



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO**

KLEIDSON NASCIMENTO DOS SANTOS

A PROPRIEDADE URBANA E SUA FUNÇÃO SOCIAL

**PERFIL CONSTITUCIONAL E EFETIVIDADE A PARTIR DE
INSTRUMENTOS DO ESTATUTO DA CIDADE**

Maceió

2008

KLEIDSON NASCIMENTO DOS SANTOS

A PROPRIEDADE URBANA E SUA FUNÇÃO SOCIAL

**PERFIL CONSTITUCIONAL E EFETIVIDADE A PARTIR DE
INSTRUMENTOS DO ESTATUTO DA CIDADE**

Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Mestre em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade Federal de
Alagoas – FDA/UFAL.

Orientador: Prof. Dr. Andreas J. Krell

Maceió

2008

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE**

S237p Santos, Kleidson Nascimento dos
A propriedade urbana e sua função social: perfil constitucional e efetividade a partir de instrumentos do Estatuto da Cidade / Kleidson Nascimento dos Santos. – Maceió, 2008.
105 f. : il.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Alagoas, 2008.

Orientador: Prof. Dr. Andreas J. Krell.

1. Propriedade (Direito). 2. Propriedade privada. 3. Propriedade urbana. 4. Sociologia. 5. Estatuto da Cidade. I.Título.

CDU 347.235

KLEIDSON NASCIMENTO DOS SANTOS

A PROPRIEDADE URBANA E SUA FUNÇÃO SOCIAL
PERFIL CONSTITUCIONAL E EFETIVIDADE A PARTIR DE INSTRUMENTOS
DO ESTATUTO DA CIDADE

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas – FDA/UFAL.

Orientador: Prof. Dr. Andreas J. Krell

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. MARCA DA GRACA MARQUES GURGEL

Julgamento: APROVADO Assinatura: 

Prof. Dr. HELYSONE CIRILINO CAMPOS

Julgamento: APROVADO Assinatura: 

Prof. Dr. QUERINO MALLMANN

Julgamento: APROVADO Assinatura: 

Menção Geral: _____

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior.

Maceió, 17 de março de 2008.

*Aos meus pais, sem os quais, junto a Deus,
nada disto se tornaria possível.*

AGRADECIMENTOS

Por mais solitário que nos possa parecer o caminho em busca de um objetivo, a verdade é que nunca estamos completamente sozinhos. O mais tenro pensamento de alguém que amamos tem a força de nos fazer acompanhados. Mesmo a distância, sempre há quem nos dedique os préstimos de sua alma. Por isso, é chegada a hora de dedicar sinceros agradecimentos àqueles que fizeram parte desta jornada.

Aos meus pais Cassimiro e Auxiliadora, pelos exemplos que sempre foram para mim como homem, filho e aprendiz. Sem vocês eu nada seria.

Aos meus irmãos Patrícia, Kleber e Kátia, pela confiança que me transmitiram em família, fazendo-me ver que eu estava no caminho certo.

A minha vovó Dudu, que sempre me recebia com um imenso sorriso a cada vez que chegava de Maceió, por sempre rogar por mim em suas orações.

Ao meu orientador Prof. Dr. Andreas Krell, pela compreensão, paciência e pelos infindáveis ensinamentos que se tornaram fundamentais para toda a minha vida acadêmica.

A querida professora Dra. Graça Gurgel, pela sua doçura e experiência, com as quais tive a honra de conviver no trabalho e na academia, pelo incentivo para cursar o mestrado e pela disponibilidade, mesmo diante de sua atribulada rotina diária.

Aos professores Dr. Henrique Cardoso Ribeiro e Dr. Querino Mallmann, pelas sempre pertinentes e precisas observações, essenciais ao aperfeiçoamento desta dissertação.

Aos demais professores, colegas e amigos da 2ª turma do Mestrado em Direito da UFAL, em especial a Antônio Soares Jr. e Henrique Carvalho, que foram verdadeiros companheiros nos momentos de angústia e de alegria, mostrando-me que a amizade, realmente, não tem preço.

A amiga Giovanna Codá, que foi para nós uma madrinha a frente da secretaria do mestrado, fornecendo todo o suporte – material e emocional – para que pudéssemos cursar o programa da melhor forma possível, com a gentileza e a simpatia que lhe são peculiares.

A minha querida Luciana, que me acompanhou na reta final dos estudos, pelo grande e verdadeiro carinho demonstrado, que me fez ainda mais confiante para o tão esperado momento da defesa.

A todos aqueles que, de alguma forma, incentivaram, colaboraram ou que dedicaram a mim a pureza do seu pensamento, pois, como já dito antes, nunca estamos sozinhos.

Agradeço, sobretudo, a Deus, pela oportunidade de contar com todos vocês em minha trajetória e pela graça de obter esta conquista. A Ele agradeço mais essa dádiva em minha vida. Sou e serei eternamente grato por tudo.

RESUMO

A transformação do direito de propriedade desencadeada pela mudança de paradigma imposta pelo Estado Social, aliada ao crescimento desordenado das cidades, causando sérios problemas sociais que vão desde a falta de moradias, até a insuficiência e ineficiência de equipamentos urbanos e comunitários, fez com que o princípio da função social da propriedade urbana ganhasse importância crucial no constitucionalismo brasileiro. Em função disso, o legislador concentrou esforços para regulamentar os instrumentos constitucionais de efetivação da função social da propriedade urbana, contemplados nos incisos I, II e III do § 4º do art. 182 da Constituição Federal, que tratam, respectivamente, do parcelamento ou edificação compulsórios, imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo e desapropriação, todos de natureza coercitiva. Com tal missão adveio o Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257/2001, a quem coube a regulamentação dos referidos instrumentos constitucionais, e que, por essa razão, constitui elemento indispensável para a efetivação da função social da propriedade urbana. Na presente dissertação, são abordados os instrumentos constitucionais de natureza coercitiva, com vista à efetivação da função social da propriedade urbana, por meio da análise detalhada da legislação regulamentadora, passando pela evolução do princípio da função social da propriedade urbana nas constituições brasileiras, utilizando como referencial teórico a produção doutrinária dos que se debruçaram sobre os aspectos jurídicos pertinentes ao tema.

Palavras-chave: propriedade urbana, função social da propriedade, instrumentos constitucionais coercitivos, Estatuto da Cidade.

ABSTRACT

The transformations of the property right unchained by the change of paradigm imposed by the Social Estate, together with its population brutal increase, causing serious social problems, from the lack of housing to the insufficiency and inefficiency of urban and communitarian equipment, made the constitutional principle of urban property social function to gain crucial importance in the Brazilian Constitution. Because of that, the legislator concentrated efforts to regulate the carrying out constitutional instruments of the urban property social function, contemplated at article 182 §4º, I, II and III of the Federal Constitution, that respectively refers to the obligatory plotting or construction, to the urban building and territorial gradual tax in time and the dispossession, all of coercitive nature. With such mission appeared the Statute of the City – Law 10.257/2001, that was put in charge of regulating the cited constitutional instruments, and therefore constitutes indispensable element for carrying out the urban property social function. In this dissertation, the constitutional instruments of coercitive nature are analysed, under the view of carrying out the urban property's social function which, through the detailed analysis of the appropriate law, passing through the evolution of the urban property social function principle in Brazilian Constitutions, making use, as theoretician referential, of the works from those that studied the legal aspects of the subject.

Keywords: urban property, urban property social function, constitutional instruments of coercitive, Statute of the City.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – O DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA CONFIGURAÇÃO NO ESTADO SOCIAL DE DIREITO	15
1.1. As bases de um Estado de Direito Social	15
1.2. A propriedade privada: dos tempos modernos à contemporaneidade	19
1.3. O direito de propriedade e sua previsão supra-estatal	22
1.4. Evolução histórica do direito de propriedade nas Constituições brasileiras anteriores	24
1.5. O direito de propriedade na Carta Política de 1988	30
CAPÍTULO II – A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	34
2.1. A função social e o seu papel limitador	34
2.2. Distinção entre limitações da propriedade e função social da propriedade	37
2.3. A abordagem social da propriedade no Direito Civil	38
2.4. Reflexos do perfil constitucional da propriedade na codificação de 2002	40
CAPÍTULO III – O ESTATUTO DA CIDADE E A IMPORTÂNCIA DO PLANO DIRETOR DE DESENVOLVIMENTO URBANO	45
3.1. A concepção da lei nº 10.257/2001	45
3.2. O papel do plano diretor de desenvolvimento urbano	46
3.3. Espécies de instrumentos elencados pelo Estatuto da Cidade	52
3.3.1. Instrumentos de planejamento	55
3.3.2. Instrumentos tributários e financeiros	56
3.3.3. Instrumentos jurídicos e políticos	57
3.3.4. Instrumentos ambientais	59

CAPÍTULO IV – INSTRUMENTOS CONSTITUCIONAIS COERCITIVOS	62
4.1. Parcelamento ou edificação compulsórios	62
4.1.1. Delineamento dos institutos	62
4.1.2. Requisitos legais para sua aplicação	66
4.1.3. Procedimento à luz da doutrina urbanística	69
4.2. Imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo	77
4.2.1. Um tributo de caráter extrafiscal	77
4.2.2. Aplicação do instrumento e seus percalços	78
4.3. Desapropriação	87
4.3.1. Conceituação à vista da disposição legal	87
4.3.2. Pressupostos para sua implementação	89
4.3.3. Possibilidades e dificuldades de sua utilização	90
CONCLUSÃO	99
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	102

INTRODUÇÃO

A propriedade privada, na medida em que evolui a sociedade, tem se submetido a uma série de mudanças sob o prisma jurídico, recaindo sobre si determinadas restrições no que tange à sua função diante dos interesses político-sociais vigentes.

No cenário do final do século XIX, até meados do século XX, os distúrbios sociais ganharam notoriedade e a questão do direito de propriedade foi alvo de questionamentos, de modo que o absolutismo a respeito da concepção individualista desse instituto teve que ser revisto. É neste contexto que surge a idéia de condicionar o direito de propriedade à sua utilização em prol do bem comum.

O declínio da corrente liberalista após as grandes Guerras Mundiais, especialmente a Segunda, facultou a formação do Estado Social de Direito¹, cujos objetivos pretendidos levaram a inúmeras conseqüências sobre o Direito e sobre os indivíduos, e seu aspecto mais importante se refletiu na produção de legislações sociais, originando diplomas legais que buscam fins específicos e eleitos como de interesse público².

Sob esse prisma foi que se atribuiu a função social à propriedade e construiu-se uma nova concepção da propriedade privada, dando-lhe uma dimensão social. Da preocupação primária, com o direito subjetivo, e da secundária, com o direito coletivo ou social, inverteu-se a dimensão da propriedade para proteger em primeiro plano este e deixar em segundo plano aquele.

No Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988, a propriedade estava voltada para o individualismo econômico, e assim foi

¹ SOUZA, Junia Verna Ferreira de. Solo criado: um caminho para minorar os problemas urbanos. In DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coords.). *Temas de direito urbanístico*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 147.

² OLIVEIRA, Aluísio Pires de; CARVALHO, Paulo Cesar Pires. *Estatuto da Cidade: anotações à Lei 10.257, de 10.07.2001*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 78.

positivada no antigo Código Civil. Prestigiou-se, àquela época, a utilidade e o interesse, mantendo-se intocável a supremacia do indivíduo sobre o Estado, como corolário de uma sociedade sedimentada em uma economia rural, sustentada pela mão-de-obra escrava e imigratória.

Com o passar das décadas e com as transformações ocorridas no modelo de discurso adotado pela doutrina jurídica predominante, ultrapassou-se a barreira do liberalismo clássico, alcançando-se a concepção de bem-estar social. A linha ideológica em torno da propriedade sofreu uma verdadeira mutação, culminando em normas jurídicas que a inseriram no contexto constitucional atual, em que deve atender a uma função social, o que fez esmorecer o caráter de direito absoluto e ilimitado no qual se sedimentava.

Foi a atual Carta de 1988 que trouxe em si o ideal de um Estado de Direito Social e Democrático, que firmou no ordenamento jurídico brasileiro a garantia do direito de propriedade condicionada ao cumprimento da sua função social, o que implica uma série de ônus para o seu titular, desde as restrições de exercício, até a proibição de uso exclusivo, passando pela exigência de um aproveitamento racional e eficiente, com a adequada utilização dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente.

Frente a essa trajetória da propriedade e diante da necessidade de manter as condições de sobrevivência com dignidade e qualidade de vida aos habitantes das cidades, centros urbanos que tendem a crescer desordenadamente, e na tentativa de coibir a especulação imobiliária que de revela nociva ao pleno desenvolvimento urbano, foi sancionada a Lei nº 10.257/2001, denominada o Estatuto da Cidade, com fundamento na função social da propriedade urbana, consagrado como princípio constitucional e direito fundamental.

Nesse panorama, visa este trabalho abordar a trajetória histórica e evolução material do direito de propriedade, com destaque à sua previsão supra-estatal, passando pela análise da sua previsão nas diversas

Constituições brasileiras, e esmiuçar os instrumentos jurídicos coercitivos que têm por finalidade promover a efetividade da função social da propriedade, nos termos em que foram dispostos pelo artigo 182, §4º, incisos I, II e III, da Constituição Federal, e regulamentados pelo Estatuto da Cidade.

Propõe-se o debate do procedimento necessário à aplicação dos institutos do parcelamento ou edificação compulsórios, do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana e da desapropriação urbanística como sanções ao detentor de imóvel que deixa de cumprir a sua função social, levantando-se os questionamentos decorrentes da regulamentação do texto constitucional pelo legislador ordinário, bem como as indagações e soluções trazidas pela doutrina publicista pesquisada.

Para uma exata compreensão do tema, o estudo é pautado por uma abordagem que parte de aspectos mais gerais para os mais específicos, num processo analítico de suas partes constitutivas, com base na metodologia empregada, que inclui vasta pesquisa bibliográfica, com citações de obras clássicas e também de vanguarda no âmbito do direito civil e constitucional.

O Capítulo I se inicia com uma digressão acerca das bases do Estado Social, onde é exposta a passagem do panorama liberal para o ideal social dentro do Estado de Direito. Nesse contexto, estuda-se a mudança de paradigma do conceito de propriedade na modernidade e na contemporaneidade, até se chegar à sua previsão supra-estatal. Aborda-se a previsão normativa do direito de propriedade ao longo da história do constitucionalismo brasileiro, com destaque para o papel da propriedade na Constituição Federal de 1988.

A função social da propriedade é tratada no Capítulo II, onde é exposto o seu papel limitador frente à propriedade como direito fundamental, com distinção para as demais formas de limitação da propriedade previstas na legislação nacional. Nesse capítulo, é delineado o caráter social que é imbuído o Código Civil de 2002, reflexo do perfil constitucional da propriedade atual.

Com destaque para a propriedade imóvel urbana, cerne deste trabalho, no Capítulo III é abordada a disciplina inovadora do Estatuto da Cidade, seus instrumentos de planejamento, tributários, financeiros, jurídico, político e ambientais, com vista à implementação da política urbana prevista no texto constitucional, com especial atenção para o plano diretor de desenvolvimento urbano e sua importância no ordenamento das cidades.

Por fim, o Capítulo IV traz uma detalhada análise dos instrumentos constitucionais coercitivos previstos como meios para se alcançar a efetividade no cumprimento da função social da propriedade urbana. São estudados o parcelamento e edificação compulsórios, o imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo e a desapropriação como formas de sanção àquele cuja propriedade não cumpre a sua função social, com detalhamento dos seus procedimentos, análise das divergências doutrinárias acerca da matéria, assim como das possibilidades e dificuldades de aplicação desses institutos no atual contexto jurídico e político brasileiro.

CAPÍTULO I – O INSTITUTO DA PROPRIEDADE E SUA CONFIGURAÇÃO NO ESTADO SOCIAL DE DIREITO

1.1. AS BASES DE UM ESTADO DE DIREITO SOCIAL

Como Estado de Direito, o Estado Social é o resultado de uma extensa transformação por que passou o Estado Liberal clássico e, conseqüentemente, é parte da trajetória histórica do Estado de Direito, na medida em que incorpora os direitos sociais para além dos direitos civis.

Trata-se de um modelo que emerge de uma contradição histórica, pois se afirma em meio a experiências políticas e institucionais diferentes. Para que isto seja vislumbrado, basta verificar o contexto em que se inserem a Revolução Russa de 1917, a reconstrução da Alemanha pós-guerra e a Revolução Mexicana, movimentos estes que têm como resultado direto a produção de Constituições e declarações de direitos diversas entre si, mas complementares e de grande consonância.

O Estado de Direito Social surge do confronto de concepções ideológicas divergentes, opondo-se ao liberalismo tradicional, burguês, como expressão do clamor social pela garantia não só dos direitos individuais do cidadão, mas também pelo cumprimento dos direitos sociais reconhecidos até então.

Assim nasce o Estado Social, como uma resposta à ideologia da burguesia conservadora, e já no início do século XX tem delineados constitucionalmente os direitos sociais como direitos fundamentais da pessoa humana, sob a proteção do Estado.

Sobre o momento de surgimento do Estado de Direito Social, lembra Paulo Bonavides que este é uma realidade mais recente que a reflexão sobre os chamados direitos sociais, ainda que se possa afirmar tenha sido pensado no século XIX.

Em sua opinião, a qual compartilhada neste trabalho, em termos de realidade institucionalizada e significativa, cuida-se de um Estado que é fruto da Segunda Guerra Mundial, tendo merecido sua definição constitucional primeira e mais precisa na Constituição da República Federal Alemã, sob a forma de Estado de Direito Social, em que se busca integrar os valores do Estado de Direito de inspiração liberal com o Estado comprometido com a justiça social³.

O fato é que o Estado de Direito Social aparece, pois, como instituição garantidora dos direitos sociais, com um perfil fortemente marcado pelo protecionismo social, atento às demandas e necessidades sociais.

Bastante lúcida é a lição de Norberto Bobbio⁴, ao dizer que da crítica das doutrinas igualitárias contra a concepção e a prática liberal do Estado é que nasceram as exigências de direitos sociais, que transformaram profundamente o sistema de relações entre o indivíduo e o Estado e a própria organização do Estado, até mesmo nos regimes que se consideram continuadores, sem alterações bruscas, da tradição liberal do século XIX.

Demonstra-se, assim, que os direitos sociais trazem desde o seu nascedouro um arcabouço lógico-coletivista, que vai de encontro à desenfreada apropriação individual do capital, ultrapassando as amarras jurídicas do liberalismo que o precedera.

Quando analisada a feição de um Estado Social, pode-se atribuir a ele a somatória dos valores inerentes ao Estado de Direito, nascido dos movimentos libertários do século XVIII, e dos valores essenciais à realização da igualdade, associada ao valor liberdade.

O Estado de Direito Social caracteriza-se, por conseguinte, pela supremacia da sociedade em face do indivíduo, e pela compatibilização do

³ BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e a tradição política liberal do Brasil, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol. 53, p. 63s.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, p. 42.

valor liberdade com o valor igualdade, porfiando não só pela democratização do Estado, já obtida antes, mas também pela democratização da sociedade, ainda não alcançada⁵.

Para Jorge Reis Novais⁶, o Estado de Direito de nossa época é social e democrático. Tal adjetivação implica na elucidação das dimensões essenciais de uma compreensão atualizada do antigo ideal de limitação jurídica do Estado com vista à garantia dos direitos fundamentais do cidadão.

Em seu pensamento, a expressão sugere imediatamente a confluência, no mesmo princípio basilar da ordem constitucional, de três elementos que podem ser sintetizados por: a segurança jurídica que resulta na proteção os direitos fundamentais, a obrigação social de configuração da sociedade por parte do Estado e a autodeterminação democrática.

Explica Gilberto Bercovici⁷, tratando da transição do Estado Liberal até a constituição do Estado Social, que, com o advento do Estado Social, o Direito se modifica, enunciando prestações positivas para reduzir desigualdades na repartição dos encargos sociais, reforçando a sua ligação com a política. Com a definição dos seus fins nessa nova ordem, o Estado deixa de ser apenas o poder soberano para, também, tornar-se o principal responsável pelo direito à vida, concretizado por meio dos direitos sociais.

No que tange à caracterização do Estado frente à ordem econômica, observa-se que o fenômeno do poder se fez presente desde as antigas civilizações e ganhou vulto, sobretudo, a partir da concepção jurídica e política de Estado. A influência do poder político na esfera econômica está inserida na própria evolução da humanidade, tendo ou não essa evolução ocorrido de forma juridicamente ordenada.

⁵ PASSOS, J. J. Calmon de. A constitucionalização dos direitos sociais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. I, n.º. 6, setembro, 2001.

⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito – do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 224.

⁷ BERCOVICI, Gilberto. Políticas Públicas e o Dirigismo Constitucional in *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Volume 3. Curitiba, 2002, p.120.

Impende salientar, no entanto, que a presença do Estado no âmbito econômico foi, por muito tempo, renegada a um segundo plano, sob o prisma social, em virtude do discurso liberal dominante, circunstância que somente viria a ser atenuada com o advento do Estado de Direito Social.

Revela-se, pois, que somente poderia apresentar-se como correta a concepção expressada no discurso do Estado Liberal se todos homens fossem dotados de igual capacidade. Mas, como ensina Paulo Bonavides:

O liberalismo de nossos dias, enquanto liberalismo realmente democrático, já não poderá ser, como vimos, o tradicional liberalismo da Revolução Francesa, mas este acrescido de todos os elementos de reforma e humanismo com que se enriquecem as conquistas doutrinárias da liberdade. Recompô-lo em nossos dias, temperá-lo com os ingredientes da socialização moderada, é fazê-lo não apenas jurídico, na forma, mas econômico e social, para que seja efetivamente um liberalismo que contenha a identidade do Direito com a Justiça⁸.

Essa mudança do discurso de Estado provocou profunda alteração na produção das normas, que deixaram de ser essencialmente passivas, ou de pretender a intervenção mínima, para assumirem uma feição ativa, de intervenção máxima, exigindo do indivíduo o uso qualificado de seus bens.

E assim ocorreu com a propriedade, notadamente a propriedade imobiliária urbana, que passou a atender a inúmeros critérios, quais sejam, ambientais, vizinhança, culturais, históricos etc., de forma a pressupor a antecedência do interesse coletivo sobre o individual no exercício dos direitos da propriedade⁹.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros. 1996, p. 62.

⁹ TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade: o seu conteúdo mínimo entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição. *Revista Forense*, v. 306, Rio de Janeiro, 1991, p. 74.

A partir de então, enseja-se a superação da propriedade como direito subjetivo e absoluto, a contraposição do fundamento da função social da propriedade, que antepõe a um direito fundamental individual um direito fundamental coletivo, como será estudado adiante neste trabalho.

1.2. A PROPRIEDADE PRIVADA: DOS TEMPOS MODERNOS À CONTEMPORANEIDADE

Na era moderna, a propriedade privada foi marcada, com o advento da civilização burguesa, por ser um bem de mera utilidade econômica. O Direito imposto pela burguesia concebia a propriedade como poder absoluto e exclusivo sobre coisa determinada, visando à utilidade exclusiva do seu titular.

De tal constatação sucede que, na concepção prevalecente no decorrer do século XIX, a propriedade figurou como o instituto central do direito privado, em torno do qual eram regidos todos os bens, em contraposição às pessoas. Por outro lado, a civilização burguesa estabeleceu a nítida separação entre o Estado e a sociedade civil, entre o homem privado, como indivíduo, de onde deriva a expressão *direitos individuais*, e o cidadão, como sujeito da sociedade política.

Sob essa dicotomia, a propriedade foi alocada inteiramente no campo do direito privado, fundando o direito de propriedade na exigência natural de subsistência do indivíduo e na especificação por ele dada a determinada coisa pelo seu trabalho, que representa o que há de mais próprio em cada pessoa.

Essa justificativa de subsistência individual transformou-se na garantia fundamental da liberdade do cidadão contra as imposições do Poder Público. Sob esse aspecto de garantia da liberdade individual, a propriedade

passou a ser protegida em sua dupla natureza de direito subjetivo e de instituto jurídico.

Não se trata, apenas, de reconhecer o direito individual dos proprietários, garantindo-os contra as investidas dos demais sujeitos privados ou do próprio Estado. Cuida-se, também, de evitar que o legislador venha a suprimir o instituto, ou a desfigurá-lo completamente, em seu conteúdo essencial.

Sem embargo, a evolução sócio-econômica ocorrida a partir de fins do século XIX veio alterar o objeto dessa garantia fundamental, pois, a partir de então, a proteção da liberdade econômica individual e do direito à subsistência já não dependem, unicamente, da propriedade de bens materiais, mas abarcam outros bens de valor patrimonial, tangíveis ou intangíveis, ainda que não objeto de um direito real¹⁰.

Com a evolução da sociedade, a propriedade privada se submeteu a importantes alterações sob a ótica jurídica, passando a ser pautada por restrições concernentes à sua função frente aos interesses políticos e sociais em vigor.

O panorama social do final do século XIX ao início do século XX era acalourado por distúrbios e movimentos que ganharam notoriedade e que levaram à reconsideração da forma como eram vistos diversos direitos, o que levou a ser por o direito de propriedade no foco das discussões, mormente quando ao absolutismo impregnado nesse direito.

Foi nessa conjuntura que surgiram as primeiras iniciativas legais decorrentes do ideal de condicionar o exercício do direito de propriedade ao interesse coletivo, de modo a rever a concepção eminentemente individualista desse instituto.

¹⁰ Cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. T. V, p. 398.

No Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988, sob o aspecto legislativo, a propriedade estava voltada para o individualismo econômico, e assim foi positivada no antigo Código Civil. Prestigiou-se, àquela época, a utilidade e o interesse, mantendo-se intocável a supremacia do indivíduo sobre o Estado, como corolário de uma sociedade sedimentada em uma economia rural, sustentada pela mão-de-obra escrava e imigratória.

Com o passar das décadas e com as transformações ocorridas no modelo de discurso adotado, ultrapassou-se a barreira do liberalismo clássico, alcançando-se a concepção de bem-estar social. A linha ideológica em torno da propriedade foi sendo sofrendo uma verdadeira mutação, culminando em normas jurídicas que a inseriram no contexto constitucional atual, em que deve atender a uma função social, o que fez esmorecer o caráter de direito absoluto e ilimitado no qual se sedimentava.

A função social, pois, exerce força normativa de cunho principiológico, do qual derivam as regras em lei que lhe dão contorno dogmático. É o freio do direito de propriedade, com capacidade de alterar a estrutura do domínio, atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um máximo social.

Capaz é, ainda, a função social de moldar o estatuto proprietário em toda a sua essência, constituindo o título justificativo, a causa, o fundamento de atribuição dos poderes ao seu titular¹¹.

Destarte, a propriedade privada caminhou de uma concepção individual e intangível até chegar à ideologia atual, relativizada pelo abandono do seu caráter absoluto, fruto do deslocamento do instituto do Direito Privado para o Direito Público, através da constitucionalização do direito de propriedade e conseqüente a explicitação constitucional dos seus limites, a bem da sociedade inserida num Estado de Direito que se define Social.

¹¹ TEPEDINO Gustavo; SCHREIBER Anderson. A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, nº 6 - Junho de 2005.

1.3. O DIREITO DE PROPRIEDADE E A SUA PREVISÃO SUPRA-ESTATAL

Elencado como um dos direitos inerentes à pessoa humana, a propriedade ocupa espaço de grande relevo no sistema jurídico de diversas nações. Não é por acaso que alguns dos mais importantes pactos internacionais trazem em seus textos dispositivos que protegem o direito de propriedade, ao lado de bens jurídicos como a vida, integridade física e psíquica, a dignidade e a segurança.

No plano internacional, um dos mais emblemáticos pactos de direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, levado a cabo pela então recém criada Organização das Nações Unidas, no ano de 1948, dispõe sobre o direito de propriedade nos seguintes moldes:

Artigo XVII

1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

Como se revela no texto da Declaração, o direito à propriedade privada recebeu um tratamento supra-estatal específico, enquadrando-se no âmbito das liberdades individuais, exercido solitária ou coletivamente, e contando com garantia formal contra o seu cerceamento arbitrário.

No entanto, nota-se que, até então, a propriedade privada recebera um tratamento que conferia um *status* quase absoluto, de intangibilidade frente aos demais valores e princípios de igual imponência.

Posteriormente, já no ano de 1969, com o advento da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, eis que surge o primeiro grande avanço quanto à proteção ao direito de propriedade, visto que alinhado à possibilidade de submissão ao aspecto social do seu uso e gozo, como se depreende do artigo 21, adiante destacado:

Artigo 21 – Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.

Destarte, vislumbra-se no plano internacional uma robusta proteção supra-estatal ao direito à propriedade, encenado dentre os direitos do homem como fundamental à sua guarida, estabilidade e segurança, aliado a outros direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana.

Sem embargo, é imperioso perceber o cunho social imbuído neste direito, que tem assento no distanciamento cada vez maior do discurso liberal em torno da propriedade, e aproximação dos valores que sevem de sustentáculo ao Estado Social, no âmbito dos tratados e convenções internacionais.

No Brasil, a integração do sistema jurídico interno à proteção internacional aos direitos humanos somente teve início após o processo de redemocratização do país, em meados de 1985, quando começaram a ser ratificados esses e tantos outros importantes tratados e convenções internacionais¹².

Com o fim do período de ditadura militar e a incorporação de tão relevantes acordos de proteção aos direitos humanos, deu-se a arrancada definitiva para o fortalecimento da proteção aos direitos fundamentais, em sede de um Estado democrático de Direito¹³.

¹² Piovesan, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 41.

¹³ Idem, p. 43.

1.4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS ANTERIORES

No que diz respeito ao panorama constitucional brasileiro, o início da evolução do direito de propriedade remonta a Constituição do Império de 1824, a primeira após a Independência, quando foi consagrada, com total proteção do constituinte, a fruição da propriedade privada, de forma inviolável e individual, com reflexo das idéias liberais de sua época, seguindo a orientação estabelecida pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁴, porém sem maiores detalhamentos, como se demonstra em seu texto a seguir transcrito:

Art. 179, A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

XXII - É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indennisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

Como se pode inferir, a primeira Constituição brasileira privilegiou em demasia o interesse individual sobre o interesse social no contexto do exercício do direito de propriedade. Não se cogitou, naquela época, qualquer menção ao princípio da função social da propriedade privada. Nesse início do constitucionalismo nacional, não se vislumbrava quaisquer condições imanentes a este princípio, o que não ocorria somente no Brasil; tal ausência pode ser notada nas demais constituições mundo afora¹⁵.

¹⁴ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1997, p.70 e MATTOS, Liana Portilho. *A Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana à Luz do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2003 p.52.

¹⁵ ORRUTEA, Rogério Moreira. *Da propriedade e a sua função social no Direito Constitucional Moderno*. Londrina: UEL, 1998, p. 248.

Não obstante a transformação política oriunda da proclamação da República, de igual modo tratou a Constituição de 1891, sob os mesmos fundamentos, não se obtendo grande evolução. Acresceu-se apenas a proteção indenizatória para o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública da propriedade:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§17- O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

A Constituição de 1934 foi a primeira Carta Política brasileira a condicionar, expressamente, em sua declaração de direitos, o exercício do direito de propriedade à compatibilização com o interesse social, numa inicial previsão normativa da função social da propriedade, nos seguintes termos:

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

17: É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

Destaque-se que a norma citada remete ao legislador ordinário a incumbência de regulamentar o princípio ali consagrado, dispondo o constituinte originário que a lei é que deveria dispor sobre os critérios para o exercício do direito de propriedade, com o fito de preservar o interesse social já constitucionalmente assegurado.

Sobre a abordagem do tema pela Constituição de 1934 comenta Carlos Alberto Dabus Maluf¹⁶:

Assegurava-se, assim, de maneira completa e radical, a prevalência do interesse público sobre o individual, e modificava-se explicitamente o conceito de propriedade do Código, cujo conteúdo e limites passariam, daí por diante, a ser definidos nas leis que lhe regulassem o exercício.

Com a nova orientação vibrava-se um golpe de morte no princípio tradicional da intangibilidade e inviolabilidade do direito de propriedade, e se conferia a esta uma forma mais humana, flexível, dinâmica, capaz de atender com mais eficácia às novas exigências sociais e aos objetivos humanos superiores.

Enfim, a previsão constitucional de 1934 representou o marco inicial do tema da função social da propriedade em nossas Constituições, que a partir de então veio a constar em todos os outros textos constitucionais pátrios, o que reflete que a sociedade brasileira começava a abandonar os conceitos liberais individualistas do século XIX, que atribuíam à propriedade um caráter absoluto e intangível.

Começava assim a residir na mentalidade da sociedade da época o ideário de preponderância dos direitos sociais sobre os individuais, quando confrontados, bem como a utilização daqueles como paradigma para a delimitação destes últimos.

A Constituição de 1937 pouco se diferenciou da sua antecessora, mantendo a proteção integral ao direito de propriedade, inclusive no que atine ao direito a indenização para o caso de desapropriação, deixando a cargo do legislador infraconstitucional a fixação dos limites ao seu exercício.

O Texto Magno passou a definir somente a instituição do direito de propriedade, sem tratar do seu conteúdo, que deixou de ser sustentáculo da

¹⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1997, p.72.

organização social, passando à condição de simples instituto jurídico garantido pela forma que a lei fixar¹⁷, de acordo com a seguinte disposição:

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício.

Entretanto, em cumprimento à previsão constitucional, foram promulgados o Decreto-Lei nº 25/37, que trata da proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional, criando a figura do tombamento, ainda em vigor hodiernamente, o Decreto-Lei nº 58/37, que dispunha sobre regras para o loteamento de terras urbanas e a venda de lotes, até ser revogado pela Lei nº 6.766/79, e a Lei nº 3.365/1941, que prevê a desapropriação em razão de utilidade pública, também ainda em vigor.

Importante observar que o instituto da desapropriação foi criado muito antes de se cogitar a proteção da função social da propriedade propriamente dita, tendo nascido para atender a situações em que se impõe uma necessidade e utilidade pública, o que não traz consigo, necessariamente, o cumprimento de uma função social, mesmo atendendo a uma função pública em sua inteireza.

A declaração de direitos da Constituição de 1946 não trouxe novidades ao texto constitucional, pois conservou o modelo de proteção à propriedade que já vinha sendo aplicado no direito constitucional pátrio. É o que se denota na seguinte disposição:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

¹⁷ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1997, p.73.

§16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

Todavia, o artigo 147 da Constituição do segundo governo de Getúlio Vargas de certa forma inovou, quando dispôs sobre a vinculação do uso da propriedade à noção de bem-estar social, o que ensejou a edição da Lei nº 4.132/62, que disciplina a desapropriação por interesse social até hoje.

O texto constitucional assim regia:

Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

Como visto, o constituinte de 1946, ao contrário do que fez o de 1937, vinculou de forma explícita o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social, atribuindo, como nas Cartas anteriores, ao legislador ordinário a tarefa de disciplinar a matéria, tratada pela lei de forma a promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

Na esteira das demais Constituições republicanas que a antecederam, a Carta de 1967 assegurava o direito de propriedade com reservas quanto à desapropriação, por utilidade pública ou social, garantindo ao proprietário a justa indenização, do seguinte modo:

Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§22 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de

perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

Não obstante ser fruto de um momento político dominado pelo regime militar, essa Constituição trouxe um significativo avanço no campo da propriedade privada, consagrando de forma expressa a função social da propriedade como um princípio constitucional, estabelecendo que a ordem socioeconômica deveria promover o desenvolvimento e a justiça social, baseando-se, entre outros princípios, na função social da propriedade:

Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

III - função social da propriedade;

Com o fim de regulamentar as disposições constitucionais, foi aprovada a Lei nº 6.766/79, que dispõe sobre as regras para o parcelamento do solo urbano em nível federal, não sendo vedada, contudo, sua utilização em nível estadual e municipal, e revogou o Decreto-Lei nº 58/37, como visto anteriormente.

No mencionado decreto, eram especialmente disciplinados a forma e os requisitos para a implementação de loteamentos, especialmente no que se refere à aprovação dos projetos junto ao órgão público competente e aos registros e averbações junto ao cartório imobiliário, e a realização de negócios imobiliários envolvendo lotes urbanos, cujo pagamento do preço se desse em prestações, ao que se depreende que, naquela legislação, não havia efetiva preocupação com o aspecto urbanístico do loteamento.

Já a Lei nº 6.766/79 apresenta uma marcante preocupação com o aspecto urbanístico, o que se constata especialmente quando da análise do conteúdo do seu capítulo II, intitulado “Dos Requisitos Urbanísticos para Loteamento”, onde o legislador estabelece requisitos urbanísticos básicos para implementação de um loteamento em solo urbano, o que representou

significativo avanço, em termos de materialização da função social da propriedade urbana, uma vez que possibilitou ao Poder Público intervir de forma efetiva na expansão do mercado imobiliário urbano, visando garantir a qualidade de vida de seus futuros moradores, em atenção ao escopo da função social da propriedade.

A Emenda Constitucional nº 01/69 não modificou o tratamento dispensado à propriedade pela Constituição de 1967, que foi rigorosamente mantido, reproduzindo as disposições concernentes à propriedade e sua função social, não se proclama apenas vantagens para o proprietário, mas também estabelecidas obrigações, sendo o exercício de seu direito condicionado ao interesse geral da sociedade¹⁸.

1.5. O DIREITO DE PROPRIEDADE NA CARTA POLÍTICA DE 1988

A Constituição de 1988, já com duas décadas desde a sua promulgação, trouxe consigo o pioneirismo, elevando a função social da propriedade à condição de cláusula pétrea, inovando sobremaneira a disciplina dos limites impostos ao direito fundamental de propriedade. Estréia em seu texto a definição da função social da propriedade no Título II, Capítulo I, dos direitos e deveres individuais e coletivos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

A Constituinte de 1988 quis assegurar a propriedade como um direito inviolável e essencial ao homem, alçado à categoria de direito

¹⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1997, p.76.

fundamental tal como os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança pessoal.

Porém, já no inciso XXIII do mesmo artigo 5º, fez-se constar a submissão da propriedade ao princípio da função social, fazendo com que o interesse individual na em nossa atual Constituição cedesse espaço para o interesse social. O direito de propriedade passou a ostentar uma composição híbrida que conjuga dois interesses de origem distinta, mas que se compõem conferindo ao instituto da propriedade característica peculiar, notadamente ao que se refere aos reflexos jurídicos daí resultantes¹⁹.

Mais adiante, no Título VII, a propriedade privada e sua função social são categorizadas como princípios da ordem econômica e financeira, normas regentes da atividade econômica desenvolvida no Estado:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

Na política urbana, a função social da propriedade ocupa lugar de destaque na Constituição de 1988, inaugurando as bases do direito urbanístico nacional, de onde se originou, treze anos depois de promulgada a Carta Magna, o aclamado Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001). E assim está prevista:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

¹⁹ ORRUTEA, Rogério Moreira. *Da propriedade e a sua função social no Direito Constitucional Moderno*. Londrina: UEL, 1998, p. 273.

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

Neste mesmo diapasão, ao dispor sobre a política agrícola e fundiária e da reforma agrária, a Constituição Federal impõe o cumprimento da função social ao imóvel rural, delineando critérios objetivos para a aplicação da exigência, cuja especificação ficou a cargo do legislador ordinário:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma 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 do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Enfim, percebe-se que o tratamento constitucional dedicado ao direito de propriedade passou por inegável transformação, desde tímidas e obscuras investidas das Constituições anteriores até a atual Carta Política, que prevê que, para ser garantida, a propriedade deve atender à sua função social, perdendo a sua legitimidade jurídica o direito de propriedade quando não exercido em consonância com o interesse social.

A função social, pois, exerce força normativa de cunho principiológico, do qual derivam as regras de direito positivo que lhe dão contorno dogmático. É o freio do direito à propriedade, já que erigidos à categoria de direitos fundamentais, a propriedade e a sua função social devem ser harmonizados, compatibilizados, sem que um nem o outro seja desprezado.