriedade também na legislação ordinária, retirou dele a condição de princípio

¹⁹ MATTOS, 2003, Ibidem, p. 89.

²⁰ Ibidem.

²¹ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004, p. 81.

²² MATTOS, op. cit., p. 91.

exclusivamente constitucional. Explica-se melhor: com o Estatuto da Cidade, a função social da propriedade deixou de ser tão-somente um princípio constitucional para transformar-se em uma norma jurídica ordinária, passível, também por isso, de plena concretização e imposição, muito embora conservada sua matriz principiológica.

Outro aspecto importante, ressaltado por Mattos²³, utilizado para obstar a efetividade da função social da propriedade é o de que o seu conceito é juridicamente indeterminado. Para aquela autora, é inadmissível que ainda se faça esse tipo de argumentação, considerando-o sem coerência e sem sentido. Contra-argumenta dizendo que a “não definição rígida de seu conceito permite que o intérprete faça juízos de valor consoante as particularidades locais” e complementa, descrevendo, que a CF de 1988 “apesar de aberta, remete – e não vincula”, o que por sua vez, permitiria, sobretudo, a integração casuística.

Nesse aspecto, também se apresentam de suma importância, os instrumentos trazidos pelo Estatuto da Cidade, no intuito de auxiliar não só o aplicador da lei, mas também os gestores públicos a concretizarem a função social da propriedade, muito embora ele tenha repetido a questão constitucional da remetência ao Plano Diretor.

Os instrumentos referidos acima estão dispostos por todo o texto do Estatuto, contudo, o artigo 2º traz as principais diretrizes para a compreensão da função social da propriedade urbana. Cumpre ressaltar que, como não se constitui em objetivo desse trabalho a análise detida de todas as normas do Estatuto da Cidade, apenas se fará a exposição delas.

Desse modo, o plano diretor, como meio de concretizar a vinculação da propriedade urbana às diretrizes e aos objetivos da política urbana, deverá definir quando a propriedade cumpre a sua função social.

Para Nelson Saule Júnior²⁴

²³MATTOS, 2003, Ibidem, p. 94.

²⁴SAÛLE JUNIOR, Nelson. O Estatuto da Cidade e o Plano Diretor – Possibilidade de uma nova ordem legal urbana justa e democrática. In: OSÓRIO, Leticia Marques (Org.) . Estatuto da Cidade e Reforma Urbana. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 82.

Como princípio norteador do regime da propriedade urbana a função social, permite através do plano diretor, que o Poder Público Municipal possa exigir o cumprimento do dever do proprietário o seu direito em benefício da coletividade, que implica numa destinação concreta do seu imóvel para atender um interesse social.

Desta feita, para a propriedade urbana atender a sua função social o estatuto da Cidade aponta as seguintes diretrizes de ordenação e controle do solo no inciso VI do artigo 2º visando evitar:

- A) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
- B) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
- C) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;
- D) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;
- E) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua sub-utilização ou não utilização;
- F) a deterioração das áreas urbanizadas;
- G) a poluição e a degradação ambiental.

Segundo Saúle Júnior²⁵ para a propriedade atender a sua função social o plano diretor deve conter, ainda, mecanismos de modo a:

- democratizar o uso, ocupação e a posse do solo urbano, de modo a conferir oportunidade de acesso ao solo urbano e à moradia;
- promover a justa distribuição dos ônus e encargos decorrentes das obras e serviços da infra-estrutura urbana;
- recuperar para a coletividade a valorização imobiliária decorrente da ação do Poder Público;
- gerar recursos para o atendimento da demanda de infra-estrutura e de serviços públicos provocada pelo adensamento decorrente da verticalização das edificações e para a implantação de infra-estrutura em áreas não servidas;
- promover o adequado aproveitamento dos vazios urbanos ou terrenos sub-utilizados ou ociosos, sancionando a sua retenção especulativa; de modo a coibir o uso especulativo da terra como reserva de valor

Há quem faça referência, ainda, ao fato de que a função social da propriedade não é aplicável por se tratar de uma norma constitucional programática. Os tribunais e os próprios gestores das cidades têm se utilizado desse argumento.

Antes de dar seguimento a questão, é imperioso que se faça uma conceituação do que seja uma norma programática. Para tanto recorreremos aos ensinamentos de José

²⁵ Ibidem, p. 83-84.

Afonso da Silva²⁶, que classifica as normas constitucionais em três categorias:

- A) normas de eficácia plena, que não necessitam de integração legislativa infraconstitucional, sendo aptas a produzirem todos os seus efeitos de imediato, desde a entrada em vigor da Constituição;
- B) normas de eficácia contida, que são dotadas de eficácia total e imediata apenas na ausência de legislação infraconstitucional integradora; mas diante da legislação superveniente, o seu campo de abrangência fica restrito, contido;
- C) normas de eficácia limitada, que não produzem todos os seus efeitos de imediato, sendo necessária a edição de legislação infraconstitucional ou ação dos administradores públicos para o seu pronto acatamento; essas últimas normas, dividem-se, ainda, em normas constitucionais de princípio institutivo e normas constitucionais de princípio programático.

Ainda nesse sentido, Mattos²⁷ resume as normas programáticas como normas “dotadas de eficácia, muito embora a plenitude dessa eficácia seja limitada até que uma norma posterior, infraconstitucional, seja editada para regulamentá-la”. Aqui se encontra a intrincada questão do princípio da função social da propriedade encerrar, ou não, uma norma programática.

Para Barroso²⁸ a função social da propriedade é uma espécie de norma programática, “cabendo ao legislador instrumentalizar o ordenamento jurídico, a fim de concretizar positivamente a atuação da função e utilidade social”.

Porém, Mattos²⁹, com muita propriedade, refuta a posição de Barroso, dizendo que nenhuma das disposições referentes ao princípio da função social da propriedade constante na Constituição aparenta “estar disposto como um mero programa de ação, menos ainda como uma exortação moral, ou coisa que o valha”, uma vez que o direito moderno aponta para o entendimento de que a referida função social é eficaz “somente com o texto constitucional”. Em suas palavras:

Uma coisa é ter um princípio com um conteúdo bem preciso de determinação, como é o caso do princípio da legalidade (...). Outra, é o texto constitucional conter um princípio com conteúdo fluido, suscetível de

²⁶ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 75.

²⁷ MATTOS, 2003, Ibidem, p. 98.

²⁸ BARROSO, Luis Roberto *apud* ALBUQUERQUE, Ibidem, p. 55.

²⁹ MATTOS, op. cit., p. 100.

preenchimento e de identificação pelo intérprete no caso concreto, que buscará depreender do sistema os valores que pairam sobre ele. Esse é o caso da função social da propriedade, que não por isso pode ser “congelada”, imobilizada e colocada à margem das normas disponíveis para serem aplicadas pelo Poder Público, sob a pecha de ser “norma programática”.

Portanto, esse argumento carece de consistência, uma vez que no direito moderno a função social é imanente a propriedade. Ao se aceitar tal posição se estaria atribuindo o mesmo perfil ao direito à propriedade.

Jacques Távora Alfonsin³⁰, em posição peculiar, traz à reflexão da efetividade da função social da propriedade a questão da moradia. Em suas palavras:

Tomando-se como parâmetro o direito à moradia, portanto, o que enche de conteúdo eficaz, hoje, se se quiser dar algum efeito concreto à função social da propriedade é, no mínimo, a posse de um espaço indispensável à moradia de todas as pessoas que vivem nas cidades, o bem acentuado “espaço vital de radicação”, que é possessório, antes de tudo, como bem salientara Antonio Hernandez Gil rente à satisfação de uma das necessidades mais elementares do direito à vida, ao lado do alimento.

Há ainda outro ponto a ser destacado a favor da efetividade do princípio da função social da propriedade. É o fato do referido princípio e do direito de propriedade estarem assegurados no rol dos direitos e garantias fundamentais constantes no artigo 5º da CF/88. E, dessa forma, seu § 1º assegura que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Assim, de posse desta informação, podemos concluir que todos os argumentos contrários a efetividade da função social da propriedade caem por terra, uma vez que na disposição do referido parágrafo está claro que essas normas devem ser imediatamente acatadas, não só pelos particulares, mas também pelo Poder Público, independentemente de qualquer outra legislação que as venha tornar juridicamente efetivas.

³⁰ ALFONSIN, Jacques Távora. Breve apontamento sobre a função social da propriedade e da posse urbanas à luz do novo Estatuto da Cidade. In: OSÓRIO, Leticia Marques (Org.) - *Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 67.

Ademais, com o advento do Estatuto da Cidade encerrou-se qualquer dúvida a respeito da regulamentação do princípio da função social da propriedade, uma vez que o próprio ementário do Estatuto afirma que ele: “regulamenta os arts 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências”.

Cabe, agora, analisarmos como os instrumentos de combate à retenção especulativa dos imóveis urbanos devem ser utilizados no auxílio da concretização da função social da propriedade urbana.

5. OS INSTRUMENTOS DE COMBATE À RETENÇÃO ESPECULATIVA COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Os instrumentos de combate à retenção especulativa de imóveis urbanos já haviam sido previstos constitucionalmente na CF de 1988 em seu artigo 182, § 4º. Contudo, esses instrumentos só passaram a ter possibilidade de aplicação concreta e, de eficácia, portanto, com a promulgação do Estatuto da Cidade, Lei Nº 10.257/2001.

Segundo Moraes³¹

A previsão de instrumentos como o parcelamento ou edificação compulsórios, o imposto sobre a propriedade predial urbana progressivo no tempo e a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, tem um significado muito importante para a política urbana dos municípios, na medida em que dotam o Poder Público de uma possibilidade bem maior de intervenção sobre o território e o mercado imobiliário das cidades.

É importante consignar que os instrumentos referidos visam a materialização das diretrizes constantes no inciso VI, do artigo 2º, do Estatuto acima comentados. Nessa órbita, caberá aos municípios identificar as regiões que não estão cumprindo a sua função social e as colocar expressamente no Plano Diretor. Porém, sua mera previsão

³¹ALFONSIN, Betânia de Moraes. Princípio da Função Social da Propriedade e instrumentos de combate à retenção especulativa de imóveis urbanos. Mimeo, p. 01.

não é suficiente para a sua implementação. É necessário que seja editada Lei Municipal específica, onde deverão ser fixados os prazos para o cumprimento das obrigações a serem realizadas.

A partir da promulgação da Lei específica, cabe ao poder público municipal notificar os proprietários das glebas atingidas pela medida coercitiva. Cumpre asseverar que o encargo vai inscrito no registro de imóveis, sendo, portanto, ligado ao direito real de propriedade.

Expirado o prazo concedido pelo poder público, fica o município autorizado a aumentar progressivamente a alíquota do IPTU, por um prazo máximo de até 5 anos e podendo chegar a uma alíquota máxima de 15%. Com isso, objetiva-se o atendimento, pelo proprietário, da função social da propriedade objeto de notificação. O IPTU progressivo, portanto, não tem caráter arrecadatário e sim caráter extrafiscal.

Nesse sentido, se passados os cinco anos de cobrança do IPTU progressivo e o proprietário da área, objeto de notificação, continuar inerte, sem a apresentação de um projeto urbanístico que lhe dê adequado aproveitamento, será facultado ao poder público, ficando, dessa forma, adstrito ao poder discricionário da Administração Pública, a desapropriação como sanção, com pagamento em títulos da dívida pública.

Portanto, no entendimento de Alfonsin³²

Fica claro que a aplicação do instrumento da desapropriação-sanção se liga a dois princípios constitucionais: o princípio da função social da propriedade (tanto privada como pública), como ao princípio da finalidade. Se a lei estabelece esses mecanismos para que o proprietário atenda à função social da propriedade, não poderá o poder público desapropriá-lo para mantê-lo não parcelado, não edificado ou não utilizado. A função social da propriedade se liga à função social da cidade, revestindo-se de interesse público a tutela de seu cumprimento.

Tanto isso é verdade que o Estatuto da Cidade trouxe mecanismos de responsabilidade com a ordem urbanística, responsabilizando os agentes públicos que deixarem de proceder às medidas cabíveis, por improbidade administrativa.

³²ALFONSIN, *Ibidem*, p. 04.

Contudo, Rogério Gesta Lea³³, adverte que

A desapropriação não tem sido muito utilizada enquanto instrumento de reforma urbana ou mecanismo de efetivação da função social da propriedade urbana e da cidade, exatamente porque as elites dominantes deste país ou fazem lobby para que isto não ocorra, já que seriam frontalmente atingidos seus interesses patrimonialistas, ou porque a própria classe política institucional faz parte de um segmento privilegiado da sociedade, detentor dos meios de produção e da concentração de renda e bens vigente, que de qualquer forma não tem interesse em ver implantadas políticas públicas garantidoras daqueles direitos/princípios.

Ademais, como a alíquota máxima é fixada em 15% , correspondendo a um valor bastante expressivo, dificilmente um proprietário notificado ficará durante o período de 5 anos arcando com um valor tão alto de IPTU.

Feitas essas explicações, nos resta, ainda, discorrer sobre a necessidade da mudança paradigmática, de maneira a refletir e materializar o princípio da função social da propriedade.

6. O OLHAR DO APLICADOR DA LEI

Como vimos, somente na Constituição de 1988 é que o princípio da função social da propriedade urbana encontrou uma fórmula consistente, que segundo Edésio Fernandes³⁴, pode se assim sintetizada:

O direito de propriedade imobiliária urbana é assegurado desde que cumprida sua função social, que por sua vez é aquela determinada pela legislação urbanística, sobretudo no contexto municipal. Cabe ao governo municipal promover o controle jurídico do processo de desenvolvimento urbano através da formulação de políticas de ordenamento territorial, nos quais os interesses individuais dos proprietários necessariamente coexistem com outros interesses sociais, culturais e ambientais de outros grupos e da cidade como um todo.

Todavia, o princípio da função social da propriedade, segundo este autor³⁵, ainda é “uma figura retórica nas práticas efetivas de desenvolvimento urbano e gestão de

³³LEAL, *Ibidem*, p. 121.

³⁴FERNANDES, Edésio. Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil. In: MATTOS, L. P. (Org.). *Estatuto da Cidade Comentado*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002, p. 35.

³⁵FERNANDES, *Ibidem*, p. 36.

idades”, uma vez que os setores do poder público tem-se “pautado por outra noção, qual seja, a do direito de propriedade individual irrestrito”.

Portanto, precisamos, definitivamente de uma mudança de olhar, ou seja, de uma mudança de paradigma conceitual de interpretação, abandonando de vez o princípio individualista do CC, e o substituindo pelo princípio da função social da propriedade.

Dessa forma, “são muitos os mitos que precisam de ser implodidos”³⁶ para que a função social da propriedade adquira uma eficácia plena e fática, dentro de um quadro de maior objetividade, apoiada não só em seus conceitos, mas também nos princípios constitucionais.

Proceder a essa mudança paradigmática no contexto das decisões judiciais, é de fundamental importância, uma vez que a tradição civilista do direito de propriedade absoluto ainda revela seus resquícios. Ademais, “tão importante quanto aprovar novas leis e criar novos instrumentos urbanísticos é consolidar o paradigma proposto pela Constituição de 1988, de forma a reformar de vez a tradição civilista”³⁷.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os apontamentos iniciais prestaram-se a demonstrar a contextualização dos institutos envolvidos, bem como se procurou demonstrar as peculiaridades mais significativas a respeito do tema.

No decorrer da investigação, apresentou-se, ainda, a caracterização do princípio da função social da propriedade como valor essencial ao direito de propriedade, uma vez que sua socialidade é imanente ao referido direito.

Na seqüência, permitiu-se um esboço da afirmação dos mecanismos trazidos pelo Estatuto da Cidade que trazem efetividade à função social da propriedade urbana, bem como as formas de resistência ideológica a essa aplicação.

³⁶ Ibidem, p. 38.

³⁷ Ibidem, p. 39.

Nesse contexto, é de fundamental importância que os municípios promovam uma ampla reforma de suas ordens jurídicas de acordo com os novos mecanismos trazidos pelo Estatuto da Cidade, de modo a conferir um quadro de leis condizentes com o novo paradigma da função social da propriedade, que acaba abandonando o viés individualista do Código Civil, com suas normas imutáveis, para assumir uma feição constitucional atrelada ao cumprimento de uma função social, que possa realmente atender aos anseios sociais e às demandas conjunturais da nossa sociedade pluralista.

Mais do que nunca, se expõe a necessidade dos juristas se preocuparem não só com a interpretação das leis, mas também com as reais possibilidades de efetividade do princípio da função social da propriedade.

Por fim, resumidamente, podemos dizer que a função social da propriedade urbana como princípio constitucional, é fruto do fenômeno chamado de constitucionalização do direito privado, quando é feita uma releitura do Direito Civil à luz da Constituição, onde se passou a privilegiar os valores não patrimoniais como a dignidade humana e os direitos sociais.

Portanto, a análise do princípio da função social da propriedade urbana à luz desse novo viés e do Estatuto da Cidade, acabou permitindo a revigoração desse instituto, que estava relegado ao esquecimento e a ineficácia, revigorando-os, de maneira, a torná-los compatíveis com as demandas da sociedade pluralista.

Por último, o que diferencia o texto atual da Constituição de 1988, em relação às anteriores, é que a propriedade e a função social tornaram-se princípios fundamentais do ordenamento, ou seja, receberam o status de garantias individuais e, como tal, são providas da possibilidade de aplicação imediata.

8. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Função Social da Posse*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Princípio da Função Social da Propriedade e instrumentos de combate à retenção especulativa de imóveis urbanos*. Mimeo.

ALFONSIN, Jacques Távora. Breve apontamento sobre a função social da propriedade e da posse urbanas à luz do novo Estatuto da Cidade. *IN: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.) - Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p-61-76.

FACCHINI NETO, Eugênio. Direitos Fundamentais e relações privadas – algumas premissas. In: II Seminário Internacional sobre Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2005, Santa Cruz do Sul, *Anais do II Seminário Internacional sobre Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*. Porto Alegre: Evangraf, 2005, p.23-38.

FERNANDES, Edésio. Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil. In: MATTOS, L. P. (Org.). *Estatuto da Cidade Comentado*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002, p.31-64.

FINGER, Júlio César. Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 93-94.

FLORES, P. T. R.; SANTOS, B. S. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado/ Edunisc, 1998.

MATTOS, Liana Portilho. A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Temas e Idéias Editora, 2003, (4ª parte).

_____. *O Estatuto da Cidade e o acesso à Justiça em matéria urbanística*. In: Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria Municipal de Cultura, nº 15, 2001.

ORRUTEA, Rogério Moreira. Da propriedade e a sua função social no direito constitucional moderno. Londrina: Ed. UEL, 1998.

SAÚLE JUNIOR, Nelson. O Estatuto da Cidade e o Plano Diretor – Possibilidade de uma nova ordem legal urbana justa e democrática. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.) . *Estatuto da Cidade e Reforma Urbana*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 77-119.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. *A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 114-115.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed., São Paulo:

Malheiros, 1999.