

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

EVALDO PEDROSO DE PAULA E SILVA

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA: A CIDADE COMO LUGAR DE
EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

CURITIBA

2013

EVALDO PEDROSO DE PAULA E SILVA

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA: A CIDADE COMO LUGAR DE
EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil.

Orientadora: Profa. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro

CURITIBA

2013

S586

Silva, Evaldo Pedroso de Paula e.

A função social da propriedade urbana: a cidade como lugar de efetivação dos Direitos fundamentais./ Evaldo Pedroso e Silva. – Curitiba: UniBrasil, 2013. 139 p.; 29 cm.

Orientadora: Rosalice Fidalgo Pinheiro.

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2013. Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Propriedade – Direitos fundamenais. 3. Função social do Imóvel urbano. Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 340

TERMO DE APROVAÇÃO

EVALDO PEDROSO DE PAULA E SILVA

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA: A CIDADE COMO LUGAR DE
EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Profa. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do
Brasil – UNIBRASIL.

Membros: Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas
Universidade Federal de Goiás - UFG

Prof. Dr. Francisco Cardozo Oliveira
Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA

Curitiba, 28 de fevereiro, de 2013

Ao meu Pai, Luis Renato Pedroso,
verdadeiro Paladino da Justiça, por
tudo que fez, e, ainda faz, pelo bem
do povo Paranaense. Minha eterna
fonte de inspiração.

AGRADECIMENTOS

Mesmo correndo o risco de cometer muitas injustiças, de esquecer aqueles que me são importantes e, de não reconhecer a ajuda daqueles que me são tão caros, agradeço, na pessoa de meus pais, todos que colaboraram nesta bela jornada.

À Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil, onde encontrei um ambiente acolhedor e com ótima infraestrutura, para desenvolver a pesquisa acadêmica.

A Professora Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro, minha nobre orientadora, que, com tanto carinho, paciência e presteza, colaborou sobremaneira para a elaboração desta dissertação.

Ao Professor Dr. Francisco Cardozo Oliveira, meu eterno mestre na graduação em Direito na, então, Faculdade de Direito de Curitiba, por ter me iniciado nos estudos acerca do direito de propriedade e da funcionalização dos direito subjetivos.

Ao Professor Dr. Frenando Antônio de Carvalho Dantas, renomado jurista, meu professor quando de meus estudos junto a Pontifícia Universidade Católica do Paraná, agradeço pelas longas conversas e debates acerca da hermenêutica e da sociologia jurídica, com os quais, muito pude aprender e obter elementos para este trabalho.

Finalmente, mas não menos importante, agradeço “Àquele” que se convencionou chamar de Deus, o criador incriado, pela graça de ter me permitido concluir este trabalho.

SUMÁRIO

RESUMO	i
ABSTRACT	ii
INTRODUÇÃO	01
1. DA PROPRIEDADE ÀS PROPRIEDADES: A CONSTRUÇÃO DA PROPRIEDADE NO PERCURSO DA HISTÓRIA	04
1.1. Às propriedades e a propriedade nos caminhos da história.....	04
1.2. A concepção unitária de propriedade no direito privado moderno.....	28
1.3. A ruptura do estatuto unitário da propriedade em sede constitucional: do legado português ao novo ideário brasileiro.....	34
1.4. A pluralidade de estatutos proprietários.....	57
2. AS FUNÇÕES SOCIAIS DAS PROPRIEDADES NO DIREITO BRASILEIRO	62
2.1. O movimento de funcionalização dos direitos subjetivos.....	62
2.2. O conteúdo normativo da função social da propriedade em face do código civil e da constituição da federal de 1988.....	66
2.3. A necessária harmonização dos interesses dos proprietários e dos não proprietários.....	76
2.4. As funções sociais da posse e da propriedade.....	78
3. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA E A FUNÇÃO SOCIAL DAS CIDADES	83
3.1. Contornos constitucionais da função social da propriedade imobiliária urbana no contexto da política urbana.....	83
3.2. Percurso histórico do Estatuto das Cidades.....	88
3.3. Instrumentos da política urbana na constituição de 1988, o Estatuto das Cidades e o Plano Diretor.....	90
3.4. As funções sociais da cidade.....	100
4. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	103
4.1. A função social nos espaços urbanos: um contexto delineado pela mercantilização das cidades.....	103
4.2. A eficácia da função social da propriedade urbana em face dos instrumentos de política urbana no Estatuto das Cidades.....	110

4.3 Considerações sobre a operacionalização da função social da propriedade urbana através dos Planos Diretores.....	118
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	125
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	128

RESUMO

Ao longo dos anos, o conceito de propriedade vem sendo influenciado por fatores sociais, políticos, culturais e econômicos. Da análise do direito de propriedade sob uma perspectiva de direitos fundamentais, infere-se que o acesso à propriedade é um direito fundamental, enquanto que este é um dispositivo de direito fundamental que constitucionaliza o direito subjetivo de propriedade. Evolui-se de um modelo de direito absoluto para um modelo de direito subjetivo fundamental composto de poderes e deveres a serem observados pelo titular do direito de propriedade. Afirma-se que a função social não apenas condiciona as garantias ao direito de propriedade, atuando como uma restrição, mas faz parte de seu conteúdo. No caso da propriedade imobiliária urbana, a função social encontra-se, também, relacionada às normas urbanísticas, constituindo a sua estrutura. A importância do estudo da função social da propriedade imobiliária urbana decorre da necessidade de delimitação de seu conteúdo, a fim de que sejam observados os princípios da segurança jurídica e da igualdade, evitando-se, assim, tratamentos discrepantes entre seus titulares.

Palavras-chave: Propriedade. Direitos fundamentais. Função social do imóvel urbano. Instrumentos de efetivação.

ABSCTRACT

Along the years, the concept of property has been influenced for social, political, cultural and economic factors. From the analysis of property right under a fundamental rights perspective, it is implied that the access to property is a fundamental right, once property right is a fundamental right disposition that constitutionalizes the subjective property right. It is evolved from a model of absolute right to a model of fundamental subjective right composed by powers and duties to be observed by the owner of a property right. It is affirmed that the social function not only conditions the warranties of the property right, acting as an restriction, but takes part in its internal content. In case of urban Real State, the social function is also related to urbanistic rules, constituting its internal structure. The importance of the study of social function of urban Real State is a consequence of the need to delimit its content, in order that principles of legal security and equality are observed, avoiding, in this way, discrepant treatments among their owners.

Key-words: Property. Fundamental Rights. Limitations and Restrictions. Structure. Social Function of urban property. Instruments of effectiveness.

INTRODUÇÃO

A propriedade urbana que, no percurso de sua história, se apresentou como individual e dentro da concepção de poderes proprietários absolutos, converteu-se no século XX, em uma propriedade “funcionalizada”, fundada no princípio constitucional da função social da propriedade, o qual visa assegurar, dentre outros elementos, a liberdade e a igualdade dos indivíduos quando da defesa dos interesses da coletividade, em um ambiente que propicia o desenvolvimento das cidades na realização dos direitos fundamentais.

Dentro desta perspectiva, a propriedade urbana contemporânea é regida por princípios que garantem ao indivíduo a satisfação de seus direitos fundamentais, enaltecendo o livre desenvolvimento das cidades.

Nesse contexto, em ruptura com o individualismo e o absolutismo do século XIX, a propriedade passa a ser uma espaço privilegiado de incidência de um dever social imposto pelo princípio constitucional da função social da propriedade, o qual impõem novos limites positivos ao proprietário, como forma de conduta finalística a ser adotada frente a liberdade individual.

Contudo, quando este princípio se faz presente na propriedade urbana, surge uma indagação: como o conteúdo do princípio da função social da propriedade urbana pode ser adaptado ao desenvolvimento das cidades, e, de modo as políticas urbanas aplicadas as cidades estão delimitadas pelos direitos fundamentais ?

Esse, é o problema central do qual se ocupa o presente trabalho, vinculado à área de concentração “Direitos Fundamentais e Democracia” do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil, na linha de pesquisa “Constituição e condições materiais da democracia”.

A concretização do princípio da função social da propriedade urbana encontra guarida na função social da cidade, de modo que o direito à cidade é um direito fundamental, que congrega outros direitos fundamentais como a moradia, a saúde, a alimentação, transporte, etc., sintetizando-se no bem estar de seus habitantes. Por conseguinte, o direito fundamental à cidade pode determinar o conteúdo da função social da propriedade urbana quando da implementação das políticas urbanas por meio da legislação local específica.

É nesse contexto que se aperfeiçoam as condições para o desenvolvimento do indivíduo no ambiente urbano, representado pelas cidades, expressão máxima da ideologia do Estado Democrático de Direito, por meio da promoção dos direitos fundamentais.

Como fundamento da presente pesquisa, utilizou-se como marcos teóricos as obras de Gustavo Tepedino, Nelson Saule Júnior, Laura Beck Varela, Francisco Cardoso de Oliveira, e, especialmente no que se refere à exclusão social gerada pelo problema da mercantilização das cidades, as obras de Saskia Sassen e David Harvey, de onde foram extraídos significantes fundamentos sobre os sentidos da função social da propriedade urbana e os mecanismos que erigiram-na no dever de proteção e promoção dos direitos fundamentais dentro do direito as cidades.

Para atingir essa proposta, o trabalho se pauta por uma moldura analítico-crítica, sendo utilizado o método monográfico, de modo que a ideia central é não se restringir a uma mera verificação da conjuntura normativa-institucional, mas sim, ultrapassar as barreiras da dogmática estabelecida, a fim de evidenciar uma nova possibilidade de configuração jurídico-política da questão urbana no Brasil, por meio do princípio da função social da propriedade urbana.

Para sua formação, o trabalho foi dividido em quatro capítulos. Inicialmente, procedeu-se uma retrospectiva histórica do direito de propriedade, visando localizá-lo no contexto social, político e econômico, a fim de compreender o discurso proprietário inserido nas codificações modernas, enfatizando a forma como a propriedade foi debatida em face dos valores recepcionados pelas Constituições brasileiras, ao longo do século XX, resultando no acolhimento do princípio da função social e de uma pluralidade de estatutos proprietários.

No segundo capítulo, destaca-se o princípio da função social da propriedade, seus fundamentos e relação com o desenvolvimento das cidades no contexto da propriedade urbana, bem como, a ancoragem da função social da propriedade nas Constituições brasileiras, encontrando a especificidade do princípio diante da pluralidade de situações proprietárias.

No terceiro capítulo, abordou-se a questão da função social da propriedade urbana no contexto das funções sociais das cidades como meio de promover os direitos fundamentais, perpassando pelos contornos constitucionais da propriedade

imobiliária urbana no contexto da política urbana, e, pelos instrumentos da política urbana na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto das Cidades.

O último capítulo inicia a abordagem da propriedade urbana dentro do contexto processo capitalista de produção e reprodução do espaço urbano, por meio de sua mercantilização, culminando com a análise dos possíveis instrumentos de operacionalização da função social da propriedade urbana através dos planos diretores.

Assim, o presente trabalho visa apresentar a concepção do direito de propriedade imobiliária urbana, especialmente por meio do princípio da função social da propriedade urbana, com meio de influenciar as políticas urbanas na consecução dos direitos fundamentais, representados pelo novo papel da cidade global, que, em contraponto a sua mercantilização, deve buscar satisfazer os direitos fundamentais de seus habitantes e demais cidadãos.

1. DA PROPRIEDADE ÀS PROPRIEDADES: A CONSTRUÇÃO DA PROPRIEDADE NO PERCURSO DA HISTÓRIA

1.1. ÀS PROPRIEDADES E A PROPRIEDADE NOS CAMINHOS DA HISTÓRIA

Antes de tratar os aspectos contemporâneos do instituto da propriedade com vistas à efetivação do princípio da função social na propriedade urbana, insta, primeiramente, identificar as raízes históricas que conduziram a tal acepção.

Não se trata de proceder a uma mera retrospectiva cronológica construída com o fim de justificar a continuidade no uso e significado do termo propriedade, mas sim, com o intuito de se tentar identificar nas suas rupturas e descontinuidades¹ um sentido compatível com a realidade brasileira, bem como, com princípios e regras inseridos no ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988, no que concerne a efetivação do próprio princípio da função social da propriedade.

Para tanto, se faz necessário estabelecer os pressupostos metodológicos para o estudo da história do direito de propriedade, estabelecendo-a como um fenômeno temporal e local, estando esta intrinsecamente ligada aos fenômenos sociais, em constante transformação.

Segundo Luiz Edson Fachin, *“um estudo, ainda que notoriamente modesto, requer, antes de perquirir seu objeto, a investigação sobre o modelo de desenvolver esse procedimento. Como se faz é tão relevante quanto o que se faz, daí porque antes de resolver o problema é preciso compreendê-lo”*², assim, o reconhecimento de tais dados para análise requer a reconsideração do elemento histórico, de relevância irrefutável para o Direito.

¹ Apesar de boa parte de uma historiografia exagerar nas ‘continuidades’ históricas entre noções jurídicas antigas (sobretudo romanas) e noções jurídicas atuais, o fato é que o jurista em geral e o historiador do direito em particular deve estar muito atento para as profundas descontinuidades que marcam a experiência jurídica passada, a fim de não enxergar na experiência jurídica presente (no caso em exame, a disciplina jurídica da propriedade) como uma atualização de noções jurídicas antigas, devidamente escoimadas de eventuais ‘irracionalidades’ e temperadas com a água benta da ‘ciência racional’. FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Lei de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil. In: **Anuário Mexicano de Historia Del Derecho**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam, n. 17, ano 2005, p. 99.

² FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1988, 09.

A propriedade urbana é uma das instituições centrais da civilização ocidental, não só por constituir o conjunto básico de valores³ com que se orientam e pautam pessoas e coisas, mas também, por determinar e materializar a estrutura com que historicamente se regem e reproduzem as relações entre Estados, indivíduos e sociedades.

A propriedade, como direito do homem, modificou-se juntamente com o desenvolvimento social, onde evolução dos direitos de geração⁴ em geração⁵, propiciaram o surgimento de novos bens e valores a serem tutelados pelo Direito.

Sem adentrarmos nos obscuros caminhos da história, em brevíssima análise é possível aduzir que desde os primórdios o homem sempre procurou satisfazer as suas necessidades por intermédio da apropriação de bens⁶.

Inicialmente, como ressaltam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, o homem concentrava-se na *"busca por bens de consumo imediato, passando, com o tempo, ao domínio de coisas móveis, até perfazer-se a noção de propriedade, progressivamente complexa e plural"*⁷⁸.

³ Toda cultura é histórica e não pode ser concebida fora da história. Em cada tempo predomina um valor em relação a outros. Os valores não estão isolados uns dos outros, mas se ordenam de forma gradativa, hierarquizando-se entre subordinantes e subordinados, ou fundamentais e secundários. A ética proprietária assenta no ter a moral individual e social (Direito) do bem fundamental, que é a propriedade. REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 181.

⁴ **A primeira geração dos direitos humanos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*). A segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*). Por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*). PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 28.**

⁵ A doutrina tem preferido o termo "dimensões" no lugar de "gerações", afastando a equivocada ideia de sucessão, em que uma geração substituiria a outra. Entre outros: GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 26. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 47. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 524/525.

⁶ A propriedade começou pela posse, geralmente posse geradora enquanto vinculada à propriedade, a posse é um fato com algum valor jurídico, mas, como conceito autônomo, a posse pode ser concebida como um direito. FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1988, 13.

⁷ DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSEVALD, Nelson. **Direito reais**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 174.

⁸ Na Roma antiga, o direito de propriedade não era unitário. Diferenciava-se a propriedade sobre os bens de consumo (como as roupas do corpo) e os de produção (patrimônio familiar) daquela atribuída ao sujeito de direito (*sui iuris*), cidadão romano livre, o *pater famílias*. O *pater famílias*

O percurso histórico da propriedade demonstra que antes de ser privada, a propriedade tinha uma conotação coletiva. Haja vista que nas antigas civilizações, como a egípcia, a propriedade das comunidades era essencialmente coletiva⁹.

O aspecto individual não era considerado, pois, a terra pertencia à coletividade por meio do grupo social. O vínculo da família¹⁰ com seus pertences pode também ser mencionado como um elo entre propriedade privada e coletiva, sendo que, sobre o tema, vale ressaltar os ensinamentos de Fustel de Coulanges¹¹:

A família está vinculada ao lar, e este fortemente ligado à terra; estabeleceu, portanto, uma estreita ligação entre o solo e a família. Aí, deve ser a sua residência permanente, que nunca a abandonará, a não ser quando for a isso obrigado por alguma força superior. Assim como o lar, a família ocupará sempre este lugar. O lugar pertence-lhe: é sua propriedade, e não de um só homem, mas de uma família, cujos diferentes membros, devem, um após outros, nascer e morrer ali.

Nessa fase, o homem começa a desenvolver vínculos de pertencimento, pois, a particularização se restringia aos utensílios pessoais, face o vínculo místico com estes desenvolvidos, partindo, para tanto, a um novo conceito de propriedade individualizada¹².

tinha um complexo de poderes, regido pelo direito quiritário, sobre o bem imóvel, sobre os negócios e inclusive sobre as pessoas, escravos e filhos. Ou seja, englobava um poder “real” e um “pessoal”. MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. Desmistificando a função social da propriedade com base na Constituição Federal e legislação infraconstitucional, *in Revista dos Tribunais*, Ano 96, v. 860, São Paulo: Revista dos Tribunais, junho de 2007, p. 92.

⁹BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**/Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco pasquino; trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. Trad. João Ferreira; ver. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacais. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 13ª ed., 2007, 2008, p. 1030.

¹⁰ É através da propriedade familiar, traduzida pela apropriação coletiva dos bens do grupo, sob a direção do chefe, que podemos distinguir a vida jurídica das populações arianas primitivas, antes que penetrassem na bacia mediterrânea e fossem assentar as bases da civilização que seria a romana. É também na impraticabilidade da concentração pessoal do domínio que podemos definir a organização patriarcal do tipo bíblico. PEREIRA, Caio Mário. **Condomínio e Incorporações**. 3ª ed. atualizada segundo legislação vigente. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 25.

¹¹ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 67.

¹² A propriedade sob o enfoque conceitual etimológico, “deriva do latim *proprius* e significa: “que é de um indivíduo específico ou de um objeto específico (nesse caso, equivale a: típico daquele objeto, a ele pertencente), sendo apenas seu. (...) a etimologia oferece os traços de uma oposição entre um indivíduo ou um objeto específico e o resto de um universo e de objetos, como categorias que se excluem reciprocamente. O conceito que daí emerge é de “objeto que pertence a alguém de modo exclusivo”, logo, seguido da implicação jurídica: “direito de possuir alguma coisa”, ou seja, “de dispor de alguma coisa de modo pleno, sem limites”. BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**/Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco pasquino; trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. Trad. João Ferreira; ver. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacais. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 13ª ed., 2007, 2008, p. 1020.

Em que pese os poucos recursos para se investigar as remotas origens da propriedade, elucida Luiz Edson Fachin¹³,

(...) na síntese da evolução histórica do instituto da propriedade, emerge a constatação de que as condições econômicas e políticas determinaram a origem e o desenvolvimento da propriedade, sob uma forma ou outra. Período que tem fugido ao estudo dos juristas é aquele que antecede o Direito clássico. Em verdade, as informações dessa época são poucas, contraditórias, e, por isso, discutíveis. Nesse estágio primitivo, é possível admitir que a propriedade comum constitui a primeira forma de propriedade, diretamente ligada a concepção então vigente acerca da família. Contra esse entendimento, autores afirmam que nesse estágio consistia numa situação de promiscuidade, o que levaria à impossibilidade em visualizar qualquer forma de organização ou desorganização social.

Ressalta-se que à concepção comunal de propriedade, mesmo aquela baseada no direito familiar, seguiu, segundo Luiz Edson Fachin, as “*transformações históricas que desembocaram na estatuição da propriedade pelo Direito romano*”¹⁴.

Assim, em que pese a dificuldade em se delimitar as características históricas da propriedade comunal ou pré-romana, é de se concluir que as conjunturas políticas e econômicas influenciaram nas modificações históricas do instituto, especialmente no Ocidente, culminando com a formação da concepção de propriedade para o Direito Romano, podendo esta ser dividida, segundo Caio Mario Pereira¹⁵, em três períodos distintos: um primeiro, que abraça um longo tempo decorrido desde a Antiguidade Romana mais remota até o Baixo-Império; um segundo, que se inicia com as grandes invasões e se estende por toda a Idade Média até o século XVIII; um terceiro, que é coetâneo do individualismo liberal até os nossos dias.

¹³FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.13-14.

¹⁴FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.15.

¹⁵PEREIRA, Caio Mário. **Condomínio e Incorporações**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 24.

Certo que cada período histórico é marcado por revoluções e crises¹⁶ em torno da concepção da propriedade, no Direito Romano, tanto a ordem jurídica quanto a antiga economia se basearam na ideia de propriedade como o “*poder jurídico geral e potencialmente absoluto de uma pessoa sobre uma coisa corpórea*”¹⁷.

Em prisca época, não interessava aos romanos¹⁸ os danos que a má utilização do bem ou a sua destruição pudessem ocasionar a terceiros e a coletividade, desde que, utilizada como reflexo do poder absoluto e exclusivo de seu proprietário.

Considerando o caráter agrícola e familiar do início da sociedade romana, pode-se aduzir que os bens eram divididos em *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, de acordo com a solenidade e sua forma de transmissão.

Marcado por certa abstração na formulação dos institutos jurídicos, o Direito Romano permitia adequar conceitos jurídicos às diferentes realidades sócio-econômicas, sem perder seu caráter formal, posto que, “*permitted ao ius civile disciplinar a propriedade quiritária*”¹⁹, na qual o proprietário deveria ser um cidadão romano.

Entretanto, é importante destacar que o direito romano, ao que consta, conforme escólio de Luiz Edson Fachin, “*se ocupou mais dos elementos da propriedade do que em lhe dar um conceito, muito embora numa fórmula conhecida tenha lhe trancado o conteúdo: dominium est ius utendi et abutendi, quatenus iuris ratio patitur*”²⁰.

¹⁶ Abandonos e colonizações de terras, crises produtivas, crises demográficas, alternâncias nas situações de força dos cedentes ou os concessionários foram pouco a pouco identificados como motivos subterrâneos do modificar-se das estruturas proprietárias. GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 22-23.

¹⁷ Em que pese apresentar um conceito de propriedade, o douto José Cretella Júnior alerta que: “em vão se procuraria entre os juristas romanos a definição de propriedade, noção que, como tantas outras, mais é intuída do que definida. CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 172.

¹⁸ Os romanos não definiram o direito de propriedade. A partir da idade Média é que os juristas, de textos que não se referiam à propriedade, procuraram extrair-lhe o conceito. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. V. 1, 2ª ed. Rio de Janeiro: Bolsoi, p. 308.

¹⁹ O caráter formal do direito romano permitiu ao *ius civile* disciplinar a propriedade quiritária, onde o proprietário devia ser cidadão romano e que somente era transferida pelo ato solene da *mancipatio*. OLIVEIRA, Francisco Cardoso de. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 98.

²⁰ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.15.

À medida em que houve a valorização do indivíduo, adotou-se a divisão entre coisas móveis e imóveis uma vez que os bens imóveis passaram a representar garantia e estabilidade como forma de acumular riquezas.

A apropriação de bens encontrou guarida na formalização do direito de propriedade, sendo a propriedade quirítária²¹ tutelada através das *res vindicatio*, enquanto que a pretoriana protegida pela *actio publiciana*²².

Conforme os ensinamentos de Luiz Edson Fachin²³:

Verifica-se que a propriedade quirítária foi primitivamente no direito romano o modo fundamental de propriedade reconhecido. Tinha como pressupostos a qualidade de cidadão romano, a *res Mancipi* e o modo de aquisição. Desenvolveu-se, posteriormente, a propriedade bonitária ou dos jus gentium. Antes, somente ao cidadão romano era dado o privilégio de adquirir a propriedade, pela *mancipatio*. Mais tarde, estendeu-se o *ius commercii* aos estrangeiros, ampliando-se a aquisição do solo itálico, e, depois, além deste, a par daquela modalidade aquisitiva hermética, surgiram novos usos e os jurisconsultos elaboraram novas modalidades.

O verbo “ter” marcou indelevelmente o direito subjetivo pela aquisição de bens, de modo que, a disciplina jurídica da propriedade no Direito Romano assumiu no período imperial, um caráter absoluto e individualista²⁴.

Não há como negar que o Direito Romano se apresenta como um bloco maciço e encadeado de acontecimentos e fatos, no qual uma divisão em períodos poderia gerar injustiças ou arbitrariedades, devendo-se reconhecer que não existe um

²¹O titular da propriedade quirítária era um cidadão romano, ou, então, um latino ou peregrino que tivesse o *ius commercii*. Seu objeto, coisa móvel ou imóvel, mas em se tratando de imóveis, só eram susceptíveis de propriedade quirítária os situados na Itália, ou nas províncias onde se estendera o *ius Italicum*”. Enquanto a propriedade pretoriana se “surgiu quando pretor passou a proteger a pessoa que, comprando uma *res Mancipi*, a recebia do vendedor através de uma simples *traditio*”. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. V. 1, 2ª ed. Rio de Janeiro: Bolsoi, p. 310.

²²OLIVEIRA, Francisco Cardoso de. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 99.

²³FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.15.

²⁴Desde o início do processo de civilização da sociedade romana pode se observar a clara submissão do exercício da propriedade ao interesse social. Explica a culta jurista que “a submissão do exercício da propriedade à sociedade toda evidencia o privilégio do princípio da humanidade sobre os demais princípios do direito, o que permite que se afaste também o individualismo como característica da propriedade romana, pois mesmo quando exercida individualmente, a propriedade romana sempre esteve sujeita ao interesse social”. DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSEVALD, Nelson. **Direito reais**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 174.

perfeito sincronismo entre os acontecimentos políticos e as transformações do direito durante a história romana.

Didaticamente, para melhor compreender a história do Direito Romano e por consequente a evolução do direito de propriedade, alguns autores adotam critérios, como o político, a evolução dos institutos jurídicos ou o conteúdo das normas.

Destaca-se a divisão realizada José Cretella Júnior, para quem, o Direito romano se divide em cinco fases: “o *direito arcaico ou quiritário*, o *direito republicano*, o *direito clássico*, o *direito pós-classico* e o *direito justinianeus*”²⁵.

Não caberia nestas breves linhas, discorrer amplamente sobre as fases da propriedade no Direito Romano, mas, vale ressaltar que o *jus gentium* surgiu durante a fase republicana enquanto que o *Corpus Juris Civilis* durante a fase *Justinianeus*.

Segundo os ensinamentos de Francisco Cardoso de Oliveira²⁶, “é difícil estabelecer os contornos precisos da propriedade no direito romano”, de forma que, a atual reorientação finalística do conceito de propriedade não pode prescindir da análise valorativa imposta pela evolução do modelo Estatal Romano.

A ideia de propriedade não se manteve estática ao longo da história romana, sendo que as transformações e modificações enfrentadas pela sociedade, ora reduziram, ora alargaram o conteúdo do direito de propriedade, em face do regime político e das exigências econômico-sociais vigentes a época²⁷.

Não se pode afirmar que as limitações ao exercício do direito de propriedade, presentes principalmente na era de Justiniano, atribuíam uma finalidade ao bem de modo a vincular seu proprietário, contudo, este foi um importante passo para que na

²⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 14.

²⁶ É necessário observar que no espaço de doze séculos a disciplina jurídica da propriedade sofreu modificações decorrentes de transformações sociais e econômicas ocorridas na sociedade romana. OLIVEIRA, Francisco Cardoso de. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 95.

²⁷ Quanto ao direito romano, a questão se torna ainda mais complexa em face das alterações por que passou a estrutura desse direito ao longo de uma evolução de mais de uma dezena de séculos. Para que se possa avaliar a intensidade dessas modificações, basta atentar para o fato de que, em épocas relativamente próximas, o conteúdo do direito de propriedade se reduz ou se alarga em face, não só do regime político, mas também das exigências econômico-sociais. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**, v 1, 2ª ed. Rio de Janeiro: Bolsoi, 1966, p. 309.

idade média surgisse um movimento preocupado com os resultados que o abuso no exercício do direito poderia gerar²⁸.

Um exemplo das modificações trazidas por Justiniano foi a necessidade de prévia anuência de todos os condôminos para realização de construções em áreas comuns²⁹.

Assim, em apertada síntese, o sistema romano de propriedade é contraponto de inspiração insuperável para o atual raciocínio pós-moderno; porque a propriedade romana era exercida sob o manto da democracia participativa, e não representativa., sendo o público-privado romano diferente do desenho da modernidade, por funcionar sem a mediação de um ente como o Estado Moderno.

O *dominium* romano significa submissão de pessoas e bens ao *pater familias*, não a um proprietário individual, e as relações se travam em foros de um condomínio de romanos *pater familias*, que partilham o coletivo no plano religioso, jurídico e político.

A dimensão de república participativa que Roma vivenciou e que a pós-modernidade retoma no plano constitucional, repõe a questão a ser dialeticamente sintetizada; não eliminar a velha propriedade e o velho Estado, mas resgatá-los em plano superior, redefinindo-os, de modo a reestruturá-los em nova sinergia como elementos da nova ordem social.

Dentre os acontecimentos históricos que influenciaram o caminho da concepção coletiva de propriedade para uma concepção individual absolutista, mesmo com a queda do império romano do Ocidente, em 476 D.C., com a tomada de Roma pelos Hérulos³⁰, sua influência se estendeu por toda Europa Ocidental,

²⁸ Apenas na Idade Média surge de forma inequívoca a preocupação com o abuso no exercício do direito de propriedade. De qualquer modo, pode-se afirmar que, no direito romano, as limitações ao exercício do direito de propriedade, mesmo que restringissem um ou outra faculdade integrante do conteúdo do direito, ainda não constituíam disciplina atributiva de uma finalidade ao exercício do direito de propriedade vinculativamente para o proprietário. OLIVEIRA, Francisco Cardoso de. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 100-101.

²⁹ Embora tenha continuado a vigorar a concepção de que, no condomínio, havia pluralidade de propriedades por quotas ideais, Justiniano introduziu modificações na disciplina desse instituto. Assim, para que se fizessem construções na coisa comum, era necessário que se obtivesse, previamente, o consentimento de todos os condôminos; e se fizesse a construção sem esse consentimento prévio, qualquer um deles podia obter a demolição da obra através da *actio communo dividundo*. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**, v 1, 2ª ed. Rio de Janeiro: Bolsoi, 1966, p. 320.

³⁰ A Europa Medieval saiu diretamente do Império Romano. A primeira herança capital é a língua, veículo de civilização. A Europa Medieval fala e escreve em latim, e quando o latim recuará diante

especialmente, com formação na concepção feudalista e medieval de propriedade, vivenciados, especialmente, entre os séculos IV e XV³¹.

O pensamento filosófico medieval contribuiu de forma decisiva para a moderna concepção de propriedade, uma vez que, o cerne do feudalismo estava na apropriação de terras em um modelo econômico agrário.

O fim da escravidão³² desencadeou a regime de servidão, no qual as terras eram fracionadas pelo chamado “*dominium divisum*”, em que uma propriedade era dividida entre vários possuidores³³ de títulos diversos sobre uma mesma coisa.

Durante o período do feudalismo a posse era garantida como forma de emprego para a recém liberta força de trabalho e, assim, explorar de forma eficaz a terra e dar continuidade à geração de riquezas.

O domínio da terra se desdobrava e era exercido pelo colono quando da apropriação de materiais e de parte dos frutos da produção, e, pelo senhor feudal, verdadeiro proprietário do bem, a quem incumbia determinar as regras e a política de produção.

Enquanto o senhor feudal exercia seu domínio determinando os meios de produção, ao colono cabia a integração econômica através do sistema agrícola³⁴.

das línguas vulgares após o século X, as línguas ditas românicas – espanhol, francês, italiano e português – perpetuam esse patrimônio linguístico. GOFF, Jaques Le. **As raízes medievais da Europa**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 24.

³¹A história da Europa empenha o historiador e suas leituras a colocar-se na longa duração. Além dos dez séculos, do IV ao XV, que a Idade Média tradicional abrange, é importante falar dos esboços de Europa durante esse período conservando no espírito os patrimônios das civilizações anteriores que a Idade Média investiu numa consciência potencialmente europeia. GOFF, Jaques Le. **As raízes medievais da Europa**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 19.

³²O feudalismo se apresentou como uma saída para o fim da escravatura. E, diante da necessidade de explorar a terra, originou-se outra forma de trabalho: a servidão. A propriedade dentro do contexto histórico do feudalismo podia ser resumida em dois objetos: a propriedade sobre as terras e uma propriedade limitada sobre o próprio camponês, sem esta última não realizava a primeira propriedade, pois as terras dependiam da força braçal para produzir. SANTIAGO, Theo. **Do feudalismo ao capitalismo: Uma discussão histórica**. 3ª Ed. São Paulo: Cotexto, 1998, p. 29.

³³De tudo quanto sabemos sobre as ocupações por presúria no território português, a partir do século X, ressalta que o princípio geral era ficar ao ocupante e aos seus descendentes o domínio do prédio. RAU, Virgínia. **As sesmarias medievais portuguesas**. Lisboa: Presença, 1982, p. 33

³⁴Na Idade Média, o poder sobre a coisa (domínio) dividia-se entre vários titulares e importava também num poder político ligado à terra. O rei era o primeiro senhor, titular do domínio eminente (eminent domain); a terra era então dividida em vários senhorios que possuíam inúmeros vassallos. Os senhores tinham direitos políticos e de percepção de frutos (em sentido amplo) da produção da terra, enquanto os servos (vassallos) tinham o direito de trabalhá-la e dela extrair seu sustento. MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. Desmistificando a função social da propriedade com base na Constituição Federal e legislação infraconstitucional, *in* **Revista dos Tribunais**, Ano 96, v. 860, São Paulo: Revista dos Tribunais, junho de 2007, p. 92.

Francisco Cardozo Oliveira assevera que “a cisão entre domínio útil e domínio do titular reduziu o direito de propriedade ao seu aspecto de titularidade formal, esvaziada pela atividade do colono de trabalhar na terra”, ou seja, no feudalismo da Idade Média, ainda não se tinha plena noção da subjetividade, posto que, toda a riqueza originada pela produção do colono era destinada ao senhor feudal, restando a este, um caráter residual³⁵.

A subjetivação do direito de propriedade decorreu, em parte, das ideias de São Tomás de Aquino, consolidadas em sua obra escritas no século XIII, de modo que, a reafirmação da propriedade como direito natural, permitiu mudar o foco do direito de propriedade do objeto para o próprio proprietário.

No século XVI, a propriedade passou a tomar os contornos atuais, tanto que, durante o reinado de Henrique VIII, houve a desapropriação e venda de algumas terras e mosteiros de ordens religiosas a particulares³⁶.

Embora São Tomás de Aquino tenha defendido no século XIII por meio de suas ideias o caráter social da propriedade, a subjetividade foi consolidada na Baixa Idade Média, com base nos pensamentos de São Francisco de Assis, uma vez que, o domínio constituía a autonomia do sujeito³⁷.

Conforme acima explanado, o caráter subjetivo-individualista decorreu do pensamento filosófico da Baixa Idade Média, o qual modificou o elemento central do direito de propriedade do bem para o sujeito, adequando-se a moderna realidade socioeconômica representada pela apropriação de bens.

A eclosão do sistema feudal a partir do século XII, deu-se pela contribuição de vários fatores, podendo-se citar o renascimento comercial impulsionado, principalmente, pelas Cruzadas; o aumento da circulação das moedas, principalmente nas cidades; o desenvolvimento dos centros urbanos, provocando o êxodo rural; o surgimento da burguesia, nova classe social que dominava o comércio

³⁵ No feudalismo característico da alta Idade Média, alterou-se o caráter formal do direito de propriedade, que se manteve ligado a um modelo econômico onde a agricultura e a apropriação da terra constituíam as principais fontes de riqueza. A renda obtida pelo senhor feudal tinha caráter residual e ainda não assumia a característica essencial do lucro inerente ao capitalismo. OLIVEIRA, Francisco Cardoso de, **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 103-104.

³⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história – lições introdutórias**, São Paulo: Max Lomonad, 2000, p. 406.

³⁷ OLIVEIRA, Francisco Cardoso de. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 105.

e que possuía alto poder econômico; e, o aumento dos impostos, proporcionados pelo desenvolvimento comercial, o que possibilitou a revolução francesa ocorrida no ano de 1789.

Esta última, marco fundamental para o desenvolvimento da concepção moderna de Estado e de propriedade³⁸, contribuiu para sua valorização econômica, de modo que, a revolução francesa foi o desfecho de um longo processo de lutas e transformações por que passou a Europa, culminando com a elevação do poder social da burguesia.

Assim, o Estado Moderno serve de base à Ciência Política, sendo uma consequência da própria modernização da sociedade que começa no séc. XVI e, culmina com a Revolução Industrial. Este processo tem um elemento central, a tecnologia. Esta modernização possibilitou uma maior mobilidade social.

A sociedade moderna é caracterizada pela tecnologia, pelo aumento da produtividade, pela mobilidade da população e pelo aparecimento de novos grupos sociais. É a época da ascensão da burguesia.

Dessa forma, ao contrario do que ocorria na Idade Média, com a Revolução Francesa³⁹, propriedade da Idade Moderna deixa de ter um caráter agrícola e passa a ser parte do desejo da burguesia de conquistar novas terras para a exploração econômica, sendo esta necessidade, uma consequência da quebra do sistema feudal e do custo econômico das grandes cruzadas.

Foi nesta época que ocorreram grandes descobertas como as terras das Índias por Portugal, o descobrimento do Brasil por Pedro Álvares Cabral (1500) e, a descoberta da América por Cristóvão Colombo (1492).

A Revolução Francesa acentuou ainda mais a desigualdade entre os homens, pois, conforme nos ensinamentos de Grace Virgínia Ribeiro de Magalhães Tanajura, *“cada um passou a valer menos pelos títulos de nobreza e mais por seu patrimônio.*

³⁸Marco jurídico fundamental da propriedade moderna é a revolução francesa e a elaboração das constituições nacionais. A revolução francesa foi o coroamento de um longo processo de lutas e transformações por que passou a Europa, como a reforma, a revolução inglesa e a holandesa que fez finalmente da burguesia a senhora do poder civil da sociedade. MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 18.

³⁹A propriedade, em Roma, constituiu direito absoluto e perpetuo, excluindo-se a possibilidade em exercita-la vários titulares. A Idade Média, por seu turno, consagrou a superposição de propriedades diversas incidindo sobre um único bem, e a Revolução Francesa instaurou o individualismo e o liberalismo. FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.15.

*A propriedade privada passou a ser considerada pilar estrutural dessa nova sociedade*⁴⁰.

Segundo Eroulths Cortiano Júnior: “a *Revolução Francesa*⁴¹ decretou a destruição do feudalismo e a supressão da propriedade parcelada, criando um modelo proprietário de feição liberal-individualista (...)”⁴², no qual, a liberdade⁴³ era o ponto central para o novo sistema, de modo que, apenas esta poderia garantir a igualdade quanto ao a possibilidade de acesso aos bens imobiliários.

De acordo com as ideias da Revolução Francesa, a propriedade era tida como uma condição da liberdade a tal ponto que esta era a melhor maneira de o homem alcançar, até mesmo, a própria felicidade.

Como disserta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a propriedade “[...] é instrumento da liberdade e garantia de segurança, na medida em que torna possível ao indivíduo realizar o que quer, e o resguardo contra a necessidade e a incerteza do amanhã. A crítica socializante vê na propriedade a fonte da escravidão do homem pelo homem e pretende que sua abolição libertaria todos os indivíduos de seus grilhões”.⁴⁴

Segundo Friedrich Augusto Von Hayek, a propriedade é uma garantia da liberdade tanto para proprietários como para não-proprietários:

Nossa geração esqueceu que o sistema de propriedade privada é a mais importante garantia da liberdade, não só para os proprietários, mas também para os que não o são. Ninguém dispõe de poder absoluto sobre nós, e, como indivíduos, podemos escolher o sentido

⁴⁰TANAJURA, Grace Virgínia Ribeiro Magalhães. **Função social da propriedade rural: com destaque para a terra, no Brasil contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2000, p. 20.

⁴¹A Revolução Francesa procurou dar um caráter democrático à propriedade, abolindo privilégios, cancelando direitos perpétuos (...). FACHIN, Edson Luiz. **A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 16.

⁴²CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 93.

⁴³Após a Revolução Francesa, houve tamanho crescimento da ligação entre a liberdade e à propriedade que só quem era livre poderia possuir bens, como descreve o escritor Tercio Sampaio Ferraz Junior: “Assim, só no ter algo a liberdade parecia adquirir uma certa substancialidade. Esse ter algo, que inicialmente se refere à propriedade, levava a um aburguesamento da liberdade no sentido da liberdade capitalista e a distinção social entre os que têm e, assim, são verdadeiramente livres, e os que são destituídos de propriedade e, em consequência, de liberdade”. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 107.

⁴⁴FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Curso de Direito Constitucional**, 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 263.

de nossa vida – isso porque o controle dos meios de produção se acha dividido entre muitas pessoas que agem de modo independente. Se todos os meios de produção pertencessem a uma única entidade, fosse ela a “sociedade” como um todo ou um ditador, quem exercesse esse controle teria poder absoluto sobre nós.⁴⁵

A partir dos ideais da Revolução Francesa, a propriedade individual passa a ser um importante instrumento de realização da liberdade e da igualdade, sendo que, sobre isso, Francisco Eduardo Loureiro expõe:

Na ótica liberal, tudo gira em torno, em última análise, da disciplina positiva dos instrumentos de circulação de riquezas, da qual a propriedade é o símbolo jurídico. A liberdade para contratar pressupõe a igualdade formal das pessoas e está indissociavelmente ligada à liberdade de o proprietário utilizar livremente a coisa, de acordo com sua natureza. Mais ainda, sem propriedade, não há liberdade, mas, de modo inverso, não pode haver propriedade sem liberdade de gozá-la e de fazê-la circular sem nenhum limite.⁴⁶

Sobre o tema, Carlos Frederico Marés⁴⁷, aduz que:

(...) o Estado moderno foi teoricamente construído para garantir a igualdade, a liberdade e a propriedade. Dito de outra forma, a função do Estado, no momento de sua constituição, era garantir a propriedade que necessita da liberdade e igualdade para existir. Só homens livres podem ser proprietários, podem adquirir propriedade, porque faz parte da ideia da propriedade a possibilidade de adquiri-la e transferi-la livremente. A igualdade é, por sua vez, essencial para a relação entre homens livres, somente o contrato entre iguais pode ser válido.

A segunda fase do Estado Moderno pode ser chamada de Estado de Direito Liberal, consequência direta das Revoluções Liberais na França e na Inglaterra. Este Estado é representativo e oligárquico, mas potenciou, entre outras coisas, ao aparecimento do ideal dos Direitos do Homem e a separação de poderes.

⁴⁵HAYEK, Friedrich August Von. **O Caminho da Servidão**. Tradução e revisão de Anna Maria Capovilla; José Ítalo Stelle; Liane de Moraes Ribeiro. 5. Ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990, p. 111.

⁴⁶LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A Propriedade como Relação Jurídica Complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29.

⁴⁷(...) Para que exista o Estado e a propriedade da terra e de outros bens, tal como a conhecemos hoje, é necessário que haja o trabalhador livre; a contrapartida da propriedade absoluta, plena, da terra é a liberdade dos trabalhadores. MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p 18.

Dessa forma, objetivando garantir a liberdade e o não intervencionismo estatal, surge a doutrina liberalista, com o intuito de limitar o poder atribuído ao Estado Moderno, e, oportunizar uma abertura nas relações sociais.

Como marco deste liberalismo, podem ser citadas, como exemplo, Constituição da Federação Norte-Americana (1787) e a Revolução Francesa (1789), nas quais o novo Estado de Direito Liberal serviu como propulsor para a proclamação de vários Direitos, sobretudo, no que concerne aos chamados Direitos fundamentais.

O Estado de Direito Liberal é o coroamento da luta do indivíduo contra a tirania do Estado Absolutista e tem por fim, atingir a liberdade no sentido de não-constrangimento pessoal. Baseia-se, principalmente, na história da Inglaterra e, sob o ponto de vista teórico, no Iluminismo francês do século XVIII.

Neste sentido, Leandro Marins de Souza aduz que *“grande conquista da civilização liberal, cujo marco podem ser consideradas a Constituição da Federação Norte-Americana (1787) e a Revolução Francesa (1789), o Estado Liberal de Direito servira de fundamento básico aos direitos do homem, norteados pelas seguintes características básicas: submissão ao império da lei, divisão de poderes, enunciado e garantia os direitos fundamentais”*⁴⁸.

Pode-se aduzir que o objetivo do liberalismo era limitar a ação do Estado no âmbito das relações privadas, principalmente, no que dizia respeito à forma da concepção da propriedade.

A concepção de Estado, neste período, denominado de Estado de Direito Liberal, apresentava as seguintes características: submissão ao império da lei, já com ideia de ato delegado pelo povo ao poder legislativo; divisão de poderes; e, garantias expressas de direitos individuais, *“(...) essas exigências continuam a ser postulado básico do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal”*⁴⁹.

A regularização da propriedade privada imobiliária estava dentre os principais objetivos do liberalismo, cujas vantagens na época eram de simplificar e aplicar o

⁴⁸SOUZA, Leandro Marins de. **Tributação do terceiro setor no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 56.

⁴⁹SILVA, José Afonso. **Curso de direito Constitucional positivo**. 21ª ed. revista atualizada até a emenda constitucional n. 38. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 112-113.

direito em forma de sistema jurídico. Portanto, o liberalismo inspirou a regularização da propriedade privada imobiliária pela Europa.

Assim, com o regime centralizado da Idade Média, a propriedade havia perdido seus contornos de rigidez, em razão ao feudalismo, mas, no período entre 1799 a 1815, retoma seus delineamentos jurídicos e o individualismo da propriedade é retomado na França, a partir da criação do Código Civil francês, onde, a propriedade passa por um enriquecimento, em decorrência da Revolução Francesa, que possuía a concepção de que a liberdade era medida pela propriedade de bens e riquezas⁵⁰.

Vale destacar que o processo de codificação permitiu a separação entre público e privado, este último, legítimo para regular as questões de propriedade com igualdade entre todos os proprietários e não-proprietários, onde, nas palavras de Norberto Bobbio⁵¹, “*a evolução jurídica culmina na declaração dos direitos de 1789, que proclama a Propriedade inviolável e sagrada (...)*”.

Cabe aludir que o direito de propriedade foi efetivado com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão⁵², de 1789, onde, em seu artigo 2º, dispõe que “*a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão*”⁵³.

Em 1793, a modificação na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão trazia, no artigo 16, um conceito de propriedade, como nunca antes havia sido

⁵⁰ A Revolução Francesa pretendeu democratizar a propriedade, aboliu privilégios, cancelou direitos perpétuos. Desprezando a coisa móvel (*vilis mobilia possessio*), concentrou sua atenção na propriedade imobiliária, e o código por ela gerado – Code Napoléon – que serviria de modelo a todo um movimento codificador no século XIX, tamanho prestígio deu ao instituto, que com razão recebeu o apelido de “código da propriedade”, fazendo ressaltar acima de tudo o prestígio do imóvel, fonte de riqueza e símbolo de estabilidade. Daí ter-se originado em substituição à aristocracia de linhagem, uma concepção nova de aristocracia econômica, que penetrou no século XX. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 83.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**/Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco pasquino; trad. Carmen C. Varriale et ai.; coord. Trad. João Ferreira; ver. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacaís. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 13ª ed., 2007, 2008, p. 1034.

⁵² A propriedade para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consistiu em direito inviolável e sagrado. Tanto o Código francês quanto o Código italiano de 1865, estatuíram que a propriedade é o direito de gozar e dispor do bem de modo absoluto. FACHIN, Edson Luiz. **A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 16.

⁵³ E ainda no artigo 17, a Declaração complementa: “sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, senão quando a necessidade pública, legalmente constatada, o exija evidentemente, e sob condição de uma indenização justa e prévia”.

disciplinado: *“o direito de propriedade é aquele que pertence a todo cidadão de gozar e dispor como melhor lhe aprouver de seus bens, de suas rendas, do fruto de seu trabalho e de seu engenho”*.

O artigo 19, desta mesma Declaração, consagrou que *“ninguém pode ser privado de parte de sua propriedade sem consentir nisso, a não ser quando uma necessidade pública legalmente constatada o exige e sob condição de uma indenização justa e prévia”*.

Como podemos observar nas duas declarações, para a França deste período, o direito de propriedade era um direito considerado sagrado, absoluto e imprescritível.

Sendo assim, esse direito garantia ao proprietário que ninguém além dele, pudesse ter a posse de sua terra, de modo que, mesmo se este não a usasse, teria seu direito garantido contra qualquer um que tentasse arrebatá-la.

Havia apenas uma exceção a esta regra, que é o caso de haver necessidade ou interesse público. Neste caso, a tomada do imóvel do particular era indenizada anteriormente e de forma justa.

Em 1791, a Constituição francesa, no título I, § 4º, previa a inviolabilidade do direito à propriedade, ao trazer consigo a segurança jurídica, como forma de assegurar o exercício do direito: *“a Constituição garante a inviolabilidade da propriedade. ou justa e prévia indenização, daquela propriedade cuja necessidade pública, legalmente comprovada, exija o sacrifício”*.

Assim, a codificação apresentava *“vantagens, como a de simplificar o sistema jurídico, facilitando o conhecimento e a aplicação do direito, permitindo, ainda, elaborar os princípios gerais do ordenamento que servirão de base para adaptar o direito à complexidade da vida real”, o que explica o triunfo da codificação nos três séculos*⁵⁴.

Em 21 de março de 1804, entrou em vigor o Código Civil Francês, conhecido como Código de Napoleão, no qual a propriedade foi considerada um direito sagrado e inviolável, fazendo-se do proprietário uma espécie de soberano. Buscou-se simplificar a propriedade com base numa organização estritamente individual (não

⁵⁴AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5ª ed. ver. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 123.

familiar), sendo, além disso, utilizada como instrumento ordenado à supressão das classes sociais⁵⁵.

Consolidou-se a concepção moderna de propriedade, baseada no Código Napoleônico de 1804, como sendo “o direito de gozar e de dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos”⁵⁶, de modo que, procurou-se dar “um caráter democrático à propriedade, abolindo privilégios, cancelando direitos perpétuos, porém, este fito da burguesia, ficou diretamente condicionado aos seus interesse econômicos e políticos, de forma que a propriedade alterava suas concepções tradicionais para servir a uma nova classe social em busca de poder: a burguesia”⁵⁷.

O Código Civil francês⁵⁸ foi guiado pelo racionalismo, sendo o enfoque da codificação a formalização da liberdade por meio do contrato e da propriedade, de modo que, “os grandes pilares substanciais do Código Napoleão residiam nos seus artigos 544 e 1134/1”⁵⁹, cujo conteúdo era referente ao uso e o gozo dos bens⁶⁰.

A propriedade napoleônica, expressão da Revolução Francesa e resultado das somas de forças entre os pequenos proprietários e a burguesia contra os privilégios da nobreza, teve como intuito a separação do poder político do econômico, sendo que no Código de Napoleão, os direitos reais voltaram a ser *numerus clausus* e a propriedade foi concedida como um direito absoluto, exclusivo e perpétuo, restabelecendo a estrutura romana do direito de propriedade em seus aspectos técnico-jurídicos.

⁵⁵ADROGUE, Manuel. **El derecho de propiedad en la actualidad, Introducción a sus nuevas expresiones**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 28.

⁵⁶MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas, Desmistificando a função social da propriedade com base na Constituição Federal e legislação infraconstitucional, *in Revista dos Tribunais*, Ano 96, v. 860, São Paulo: Revista dos Tribunais, junho de 2007, p. 93.

⁵⁷FACHIN, Edson Luiz. **A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 16.

⁵⁸O *Code Civil* de 1804 marcou uma ruptura decisiva na evolução gradual do direito. Substituiu a variedade do antigo direito por um código único e uniforme para toda a França; aboliu o direito anteriormente em vigor, em particular o direito consuetudinário e romano; incorporou várias medidas ideológicas inspiradas pela evolução de 1789 e tentou tomar supérfluo o papel tradicional do direito erudito, ao proibir o comentário doutrinário sobre os códigos, na crença de que a nova legislação era clara e autossuficiente. LÓBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11.

⁵⁹CORDEIRO, António Manuel da rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 232.

⁶⁰PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito privado**. Tradução de: Maria Crsitina de Cicco. 2ª ed. 2002, p. 222.

A liberdade expressa no código era ligada à capacidade negocial e ao acesso à propriedade, sendo que, a liberdade individual mescla-se com o próprio ideário de propriedade⁶¹.

No que concerne à liberdade, Charles-Louis Montesquieu considerou ser a mesma o fator de maior importância em um Estado, de modo que, a liberdade política não consistia em fazer aquilo que se quer, mas sim, “*não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer, e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar*”⁶².

A liberdade individual, e, conseqüentemente, a segurança jurídica eram os primados básicos da codificação, sendo as necessidades da época impostas pela maior autonomia do indivíduo, com a propriedade elevada à condição de direito absoluto, destinado exclusivamente aos interesses individuais do proprietário.

É no Estado com caracteristicamente absenteísta, que se realça o princípio da liberdade, com o surgimento dos direitos civis e políticos, caracterizados pela necessidade de não-intervenção do Estado no patrimônio jurídico dos membros da comunidade.

A noção moderna de propriedade privada positivada no Código de Napoleão como direito de fruir e de dispor das coisas da maneira mais absoluta, visava simplificar o instituto, na medida em que o tornava um direito absoluto, no sentido de não ser passível de limitação que não decorresse do interesse do proprietário.

Esta concepção de direito absoluto e ilimitado passou a constituir a base jurídico-econômica da propriedade para a nova classe que surgia e dominava a sociedade francesa no período pós Revolução, como reflexo da vitória das concepções individualistas do séc. XIX.

Neste período, o interesse singular era coincidente com o interesse coletivo, não havendo sentido nas postulações relativas à observância de uma função social

⁶¹O indivíduo é proprietário de sua própria pessoa e tem capacidade de agir independente dos outros. Essa autonomia significa liberdade de agir, e a liberdade confunde-se então com a propriedade. Ser proprietário significa ser livre. Tome-se como exemplo a propriedade da terra: a legitimação dessa propriedade é dada pela capacidade – ainda que abstrata – de o homem nela trabalhar, nela expressar sua força criadora. Justifica-se a propriedade na liberdade, e a liberdade na propriedade. CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 91.

⁶²MONTESQUIEU, Charles-Louis. **Do Espirito das Leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 164.

da propriedade, já que esta seria observada à medida que menos entraves fossem postos ao exercício dos direitos dos proprietários⁶³.

Após o período de sedimentação da proteção ao direito de propriedade, desenvolvido durante os séculos XVIII e XIX, quando o referido direito adquiriu características individualistas, absolutistas e ilimitadas, constatou-se que a tutela da propriedade serviu para intensificar a concentração de riquezas nas mãos de poucos, não sendo atingido o ideal da Revolução Francesa, concernente à fraternidade, assim como, à igualdade concreta, substancial.

O predomínio antes pertencente à aristocracia foi sendo substituído pela ascendência daqueles que detinham a propriedade, passando o homem a valer não pelos seus títulos de nobreza, mas pelo cabedal de que dispunha⁶⁴.

Assim, a terceira fase do Estado Moderno assenta na crise do Estado de Direito Liberal, que surge nos finais do séc. XIX, já que este não tem capacidade para responder às exigências sociais. Surgem assim as ideologias extremistas de Direita (fascismo) e de Esquerda (comunismo).

A quarta fase fica marcada pelo aparecimento do Estado Democrático Liberal, consequência da grande crise económica e social de 1929. A resposta à crise passou pelo alargamento da democracia a toda a sociedade, adoptando para a administração do Estado medidas de cariz social, derivadas do pensamento de Milton Keynes.

Durante o período pós Primeira Guerra Mundial, seguiu-se a Grande Depressão, causada pela quebra da bolsa de Nova York em 1929. A taxa de desemprego cresceu assustadoramente, retirando da classe dos trabalhadores o acesso ao mínimo existencial.

Tal fato fez crescer a ideia de que a sociedade como um todo era responsável pela garantia do atendimento às necessidades humanas básicas, gerando um campo fértil para doutrina do *welfare states* do presidente norte-americano Franklin Roosevelt.

⁶³ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direitos Reais**, Lisboa: Coimbra Editora, 2002, p. 137-138.

⁶⁴CHAVES, Antônio. Evolução, natureza e fundamento do direito de propriedade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Vol. 65, 1970, p. 196.

Richard Pipes⁶⁵ destaca o fato de que, com objetivo de se garantir as necessidades básicas, a doutrina do Estado Social buscou o seu financiamento nos impostos:

Transformaram o moderno governo democrático num mecanismo gigantesco para a redistribuição de bens privados: por meio do imposto de renda, o governo se apropria de um alto percentual dos ganhos das corporações e dos cidadãos, alguns dos quais ele retém para pagar os custos de administração dos programas de *welfare* e o resto redistribui entre os beneficiários desse sistema. A justificativa filosófica dessa operação é o conceito socialista de que o governo tem a obrigação de não apenas aliviar a sorte dos pobres, mas “abolir” a própria pobreza.

Caracterizado pela ruptura sistemática aos ideais liberalistas, a partir da concepção de integração social e materialização dos anseios da comunidade, o Estado Social buscou o efetivo desenvolvimento do bem-estar social através da afirmação dos direitos sociais⁶⁶.

A partir de então, o Estado não se limitou a buscar o equilíbrio das relações econômicas, mas também, a intervir de forma a garantir o atendimento aos direitos sociais, pois, nesta nova perspectiva, estes deveriam ser sopesados frente à liberdade proprietária garantida pelo liberalismo.

O discurso de abolição da pobreza passou necessariamente por limitações à liberdade. Nas palavras de Richard Pipes, a *“igualdade social só pode ser atingida por coerção, ou seja, à custa da liberdade. Ela necessariamente requer a violação dos direitos de propriedade daqueles cidadãos que possuem mais riquezas (...)”*⁶⁷.

Ao tempo em que a eliminação da pobreza passou a ser um objetivo do Estado, foi-se tornando imperativo que a propriedade deixasse de ser tratada como um direito absoluto, acarretando o retorno das ideias filosóficas baseada no fato de

⁶⁵PIPES, Richard. **Propriedade e Liberdade**, tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca. São Paulo: Record, 2001, p. 271.

⁶⁶O Estado Social de Direito conceitualmente destina-se à afirmação dos direitos sociais e à aplicação de objetivos de justiça social. Surge no início do século XX, mais precisamente quando do surgimento da primeira Constituição considerada social, que é a mexicana de 1917, e que teve como fonte inspiradora a Constituição de Weimar, da Alemanha, mesmo que date de 1919. SOUZA, Leandro Marins de. **Tributação do terceiro setor no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 57.

⁶⁷PIPES, Richard. **Propriedade e Liberdade**, tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca. São Paulo: Record, 2001, p. 272.

que a propriedade não seria um direito natural, mas sim, uma instituição social, cujo conteúdo seria determinado pela sociedade mediante a intervenção Estatal⁶⁸.

Como bem elucida Paulo Luiz Netto Lôbo, a “*autonomia da vontade, liberdade individual e propriedade privada, transmigraram dos fundamentos teóricos e ideológicos do Estado liberal para os princípios de direito, com pretensão de universalidade e intemporalidade*”⁶⁹, podendo-se aduzir que, após as mudanças no conceito de propriedade absolutista, no atual estágio de desenvolvimento social, o Estado tem por missão promover e fomentar a proteção de um direito de propriedade não individualista, mas universal dentro de um novo ideário coletivista.

Por fim, cabe aduzir que as implicações da institucionalização da propriedade ao longo do tempo constituíram um pano de fundo ao qual se correlacionam os mecanismos de cristalização de uma mentalidade proprietária, que remetem ao caráter trivial com que se passou a utilizar a categoria propriedade, sem se considerar que esta está atrelada ao momento histórico de sua utilização.

Não obstante o processo de codificação, a propriedade não passa a ser uma realidade monolítica, sendo, sobretudo, uma mentalidade dentro de uma ordem substancial que deve atentar para as convicções e adequações históricas⁷⁰.

⁶⁸ A intervenção do Estado limita a liberdade mas também a protege: tem sido dito corretamente que a democracia é fortalecida se certos tipos de liberdade econômica são controladas. Nós então nos confrontamos com uma nova e paradoxal situação no mundo moderno: a propriedade privada, tradicionalmente o mais efetivo baluarte da liberdade, deve ser restringida para o benefício da sociedade, o que tem o efeito de ressaltar o poder do Estado ao ponto em que este limita e ameaça a liberdade da sociedade. E alguém ficaria em desvantagem ao resistir ao Estado em nome da liberdade, porque as suas ações refletem a vontade livre de cidadãos livres. Isso pode significar que propriedade não pode mais servir como uma garantidora da liberdade e a sua sobrevivência é problemática. Mas isso pode também significar que um meio deve ser encontrado de assegurar a preservação da propriedade como direito humano fundamental que a sociedade não deve violar enquanto, ao mesmo tempo, assegura a justiça social básica. PIPES, Richard. **Propriedade e Liberdade**, tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca. São Paulo: Record, 2001, p. 275-276.

⁶⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio contratuais. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. **A teoria do contrato e o novo Código Civil**, Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 11.

⁷⁰ Enquanto na Inglaterra o interesse pela origem e natureza da propriedade decorria do atendimento a considerações pragmáticas - consistente no objetivo de conter o poder arbitrário da coroa em relação aos bens dos súditos - na França, o enfoque teve como base questões filosóficas sobre a constituição do mundo. Para os filósofos franceses, o mundo real era uma perversão do mundo ideal, sendo necessário moldar o comportamento humano para se criar essa sociedade idealizada. Nesse sentido, não houve algo como a “natureza humana”, tão apregoada pela doutrina cristã, mas sim a conduta humana, moldada pelo ambiente social e intelectual. “A tarefa do filósofo seria esboçar um sistema social que fizesse com que fosse virtualmente impossível aos homens tornarem-se depravados. PIPES, Richard. **Propriedade e Liberdade**. tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca. São Paulo: Record, 2001, p. 61-62.

Paolo Grossi propõe uma reflexão sobre o modelo proprietário, segundo o qual para proteger o interprete de alguns riscos no estudo do tema, dentre eles, o pesado condicionamento monocultural⁷¹, aduz que:

A propriedade não consistira jamais em uma regrinha técnica, mas, em uma resposta ao eterno problema da relação entre homem e coisas, da fricção entre mundo dos sujeitos e mundo dos fenômenos. E aquele que se propõe a reconstruir sua história, longe de ceder a tentações isolacionistas, deverá, ao contrário, tentar coloca-las sempre no interior de uma mentalidade e de um sistema fundiário com função eminentemente interpretativa⁷².

Outro risco se consubstancia na redução de todas as formas de pertencimento⁷³ à ideia de propriedade, onde, muito embora a propriedade abstrata seja reconhecida pelo Direito Moderno, a realidade demonstrou que existiram outras possibilidades de pertencimento na relação entre sujeitos e coisas.

O cuidado metodológico a ser observado diz respeito ao caráter absoluto da propriedade. Ao indagar sobre tal característica, evita-se o equívoco de se conceber a propriedade como uma construção perene e imutável, posto que, o moderno conceito de direito de propriedade seria o resultado de um processo de evolução, e, portanto, sua forma mais desenvolvida⁷⁴.

Transforma-se, portanto, a propriedade em ideologia, sendo que, Paolo Grossi destaca que a visão individualista e potestativa de propriedade deve ser considerada um produto histórico, *verbis*:

(...) foi inteligentemente camuflado como uma verdade redescoberta e que quando os juristas, tardiamente, com as análises revolucionárias e pós-revolucionárias na França, com as pandectísticas na Alemanha, traduzem com o auxílio do instrumental técnico romano as instituições

⁷¹ O primeiro risco é o de um pesado condicionamento monocultural: o nosso título, mesmo com todas as suas pluralizações, leva impresso o apelo embaraçante a um universo 'proprietário', e propriedade é sempre um mínimo de pertencimento, de poderes exclusivos e dispostos conferidos a um determinado sujeito pela ordem jurídica. Falar somente de propriedade, mesmo que no plural, significa ficar bem fechado no nicho de uma cultura do pertencimento individual. GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 06.

⁷² GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 16.

⁷³ STAUT JR., Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: SER/UFPR, 2004, n. 42, p. 160.

⁷⁴ STAUT JR., Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: SER/UFPR, 2004, n. 42, p. 162.

filosófico-políticas em regras de direito e organizam nas, de respeitável consolidação histórica se deformou em conceito e valor: não o produto de uma realidade mutável tal como foi se cristalizando, mas o cânone com o qual medir a mutabilidade da realidade⁷⁵.

Conforme observado por Paolo Grossi, o terceiro risco diz respeito ao formalismo que tende a dominar o intérprete no trato das relações proprietárias.

A modernidade pretendia exaurir a propriedade em seus aspectos técnicos, como se o instituto estivesse integralmente contido em suas construções teóricas, sem qualquer ligação com outras áreas do conhecimento ou com a própria realidade social.

Para o citado autor, ao contrário de se exaurir em si mesma, “*a propriedade não consistirá jamais em uma regrinha técnica, mas, em uma resposta ao eterno problema da relação entre homens e coisas, da fricção entre mundo dos sujeitos e mundo dos fenômenos*”⁷⁶.

A par das relações concretas que se desenvolvem entre sujeitos e coisas, há sempre uma mentalidade a informar o sentido da propriedade em um determinado momento histórico, que não se revela no estudo individualizado e específico de cada relação proprietária, sendo que, a definição do conceito de propriedade é sempre conexas à realidade na qual se insere.

Qualquer sentido dado ao termo pode ser relativizado a partir do exame das condições históricas, filosóficas, econômicas e sociais da época de sua formulação.

Para Paolo Grossi, a propriedade deve ser percebida como uma mentalidade, entendida como o “*complexo de valores circulantes em uma área espacial e temporal capaz, pela sua vitalidade, de superar a diáspora de fatos e episódios espalhados e de constituir o tecido conectivo escondido e constante daquela área, e deve portanto ser colhido como realidade unitiva*”⁷⁷.

A propriedade é fortemente marcada pelos valores sociais imperantes em um período histórico. Estes valores estão em contínua modificação, mas, em processos lentos. É possível, então, a existência de uma nova estrutura jurídica simultaneamente à mentalidade que ela pretendia superar, até que se modifiquem também os valores sociais para adaptarem-se às novas formas.

⁷⁵GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12.

⁷⁶GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 16.

⁷⁷GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 30.

Por estas razões, talvez se possa dizer, por paradoxal que pareça, que a única característica permanente da propriedade ao longo dos tempos é sua constante modificação, ou seja, sua profunda descontinuidade.

Paolo Grossi aduz que o mais correto é falar-se em “propriedades”, e não em “propriedade”, pois, cada modelo proprietário corresponde uma própria mentalidade, sendo equivocado tentar reduzi-los a um só tipo.

O mencionado autor define a propriedade como a “*situação de poder direta e imediata sobre o bem tutelado pelo ordenamento na maneira mais intensa*”⁷⁸, de modo que, ao se alterar o ordenamento, modificar-se-ão, também, as formas de poder sobre as coisas.

Resta claro que não existe apenas um modelo de propriedade, mas sim, modelos de propriedades, posto existirem diversas mentalidades a fundamentar as modificações do instituto⁷⁹, sendo que a moderna expressão propriedade está a delimitar o uso do termo em apenas um de seus sentidos possíveis, temporalmente e espacialmente localizado.

Assim, é de se constatar que a concepção da propriedade privada foi determinada por diversos acontecimentos históricos, como o feudalismo, a Revolução Francesa e a própria codificação moderna, o que leva a conclusão que o atual desenho da propriedade privada foi fruto das necessidades e das lutas humanas.

⁷⁸GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 39.

⁷⁹Para ele ‘propriedade’ deve ser somente um artifício verbal para indicar a solução histórica que um ordenamento dá ao problema da relação jurídica mais intensa entre um sujeito e um bem, ou, em outras palavras, a resposta à questão central sobre a consistência mínima do ‘meu’ jurídico; soluções e respostas que são duplamente múltiplas, segundo os vários climas históricos e segundo os vários conteúdos que um mesmo clima histórico dá àquele invólucro aberto e disponível que convencionalmente identificamos como propriedade. GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 05.

1.2. A CONCEPÇÃO UNITÁRIA DE PROPRIEDADE NO DIREITO PRIVADO MODERNO

O Direito Moderno⁸⁰ foi inspirado pela filosofia iluminista, que, a partir do conceito de racionalidade, desenvolveu a noção de sujeito, segundo o qual, o homem seria um fim em si próprio, e sua principal característica seria a individualidade, passando a sociabilidade a ser mero acessório da individualidade⁸¹.

A ideia de sujeito de direito traz implícita a capacidade do ser humano de titularizar direitos e deveres, e, conseqüentemente, de participar de variadas ordens de relações jurídicas, decorrendo, daí, a necessidade de proteção do indivíduo frente ao Estado, como expressão da garantia geral à liberdade.

A liberdade apregoada ao sujeito do Estado Moderno é representada pela liberdade de contratar e impor sua autonomia, de modo que, a igualdade imputada passa a ter caráter meramente formal, redundando apenas na constatação de que todos podem ser titulares de direitos e, conseqüentemente, de relações jurídicas de conteúdo patrimonial.

Sobre o tema, Eroulths Cortiano Júnior aduz que:

A economia de troca exige, além daquilo que se troca, aquele que troca. A troca pressupõe escolha (entre trocar e não trocar, entre o que trocar e o que não trocar), e escolha pressupõe autonomia (...). A igualdade era fundamental para o desenvolvimento das relações de troca: um espaço de autonomia (ou de decisões) pressupõe igualdade entre os que decidem (...). Trata-se, entretanto, de uma liberdade formal (mas material na medida em que se garante a liberdade de iniciativa aos indivíduos) e de uma igualdade formal. Liberdade e igualdade aparentemente reais⁸².

⁸⁰ Jürgen Habermas lembra: “a palavra ‘*modernus*’ foi utilizada inicialmente no final do século V para diferenciar um presente tornado cristão de um passado romano pagão. Desde então, a palavra possui uma conotação de uma descontinuidade proposital do novo diante do antigo. A expressão moderno continuou a ser utilizada na Europa – cada vez com conteúdos diferentes – para expressar a consciência de uma nova época” HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: estudos políticos**. Traduzido por Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, São Paulo, 2001, p. 168.

⁸¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 49.

⁸² CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 52-53.

O direito de propriedade, definido a partir da modernidade⁸³, qualifica o proprietário e altera a essência das relações sociais, representando a valoração da propriedade privada de cunho econômico, liberal e codificada, conforme demonstrado anteriormente, onde a relevância moderna do instituto estava na capacidade de manter o domínio sobre um determinado bem, com o intuito de exploração, havendo, então, a separação entre domínio, definido como o poder direito formal, e a posse, caracterizada pela utilização concreta, de modo que esta era alienável pelo mercado e definia potencial econômico, onde o proprietário passa a explorar diretamente o bem, ou, facultar a exploração por terceiros⁸⁴.

Com a modernidade⁸⁵, o trabalho⁸⁶ era fator direto para produção de riqueza e o acúmulo de capital⁸⁷, qualificando o indivíduo, em razão da capacidade de acesso

⁸³ A modernidade implica um longo processo histórico, a iniciar-se em meados do século XIII e a desdobrar-se em sua consolidação até o século XVIII, de desenraizamento e de laicização, de autonomia e liberdade, de racionalização e de mecanização, bem como, de instrumentalização e de industrialização. Dessa forma, pode-se dizer que a modernidade envolve aspectos do ideário intelectual (científico e filosófico) associado a outros aspectos econômicos (revolução industrial e ascensão da burguesia) e políticos (soberania, governo central, legislação) conjuntamente relevantes. (...) O que se quer discutir é exatamente a concepção de que razão, sujeito, ordem, soberania e Estado não são casualmente termos ligados ao vocabulário moderno. Eles foram paulatinamente sendo tornados possíveis pela prática histórica dos séculos, mas também, foram sendo lapidados no laboratório das ideias. Ora, é impossível pensar o *'modus vivendi'* moderno centrado na ideia de sujeito-do-conhecimento, na ideia de cidadania constitucional, de democracia representativa, de direitos humanos, de organização estatal-repressivo-burocrática das dimensões social e econômica, e de progresso técnico-científico, sem a recorribilidade necessária aos arcanos do ideário moderno. Trata-se de um ideário que vê na história um processo linear em direção à racionalização, à capitalização, à estruturação do Estado, ao progresso, à centralização do poder” BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 42-43.

⁸⁴ “(...) observado, em três partes: a renda da terra, os salários da mão-de-obra e o lucro do capital, constituindo uma renda para três categorias de pessoas: para aqueles que vivem da renda da terra, para aqueles que vivem de salário, e para aqueles que vivem do lucro (...)”. SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Tradução: Luiz João Baraúna. 1v. São Paulo: Nova Cultura, 1988, p.197.

⁸⁵ Cornelius Castoriadis propõe a divisão da Modernidade em três períodos: (1) a emergência (constituição) do Ocidente (do século XII ao começo do século XVIII), representada pela autoconstituição da protoburguesia, a construção e o crescimento das cidades novas (ou a mudança do caráter daquelas que já existiam), a reivindicação de uma espécie de autonomia política (indo dos direitos comunais até o autogoverno completo, conforme os casos e as circunstâncias) acompanham-se de novas atitudes psíquicas, mentais, intelectuais, artísticas, atitudes estas que preparam o terreno para os resultados explosivos da redescoberta e da recepção primeiro do direito romano, em seguida de Aristóteles, e depois do conjunto da herança grega subsistente; (2) a época crítica (moderna): autonomia e capitalismo: tomada de consciência de si mesmo com as Luzes, continuando até as duas guerras mundiais no século XX. O projeto de autonomia radicaliza-se no campo social e político, assim como no intelectual. As formas políticas são questionadas; formas novas, implicando rupturas radicais com o passado são criadas. O capitalismo encarna uma significação imaginária social nova: a expansão ilimitada do ‘domínio racional’; (3) a retração ao conformismo: fase das duas guerras mundiais, da emergência do totalitarismo e derrocada do movimento operário e o declínio da mitologia do progresso

a bens, transforma-se não apenas em valor de troca, mas equiparado ao produto do próprio trabalho⁸⁸.

O homem, como elemento determinante e capaz de se sustentar, passa a ser qualificado como produto do seu próprio trabalho⁸⁹ e, a propriedade, como direito subjetivo, passa a envolver transformações sociais, baseadas em mecanismos de produção da riqueza e alienação⁹⁰ do próprio trabalho.

Houve relação de dependência entre produção originada no trabalho, e o modo de produção capitalista estabelecido com a modernidade, de modo que, a possibilidade alienação do trabalho estabelece uma relação social de dependência, baseada na atividade de produção de riqueza, tendo em vista a utilização concreta da propriedade.

A modernidade, caracterizada pelo desenvolvimento da propriedade como poder, não estaria realizada na utilização direta, mas, condicionado ao arbítrio do proprietário, tendo em vista aspectos atinentes a nova realidade contratual e interesses privados, fundamentados pelo monopólio dos instrumentos de riqueza, por meio da capacidade econômica⁹¹.

CASTORIADIS, Cornelius. **O mundo fragmentado**: as encruzilhadas do labirinto III. Traduzido por Rosa Maria Boaventura. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 19-23.

⁸⁶ Tal princípio não cega a afirmar que o trabalho se constitui no único modelo para ter a propriedade: afirma que somente o trabalho do homem sobre a terra é que legitima a sua propriedade. Como se vê, são duas posições não excludentes, contudo, basicamente distintas. A primeira consiste numa inversão entre o domínio e o trabalho; a segunda tão somente inclui no bojo do domínio o elemento trabalho, como fator de legitimação, mas não como condição *sine qua non* para adquirir o direito de propriedade. FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea** (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 18.

⁸⁷ SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Tradução: Luiz João Baraúna. 1v. São Paulo: Nova Cultura, 1988, p. 49.

⁸⁸ “(...) Assim, a existência do trabalhador encontra-se reduzido às mesmas condições que a existência de qualquer outra mercadoria. O trabalhador torna-se uma mercadoria e terá muita sorte se puder encontrar um comprador”. MARX, Karl **Manuscritos Econômicos-Filosóficos**. Tradução: Artur Morão. Edições 70: Lisboa, 1963, p.102.

⁸⁹ SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Tradução: Luiz João Baraúna. 1v. São Paulo: Nova Cultura, 1988. p. 71. “A remuneração real do trabalho, ou seja, a quantidade real de bens necessários e confortos materiais que o salário assegurar ao trabalhador, tem aumentado, no decurso deste século, talvez em uma proporção ainda maior do que o preço dos salários em dinheiro.”

⁹⁰ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 1v. SP: UnB, 2004, p. 90.

⁹¹ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 1v. SP: UnB, 2004, p. 206. “(...) A economia moderna baseia-se em oportunidade adquiridas por contratos. Por mais longe que vá o interesse próprio na ‘legalidade contratual’, bem como também os interesses comuns dos proprietários na proteção mútua de sua propriedade, e por mais que a convenção e o costume determinem, ainda hoje, no mesmo sentido, as ações dos indivíduos, a

Dessa forma, inspirada nos ideais liberais do final do século XVIII, e nas aspirações da burguesia em alcançar o poder político, a propriedade passou a se caracterizar como o direito de usar, gozar e dispor dos bens, bem como, de reavê-los de quem injustamente os detenha.

Na modernidade, a abstração das relações concretas de pertencimento entre sujeito e coisa para a formulação de um conceito ideal, de conteúdo puramente técnico, engendrou uma visão formalista de propriedade. O instituto, segundo esta perspectiva, se esgotaria no conjunto de normas positivas que o regulam. O positivismo jurídico⁹² ratificou este entendimento, legitimando-o.

A positivação que se seguiu à revolução burguesa, especialmente nas codificações do século XIX, cuidou de formalizar e oficializar este direito subjetivo, passando a protegê-lo então sob a égide do positivismo jurídico e de uma visão estreita e formalista do fenômeno jurídico.

O movimento de codificação que se instaurou após o triunfo da burguesia tinha a pretensão de incluir nos códigos todo o Direito. Desta forma, buscou-se criar um conjunto de normas abstratas para conferir ao código um caráter de universalidade capaz de torná-lo fonte única do Direito.

A lei, portanto, seria a matriz de um monismo jurídico sob monopólio do Estado, onde código, por sua vez, seria a fonte unitária, completa e exclusiva do Direito.

Com o Código Civil Francês de 1804, denominado Código Napoleônico, buscou-se simplificar a propriedade com base numa organização estritamente individual, sendo, além disso, utilizada como instrumento ordenado à supressão das classes sociais, mais precisamente da nobreza⁹³.

influência destes poderes perdeu muito de sua importância em consequência do abalo da tradição – tanto das relações reguladas pela tradição quanto da crença na santidade destas.”

⁹²No final do século XIX e começo do século XX, a autonomia da ciência jurídica estava em conflito, entre positivistas empíricos de diversos matizes (positivismo jurídico sociológico de Rudolf Von Ihering, positivismo psicológico de Ernest Rudolf Bierling) e defensores do Direito natural. KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 21.

⁹³ADROGUE. Manuel. **El derecho de propiedad en la actualidad, Introducción a sus nuevas expresiones**, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 28.

O referido Código Napoleônico fundou o modelo de caráter individualista e abstrato que foi reproduzido exhaustivamente nas codificações ao redor do mundo, inclusive no Código Civil Brasileiro de 1916.

A noção moderna de propriedade privada, positivada no Código de Napoleão como direito de fruir e de dispor das coisas da maneira mais absoluta, visou simplificar o instituto, impedindo os acúmulos de direitos de todas as espécies que, no decorrer dos séculos, tinham-se constituído sobre os bens, objetivando, também, tranquilizar os possuidores de bens originários da supressão da propriedade eclesiástica e da confiscação da propriedade dos emigrados.

Buscou-se instituir um aparato econômico racional em que cada um poderia agir livremente, levando em consideração apenas seus próprios interesses, sem ter que observar as regulamentações nem os costumes culturais. O artigo 544 do Código Civil pode ser considerado como instrumento do individualismo e do racionalismo burgueses, da sua vitória e do seu domínio⁹⁴.

Com o Código de Napoleão, os direitos reais eram considerados *numerus clausus* e a propriedade foi concedida como um direito absoluto, exclusivo e perpétuo, restabelecendo a estrutura romana do direito de propriedade em seus aspectos técnico-jurídicos⁹⁵.

Importante ressaltar que, não obstante o restabelecimento teórico da estrutura romana da propriedade, neste momento político e econômico, sua concepção não foi igual. A compreensão romana da propriedade evidenciou um autoritarismo de conotação militar, político e religioso, com intuito de assegurar a supremacia das famílias descendentes dos fundadores de Roma.

A propriedade napoleônica, expressão da Revolução Francesa, resultado das somas de forças entre os pequenos proprietários e a burguesia contra os privilégios da nobreza, teve como intuito a separação do poder político do econômico. Quando se afirma que a concepção napoleônica fez do proprietário um soberano, faz-se referência à magnitude dos poderes e faculdades que lhe foram reconhecidas.

⁹⁴ LEBRET, L. J. et al. **Propriedade e socialização**, tradução de Teresa Cruz e José Carlos Marques, Porto: Editora do Minho, 1965, p. 45.

⁹⁵ LEBRET, L. J. et al. **Propriedade e socialização**, tradução de Teresa Cruz e José Carlos Marques, Porto: Editora do Minho, 1965, p. 30-31.

Concomitantemente a consolidação deste novo conceito de propriedade, houve o surgimento do nominado Estado de Direito Liberal, coroado pela luta do indivíduo contra a tirania do Estado, baseado no Iluminismo francês do século XVIII⁹⁶.

Por pressuposto, pode-se aludir que o Estado buscava o bem estar comum a partir de uma presença mínima, onde, em uma concepção otimista, o próprio ser humano desenvolveria as suas atividades visando o bem estar coletivo, sobretudo no campo econômico, representado pela aquisição de bens⁹⁷.

Em alguns aspectos, a auto-regulação do mercado demonstrou possuir grandes vantagens, dentre elas, a valorização da propriedade e o desenvolvimento de tecnologias. Todavia, a experiência histórica revelou que o Estado de Direito Liberal apresentava diversas falhas de ordem funcional, pois, delegar ao mercado a composição das regras e a auto-regulação, fez com que surgisse um grande desequilíbrio entre a classe patronal e trabalhadora, pois, logo se constatou que a liberdade para contratar entre o empregador e o empregado, sob a ótica do equilíbrio e da igualdade, não passava de mero idealismo.

Com a Revolução Industrial e conseqüente êxodo da população rural para as cidades, houve o aumento do número de desempregados e o crescimento da classe proletária o que, aliado as condições desumanas de trabalho nas fábricas, estimulou o desenvolvimento das ideias socialistas, baseadas em um novo sistema econômico fundada na apropriação coletiva de bens.

Em oposição a este quadro, surgiu Estado de Bem-estar Social ou *Welfare State*, cuja característica principal é o asseguramento de certas condições mínimas vitais.

A partir de meados do século XIX, em face do novo viés Social do Estado, foram reconhecidas cada vez mais restrições negativas à propriedade, sem vinculá-la a uma função social positiva, o que ocorreria no Brasil, apenas, com a

⁹⁶ Sobre o tema, Leandro Marins de Souza preleciona que: “Grande conquista da civilização liberal, cujo marco podem ser consideradas a Constituição da Federação Norte-Americana (1787) e a Revolução Francesa (1789), o Estado Liberal de Direito servira de fundamento básico aos direitos do homem, norteados pelas seguintes características básicas: submissão ao império da lei, divisão de poderes, enunciado e garantia os direitos fundamentais. SOUZA, Leandro Marins de. **Tributação do terceiro setor no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 56.

⁹⁷ **Como marco do liberalismo podem ser citadas a Constituição da Federação Norte-Americana (1787) e a Revolução Francesa (1789), onde o novo Estado Liberal serviu como propulsor a proclamação de vários Direitos, sobretudo no que concerne aos chamados Direitos fundamentais.**

Constituição Federal de 1967, ao determinar que a ordem econômica teriam por fim realizar a justiça social, com base no princípio da função social da propriedade⁹⁸.

Evidentemente que outras Constituições vincularam a propriedade privada ao interesse social, como no caso do *caput do* artigo 141 da Constituição de 1946; contudo, o termo “função Social” aparece constitucionalmente pela primeira vez no artigo 157, inciso III da Carta de 1967⁹⁹.

1.3. A RUPTURA DO ESTATUTO UNITÁRIO DA PROPRIEDADE EM SEDE CONSTITUCIONAL: DO LEGADO PORTUGUÊS AO NOVO IDEÁRIO BRASILEIRO

Em passado recente, a propriedade era encarada sob uma concepção individualista, na qual era assegurado ao proprietário o uso irrestrito do bem, independente do interesse social ou da forma pela qual este direito fosse exercido.

Para tanto, bastava ser proprietário e estar em pleno gozo destes direitos para impor estas faculdades a todos que a ela se opusessem.

O modelo absolutista da propriedade moderna não se coaduna com as múltiplas possibilidades de relações de pertencimento contempladas pela atual Constituição Federal de 1988, especialmente, quando da instituição do princípio da função social da propriedade.

O Estado Democrático de Direito instaurado pela Constituição Federal de 1988 propõe a readequação do modelo proprietário baseado nos interesse exclusivos para o atendimento dos interesses não-proprietários, dentro de um plano de desenvolvimento sustentável.

No tocante a origem da ruptura do estatuto unitário da propriedade, Thomas Hobbes aduz que o Estado é o criador do direito de propriedade individual, de modo que: “(...) onde não há Estado não há propriedade e, por conseguinte, não existe o

⁹⁸ Artigo 157, inciso III, da CF/67.

⁹⁹ Cabe a ressalva que infra-constitucionalmente, o termo “função social” já havia aparecido em textos legislativos como no Estatuto da Terra (Lei 4.504/64), ao dispor nos arts. 2º, 12, 13, 18 e 47, inciso I, que a desapropriação por interesse social tem por fim condicionar o uso da terra à sua função social.

*Poder coercitivo, dado que, nesse caso, todos os homens têm Direito a tudo. Assim, não havendo Estado não há injustiça. A natureza da Justiça*¹⁰⁰”.

O Papa Leão XIII defendeu a propriedade como um direito individual, afirmando caber ao Estado, apenas, reconhecer e preservar o direito de propriedade que o homem recebeu da natureza, não devendo o homem apelar para a providência do Estado, “*porque o Estado é posterior ao homem, e antes que ele pudesse formar-se, já o homem tinha recebido de natureza o direito de viver e proteger a sua existência*¹⁰¹”.

Ainda, Leão XIII elucida que: “*não é das leis humanas, mas da natureza, que emana o direito da propriedade individual; a autoridade pública não o pode, pois, abolir; o que ela pode é regular-se o uso e conciliá-lo com o bem comum*¹⁰²”.

Léon Duguit, no início do século XIX, apresentava ideias de oposição do caráter individual de propriedade, afirmando que esse direito deveria exercer uma função social. Opondo-se a redação do artigo 544 do referido Código Civil francês, no que diz respeito ao preceito de que a propriedade é o direito de gozar e de dispor das coisas da maneira mais absoluta, aduz que:

O proprietário, ao ter o direito de usar, de gozar e de dispor da coisa, tem por isso mesmo, o direito de não usar, de não gozar, de não dispor, e por conseguinte de deixar suas terras sem cultivar, seus lotes urbanos sem construções, suas casas sem alugar e sem conservar, seus capitais mobiliários improdutivos. Os que compram grandes quantidades de terrenos a preços relativamente baixos e que se mantêm durante vários anos sem explorá-los esperando que o aumento natural do valor do terreno lhes proporcione um grande benefício, não segue uma prática que deveria estar proibida? Se a lei intervém, a legitimidade de sua intervenção não seria discutível nem discutida. Isto nos leva para muito longe da concepção de direito de propriedade intangível, que implica para o proprietário o direito a permanecer inativo ou não, segundo lhe agrade”.¹⁰³

¹⁰⁰HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de Rosina D'Angina. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2003, Cap. XV, parte I.

¹⁰¹LEÃO XIII. **Rerum Novarum**: Carta Encíclica sobre a Condição dos Operários. Tradução de Manuel Alves da Silva, S.J., 15. ed. São Paulo: Paulinas, 2005, n. 06, p. 14.

¹⁰²LEÃO XIII. **Rerum Novarum**: Carta Encíclica sobre a Condição dos Operários. Tradução de Manuel Alves da Silva, S.J., 15. ed. São Paulo: Paulinas, 2005, n. 06, p. 46.

¹⁰³[...] el propietario, al tener el derecho de usar, de gozar y de disponer de la cosa, tiene por eso mismo el derecho de no usar, de no gozar, de no disponer, y por consiguiente de dejar sus tierras sin cultivar, sus solares urbanos sin construcciones, sus casas sin alquilar y sin conservar, sus capitales mobiliários improductivos. (...) Los que compran grandes cantidades de terrenos a precios relativamente bajos y que se mantienen durante varios años sin explotarlos, esperando que el

Para Léon Duguit, a propriedade possui duas funções: “o *propietário tem o dever e, portanto, o poder de empregar a coisa que possui na satisfação das necessidades individuais [...]; e, “o propietario tem o deber e, por conseguinte, o poder de empregar sua coisa na satisfacción das necesidades comuns de una coletividade nacional inteira ou de coletividades secundárias”*¹⁰⁴.

E ainda escreve que: “*antes de tudo, o propietario tem o deber e o poder de empregar a riqueza que possui na satisfacción de suas necesidades individuales [...]*” e, “*Aqueles que não têm esse fim, e que, por outra parte, não perseguem um fim de utilidade coletiva, serão contrários à lei da propriedade e poderão dar lugar a uma repressão ou reparação*”¹⁰⁵.

Com os pensamentos e ideologias sobre a propriedade e com o passar dos anos, a ideia unitária da propriedade foi se modificando, surgindo então, constituições que previam mudanças, como a Constituição Mexicana de 1917, em seu artigo 27, que marcou historicamente a nova regulamentação da matéria. Carlos Frederico Marés analisa o dispositivo da seguinte forma:

Inicia por afirmar que a propriedade das terras e águas é originariamente da Nação que pode transmitir o domínio aos particulares, afastando desde logo a ideia de que a propriedade privada seja um direito natural como tão textualmente afirmara a *Rerum Novarum*. Diferencia duas formas de intervenção na propriedade privada: por um lado reconhecia a desapropriação que somente pode se dar por razões de utilidade pública e mediante indenização, existente desde os tempos do nascimento do

aumento natural del valor del terreno les procure um gran beneficio, ¿ no siguen una práctica que debería estar prohibida? Si la ley interviene, la legitimidad de su intervención no sería discutible ni discutida. Esto nos lleva muy lejos de la concepción del derecho de propiedad intangible, que implica para el propietario el derecho a permanecer inactivo o no, según le plazca. DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón**. Trad. Esp. POSADA, Carlos G. 2ª Edição. Madrid: Beltran, 1920, p. 184.

¹⁰⁴1.ª El propietario tiene el deber, y por tanto el poder, de emplear la cosa que posee em la satisfacción de las necesidades individuales [...]; 2.ª “El propietario tiene el deber, y por consiguiente el poder, de emplear su cosa em la satisfacción de necesidades comunes, de una colectividad nacional entera o de colectividades secundarias. DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón**. Trad. Esp. POSADA, Carlos G. 2ª Edição. Madrid: Beltran. 1920, p.185.

¹⁰⁵Ante todo, el propietario tiene el deber y el poder de emplear la riqueza que posee em la satisfacción de sus necesidades individuales [...]. Aquellos que no tienen este fin, y que, por otra parte, no persiguen un fin de utilidad colectiva,, serán contrários a la ley de la propiedad y podrán dar lugar a una repersión o a uma reparación. DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón**. Trad. Esp. POSADA, Carlos G. 2ª Edição. Madrid: Beltran. 1920, p.186.

liberalismo; por outro, não reconhece como propriedade áreas que não cumpram os preceitos necessários a seu exercício, quando, então, se dá a intervenção para regular o aparecimento dos elementos naturais suscetíveis de exploração e a justa e equitativa distribuição da riqueza. Neste item inclui a divisão do latifúndio e o direito de indígenas, coletivamente, à terra e à água. Estabelece uma larga lista de proibições às pessoas jurídicas de adquirirem terrenos rurais e os possuírem, entre os quais a Igreja, as sociedades comerciais por ações e os bancos.¹⁰⁶

Após dois anos, a Constituição da Alemanha foi promulgada, sendo considerada avançada no que diz respeito à ruptura do caráter individual da propriedade, pois, em seu artigo 153 fixava deveres ao proprietário, e previa a propriedade como fonte de obrigações devendo o seu uso atender, ao mesmo tempo, o interesse individual e ao bem comum.

Sua promulgação serviu de exemplo para a maioria dos países ocidentais, onde inseriram também em suas constituições o caráter social da propriedade e não mais o caráter puramente individual, por este motivo, a propriedade passou a sofrer diversas limitações de ordem pública e privada, como ainda ocorre em nosso sistema jurídico.

No Ocidente, as ideias de Estado Social de Direito estavam sedimentadas, a Constituição de Weimar de 1919 estabelecia que a propriedade tinha o dever de cumprir sua função em favor do bem comum; por sua vez, a Constituição mexicana desligava-se do conceito de que a propriedade é um direito natural individual, determinando que as terras pertencentes ao povo, poderiam ser transmitidas aos particulares, mas impondo restrições ao exercício do direito de propriedade.

Por sua vez, a propriedade no Brasil se encontra ligada ao passado histórico do instituto em Portugal¹⁰⁷, de modo que, no período do descobrimento das terras brasileiras pelos colonizadores portugueses, vigia em Portugal, a Lei Sesmarial, de 1375.

¹⁰⁶ MARÉS, Carlos Frederico. **A Função Social da Terra**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 94.

¹⁰⁷ A trajetória da formação da “moderna propriedade fundiária” no Brasil deve remontar a duas importantes considerações: - a herança das características jurídicas da propriedade em Portugal, isto é, do estatuto das sesmarias e suas transformações ao longo da história colonial; - o conteúdo da abertura de terras atlânticas, enquanto terras estatais, objeto de concessões da Coroa, tendo em vista a exploração mercantil e escravista.” SMITH, Roberto. **Propriedade da terra e transição: estudo da formação da propriedade privada da terra e transição para o capitalismo no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1990, p. 20.

Elaborada no período feudal da história portuguesa, foi uma forma de concessão de terras tidas por improdutivas e tinha como fundamento o cultivo de gêneros alimentícios¹⁰⁸. Surgiu com o objetivo de combater a crise de abastecimento de produtos agrícolas, assim como a queda demográfica e a escassez de mão-de-obra, acentuada pela Grande Peste que assolou a Europa, em 1348.

A referida lei foi incorporada às Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas¹⁰⁹, que tiveram aplicabilidade no Brasil Colônia, de modo que, a propriedade sesmarial portuguesa passou a ser a forma jurídica que instrumentaliza as concessões régias no território a ser explorado.

Neste período, o ponto de partida brasileiro não foi o modelo de propriedade feudal, mas sim, a propriedade pública integrante do patrimônio da Coroa portuguesa.

O processo de colonização¹¹⁰ ocorrido no Brasil foi baseado na exploração individual, onde Portugal favoreceu a exploração da terra praticada por alguns indivíduos com potencial financeiro, de modo que, a exploração do território brasileiro, na prática decorreu do Regime de Sesmaria.

Tratava-se do regime regulamentado pela Lei Régia, de 16 de junho de 1375¹¹¹, onde, a não utilização adequada da terra concedida, determinava a perda do bem.

Assim, o referido regulamento tinha como um de seus fundamentos a obrigatoriedade do cultivo, como forma de expressão legal do princípio da efetividade da terra, de modo que, o não cumprimento deste dever poderia acarretar a expropriação da terra e o retorno da propriedade à Coroa.

O domínio pleno da terra permanecia com o Estado¹¹², sendo viabilizada a exploração direta de terra, sob a forma de domínio útil e mediante pagamento de

¹⁰⁸ VARELA, Laura Beck. **Das Sesmarias à Propriedade Moderna**: um estudo de história do direito brasileiro, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 21-23.

¹⁰⁹ Traço comum às sesmarias fernandinas, afonsinas, manuelinas e filipinas, é a caracterização de uma propriedade não-absoluta, cuja condição *sine qua non*, razão de ser, reside no dever de cultivar. O fundamento do cultivo perpetua-se, assim, através das Ordenações Filipinas, legitimando uma forma de propriedade essencialmente condicionada. VARELA, Laura Beck. **Das Sesmarias à Propriedade Moderna**: um estudo de história do direito brasileiro, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 69.

¹¹⁰ Celso FURTADO. **Análise do Modelo Brasileiro**. 6ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993, p. 91.

¹¹¹ Wilson Rodrigues ATAÍDE JÚNIOR. **Os Direitos Humanos e a Questão Agrária no Brasil**: A Situação do Sudeste do Pará. Brasília: UnB, 2006, p. 167.

foro correspondente ao valor da terra concedida, objetivando viabilizar a utilização do bem, pois, a manutenção estaria condicionada a sua forma de utilização

A concessão não deixava de ter natureza lucrativa para a Coroa portuguesa, mas o lucro não era a finalidade do instituto, e sim, a ideia de promover a adequada exploração de áreas consideradas ociosas, mas, não deixava de ser privilégio oferecido a determinados particulares favorecidos pela Coroa Portuguesa.

O Regime Sesmarial criado no Brasil em 1530¹¹³, e, regulamentado em 1531, previa que a perda da concessão da terra dependeria de denúncia, por parte de terceiros, não havendo mecanismo de fiscalização concreta por parte do Estado para acompanhar a forma de exploração, sendo que, a eventual possibilidade de expropriação estaria restrita a reivindicação de particulares, também interessados na terra.

Assim, a utilização adequada da propriedade viabilizava a manutenção do domínio útil e as concessões de terras por meio das Cartas Régias de doações de capitanias hereditárias, as quais tinham objetivos primários distintos daqueles apregoados em Portugal, posto que, dentre os objetivos, visava o cultivo de produtos alimentícios em resposta à crise de abastecimento que assolava não só o país, mas praticamente toda a Europa.

A coroa portuguesa buscava, também, estimular a expansão territorial, a produção mercantil e o escoamento do tráfico negreiro, operando-se uma verdadeira adaptação do instituto português à realidade da colônia¹¹⁴.

Com a Independência do Brasil, em 07 de setembro de 1822, o regime sesmarial deixou de existir no Brasil, por meio da Resolução nº 76, intensificando-se o processo de apropriação mediante ocupação, sem vínculo com as concessões da Coroa, mas, sem a existência de um regime específico para tratar do tema, até

¹¹² “(...) a lei das sesmarias quando aplicada no Brasil, estava, já àquela época, colocando em prática o princípio da função social da propriedade, bem como era a primeira lei de reforma agrária da história brasileira (...)” Wilson Rodrigues ATAÍDE JÚNIOR. **Os Direitos Humanos e a Questão Agrária no Brasil: A Situação do Sudeste do Pará**. Brasília: UnB, 2006, p. 168.

¹¹³ Wilson Rodrigues ATAÍDE JÚNIOR. **Os Direitos Humanos e a Questão Agrária no Brasil: A Situação do Sudeste do Pará**. Brasília: UnB, 2006, p. 170.

¹¹⁴ VARELA, Laura Beck. **Das Sesmarias à Propriedade Moderna: um estudo de história do direito brasileiro**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 78-80.

publicação da Lei de Terras¹¹⁵, em 1850, o país conviveu com um Regime alternativo denominado de Regime Posse de Terras Devolutas.

Entre 1822 e 1850, a partir do fim do regime de sesmaria, surge empreendimentos no sentido de ocupar grandes extensões territoriais, com o objetivo promover a ocupação do território, a fim de ampliar dominação de terras, para aquisição de escravos¹¹⁶.

Tal regime jurídico determinou concentração territorial, com ampliação patrimonial de particulares, beneficiados com grande ocupação, e que se tornaram proprietários nos termos da Lei nº 601, de 1850¹¹⁷.

A Lei nº 601, de 1850, denominada Lei de Terras, foi instituída em um período em que a propriedade foi protegida segundo os ditames do absolutismo da defesa dos interesses dos poderes proprietários, com a formalização do direito de propriedade, como determinante do próprio acesso e manutenção de bens, sendo que, as Constituições brasileiras de 1824 e 1891, não admitia qualquer limitação à propriedade privada.

Ante a um complexo quadro fundiário, a Lei de Terras tinha por objetivo pôr fim ao apossamento como forma de aquisição imobiliária, de modo a afastar o cultivo como fundamento do domínio, buscando incorporar ao ordenamento interno os preceitos da propriedade moderna, absoluta, abstrata e formal¹¹⁸.

Iniciou-se, dessa forma, a um período de transição entre a propriedade pública sesmarial e a propriedade privada baseada nas codificações liberais.

Com o desenvolvimento do sistema capitalista na América Latina a partir da segunda metade do séc. XIX¹¹⁹, houve à expansão econômica do café, à pressão

¹¹⁵ Lei nº 601, de 1850.

¹¹⁶ ATAÍDE JÚNIOR, Wilson Rodrigues. **Os direitos humanos e a questão agrária no Brasil: Situação do Sudeste do Pará**. Brasília: UnB, 2006, p. 176.

¹¹⁷ ATAÍDE JÚNIOR, Wilson Rodrigues. **Os direitos humanos e a questão agrária no Brasil: Situação do Sudeste do Pará**. Brasília: UnB, 2006, p. 176.

¹¹⁸ A necessidade premente de organizar o direito à propriedade privada da terra, direito natural do homem, conforme os princípios do moderno Direito público universal, está essencialmente conjugada com a constituição de uma “nação” independente. O discurso progressista do momento da independência articula os elementos da emancipação *de jure* do Brasil – colônia, o fim da escravidão, a organização da propriedade privada da terra e o fomento da agricultura. Pressupostos, elementos em necessária correlação, componentes de um projeto político, de um ideário liberal que se esboçava. VARELA, Laura Beck. **Das Sesmarias à Propriedade Moderna: um estudo de história do direito brasileiro**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 126.

¹¹⁹ A propriedade da terra só se absolutiza plenamente com o domínio de relações capitalistas de produção, momento em que também a terra torna-se uma mercadoria. Esse processo na América

pelo fim do tráfico negreiro e à introdução de mão-de-obra assalariada¹²⁰, e, neste cenário, o objetivo primordial da Lei de Terras foi o de conferir um estatuto jurídico à propriedade privada, de modo a garantir os pressupostos do absolutismo e a mercantilização da terra.

Assim, posteriormente à Lei de Terras, o critério da cultura efetiva não mais poderia ser apontado para penalizar os senhores da terra, de modo que se retirou do Estado a possibilidade de expropriar as terras não cultivadas no intuito de se sedimentar a formação de um modelo absoluto e pleno de propriedade, ocorrendo o afastamento deste critério em harmonia com o ideário da absolutização do direito de propriedade, de modo a permitir o desenvolvimento do capitalismo, por meio da concepção individualista e inviolável do direito de propriedade, cujo conteúdo não caberia nenhuma espécie de limitação ou deveres¹²¹.

A primeira Constituição Brasileira, nascida sob a égide da Coroa Portuguesa, datada de 25 de março de 1824, regulamentou, em seu artigo 179¹²², inciso XXII, a propriedade como direito individual e absoluto, contemplando condição básica à inviolabilidade dos direitos civis e políticos do cidadão, ao lado da liberdade e da segurança individual.

Assim, desde 1824, a primeira constituição brasileira já garantia o direito de propriedade no título destinado às garantias e aos direitos individuais (artigo 179, item 10)¹²³.

É de concluir que o direito de propriedade adotado pela referida Constituição seguiu o modelo consagrado pelo Código de Napoleão, tendo em vista, o aspecto individualista e absoluto de propriedade.

Latina ocorre a partir da segunda metade do séc. XIX. OSORIO, Helen. **Regime de sesmarias e propriedade da terra**. V.5, Porto Alegre: Biblos, 1993, p. 110.

¹²⁰ VARELA, Laura Beck. **Das Sesmarias à Propriedade Moderna**: um estudo de história do direito brasileiro, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 127.

¹²¹ VARELA, Laura Beck. **Das Sesmarias à Propriedade Moderna**: um estudo de história do direito brasileiro, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 163.

¹²² Artigo 179, XXII: É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização.

¹²³ 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: 10) É garantido o direito de propriedade em toda sua plenitude.

No que concerne ao direito de propriedade, a Constituição de 1891, primeira Constituição do regime republicano brasileiro, não acarretou grandes modificações ao sistema proprietário antes vigente, consagrando a ideia de propriedade fundada nos princípios que nortearam a Revolução Francesa, de modo que seu conteúdo era essencialmente individual, intensificando seu caráter absoluto e inviolável.

A Constituição brasileira de 1891, garantia o direito de propriedade em termos absolutos, sendo que o titular do domínio estava sujeito a eventual desapropriação por necessidade ou utilidade pública que se daria mediante indenização prévia (artigo 72, § 17)¹²⁴.

O que justifica essa ponderação é o fato de, ainda, não haver a adoção em sede constitucional da doutrina publicista da função social do direito de propriedade, empreendida pelas constituições do México e da Alemanha, que ecoaram somente no século XX.

O Código Civil de 1916, marco jurídico infraconstitucional que disciplinava as relações inter-privadas, em seu artigo 524¹²⁵, deu continuidade a concepção adotada pela Constituição da República de 1891, adotando a concepção da propriedade como direito natural, individualista, inviolável, absoluto e exclusivo.

A partir da Constituição Federal de 1934, o direito de propriedade sofreu suas primeiras mutações no cenário nacional, o que se deve à nova realidade jurídica e econômica ocasionada, especialmente, pelo advento das Constituições Mexicana de 1917, e Alemã de 1919, as quais adotaram o modelo de Estado Social de Direito, além da quebra da Bolsa de Nova York, em 1929, o que culminou com a crise interna devido à queda do preço do café no mercado externo.

Foi na Constituição de 1934¹²⁶, que se inseriu em nosso ordenamento a preocupação com uma função social da propriedade, passando-se a requerer que o

¹²⁴ 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 seguinte: § 17. O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

¹²⁵ Art. 524 do Código Civil de 1916: A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que, injustamente, os possua.

¹²⁶ Art. 113, n.º 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.

direito de propriedade observasse um benefício social, e não apenas a produção de benefícios individuais ao proprietário, consubstanciada na vedação da utilização contrária ao interesse social ou coletivo.

É de se destacar que no período pós-quebra da Bolsa de Nova York e a posterior a Segunda Guerra Mundial, a substituição das importações e o incremento da indústria brasileira ressaltaram o caráter social da Constituição de 1934, de modo que a matiz dominante dessa Constituição foi o caráter democrático com um certo colorido social. Procurou-se conciliar a democracia liberal com o socialismo, no domínio econômico-social; o federalismo como o unitarismo; o presidencialismo com o parlamentarismo, na esfera governamental.

Assim, a função social do direito e da propriedade são adotadas na Constituição de 1934, a qual atribuiu um novo valor à norma jurídica, visando a defesa do ideário de bem comum.

Apenas na Constituição de 1934¹²⁷ foi rompido definitivamente o conceito de propriedade absoluta das duas constituições anteriores, ao firmar que esse direito não poderia ser praticado contra o interesse coletivo e social, permitindo que o Estado desapropriasse em caso de necessidade ou utilidade pública, mediante prévia e justa indenização ao titular da propriedade.

Nesta constituição, é possível perceber a união entre uma proteção dos interesses sociais e dos interesses puramente individuais.

Os constituintes brasileiros de 1934, ao inserir no texto constitucional o aspecto social da propriedade, hoje conhecido como função social da propriedade, se utilizaram da ideologia de Leon Duguit que negava à propriedade o seu caráter meramente individual, afirmando ser ela uma função social, da mesma forma que a Encíclica *Rurum Novarum* apregoava que a propriedade deveria ser regulada para o atendimento do bem comum.

¹²⁷Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e 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.

Ao passo que houve uma evolução dentro do aspecto do reconhecimento dos interesses não proprietários na constituição de 1934, na constituição de 1937¹²⁸ houve um retrocesso, em razão das condições políticas que lhe deram origem, de modo que o direito de propriedade era garantido, mas era mantido em silêncio à função social.

Outorgada pelo presidente Getúlio Vargas e de natureza autoritária com vistas à concentração do poder do chefe do executivo, a Constituição de 1937 rompeu com os elementos sociais trazidos pela constituição anterior, de modo que, há o reconhecimento do direito à propriedade em seu artigo 122¹²⁹, sendo o mesmo garantido sem nenhuma menção ao seu exercício em conformidade com interesses sociais, havendo apenas a previsão da desapropriação por necessidade ou utilidade pública. Quanto ao seu conteúdo e limites, este seria definido pelas leis que regulassem o seu exercício.

Como era de se esperar de uma Carta autoritária, a norma de 1937 não trouxe qualquer garantia explícita ou implícita aos direitos fundamentais, restringindo-se a garantir o direito de propriedade e deixar suas limitações de exercício para a legislação ordinária.

A segunda Guerra Mundial provocou graves efeitos na política e na economia brasileira, o que contribuiu para a queda do regime autoritário do Estado Novo e para a convocação de uma nova Assembleia Nacional Constituinte.

Assim, inspirada na carta de 1934, a Constituição de 1946 inaugurou um novo período democrático no Brasil, mostrando-se mais voltada ao lado social que as suas antecessoras, ao determinar, em seu artigo 147¹³⁰, que o uso da propriedade deva ser condicionado ao bem-estar social.

¹²⁸Art.122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: Item 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 regulem o exercício.

¹²⁹ Artigo 122, número 14: A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 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.

¹³⁰Artigo 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.

Nas palavras de Paulino Jacques, a Constituição de 1946, no que se refere à propriedade, ficou num meio termo entre as Constituições de 1891 e 1934 porque não voltou ao socialismo mitigado desta, nem tampouco ao individualismo daquela.¹³¹ Os dispostos nos artigos 141, § 16¹³² e no artigo 147¹³³, deixavam explícito a condição de que a propriedade deveria garantir o bem estar social.

É de se destacar que Constituição expressou a preocupação do Estado com o desenvolvimento econômico associado ao social, ajustando o liberalismo econômico com o intervencionismo estatal, especialmente aquele direcionado a salvaguarda dos direitos sociais, ao prever no §16, do artigo 141 que a lei poderia, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos, nos caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

Na mesma linha, referida Constituição determinou que a ordem econômica deve seguir os princípios da justiça social mediante a conciliação da liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

O referido artigo 147 inovava ao limitar o uso da propriedade atrelando-a ao bem-estar social, deixando para a lei ordinária a possibilidade de promover a justa distribuição da propriedade para que se garanta igual oportunidade para todos.

Em decorrência do Golpe Militar de 1964, em dezembro de 1966, foi editado o Ato Institucional - AI n.º 4, que objetivou a convocação do Congresso Nacional¹³⁴

¹³¹JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 467.

¹³²Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes: § 16. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

¹³³Art. 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.

¹³⁴Em lugar de convocação de uma Assembleia Constituinte, o Governo concedeu ao Congresso Nacional, diretamente, o poder constituinte delegado, no uso de uma faculdade que reputou inerente à revolução. (...) o AI 4 determinou que o Presidente da República apresentasse projeto ao Congresso Nacional. Recebido este, o Presidente do Senado convocou as duas Casas para, em sessão conjunta, sendo designada Comissão Mista composta de 11 senadores e 11 deputados, dar parecer pela aprovação ou rejeição do projeto, submetido a discussão em sessão extraordinária. As emendas eram submetidas à discussão do Plenário e votadas em único turno. UZA, Maria do

para que, em reunião extraordinária, fosse votado e promulgado o projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República, que, posteriormente, se transformou na Constituição de 1967, a quinta da República.

Esta procurou fortalecer institucionalmente o regime militar mediante a transferência de competências do Poder Legislativo para o Poder Executivo, sobretudo a atribuição das emendas constitucionais.

Em que pese o contexto político quando do advento da Constituição de 1967, sob a influência do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964), que, em seu artigo 2º reconheceu expressamente a observância do princípio da função social da propriedade, a Constituição de 1967 contribuiu com a ampliação da funcionalização sócio-econômica da propriedade, assumindo de vez os contornos do Estado Social de Direito, eis que, pela primeira vez na história das Constituições brasileiras, foi reconhecida a função social da propriedade como princípio da ordem econômica.

A Emenda Constitucional nº 01, de 1969, no artigo 150, §22, e no artigo 153, §22, da Constituição de 1967, era assegurado o direito a propriedade, no mesmo tempo em que os artigos 157 e 160, inciso II, eram tidos como uma finalidade da ordem social, e deveria realizar dentre outros princípios, a função social da propriedade.

No cotejo dos princípios constitucionais, devem ser observados, em primeiro lugar, os denominados princípios fundamentais, em seguida, os gerais, para, finalmente, os setoriais, posto que os primeiros, no entendimento de Roberto Barroso¹³⁵, tem primazia na interpretação e na aplicação da Lei Máxima.

Dentro desta estrutura é possível aduzir que o princípio federativo, proclamado no artigo 1º da Constituição Federal do Brasil de 1988, é um dos princípios fundamentais, considerando-se, em primeiro plano, a autonomia legislativa dos entes federativos, enquanto que a garantia do direito de propriedade, quer seja

Carmo Campello de. **Estado e Partidos Políticos no Brasil (1930 a 1964)**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1976, p. 384-385.

¹³⁵BAROSSO, Luiz Roberto, **Interpretação e aplicação da constituição**, São Paulo: Saraiva, p.1999, p. 194.

urbana, rural ou mesmo intelectual, e sua função social, são princípios gerais, disciplinados, primordialmente, nos artigos 5º e 170 da Constituição Federal¹³⁶.

Em nossa atual constituição, o direito de propriedade está disposto no artigo 5º, inciso XXII, e no inciso XXIII, onde é afirmado que a propriedade deverá atender a sua função social.

No artigo 170, incisos II e III, a propriedade privada e a função social da propriedade são tidas como princípios da ordem econômica e, logo após nos artigos 182 e 184, no capítulo da política urbana e rural, é instituída a função social da propriedade.

Os artigos citados acima procuram dar efetividade material à função social da propriedade, o que nas constituições anteriores era meramente formal.

A luz das concepções atuais, não há que prevalecer o antigo espírito individualista em face da possibilidade de compatibilizar o devido uso da propriedade com fins sociais.

A Constituição consagrou o direito de propriedade como um direito individual, oponível a terceiros, só podendo ser sacrificado mediante prévia e justa indenização, como garantia do indivíduo contra as ingerências arbitrárias do Estado.

Entretanto, em que pese a Carta Magna prever a proteção da propriedade, no Título destinado aos direitos e garantias fundamentais, neste mesmo Título, dispôs que a propriedade deverá atender a sua função social, de forma a interligar estes conceitos, impedindo que um pudesse ser concebido sem o outro¹³⁷, a fim de

¹³⁶Segundo José de Farias Tavares, dentre dos princípios gerais encontramos: “direito de garantia da propriedade privada (de qualquer propriedade, urbana, rural, mobiliária ou imobiliária, ou intelectual) assegurado na FC/88, *caput* do art. 5º e incisos XXII, XXIII e XXVII a XXIX, ao desempenho da função social de cada propriedade individualmente considerada. O que é reiterado no art. 170 e seu inciso II. *In* TAVARES, José de Farias, Estatuto das Cidades e o sistema jurídico nacional: **Revista de direito constitucional e internacional**, Ano 14, n. 56, julho-setembro, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006, p. 166.

¹³⁷Tal expressão é utilizada por Carlos Frederico Ramos de Jesus: Parece que se quis ressaltar que a função social, embora seja um direito individual, integra o conteúdo de um direito individual – o de propriedade. A intenção foi deixar os conceitos de propriedade e função social tão ligados que não se pudesse conceber um sem o outro, a fim de mostrar que a propriedade só pode ser definida se for levada em conta sua função social. Esta é mais um elemento essencial do direito de propriedade, junto com os poderes de uso, gozo, disposição e persecução. *In* DE JESUS, Carlos Frederico Ramos, Ocupação de terras rurais e o conceito de propriedade no direito brasileiro, *In*: **Revista de direito constitucional e internacional**, Ano 13, n. 53, outubro-dezembro, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, p. 207.

determinar que a propriedade só poderá ser entendida e exercida através da função social.

É forçoso concluir que em nossas constituições o direito de propriedade vem sendo inserido no título dos direitos e garantias fundamentais, porque esse sempre foi tido como individual, juntamente com o direito à liberdade e à segurança, isso ocorre, pois, seu fundamento jurídico foi baseado no direito natural.

Muitas vezes considerada como uma restrição aos poderes de propriedade, a legislação não poderá estabelecer novas limitações ou finalidades sem atentar para o disposto na Constituição Federal, no que diz respeito ao princípio da função social.

Não há como negar que, sob determinado enfoque, a função social reduziria os poderes do titular do direito de propriedade¹³⁸; contudo, quero crer que devemos encará-la não sob um aspecto negativo, mas sim sob uma nova conjuntura na qual ocorre flexibilização dos direitos subjetivos absolutos do proprietário em face dos interesses da coletividade, o que implicaria atribuir ao bem uma nova destinação ou finalidade condizente com a realidade social.

Tanto isso é verdade que a própria Constituição buscou harmonizar as aspectos aparentemente antagônicos do direito subjetivo absoluto e irrestrito com a função social, prevista nos incisos XII e XIII do artigo 5º.

Ao pensarmos em função social da propriedade sob a perspectiva constitucional, é comum nos remetermos aos direitos e garantias fundamentais, pois, ao estabelecer, no art. 5º, XXIII que a “*propriedade atenderá a sua função social*”, o referido preceito constitucional parece irradiar o conteúdo do princípio a toda e qualquer forma de propriedade, inclusive a privada.

Sem entrar em pormenores sobre as origens dos direitos fundamentais ou suas diferenças para os nominados direitos humanos¹³⁹, cabe aduzir que estes, na

¹³⁸Sobre este aspecto, vale ressaltar o escólio de Carlos Frederico Ramos de Jesus: “Ao se incluir no direito de propriedade a exigência de o dono satisfazer outros interesses que não os seus, observa-se que a figura do direito subjetivo perde parte de seu significado individualista e absoluto, que lhe fora dado pela doutrina jusnaturalista, e passa a conviver com a idéia de função – que implica sempre uma redução dos poderes dados ao titular de um direito.” .In DE JESUS, Carlos Frederico Ramos, Ocupação de terras rurais e o conceito de propriedade no direito brasileiro, In: **Revista de direito constitucional e internacional**, Ano 13, n. 53, outubro-dezembro, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, p. 208/209.

¹³⁹Sobre o tema, em brevíssimas considerações, vale ressaltar o posicionamento de Perez Luño, o qual entende por direitos fundamentais: “los derechos positivados a nivel interno”, e direitos humanos, “los derechos naturales positivados em lãs declaraciones y convenciones

linguagem de Canotilho¹⁴⁰, seriam “a salvaguarda do núcleo essencial da Constituição” de tal forma, que mesmo autorizado a editar normas restritivas, o legislador se encontra vinculado ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Superficialmente, poderia-se aduzir que todos os princípios previstos no artigo 5º da Constituição, seriam direitos materialmente fundamentais, contudo, a de se ressaltar que existem alguns parâmetros a serem analisados quanto à jusfundamentalidade das disposições presentes no referido artigo.

Após mencionar os critérios identificadores da Constituição relativamente aos direitos fundamentais, utilizando-se das lições de Ferdinand Lassalle, Maria Garcia¹⁴¹ aduz que:

O Título II da Constituição acima, como referido, a diversificada matéria dos arts. 5º (direitos e deveres individuais e coletivos); 6º (direitos sociais); 12 (nacionalidade); 14 (direitos políticos) e 17 (Partidos Políticos) – sob a denominação “Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Conforme visto pela análise doutrinária, desses direitos e garantias alguns seriam formalmente fundamentais e outros, formal e materialmente fundamentais – aos quais, e apenas a estes, a Constituição teria atribuído o regime constitucional de direitos fundamentais.

Neste sentido, segundos os ensinamentos de Canotilho¹⁴², é possível aduzir que os direitos fundamentais formalmente constitucionais são aqueles “*enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal*” ou seja, normas que tenham a forma constitucional, enquanto os materialmente fundamentais, são os “*constantes das leis e das regras aplicáveis do direito internacional*”

Resta claro que o caput do artigo 5º especifica cinco direitos fundamentais formalmente constitucionais, conhecidos também por direitos básicos¹⁴³, a saber: a

internacionales, así como aquellas exigências básicas relacionadas con la dignidad, libertad y igualdad de la persona que non han alcanzado um estatuto jurídico-positivo” PEREZ LUÑO, Antonio. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1993, p. 44.

¹⁴⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 2ª ed. Coimbra: Almedina, p. 418-420.

¹⁴¹GARCIA, Maria, Mas, quais são os direitos fundamentais ? *In: Revista de direito constitucional e internacional*, Ano 10, n. 39, abril-junho, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, p. 121.

¹⁴²CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 2ª ed. Coimbra: Almedina, p. 359-369.

¹⁴³Nomenclatura utilizada por Maria Garcia, GARCIA, Maria, Mas, quais são os direitos fundamentais ? *In: Revista de direito constitucional e internacional*, Ano 10, n. 39, abril-junho, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, p. 122.

vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, de tal forma que constituem fundamento para todos os demais direitos consagrados no Título II da Carta Magna.

Contudo, resta a pergunta, dentre todos os direitos consagrados pela Constituição, quais deles seriam direitos fundamentais e onde se inseriria a função social da propriedade ?

Maria Garcia¹⁴⁴ assevera que “*todos os direitos e garantias vinculados diretamente a um dos cinco direitos fundamentais básicos constantes do art. 5º, caput*” seriam direitos fundamentais, sendo os demais, apenas direitos constitucionais.

Assim, vinculado ao direito de propriedade, é possível ressaltar a proteção aos autores no caso de utilização, publicação ou reprodução de obras (XXVII), o direito de herança (XXX), a função social da propriedade (XXIII), etc.

Contudo, para além de uma concepção individualista, ao estabelecer o referido princípio, a Constituição buscou fixar novos paradigmas¹⁴⁵, de forma que estes não configuram qualquer limitação ao exercício do direito de propriedade.

Não há como negar que a funcionalização da propriedade decorreu de um longo processo de amadurecimento social, baseado nas modificações das estruturas de produção, de forma a se harmonizarem os ditames da ordem econômica com o ideário de justiça social, representado, notadamente, pelo aproveitamento racional da terra.

O termo “função¹⁴⁶”, remete a ideia de desempenho, enquanto que “social”, diz respeito a ao equilíbrio entre as pretensões dos indivíduos em uma sociedade.

¹⁴⁴ GARCIA, Maria, Mas, quais são os direitos fundamentais ? *In: Revista de direito constitucional e internacional*, Ano 10, n. 39, abril-junho, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, p. 122.

¹⁴⁵ É verdade que hoje em dia o termo “paradigma” é utilizado “para tudo e para nada” contudo, no presente texto, utilizamos do sentido empregado por Osmar Ponchirolli, em sua obra *Capital Humano*, *verbis*: “A expressão paradigma não é usada em seu sentido estrito, como modelo de ciência historicamente situado numa determinada área do conhecimento, mas em seu sentido mais amplo, como conjunto de pressupostos que estruturam e condicionam o pensamento de toda uma época. Para Kuhn (1970, p. 175), paradigma é toda uma constelação de opiniões, valores e métodos, participados pelos membros duma determinada sociedade, fundando um sistema disciplinado, mediante o qual esta sociedade orienta a si mesma e organiza o conjunto de relações”. *In* PONCHIRIOLLI, Osmar, **Capital Humano**, 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 20.

¹⁴⁶ O novo esquema manifestou-se pela consistência da função sob tríplice aspecto: 1 - a privação de determinadas faculdades; 2 - a criação de um complexo de condições para que o proprietário possa exercer seus poderes; 3 - a obrigação de exercer certos direitos elementares do domínio. A funcionalização da propriedade se resolveria na distinção entre espécies particulares de bens,

Dizer que a propriedade possui ou é função social, significa impor-lhe uma nova destinação onde devem ser observados tanto os interesses dos proprietários quanto o dos não-proprietários, entendida, muitas vezes, como o interesse da coletividade.

Deve existir uma perfeita sintonia entre a fruição individual do bem e sua função social, sendo perfeitamente possível atingir o interesse social através do exercício dos direitos individuais.

Se considerarmos as faculdades inerentes ao domínio, assim como não há propriedade sem um dono que possa usar, gozar ou dispor do bem, é de se crer que a função social passa a ser um elemento integrante da definição de propriedade, de tal forma que esta não existe sem função social pois, o proprietário pode dispor do bem, como no caso do usufruto ou da locação, mas não pode se desfazer da função social.

Contudo, simplesmente aduzir que o proprietário deve atender a função social pode não ser suficiente para evitar que o titular a utilize para fins egoísticos, deturpando completamente a atual dogmática, quanto a função social da propriedade.

Assim, para se atender ao princípio constitucional, faz-se necessário estabelecer o equilíbrio entre o interesse particular e o coletivo no que concerne a utilização e a destinação da propriedade, tendo em vista, sobretudo, os direitos e garantias individuais, os ditames da ordem econômica e os direitos sociais estabelecidos nos artigos 6º *usque* 11 da Carta Magna.

É verdade que a Constituição não contemplou expressamente a função social da propriedade no capítulo dos direitos sociais, contudo, cabe indagar se esta não é mais uma das formas de se reafirmar os objetivos da República Federativa ou

classificados mediante critério econômico, e pela modificação das normas que disciplinam a atividade do proprietário. Quanto aos bens, é relevante a classificação entre bens de produção, bens de uso e bens de consumo, por isso que só os bens produtivos são idôneos a satisfação de interesses econômicos e coletivos que consistem o pressuposto de fato da função social. Só apedeutas estendem aos bens de uso o princípio da função social, falando em função social da propriedade edilícia ou, até mesmo, na dos bens duráveis. Quanto à mudança do regime legal, as novas disposições normativas voltam-se para um momento da atividade do proprietário, que é o da empresa, ou, segundo outros autores, “a propriedade chamada a absorver a função social não é a propriedade direito-subjetivo, mas a propriedade instituto-jurídico, indicativa de que “a funcionalização não toca o conteúdo do direito, ficando de fora, muito ao contrário. GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19 Ed. Atual. FACHIN, Luiz Edson. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 125.

mesmo de se assegurar o mínimo existencial¹⁴⁷ muitas vezes representado pelo direito a saúde, a moradia ou a assistência aos desamparados ?

Será que o atendimento a função social, mesmo que indiretamente, não é mais um dos meios de se construir uma sociedade livre, justa e solidária ? Ou mesmo de se garantir o desenvolvimento nacional ?

O constituinte optou por irradiar o princípio a função social da propriedade a toda a *Lex superior*, como forma de efetivar verdadeira justiça social, inclusive, dando suporte a eficácia dos direitos sociais¹⁴⁸, pois, em apertada síntese, estes dizem respeito, basicamente, à educação, à saúde e à habitação, e também, a propriedade.

Em que pese esta singela observação, a função social é comumente tratada no art. 5º, XXIII, de modo que a Constituição Federal a consagrou como um direito fundamental, deixando de caracterizá-la como incondicional e absoluta, frente a utilidade pública e o interesse social.

Como se não bastasse as disposições do art. 5º¹⁴⁹, a Constituição ainda reafirmou a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica, definindo, inclusive, sanções para o caso de seu descumprimento¹⁵⁰.

¹⁴⁷O termo "mínimo existencial" é utilizado por Clémerson Merlin Cléve na seguinte passagem: "Os direitos sociais, o princípio da dignidade humana, o princípio da socialidade (dedutível da Constituição Federal de 1988 que quer erigir um Estado democrático de direito) autorizam a compreensão do mínimo existencial como obrigação estatal a cumprir e, pois, como responsabilidade dos poderes públicos. CLÉVE, Clémerson Merlin, A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *In: Revista de direito constitucional e internacional*, Ano 14, n. 54, janeiro-março, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006, p. 34/38.

¹⁴⁸O douto Clémerson Merlin Cléve aduz que: "O art. 6º da CF/88 não substancia norma programática (no sentido de desdida de eficácia mediata), devendo ser considerada disposições de direito fundamental". E adiante continua, "Os direitos sociais não tem de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo disso apenas do comprometimento da sociedade e de governo e da riqueza produzida pelo país". CLÉVE, Clémerson Merlin, A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *In: Revista de direito constitucional e internacional*, Ano 14, n. 54, janeiro-março, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006, p. 38.

¹⁴⁹Quanto ao disposto no art. 5º, XXIII, em passado recente, o egrégio Supremo Tribunal Federal se manifestou no seguinte sentido: "Constitucional. Administrativo. Civil. direito de construir. Limitação administrativa. I – O direito de edificar é relativo, dado que condicionado a função social da propriedade: CF art. 5º, XXII e XXIII. Inocorrência de direito adquirido: no caso, quando foi requerido o alvará de construção, já existia a lei que impedia o tipo de imóvel no local. II – Inocorrência de ofensa aos §§ 1º e 2º do art. 182, CF. III – Inocorrência de ofensa ao princípio isonômico, mesmo porque o seu exame, no caso, demandaria a comprovação de questões, o que não ocorreu. Ademais, o fato de éter sido construído no local um predito em desacordo com a lei municipal não confere ao recorrente o direito de, também ele, infringir a citada lei. OV – RE não conhecido. (RE 178.836-SP, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Calor Velloso, Informativo STF, 25-8-99, n. 158, p. 2).

Sob o título da “Da Ordem Econômica e Financeira”, a Constituição assegurou à todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos¹⁵¹, de forma a garantir a existência digna e o desenvolvimento social, mediante a observância dos princípios insculpidos no art. 170.

De certa forma, pode-se afirmar que os ideais liberais da Revolução Francesa¹⁵² estão presentes nos princípios que regem a ordem econômica pois, em um verdadeiro conflito harmônico observa-se que ora o constituinte primou pelo liberalismo econômico, ora pelo intervencionismo estatal, de modo a tratar no mesmo artigo, de princípios como o da livre iniciativa e da função social da propriedade, concebendo um aspecto heteróclito aos ditames que regem o sistema.

Quanto aos princípios previstos no art. 170, IV da CF, Raul Machado Horta¹⁵³ aduz que:

“no enunciado constitucional, há princípios – valores: soberania nacional, propriedade privada, livre concorrência. Há princípios que se confundem com intenções: reduções das desigualdades regionais, busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte (alterado pela EC nº 6/95); função social da propriedade. Há princípios de ação política: defesa do consumidor, defesa do meio ambiente”.

Ao observar a referida passagem, cabe indagar se o princípio da função social da propriedade não se confundiria com uma mera intenção, no sentido de ser um objetivo a ser alcançado pelo proprietário na busca pela correta utilização do bem ou

¹⁵⁰ Pode-se asseverar que a ideia de “sanção” por descumprimento do princípio da função social é singelamente apresentada por José Afonso da Silva, ao aduzir que a Constituição: “inscreveu o princípio da função social da propriedade, com conteúdo definido em relação às propriedade urbanas e rural, com sanções para o caso de não ser observado (arts. 182, 184 e 186)” DA SILVA, José Afonso, **Curso de direito constitucional positivo**, 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 281.

¹⁵¹ Evidente que o livre exercício das atividades econômicas sofrem algumas restrições previstas em lei, até porque, determinadas atividades são de tamanha importância para o desenvolvimento nacional, que devem ser fiscalizadas ou realizadas pelo próprio poder público.

¹⁵² Como observa Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosevald: “Paradoxalmente, do trinômio liberdade/igualdade/fraternidade – tão cara ao revolucionário francês -, a noção de solidariedade restou porpositadamente esquecida pela burguesia ao desenhar o Código Civil de 1804”. DE FARIAS, Cristiano Chaves, ROSEVALD, Nelson, **Direito reais**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 198.

¹⁵³ HORTE, Raul Machado, **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 296.

se diz respeito a própria essência do direito de propriedade como forma de promover a justiça social e o desenvolvimento econômico sustentável ?

É de se ressaltar que pelo próprio texto constitucional, especificadamente o § 1º do art. 5, a função social tem aplicação imediata sobre todo e qualquer tipo de propriedade, devendo ser dotada de normatividade plena, em face da amplitude de seu conteúdo, não constituindo mera exortação ou disposição de conteúdo unicamente moral.

Certo que a Constituição não se limita a organizar as funções do Estado, mas também, o exercício de poderes no âmbito da sociedade civil, de forma que a vida política não se dissocia da atividade econômica, tanto a empresa¹⁵⁴ quanto a propriedade sofreram diversas transformações, de forma que sua finalidade está diretamente vinculada aos princípios que regem a ordem econômica.

Na definição de Manoel Jorge e Silva Neto¹⁵⁵, ordem econômica é “*o plexo normativo, de natureza constitucional, no qual são fixadas a opção por um modelo econômico e a forma como deve se operar a intervenção do Estado no domínio econômico*”, ou seja, pode-se entender como o conjunto harmônico de princípio, regras jurídicas e elementos econômicos que instituem, determinam e organização o funcionamento da economia.

Embora se possa afirmar que a Constituição adotou o sistema capitalista¹⁵⁶, ao dispor no Título VII dos princípios gerais da ordem econômica, esta determinou que fossem atendidos concomitantemente tanto princípios que se relacionem

¹⁵⁴Sobre o tema, novamente vale ressaltar as lições de Fábio Konder Comparato: “Se se quiser indicar uma instituição que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa” (COMPARATO, Fábio Konder, **Direito empresarial: estudos e pareceres**, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 03.

¹⁵⁵SILVA NETO, Manoel Jorge e, **Direito constitucional econômico**, São Paulo: LTR, 2001, p. 135.

¹⁵⁶Sobre o tema, vale ressaltar as reflexões de Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt: “Embora a Constituição Federal de 1988 tenha acolhido claramente o sistema capitalista, ou seja, um sistema de economia de mercado, fundado na propriedade privada, na iniciativa privada e na livre concorrência, devem ser vetores para compreensão da ordem econômica: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF); garantir o desenvolvimento nacional (art. 2º, II, da CF), a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 3º, III, da CF), a liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8º da CF); direito de greve (art. 9º da CF); e a integração do mercado interno ao patrimônio nacional (art. 219 da CF)”. BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa, **Curso de direito constitucional**, Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 255.

diretamente ao mercado, como a livre iniciativa, quanto os de cunho eminentemente social, como a defesa do consumidor e a função social.

Não pode especificar uma única forma de atender o princípio a função social da propriedade, contudo, é possível asseverar que a Constituição buscou disciplinar principalmente as questões que envolvessem a propriedade urbana e rural.

Dessa forma, por ser norma cogente, é possível afirmar que o princípio da função social vincula tanto os aplicadores da lei quanto os proprietários, sendo que os primeiros devem considerá-la sempre se confrontarem a casos que envolvam a garantia do direito de propriedade frente a terceiros, posto que o não cumprimento do princípio implica a denegação da tutela jurisdicional, e os segundo, devem cumpri-la como forma de atender as novas finalidade da propriedade, podendo incorrer em desapropriação segundo ditames do texto constitucional.

O conteúdo da função social das terras urbanas deriva, diretamente, do plano diretor aprovado pela Câmara Municipal, sendo obrigatório para cidades com mais de 20.000 habitantes, conforme o previsto no art. 182, §1º da CF.

Ao se observar o disposto no referido artigo, *prima facie*, pode-se concluir que o atendimento da função social da propriedade urbana está condicionado, primordialmente, a utilização econômica do bem, pois, estipula “sanções” para o caso de não utilização, subutilização ou não edificação (art. 182, §4º da CF).

Em que pese a aparente vinculação do bem à sua exploração econômica, é de se crer que a função social da propriedade urbana não está ligada exclusivamente à fatores monetários, mas sim, ao uso racional do bem.

Outrossim, verifica-se também que um dos objetivos da política de desenvolvimento urbano a ser executada pelo Poder Público municipal é o pleno desenvolvimento das funções da cidade e o bem-estar de seus habitantes.

Bem por isso, acredito ser incoerente reduzir a função social da propriedade urbana as questões meramente econômicas, posto que, para se atingir o desenvolvimento sustentável¹⁵⁷, e conseqüentemente a sustentabilidade, deve-se observar outros aspectos como o cultural, social, ambiental, etc¹⁵⁸.

¹⁵⁷Sobre desenvolvimento sustentável, Christian Luiz da Silva assevera que este “é um processo de transformação que ocorre de forma harmoniosa nas dimensões espacial, social, ambiental, cultural e econômica a partir do individual para o global”. Sendo que, “essas dimensões inter-relacionadas por meio de instituições que estabelecem as regras de interações e, também, influenciam no

A título ilustrativo, um exemplo atípico, mas não impossível, é da igreja que se utiliza do terreno vizinho, não edificado, para realização de eventos aos seus fiéis.

Tais eventos seriam realizados no referido terreno, de propriedade de um dos fiéis, e possuem um cunho religioso, ou seja, não há vendas de produtos ou prestação de serviços de forma a promover o ganho ou aumento de capital para a paróquia.

Seria possível dizer que tal terreno, por não possuir edificação e não ser explorado economicamente, não atende a sua função social ?

Para os fiéis daquela igreja, é possível aduzir que o referido terreno não tem serventia ?

Neste caso hipotético, em que pese não ser explorado economicamente, o referido terreno atende a sua função social, pois se presta ao interesse da coletividade.

Não obstante ser possível identificarmos outros fatores além do econômico, não haveria como distanciar o fator social do econômico, posto que o desenvolvimento depende da geração e circulação de riquezas¹⁵⁹.

É certo que o bem-estar social está diretamente ligado a fatores econômicos, posto que, sem o aporte de recursos, se torna extremamente difícil a implementação de programas que visem a melhora da qualidade de vida dos cidadãos, contudo, este não deve ser um fim em si mesmo, mas sim, um meio necessário para se atingir os objetivos previstos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, é possível aduzir que o princípio da função social disposto na atual Constituição Federal buscou estabelecer novos parâmetros ao direito de

comportamento da sociedade local". DA SILVA, Christian Luiz, Proposta de um modelo de monitoramento e avaliação do desenvolvimento sustentável, *In Desenvolvimento sustentável: um modelo analítico integrado e adaptativo*, Petrópolis, rio de Janeiro: Vozes, 2006, p. 18.

¹⁵⁸Sobre o tema, mister invocar os ensinamentos de Christian Luiz da Silva: "Em alguns casos, a preocupação com as dimensões do desenvolvimento é relacionada aos resultados esperados. Porém, compreender essas dimensões sob a ótica do desenvolvimento sustentável exige uma reflexão sobre o processo de evolução de cada dimensão e do inter-relacionamento para consecução da história e futuro da sociedade. DA SILVA, Christian Luiz; MENDES, Judas Tadeu Grassi (orgs.), **Reflexões sobre o desenvolvimento sustentável**, Petrópolis, RJ:Vozes, 2005, p. 29.

¹⁵⁹Não expressamente, mas neste mesmo sentido, é possível apresentar as lições de José Afonso da Silva, *verbis*: "A inserção do princípio da função social, sem impedir a existência da instituição, modifica sua natureza, pelo que, como já dissemos, deveria ser prevista apenas como instituição do direito econômico". DA SILVA, José Afonso, **Curso de direito constitucional positivo**, 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 284.

propriedade voltados a realização do bem comum ou ao interesse dos não-proprietários, sendo imanente a toda e qualquer forma de propriedade, não devendo ser visto com uma limitação negativa aos poderes de proprietário, mas sim, como uma nova destinação ou finalidade¹⁶⁰.

1.4. A PLURALIDADE DE ESTATUTOS PROPRIETÁRIOS

O direito de propriedade possui várias estruturas e conteúdos que são substancialmente diferenciados, existindo verdadeiros estatutos proprietários em relação aos objetos, aos sujeitos e as destinações de cada propriedade, de modo que, até mesmo em relação a um patrimônio com base em determinadas circunstâncias concretas, podem existir estatutos específicos distintos.

Conforme o escólio de Leandro Franklin Gorsdorf e Carolina Caraíba Nazareth Alves¹⁶¹, o conteúdo da propriedade urbana não é mais definido “*externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, pois possui a propriedade um caráter flexível*”, de modo que, “*não se pode mais analisar o direito de propriedade como abstrato e genérico, mas, como uma pluralidade de estatutos proprietários. Vide o exemplo da propriedade urbana e de sua função social, a qual será estabelecida por cada Plano Diretor*”.²⁴⁹

Afastando a noção de conteúdo mínimo único para todas as propriedades, independente de suas características, é de se destacar que os conteúdos mínimos de cada estatuto proprietário se relacionam ao conteúdo e à função de cada estatuto, de modo que, por exemplo, o fato da função da propriedade na cidade de Curitiba ser diferente das propriedades da região nordeste do país deve,

¹⁶⁰No tocante a função social ser encarada como uma finalidade e não como uma restrição, novamente vale ressaltar os ensinamentos de Fábio Konder Comparato: A consideração dos objetivos legais é, portanto, decisiva nessa matéria, como legitimação do poder. A ilicitude, aí, não advém apenas das irregularidades formais, mas também do desvio de finalidade, caracterizando autêntica disfunção. COMPARATO, Fábio Konder, **Direito empresarial: estudos e pareceres**, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 09.

¹⁶¹GORSZDORF, Leandro Franklin; ALVES, Carolina Caraíba Nazareth. A Função Social da Propriedade Urbana e os Planos Diretores Uma Leitura da Região Metropolitana de Curitiba. *In Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo*. CORTIANO JUNIOR, Erouths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo. Curitiba: Juruá, 2009, p. 246.

necessariamente, implicar num conteúdo diferenciado para o estatuto que trata da propriedade em cada um desses contextos.

Pode-se aduzir que cada um destes estatutos proprietários¹⁶² configuram um sistema de propriedade, sendo que, para Alfredo Bullard Gonzáles, cada um destes sistemas pode ser definido como “(...) *el conjunto de relaciones economicas y sociales que definen la posicion de cada individuo respecto al uso de los bienes escasos*”¹⁶³.

Ainda, segundo Alfredo Bullard Gonzáles, esse conjunto de relações proprietárias possui três características essenciais:

a) Universalidad: todos los recursos deben ser poseidos por alguien, salvo que sean tan abundantes que puedan ser consumidos por cualquiera sin necesidad de excluir a los demas (como seria, por ejemplo, el caso del aire).

b) Exclusividad: se debe garantizar juridicamente la posibilidad de excluir a los demas del consumo y uso del bien en cuestion. Asi, los derechos de propiedad solo aparecen cuando los costos de lograr su uso exclusivo resultan compensados por los beneficios que el próprio uso exclusivo genera.

*c) Transferibilidad: se requiere que por medio de intercambios voluntarios los recursos pasen de sus usos menos valiosos a los mas valiosos.*¹⁶⁴

A universalidade, a exclusividade e a transmissibilidade, em conjunto, caracterizam um sistema de direitos, no qual a aplicação dos direitos de propriedade à uma categoria de bens e recursos implicaria na definição das relações econômicas

¹⁶²De fato, a variedade e relatividade da noção de propriedade, conquista inderrogável de um processo evolutivo secular, cujo itinerário, percorrido por qualificada doutrina, não seria nem oportuno nem possível retomar, corrobora a rejeição, há muito intuitivamente proclamada, da propriedade como noção abstrata. Chega-se, por este caminho, à configuração da noção pluralista do instituto, de acordo com a disciplina jurídica que regula, no ordenamento positivo, cada estatuto proprietário.” TEPELINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. *In Temas de Direito Civil*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 279.

¹⁶³ (...) um conjunto de relações econômicas e sociais que definem a posição de cada indivíduo em relação aos usos de bens escassos. GONZÁLES, Bullard Alfredo. **Derecho y economia**: el análisis económico de las instituciones legales. 2a ed. Perú: Palestra Editores, 2006, p. 163 [Tradução livre].

¹⁶⁴ a) Universalidade: todos os recursos devem ser propriedade de alguém, a menos que eles sejam tão abundantes que podem ser consumidos por qualquer pessoa, sem excluir outros (como, por exemplo, o ar). b) Exclusividade: deve ser juridicamente garantida a possibilidade de excluir os outros do consumo e uso da bem em questão. Assim, os direitos de propriedade só aparecem quando os custos de obter o uso exclusivo são compensados pelos benefícios que este uso gera. c) Transmissibilidade: requer-se que por meio de intercâmbios voluntários os recursos passem de seus usos menos valiosos a seus usos mais valiosos. GONZÁLES, Bullard Alfredo. **Derecho y economia**: el análisis económico de las instituciones legales. 2a ed. Perú: Palestra Editores, 2006, p. 163 [Tradução livre].

e sociais que determinam a posição de cada proprietário, criando o estatuto proprietário para um bem específico.

Com o intuito de possibilitar a exclusão de não proprietários e a transmissibilidade do bem, seria possível aduzir que o direito de propriedade prima em um primeiro plano por um objeto definido, e, por consequência, por um sistema de registro nos casos em que os objetos dos direitos de propriedade não podem ser identificados apenas pela posse.

Diante disso, poderia-se concluir, preliminarmente, que os sistemas de propriedade conferem a ao proprietário possibilidade de exclusão e, via consequentemente, o direito exclusivo de autorizar, ou não, a transmissibilidade de determinado bem.

Ante tal argumentação, seria possível aludir que, quanto menos formas de direitos de propriedade, melhor a informação para aqueles que têm de respeitá-las, de modo que, um estatuto único de propriedade, especificamente definido pela lei civil, seria o modelo economicamente desejável, por ser teoricamente mais eficiente, de modo que, muitos sistemas de propriedade poderiam gerar custos de defesa por meio da desinformação e da discussão judicial, dentre outros motivos, reduzindo os ganhos possíveis para o titular do direito propriedade.

Contudo, a diversidade do conteúdo, das garantias, dos modos de aquisição e perda, e da disciplina legal de cada uma das situações jurídicas subjetivas proprietárias representadas pela pluralidade de manifestações do fenômeno proprietário não afasta a possibilidade de conformação do seu exercício aos interesses individuais e coletivos sociais relevantes, uma vez que, a propriedade, intrinsecamente ligada a função social, também varia de acordo com o estatuto proprietário ao qual está faticamente ligada.

Sobre a pluralidade dos estatutos proprietários no contexto contemporâneo, Stefano Rodotà¹⁶⁵ aduz que:

¹⁶⁵Se, tra le mole avventure intellettuali a cui lo studio della proprietà ha spinto, dovesse esserne scelta una per meglio illustrare i tentativi di rifondare la categoria proprietaria senza ripercorrere i sentieri troppo disagiati (o desueti) della giustificazione etica o dell'argomentazione tutta economica, probabilmente la scelta migliore sarebbe quella che si indirizzasse verso le posizioni che, con vari accenti, hanno cercato di dar cittadinanza nel sistema giuridico non più ad un solo concetto di proprietà, ma ad una molteplicità dei suoi statuti. TRODOTÀ, Stefano. **Il Terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: Il Mulino. 1981, p. 53 [tradução livre].

Se, entre as maiores aventuras intelectuais que levaram o estudo das propriedades, deve ser uma escolha para melhor ilustrar tentativas de restabelecer a categoria proprietária sem refazer os caminhos muitos desconfortáveis (ou obsoletos) da justificativa ética de toda argumentação econômica, provavelmente, a melhor escolha será aquela que dirige para posições que, com vários sotaques, tentaram destacar a cidadania no sistema jurídico, não sendo mais um conceito de uma única propriedade, mas, a de uma multiplicidade de seus estatutos.

Nesse contexto, a pluralidade de estatutos proprietários se identifica com um momento de reconstrução do conceito vigente propriedade, forjado no século XIX, com base na política do individualismo em face do pluralismo, sendo que, ao vincular o exercício do direito de propriedade as suas finalidades econômicas e sociais, objetiva-se *“perseguir a tutela constitucional da função social, reclamando uma interpretação que para além da mera admissão de eventuais contingentes restrições legais ao domínio, que possa efetivamente dar um conteúdo jurídico ao aspecto funcional das situações proprietárias”*¹⁶⁶.

O rompimento com o esquema unitário de propriedade é ressaltado por Laura Beck Varela e Marcos de Campos Ludwig¹⁶⁷, para quem, *“(...) o reconhecimento da multiplicidade das propriedades rompe definitivamente o esquema unitário. (...) A pluralidade de propriedade específicas pressupõe, por um lado, um direito comum de propriedade enquanto categoria genérica, e, por outro lado, o reconhecimento dos múltiplos estatutos de uma simplora multiplicação de noções, que passa a substituir o conceito unitário”*.

A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo que, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem.

¹⁶⁶TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 305-306.

¹⁶⁷VARELA, Laura Beck; LUDWING Marcos de Campos. **Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito**. In A reconstrução do Direito Privado, org. MARTINS-COSTA, Judith São Paulo: RT, 2002, p. 770-771.

Segundo Orlando Gomes¹⁶⁸, “a determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade”, sendo que:

Tal conclusão oferece suporte teórico para a correta compreensão da função social da propriedade, que terá, necessariamente, uma configuração flexível, mais uma vez devendo-se refutar os apriorismos ideológicos e homenagear o dado normativo. A função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo.

Assim, considerando a propriedade como uma situação jurídica complexa, que enfeixa uma plêiade de relações com múltiplos conteúdos e sujeitos, é de se concluir que não há uma única situação proprietária a considerar, mas, diversas propriedades, conforme o seu objeto, cada uma com a sua funcionalização específica e geradora de consequências jurídicas peculiares, identificando-se o respectivo modelo conforme a sua racionalidade, não havendo qualquer empecilho ao se harmonizar os diversos estatutos proprietários¹⁶⁹ a tutela do direito de propriedade.

¹⁶⁸GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19 Ed. Atual. FACHIN, Luiz Edson. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 124.

¹⁶⁹(...) la presenza di riferimenti unitari nel sistema attuale non necessariamente entra in contraddizione con la constatata esistenza di piú proprietá: cosí sarebbe se da quei riferimenti si traesse spunto per tornare ad eludere i problemi posti dai diversi statuti o, addirittura, per ignorarne una volta di piú l'esistenza; ma gli stessi riferimenti, invece, possono essere intesi proprio in funzione di una scontata molteplicità, specificabili quindi a seconda del tipo di proprietá concretamente considerato. (...) a inclusão de uma unidade de referência no sistema atual não está necessariamente em contradição com a verificação da existência de mais propriedades: isso ocorreria, se a partir de tais referências podese-se contornar os problemas decorrentes dos diferentes estatutos, ou mesmo, de ignorar mais uma vez a existência, mas as mesmas referências, no entanto, pode ser entendida em termos de precisão de uma multiplicidade de soluções, especificável dependendo do tipo de propriedades concretamente consideradas. RODOTÀ, Stefano. **Il Terrible diritto**: studi sulla proprietá privata. Bologna: Il Mulino. 1981, p. 59 [tradução livre].

2. AS FUNÇÕES SOCIAIS DAS PROPRIEDADES NO DIREITO BRASILEIRO

2.1. O MOVIMENTO DE FUNCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SUBJETIVOS

Antes da concepção moderna, a relação jurídica era determinada pelo resultado da vantagem oferecida pelo bem ao seu proprietário, a partir da utilização direta.

A propriedade sofre a primeira ruptura, em razão da perspectiva econômica representada pelo bem, mas, mesmo com todas as prerrogativas, a limitação do direito de propriedade sempre esteve relacionada à destinação, ou utilização concreta do bem.

O que se pretende destacar é uma segunda ruptura¹⁷⁰ quanto ao direito de propriedade, em que houve separação entre a noção de propriedade, enquanto acréscimo patrimonial, e propriedade enquanto utilidade.

A ideia da ruptura parte do fundamento no qual a questão da propriedade moderna estaria entre uma perspectiva econômica e uma expectativa em relação à utilização direta do bem.

Com a modernidade, a propriedade passa a ser disciplinada como poder, estabelecendo-se¹⁷¹ como qualificado, mas limitado, resultando como direito

¹⁷⁰ Assim, a propriedade moderna perdeu seu caráter mundano e passou a situar-se na própria pessoa, isto é, naquilo que o indivíduo somente podia perder juntamente com a vida. Historicamente, a premissa de Locke – de que o labor do corpo de uma pessoa é a origem da propriedade – é mais do eu duvidosa; no entanto, dado o fato de que já vivemos em condições nas quais a única propriedade em que podemos confiar é o nosso talento e a nossa força de trabalho, é mais do eu provável que ela venha a se tornar verdadeira. Pois a riqueza, depois que se tornou preocupação pública adquiriu tais proporções que dificilmente poderia ser controlada pela posse privada. É como se a esfera pública se tenha vingado daqueles que tentaram utiliza-la em benefício de seus interesses privados. A ameaça mais séria, porém, não é a abolição da posse privada da riqueza, mas sim a abolição da propriedade privada no sentido de lugar tangível possuído na terra por uma pessoa. ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução: Roberto Raposo. 10 ed. RJ: Forense Universitária, 2005, p. 80.

¹⁷¹ (...) São elementos componentes do domínio: a) o direito de ter e possuir a coisa (...), sendo pertinente a distinção entre pretensão à posse, que tem o proprietário, *ius possendendi*, e a pretensão à posse em si, o *ius possessionis* do possuidor (...); b) o direito de usar a coisa, o *ius utendi*, que é, por exemplo, o de quem mora na própria casa; c) o direito de fruir a coisa, *ius fruendi*, que dá as pretensões aos frutos, rendimentos e produtos; d) o direito de dispor da coisa, o *ius abutendi*, em sua materialidade (...) e) o direito à substância do direito de domínio (...). PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado. Direito das Coisas: propriedade. Aquisição da propriedade imobiliária**. 11ed. Campinas: Bookseller, 2001, p. 62.

subjetivo associado às ideias de poder individual desconexo de qualquer utilização direta; e, prerrogativa individual protegida pelo Estado¹⁷².

Ante a mentalidade formativa do direito de propriedade brasileiro, é possível aduzir que esta, como direito absoluto e exclusivo, é inspirada no Código de Napoleão¹⁷³, o qual influenciou a concepção de propriedade como direito subjetivo, elidindo como regra, eventual ação externa no direito de propriedade, fosse do Estado, ou não.

O Código Civil de 1916 disciplinou a propriedade no direito brasileiro como o domínio pleno em benefício do proprietário, por meio da prerrogativa para utilização direta, facultando a este, a exploração para terceiros.

A restrição do direito de propriedade decorreu, inicialmente, de mecanismos simples em razão da utilidade prática de outros bens, tendo em vista interesses de outros proprietários, por meio do instituto da servidão¹⁷⁴, que, atualmente corresponde a um direito real, mas, pode ser considerada a primeira limitação em que um terceiro é favorecido, por propriedade alheia.

Ademais, é de se destacar que, em tese, a posse não viabilizaria o acesso à propriedade, em face do direito subjetivo, assim, a utilização direta não levaria ao domínio. Em um segundo momento, verifica-se que a manutenção da posse determinaria a constituição originária do próprio direito de propriedade. A evolução

¹⁷² A aplicação prática do direito humano de liberdade é o direito da propriedade privada. (...) O direito humano da propriedade privada, portanto, é o direito de fruir da própria fortuna e de dela dispor como se quiser, se atenção pelos outros homens, independentemente da sociedade. É o direito do interesse pessoal. Esta liberdade individual e a respectiva aplicação formam a base da sociedade civil. Leva cada homem a ser nos outros homens, não a realização, mas a limitação da sua própria liberdade. Afirma acima de tudo o direito de 'desfrutar e dispor como se quiser dos seus bens e rendimentos, dos frutos do próprio trabalho e diligência. MARX, Karl. **Manuscritos Econômicos-Filosóficos**. Tradução: Artur Morão. Edições 70: Lisboa, 1963, p. 57.

¹⁷³ (...) O direito civil burguês, segundo o modelo do Código Napoleão, concebeu a propriedade como poder absoluto e exclusivo sobre coisa determinada, visando a utilidade exclusiva do seu titular (...) Sob esse aspecto de garantia de liberdade individual, a propriedade passou a ser protegida, constitucionalmente, 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 os 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. (...). COMPARATO, Fabio Konder. Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade. O MST no Contexto da Formação Camponesa no Brasil. In: STROZAKE, Juvelino José (coord.). **A Questão Agrária e a Justiça. Organização**. São Paulo: RT, 2000, p. 133.

¹⁷⁴ Segundo uma antiga concepção, que remota aos escritores do direito natural, as restrições da propriedade são verdadeiras servidões. MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao Direito de Propriedade**. 2 ed. rev. at. amp. São Paulo: RT, 2005, p. 61.

da ideia de usucapião¹⁷⁵ definiu outra limitação do direito de propriedade, prescrita originariamente.

Em um primeiro momento, a limitação do direito de propriedade estaria indicada na regulamentação original da propriedade enquanto direito, na ordem privada, que pode ser observado com o direito de vizinhança, usucapião ou servidão.

Em breve observação, cabe ressaltar, conforme os ensinamentos de Luiz Edson Fachin¹⁷⁶, que “*a função social relaciona-se com o uso da propriedade, alterando, por conseguinte, alguns aspectos pertinentes a essa relação externa que é o seu exercício*”.

Em um segundo momento, especialmente do contexto do partir do Estado Liberal¹⁷⁷, a intervenção foi procedida mediante intervenção do Estado, da ordem pública, em razão do próprio poder estabelecido, com o direito de propriedade, e a ideia de desapropriação.

A intervenção do Estado, assim, decorre de interesse privado, quanto ao equilíbrio na relação concreta, bem como, do interesse público, em razão da própria atividade estatal¹⁷⁸.

Com a ideia de função social da propriedade¹⁷⁹, esta passa a ser disciplinada como direito individual fundamental, deixando de ter relação direta com a

¹⁷⁵ Para que haja usucapião é preciso que tenha havido posse própria, posse como de dono. A teoria da posse influi no conceito de posse para usucapir, porém apenas no sentido de se poder abstrair do *animus*, como do *corpus*, quando as circunstâncias permitem que, sem aquele, ou sem esse, exista posse própria. (...). PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Direito das Coisas: propriedade. Aquisição da propriedade imobiliária. 11t. 1ed. Campinas: Bookseller, 2001, p. 155.

¹⁷⁶FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea** (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 17.

¹⁷⁷O paradigma do Estado liberal consolidou a crença de que o exercício dos direitos subjetivos, especialmente no que se refere à liberdade e à propriedade, deveria ser absoluto, devendo o Estado intervir o mínimo possível na esfera privada dos cidadãos. LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e Propriedade: Função Social e Abuso de Poder Econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 80.

¹⁷⁸(...) Sob este último ponto de vista, tais limitações podem ser divididas em: a) limitações de interesse público ou geral, ou de utilização pública, as quais são destinadas a impedir que o interesse, o arbítrio ou o egoísmo do proprietário prevaleça em absoluto sobre o interesse da coletividade; b) limitações de interesse privado, que visam a conciliar os interesses do proprietário com os de outros particulares; e que se subdividem em limitações de mero interesse privado e limitações de interesse semipúblico, como as que têm por fim tornar menos ásperas e conflituosas as relações entre vizinhos e proteger a utilidade comum dos prédios contíguos. MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao Direito de Propriedade**. 2 ed. rev. at. amp. São Paulo: RT, 2005, p. 62.

prerrogativa de manutenção do bem ou com a ideia de acréscimo patrimonial por ele representado, restando condicionada à observância de regulamentação¹⁸⁰, que prescreve a forma como o bem pode ser utilizado¹⁸¹.

A função social da propriedade se insere no conjunto de novos paradigmas contemplados pelos ordenamentos contemporâneos, visando à reorientação valorativa e finalística do exercício dos poderes proprietários, de forma a preservar os interesses públicos, sem negar ou esgotar o papel da individualidade para o desenvolvimento social e econômico.

Esta é resultado do direito subjetivo de propriedade, e se justifica na própria valorização de utilidade do bem, ou seja, esta pode ser considerada um instituto que determina afastamento de algumas das antigas prerrogativas do direito de propriedade.

O direito de propriedade, antes fundamentado na utilização direta e do acréscimo patrimonial representado pelo bem, com a função social, tem sua essência alterada, de modo que o fato de o direito de propriedade deixar de ser analisada apenas pelo aspecto da não interferência externa, de modo a se determinar uma nova orientação¹⁸².

¹⁷⁹A função social da posse situa-se em plano distinto, pois, preliminarmente, a função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea** (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 19.

¹⁸⁰A função social da propriedade requerer do ordenamento princípios limitadores da atuação do proprietário. Já foi por nós referido que no Código são encontradas limitações impostas pelo direito de vizinhança, de forma ainda mais específica no novo diploma. A Constituição Federal traça normas programáticas para a função social da propriedade, sendo de há muito entre nós as riquezas do subsolo independentes do solo e de seu proprietário. Cabe ao legislador ordinário regular sua exploração. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Direitos Reais. 5v. 3ed. at. São Paulo: Atlas, 2003, p. 163.

¹⁸¹Tal limitação tem o caráter positivo, pois aí se limita a propriedade não em função do que o proprietário não pode fazer, mas no sentido do que ele deve fazer. Tem um caráter teleológico, igual ao existente no abuso de direito. MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao Direito de Propriedade**. 2 ed. rev. at. amp. São Paulo: RT, 2005, p. 67.

¹⁸²Transformação no terreno clássico do direito de propriedade e do direito contratual podem ser tomadas como exemplos típicos para a materianização do direito formal burguês. A garantia da propriedade, por exemplo, foi ampliada de tal maneira, que passou a abranger, não somente a propriedade material, mas também s direitos subjetivos que implicam capital (...) além disso, em várias áreas, os 'sucedâneos publicitários da propriedade' assumiram a função do direito de propriedade, garantidor da liberdade; de outro lado, o vínculo social da propriedade diz respeito a todos os objetos que se encontram 'numa relação social ou numa função social', de tal modo que o efeito de garantia da propriedade, apoiada no direito fundamental, é reduzido ao núcleo relativamente estreito daquilo que é individual e extremamente pessoal (...) a garantia da propriedade constitui simplesmente o direito à liberdade 'cujo nexo explícito com a sociedade mais progrediu, não somente de modo negativo, mas também de modo ativo-positivo. HABERMAS,

Conforme o escólio de Orlando Gomes¹⁸³, com a expressão função social, "o direito subjetivo por excelência na ordem patrimonial, passa a ser encarado como uma complexa situação jurídica subjetiva, ativa e passiva", na qual a qualificação da propriedade como situação jurídica abrangente de direitos, obrigações e ônus não é suficiente, para a definição do princípio consubstanciado na função social, sendo necessário, possibilitar a sistematização de suas virtualidades.

Assim, é de se concluir que as novas limitações¹⁸⁴ impostas pelo princípio da função social, quer positivas, quer negativas, ao direito de propriedade, resulta do conceito de propriedade como direito subjetivo estipulado a partir da mentalidade moderna de propriedade.

2.2. O CONTEÚDO NORMATIVO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE EM FACE DO CÓDIGO CIVIL E DA CONSTITUIÇÃO DA FEDERAL DE 1988

Não é o caso de discutir se a propriedade é um fenômeno construído, histórico contranatural, ou, se é eterno, fazendo parte da natureza humana. Ela incorpora e institucionaliza as relações humanas não sendo objeto estático, de modo que o grande desafio do Direito pós-moderno, consiste, basicamente, em lhe definir a estrutura e o conceito em que o coletivo tenha o mesmo peso dado ao individual¹⁸⁵.

Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. 2v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 140.

¹⁸³GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19 Ed. Atual. FACHIN, Luiz Edson. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 123-124.

¹⁸⁴A resposta segundo a qual a função social da propriedade se identifica com o conjunto de limitações impostas pelo ordenamento jurídico confunde a *ratio* das leis restritivas com o seu contexto. É verdade que se essas leis fossem a expressão resumida da função social da propriedade a sua garantia constitucional teria maior segurança e certeza, muito embora a exequibilidade do controle exclusivamente legislativo esteja condicionada a uma espécie de delegação que o transfere para o Executivo a pretexto de que a lei não deve descer ao nível de regulamento. Dessa estratégia resulta insegurança e incerteza. Não é contudo sob esses aspectos que o problema deve ser abordado para a conceituação de função social da propriedade. Sua solução exige a determinação do alvo do conceito. A diferença esta em que as limitações atingem o exercício do direito de propriedade, não a sua substancia, e em que só se justificam se uma nova concepção do direito de propriedade é aceita. GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19 Ed. Atual. FACHIN, Luiz Edson. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 128.

¹⁸⁵O conhecimento, no fundo, não faz parte da natureza humana. É a luta, o combate, o resultado do combate e conseqüentemente o risco e o acaso que vão dar lugar ao conhecimento. O conhecimento não é instintivo é contra-instintivo, assim como ele não é natural, é contra-natural FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1999, p. 17.

No artigo 524, do Código Civil de 1916, foi estabelecido o conceito de propriedade arquitetado pelo Código de Napoleão, de acordo com os ideais da faculdade de gozar, usar, e dispor da coisa e na possibilidade do proprietário assumir a responsabilidade total por sua propriedade principalmente pela via judicial e exigir seu poder sobre ela, para que aquele que injustamente dela se apossasse fosse punido.

Conforme prega Everaldo Augusto Cambler, “a nossa codificação seguiu a tradição romana, que conceituava o direito de propriedade como o poder de usar, gozar e abusar da coisa sob o seu domínio – *jus utendi, fruendi et abutendi re sua*”¹⁸⁶.

Baseado no liberalismo econômico no final do século XIX, e início do século XX, o Código Civil de 1916, evidenciou o individualismo como preceito que oferece à pessoa prioridade perante a sociedade, deixando o indivíduo como fonte primária do direito¹⁸⁷, ofertando a possibilidade de ampla liberdade contratual e garantindo a propriedade como um direito parcialmente absoluto, salvo, no que diz respeito às relações restritas pelo poder público e direitos de vizinhança. Segundo Miguel Reale, foi um código “*elaborado para um país predominantemente rural*”¹⁸⁸.

Everaldo Augusto Cambler afirma que o Código Civil de 1916, reconhecia a “*liberdade individual do titular do direito de propriedade nos seus quatro momentos fundamentais: o uso, o gozo, a disposição e a defesa da coisa*”, de modo que,

¹⁸⁶CAMBLER, Everaldo Augusto. **Incorporação Imobiliária**: Ensaio de uma Teoria Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.72.

¹⁸⁷O individualismo, segundo o autor, pode ser visto em diferentes aspectos: “Filosoficamente, o individualismo explica os fenômenos históricos e sociais como decorrência da atividade ‘consciente e interessada dos indivíduos’. Politicamente, opõe-se ao estatismo, à intervenção do Estado. [...] Para ele, a sociedade não é um fim em si mesmo, nem um instrumento de fim superior aos indivíduos que a compõem, devendo as instituições sociais ter por fim a felicidade e a perfeição dos indivíduos. Significa, então, o individualismo uma ‘tendência a colocar os interesses particulares dos indivíduos que compõem a população, de preferência aos interesses coletivos’. Do ponto de vista econômico considera que o indivíduo deve ter a máxima liberdade de atuação e, nesse particular, confunde-se com o liberalismo. Defende o ‘livre jogo da atividade econômica individual’, com o mínimo de intervenção do Estado, que deve limitar-se a garantir a liberdade de trabalho e do comércio, e a propriedade dos bens. Juridicamente considera que ‘as normas jurídicas são obra dos indivíduos e não da sociedade, ou, mais exatamente, um sistema jurídico que resulta da atividade individual’. AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução, 6. ed. rev. atual. de acordo com o novo Código Civil e leis posteriores. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 350-351.

¹⁸⁸REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 46.

“quando o titular do direito possui poder absoluto, ilimitado e exclusivo sobre a coisa, diz-se que ele detém a propriedade plena (domínio)”.¹⁸⁹

É possível notar que o Código Civil de 1916 sofreu influência do Código Civil Francês de 1804, e, conseqüentemente, dos ideais da Revolução onde pregava a liberdade, igualdade e fraternidade. Com isso, nasceu na França, o Estado liberal, mas a burguesia limitava o poder do Estado em relação ao indivíduo.

Foram ampliadas as liberdades individuais, e restringida à intervenção na atividade produtiva, exceto por motivos de ordem pública, sendo que o Código Civil Francês outorgava ao indivíduo, ampla liberdade para contratar conforme o “[...] princípio da liberdade contratual contido no art. 1.134, que afirma ser o contrato lei entre as partes”¹⁹⁰, e também, concedia ampla proteção ao direito de propriedade, salvo, pouquíssimas limitações.

O Código Civil de 1916¹⁹¹, até a Constituição Federal de 1934, exerceu função relevante que o manteve como o centro do direito positivo, dando privilégios ao liberalismo econômico, dando preferência ao interesse individual sobre o coletivo, protegendo a propriedade de forma quase absoluta¹⁹².

As Constituições, durante a vigência do Código de 1916, foram promulgadas com ideais econômicos, políticos e sociais, influenciando de certa forma, na atividade econômica e privada do cidadão, atividade exercida tipicamente pelo Estado Social e Democrático de Direito, colocando em evidencia a denominada constitucionalização do Direito Civil, a qual teve seu auge a partir da Constituição Federal de 1988.

Conforme elucida Ricardo Aronne:

¹⁸⁹CAMBLER, Everaldo Augusto. **Incorporação Imobiliária**: Ensaio de uma Teoria Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.74.

¹⁹⁰ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução, 6. ed. rev. atual. de acordo com o novo Código Civil e leis posteriores. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 124.

¹⁹¹ [...] era um código de sua época, a partir da realidade típica de uma sociedade colonial, traduzindo uma visão do mundo condicionada pela circunstância histórica, física e étnica em que se revela. [...] Tecnicamente, um dos mais perfeitos, quer na sua estrutura dogmática, quer na sua redação, esmerada, segura, precisa. AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução, 6. ed. rev. atual. de acordo com o novo Código Civil e leis posteriores. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 131.

¹⁹²NETO LÔBO, Paulo Luiz. Constitucionalização do Direito Civil. *In*: **Direito Civil**: Atualidades. FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 203.

Como resultado, operou-se uma reconstrução, ainda em curso, do Direito Civil, com amplo impacto no direito das coisas, na busca da sua repersonalização, orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Migrando o patrimônio para a periferia, deixando ao homem, em sua antropomórfica dimensão intersubjetiva, o centro dos interesses protetivos do sistema jurídico, a propriedade e suas manifestações passam a guardar um papel instrumental.¹⁹³

A propriedade privada, desde a Constituição de 1934, é determinada a cumprir uma função social, exceto na Constituição de 1937, que não dispôs expressamente sobre o assunto, sucedendo rigidamente dos textos constitucionais um novo traço do direito de propriedade.

A não atualização dos institutos fez nascerem várias leis especiais, com o intuito de atender as necessidades e desejos da sociedade.

O Código Civil de 2002, ao contrario do Código de 1916, procurou estar mais próximo da realidade social, especialmente após o advento da Constituição de 1988, onde, em diversos pontos, condiciona o uso da propriedade ao cumprimento da função social.

Importante destacar que o atual Código Civil tem em vista três princípios fundamentais, a socialidade, a eticidade e a operabilidade.

No que diz respeito à eticidade, o Código Civil de 2002 buscou afastar o formalismo jurídico que estava contido no Código de 1916, preferindo normas mais genéricas ou cláusulas gerais, não se preocupando com o demasiado rigorismo conceitual, como por exemplo, o previsto nos artigos 113, 187 e 422.¹⁹⁴

Jacy de Souza Mendonça aduz que quando “*os autores do projeto se referem à eticidade, à boa-fé, aos bons costumes, não estão falando, pois, em Ética ou Moral, mas empregando uma qualificação do elemento subjetivo, variável, mutável, que deve presidir a conduta humana*”¹⁹⁵, sendo que, para Francisco Amaral, o princípio da operabilidade está diretamente conectado à realização do direito, de torná-lo concreto, conforme ensina “*(...) esse princípio indica um critério metodológico ao intérprete do Código Civil: a interpretação jurídica não tem por objetivo descobrir o*

¹⁹³ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil: Constitucional e Teoria do Caos**. Estudos Preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.103.

¹⁹⁴ REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 46.

¹⁹⁵ MENDONÇA, Jacy de Souza. Princípios e diretrizes do novo Código Civil, in: Antonio Carlos Malheiros, Antonio Carlos Marcato, Nelson Jobim, Renan Lotufo, Walter Ceneviva. **Inovações do Novo Código Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 19.

*sentido e alcance da regra jurídica, mas sim, constituir-se na primeira fase de um processo de construção ou concretização da norma jurídica adequada ao caso concreto*¹⁹⁶.

O princípio da operabilidade tem como objetivo tornar mais fácil o entendimento e a aplicação do direito, e, para tanto, o legislador utilizou a técnica moderna de estabelecer normas e ao mesmo tempo incluir diversas cláusulas gerais no Código, para possibilitar ao aplicador da lei, que se embasando em princípios legais ou até mesmo supra-legais, possa criar, complementar ou desenvolver normas jurídicas.

Ainda, entre as diferenças entre o Código Civil de 2002 e o Código Civil de 1916, destaca-se o fato deste ser individualista e formalista e aquele socializante, onde, de acordo com a observação de Miguel Reale:

[...] a nova Lei Civil preservou numerosas contribuições valiosas da codificação anterior, só substituindo as disposições que não mais correspondiam aos valores ético-jurídicos da nossa época, operando a necessária passagem de um ordenamento individualista e formalista para outro de cunho socializante e mais aberto à recepção das conquistas da ciência e da jurisprudência¹⁹⁷.

O princípio da socialidade encontra-se presente no Código Civil de 2002, onde privilegia o interesse coletivo, típico do Estado Social Democrático de Direito, sobre o interesse individual, típico do Estado Liberal.

Este princípio pode ser encontrado no campo do direito das obrigações, da posse, dos contratos, da família, da responsabilidade civil, das sucessões, das atividades empresárias, da propriedade e dos negócios jurídicos, superando o caráter individualista do Código Civil de 1916.

No atual Código Civil, a propriedade é disciplinada como instituição em diversos artigos, baseando-se na faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e também, o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha, conforme o artigo 1.228.

¹⁹⁶ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução, 6. ed. rev. atual. de acordo com o novo Código Civil e leis posteriores. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 60.

¹⁹⁷ REALE, Miguel. Estudos preliminares do novo Código Civil. São Paulo: RT., 2003, p. 21. No mesmo tema, em outra de suas obras: **História do Novo Código Civil**. REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 37.

O Código Civil se adapta ao princípio da função social da propriedade previsto na Constituição Federal de 1988, através do disposto no artigo 1.228, § 1º, o que dispõe em sua primeira parte que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais.

Marco Aurélio S. Viana assevera que ao *“reporta-se ao destino econômico da coisa, ou seja, seu estado normal de servir ao ser humano, bem como sua finalidade social, dizendo, em outras palavras, que a utilização do objeto da propriedade se faz visando a geração de riquezas”*¹⁹⁸.

Na segunda parte do referido dispositivo, o Código não apenas impõe uma obrigação, mas também, determina que certos bens sejam preservados pela atuação do proprietário no exercício de seu direito.

A Constituição e o Código Civil de 2002 estão em perfeita harmonia sobre o tema da propriedade, sendo que, este assunto não é mais tratado como um direito individual absoluto, possuindo uma função social a cumprir.

José Manoel de Arruda Alvim ensina que o *“Código Civil de 2002 encontra-se sintonizado com a visão social contemporânea do direito de propriedade, dado que se refere a que o exercício do direito de propriedade deve ser ‘exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais (...), (art. 1.228, § 1º)”*¹⁹⁹.

Ao se analisar o disposto no § 1º, do artigo 1.228, do atual Código Civil, é possível verificar pontos negativos no que se refere uma imaginada falta de limitação que originaria do *caput* desse mesmo texto, e, ao mesmo tempo, delimitadores ou definitórios do direito de propriedade.

De acordo com o parágrafo único, do artigo 2.035, nenhuma regra prevalecerá se estiver contra as normas de ordem pública, como o dispositivo previsto pelo Código para garantir a função social da propriedade e os contratos, no parágrafo único, do artigo 2.035 do Código Civil.

Sobre o § 1º, do art. 1.228, Daniel M. Boulous comenta que *“[...] a contrário sensu, não deve ser exercido o direito de propriedade (em qualquer das faculdades que o compõem) em descompasso com o que as leis especiais dispõem para*

¹⁹⁸ VIANA, Marco Aurélio S. **Curso de Direito Civil**. Direito das Coisas (Artigos 1.225 a 1.509). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 89.

¹⁹⁹ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil e Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança. **O Crédito Imobiliário em face do novo Código Civil**. 2005, p. 298.

*proteção e preservação da flora, da fauna, das belezas naturais, do equilíbrio ecológico e do patrimônio histórico e artístico, nem tampouco de modo a poluir o ar e as águas*²⁰⁰.

A respeito do conteúdo do direito de propriedade, Pietro Perlingieri aduz que este, *“assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento*”²⁰¹, ou seja, o atual direito de propriedade não aceita mais a a defesa exclusiva dos interesses individualísticos do proprietário, sem, contudo, em razão do atendimento do aspecto social, ocorrer esvaziamento de seu conteúdo.

Vale ressaltar que no campo do direito de propriedade, o § 2º, do artigo 1.228 do Código Civil, atribuiu a teoria do abuso de direito, a qual tem por objetivo proibir o proprietário de praticar atos que não venham a ser cômodos ou de utilidade, e também, impedir atos que venham a prejudicar outrem. Conforme os ensinamentos de Marco Aurélio S. Viana, *“no fundo o que se vislumbra é um aspecto do princípio da função social da propriedade. Ato praticado pelo proprietário com a intenção de prejudicar pode caminhar para prejuízo para o bem comum*”²⁰².

No § 3º, do artigo 1.228 do Código Civil, com fundamento no inciso XXIV, do artigo 5º da Constituição Federal, esta prevista a possibilidade de perda da propriedade em favor da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, em decorrência de necessidade ou utilidade pública ou interesse social, através da desapropriação do bem.

Nos três primeiros parágrafos do artigo 1.228, é tratada a propriedade privada em geral, e, nos dois últimos parágrafos, da propriedade privada imobiliária.

Ao se observar o teor dos dispositivos presentes nos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil²⁰³, é possível asseverar que o legislador se baseou no

²⁰⁰ BOULOS, Daniel M. **Abuso do Direito no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006, p. 267.

²⁰¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Pietro Perlingieri; tradução de: Maria Cristina De Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 226.

²⁰² VIANA, Marco Aurélio S. **Comentários ao Novo Código Civil: Dos Direitos Reais**. (Arts. 1.225 a 1.510) 3.ed. TEIXEIRA; Sálvio de Figueiredo(Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 60.

²⁰³ REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. (Coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 104.

princípio da função social da propriedade para dispor sobre a desapropriação judicial, o usucapião e à alienação judicial.

Ao se analisar o texto legal, é possível aduzir que ao criar o conceito de desapropriação judicial privada, o legislador valorizou a designada “posse-trabalho”, dando uma produção de efeitos à função social da propriedade privada através da posse qualificada pelo tempo e outros quesitos, como obter a posse de forma ininterrupta e de boa-fé por mais de cinco anos, considerável número de pessoas; extensa área; realização de obras e serviços em conjunto ou separadamente.

O artigo 1.276, e seus parágrafos 1º e 2º, do Código Civil, tratam do abandono do imóvel urbano e rural, no qual é tratado o desinteresse e sendo considerada uma omissão por não atender finalidades econômico-social da propriedade.

Ademais, é de se destacar que o Código Civil e outras legislações especiais contemplam restrições à propriedade sob os seguintes aspectos; ora são voluntárias, á exemplo das servidões, do usufruto e das cláusulas de impenhorabilidade; ora legais, como determinados dispositivos presentes na lei de locações (prorrogação automática do contrato de locação não residencial); ou, decorrem da própria natureza do direito de propriedade, a exemplo da função social.

Neste contexto, a função social pode ser analisada sob dois aspectos, no primeiro, seria encarada como um valor e admitida como a melhor destinação da propriedade, numa determinada situação concreta; noutro, pode ser considerada como princípio, entendido o que é devido em termos de finalidade social do exercício dos poderes de proprietário.

Em ambas as situações, a funcionalização enriquece a essência da propriedade, uma vez que, ultrapassa a simples relação entre o proprietário e o bem, direciona seu conteúdo ao objeto finalístico determinado pelo ordenamento jurídico.

Partindo da premissa de que existe uma relação entre a apropriação de bens e a observância aos direitos dos não-proprietários, é possível asseverar que a funcionalização objetiva alcançar o benefício social máximo, considerando para tanto, os princípios constitucionais fundamentais, a situação fática da coisa, o interesse individual e a realidade social.

Não se deve considerar a função social como uma mera limitação ao direito de propriedade, pois, mais do que uma possível imposição negativa, objetiva, na

medida em que é exercido o direito, destinar à propriedade uma finalidade que atente tanto para os interesses individuais e coletivos.

O direito de propriedade descrito na Constituição e no Código Civil de 2002 não se restringe a função econômica do bem, mas, sem excluí-la, busca realizar objetivos de justiça social.

Neste sentido, vale apresentar as palavras de Eros Roberto Grau²⁰⁴, para quem, *“a propriedade não consubstancia mais um direito subjetivo justificado exclusivamente pela sua origem, mas remanesce exclusivamente à medida que atentemos a que seu fundamento é inseparável da consideração do seu uso”*.

Considerando estas lições, pode-se aduzir que a função social integra a essência da propriedade, de modo que, não a reduz à mera “propriedade-função”, onde seriam completamente desconsiderados os poderes e interesses individuais.

Sobre o tema, vale ressaltar os ensinamentos de Orlando Gomes²⁰⁵:

Registrando a evidente diferença estrutural e política existente entre a propriedade que tem função social e propriedade que é função social, esclarece que, na primeira colocação, a propriedade permanece como uma situação subjetiva no interesse do titular, e que só ocasionalmente este é investido na função social, enquanto na outra perspectiva a propriedade é atribuída ao proprietário, não no interesse preponderante deste, mas no interesse público ou coletivo. Pondera, em seguida, que não é nítida a linha de demarcação entre a propriedade como direito subjetivo, isto é, como propriedade como *potestatis*, que é função social, mas que, no direito atual os titulares de situações jurídicas subjetivas são, ao mesmo tempo, titulares de situações passivas. A propriedade seria uma situação jurídica subjetiva com a natureza de um poder (*potestá*) que encerra deveres, obrigações e ônus. Nesse sentido, a propriedade é hoje uma função social quando exercida para certos fins.

Em outro sentido, poderia ser levantada a questão da desapropriação, onde, o descumprimento da função social não retiraria a proteção jurídica da propriedade, posto que, nestes casos, o proprietário deve ser indenizado pela Administração Pública.

É verdade que na desapropriação, mesmo naquelas decorrentes do não atendimento da função social, existe por parte do Estado, o dever de indenizar o

²⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. **Direito urbano, regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1983. p. 65.

²⁰⁵ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19 Ed. Atual. FACHIN, Luiz Edson. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 127.

antigo proprietário, no entanto, isso não dissocia a função social da propriedade, pois, além de, em muitos casos, não representar o valor real do bem, a indenização não ocorre porque a ordem jurídica esteja a tolerar do descumprimento da função social.

Sobre o tema, Francisco Cardoso de Oliveira, elucida que:

O descumprimento da função social autoriza a imposição de sanções que podem culminar com o ato administrativo de desapropriação para permitir o uso e o aproveitamento do bem, condizente com a utilidade eleita pelo interesse público. Não se pode negar que a desapropriação assume, nesse contexto, verdadeiro caráter punitivo, ainda que abrandado pelo direito à indenização que, diga-se de passagem, muitas vezes, não atinge valor suficiente para compensar a lucratividade que o proprietário obterá com a exploração econômica da coisa objeto da propriedade.²⁰⁶

Assim, com base na Constituição Federal de 1988 e no atual Código Civil, é forçoso concluir que não é possível formular um conceito de função social dissociada dos elementos principiológicos do ordenamento jurídico, de tal forma que, a mesma direciona a ideia de propriedade de maneira a efetivar os valores sociais, onde, inseridos em dada situação concreta, atendem aos interesses dos proprietários e não-proprietários.

A função social não impede o uso do bem, mas, ao contrário, exige que o proprietário exerça o seu direito, pois, se expressa a partir de finalidades que surgem durante o decorrer deste direito.

É uma cláusula aberta, onde todas as funções podem ser consideradas legítimas, desde que, atendidos a parâmetros de concretização, na busca pelo equilíbrio de interesses.

Sob este prisma, o proprietário deixa de ser visto como simples indivíduo e passa a atuar como cidadão, pois, além dos poderes característicos de usar e gozar da coisa assume, paralelamente, obrigações para com toda a sociedade.

²⁰⁶ OLIVEIRA, Francisco Cardoso de, **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 248.

2.3. A NECESSÁRIA HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES DOS PROPRIETÁRIOS E DOS NÃO PROPRIETÁRIOS

A rigor, a Constituição brasileira de 1988, revelava o direito de propriedade no próprio *caput* do artigo 5º, ao determinar que “*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 (...)*”, de modo que, assegura, no inciso XXII, o próprio direito à propriedade.

Ademais, o constituinte determinou no inciso XXIII do mesmo artigo, que “*a propriedade atenderá a sua função social*”, mostrando-se, igualmente diligente ao tratar dos princípios da ordem econômica, referindo-se, no inciso II do artigo 170, à propriedade privada, e, no inciso imediatamente seguinte, à “*função social da propriedade.*”

A postura, refletida nestes dispositivos e em outras passagens do texto constitucional, conduz inevitavelmente à conclusão de que, no direito brasileiro, a garantia da propriedade não pode ser compreendida sem atenção à sua função social.

Conforme anteriormente aduzido, a ideia da função social vem a romper com a concepção individualista e liberal do direito de propriedade preconizada no direito brasileiro pelo Código Civil de 1916, o qual tratou apenas sob seu aspecto estrutural como um feixe de poderes atribuídos ao proprietário, sendo natural, até mesmo por razões históricas, que se visse na propriedade um direito cuja única função era atender aos interesses particulares do seu titular.

A função social da propriedade na atual Constituição não foi apenas referida como direito e garantia individual e como princípio da ordem econômica, mas, recebeu indicação de um conteúdo mínimo²⁰⁷ expresso no que tange à propriedade imobiliária, a exemplo do disposto no artigo 186 da Constituição de 1988, que traçou

²⁰⁷(...) reserva de lei prevista na Constituição, a qual garante a propriedade atribuindo à lei a tarefa de determinar os modos de aquisição, o gozo e os limites, com o objetivo de assegurar a função social e de torná-la acessível a todos. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Pietro Perlingieri; tradução de: Maria Cristina De Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 231.

requisitos objetivos para o atendimento da função social da propriedade rural e, o disposto no artigo 182, §2º, no que tange a propriedade urbana.

Ao fixar critérios objetivos mínimos de realização da função social, o constituinte buscou assegurar a efetividade da norma como meio de controle do exercício da situação subjetiva de propriedade, posto não haver, no texto constitucional brasileiro, garantia à propriedade, mas tão-somente, a garantia à propriedade que cumpre a sua função social²⁰⁸.

Dessa forma, não há como observar em um espaço exclusivo no qual a propriedade atende unicamente aos interesses do titular do domínio, sem se conformar com o interesse dos não proprietários representado pelos interesses sociais relevantes, uma vez que, ante uma interpretação sistemática das normas constitucionais, o texto coloca em evidência os valores existenciais e solidários que a propriedade deve observar para correto exercício do direito subjetivo.

O efetivo controle da garantia à propriedade como função social, somente pode ser feito em concreto²⁰⁹, pelo Poder Judiciário, no exame dos conflitos que se estabelecem entre os interesses proprietários e aqueles não-proprietários, de modo que esta passa ser definida como uma situação jurídica, onde haverá direitos e deveres destinados aos proprietários e para os não proprietários, compatibilizando-se as situações constitucionalmente protegidas.

O condicionamento da tutela do domínio ao atendimento dos interesses sociais relevantes, e em especial ao atendimento da dignidade da pessoa humana, vem remodela o direito de propriedade moderno, de modo a conformar os interesses proprietários com os múltiplos interesses não-proprietários, sobretudo, o de

²⁰⁸ A despeito, portanto, da disputa em torno do significado e da extensão da noção de função social, poder-se-ia assinalar, como patamar de relativo consenso, a capacidade do elemento funcional em alterar a estrutura do domínio, inserindo-se em seu *perfil interno* e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um *massimo sociale*." TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In **Temas de Direito Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 281-282.

²⁰⁹(...) a disciplina da propriedade constitucional, a rigor, apresenta-se dirigida precisamente à compatibilidade da situação jurídica de propriedade com situações não proprietárias. De tal compatibilidade deriva (não já o conteúdo mínimo mas) o preciso conteúdo da (situação jurídica de) propriedade, inserida na relação concreta. TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In **Temas de Direito Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 344.

conformar os interesses patrimoniais àqueles de natureza existencial, como a saúde²¹⁰ e a proteção ao meio ambiente.

Assim, a propriedade assume um novo papel no sistema civil-constitucional brasileiro, servindo de garantia e conservação dos bens necessários ao desenvolvimento humano, de modo que, a atual conceituação da propriedade passa a ser entendida como relação jurídica complexa, a qual imputará uma abertura para a cooperação entre os proprietários titulares do domínio e aos não proprietários²¹¹, passando esta a ser definida “*não mais uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada, o direito subjetivo por excelência, mas uma situação jurídica subjetiva típica e complexa*”²¹², ensejando deveres aos proprietários e aos não proprietários, em uma relação harmônica e simbiótica.

2.4. AS FUNÇÕES SOCIAIS DA POSSE E DA PROPRIEDADE

É sabido que o termo função denota o propósito para o qual determinada coisa é, ou está, o papel que tem a desempenhar e os objetivos a serem alcançados. Se algo tem alguma função, logo serve para um determinado fim. Se o propósito e o objetivo não são alcançados, a coisa perde sua essência.

Tomemos por exemplo um automóvel novo, devidamente abastecido e sem qualquer defeito mecânico, paralisado numa garagem meses sem fim: além de não cumprir sua função - que é a de movimentar-se para facilitar o deslocamento de pessoas e coisas -, com o tempo perderá sua essência; seus sistemas que permitem sua fruição ficarão prejudicados, seu valor de mercado cairá e, ao final, caso não seja descartado adequadamente, gerará um passivo ambiental incalculável.

Voltando-se para o cenário jurídico-normativo, Norberto Bobbio, filósofo que se dedicou a uma análise funcional do Direito, para explicitar o conceito de função, faz uma analogia da sociedade humana com o organismo animal, donde se conclui que o exercício da função é vital para a manutenção do sistema jurídico:

²¹⁰Por exemplo; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 27.039-3/SP, julgado em 8 de novembro de 1993, e, BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível 79.573 5 - Londrina, julgada em 28 de setembro de 1999.

²¹¹PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Pietro Perlingieri; tradução de: Maria Cristina De Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 222.

²¹²TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In **Temas de Direito Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 336.

Deixo de lado as dificuldades que advêm do emprego de um termo multi-uso como 'função' (acerca do qual já foram gastos rios de tinta). Limito-me a empregá-lo no uso corrente das teorias funcionalistas: um uso, como foi inúmeras vezes repetido, que nasce no terreno das ciências biológicas (...) no qual por 'função' se entende a prestação continuada que um determinado órgão dá à conservação e ao desenvolvimento, conforme um ritmo de nascimento, crescimento e morte, do organismo inteiro, isto é, do organismo considerado como um todo.²¹³

Para o mencionado pensador, a função do direito deve ser analisada em relação a dois polos: a sociedade, como organismo, analogamente aos organismos biológicos, entendida como um sistema em equilíbrio; e os indivíduos, como partes componentes da totalidade, que se interagem diuturnamente entre si.

É possível aduzir que em razão do estabelecimento do denominado *Welfare State* em diversos locais, resta ultrapassada a ideia simplista do Estado como o ente que delimita as regras de convivência e institui um árbitro para decidir comportamentos. Daí resulta a necessidade de se adotar novas técnicas de controle social, aplicando-se técnicas de encorajamento, portanto protetivas, em vez das repressivas, com caráter meramente negativas, de desencorajamento.

Surge, assim, como função precípua do Direito no Estado Pós-liberal, a de promover condutas socialmente aceitáveis e desejáveis, e não apenas reprimir as condutas contrárias ao ordenamento.

É algo que vai além da mera função de tutelar ou garantir direitos, pois a função promocional do direito transforma e inova comportamentos, mediante sanções positivas, àquele que cumpre ou até mesmo supera as disposições normativas

Norberto Bobbio, ao analisar a função enquanto instrumento do Direito, não invalida a teoria pura e estrutural proposta por Hans Kelsen, antes a confirma, notadamente porque em sua visão, "*circunscrever a tarefa de uma teoria do direito à análise estrutural era um modo de salvaguardar a pesquisa teórica da intrusão dos*

²¹³BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. São Paulo: Manole, 2007, p. 103.

*juízos de valor e de evitar a confusão entre o direito positivo – o único objeto possível de uma teoria científica do direito – e o direito ideal*²¹⁴.

O aludido autor²¹⁵ assevera que a função do direito na sociedade, e, logicamente, a função social dos institutos de direito privado, como a propriedade, não é mais servir a um determinado fim, mas, a de ser um instrumento útil para atingir os mais variados fins. Função, nessa visão, seria um meio pelo qual o direito permite a consecução dos fins não alcançados por meio de outras formas de controle social.

Juntando ao termo o adjetivo social, que denota aquilo que é relativo à sociedade, ou que pertence à coletividade, pode-se dizer, então, que a função social se caracteriza pela imposição constitucional ao proprietário, a de equacionar a individual fruição da coisa em face do interesse coletivo, respeitando os limites éticos, morais e legais.

Pode-se aduzir que a função não é apenas social, mas também pedagógica, pois a partir do instante em que se torna um imperativo a ser observado pelos cidadãos, tem o objetivo de desenvolver no ser humano o hábito e a capacidade de subordinar seus interesses pessoais em equidade com os da sociedade; todavia, tal pedagogia não faz sentido num ambiente onde não há conflito de interesses, onde a propriedade e os direitos sociais alcançam a totalidade dos cidadãos, sob pena de se tornar instrumento de manipulação e subjugação.

Conforme aduzido em item anterior, confirmando tendência observada a partir da constituição alemã de Weimar²¹⁶, o elemento da função social trazido pelo constituinte pátrio de 1988, se vincula inicialmente com o uso do bem, num aspecto de utilidade e efetivo exercício.

Ultrapassa-se a ideia de que a posse e propriedade são elementos caracterizados pela relação entre dois polos: pessoa e coisa. Numa visão evoluída,

²¹⁴BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. São Paulo: Manole, 2007, p. 57.

²¹⁵BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. São Paulo: Manole, 2007, p. 57.

²¹⁶À Lex Máxima da República Federal alemã segundo a qual a propriedade obriga, isto é, seu uso deve servir ao bem da coletividade. Somente a Constituição de Weimar elevou a ideia a função social da propriedade a categoria de princípio jurídico. FACHIN, Luiz Edson. **A função social e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 17.

são caracterizados pela relação entre uma pessoa, como sujeito ativo titular, e um sujeito passivo universal integrado por todas as pessoas.

Por função social da propriedade pode-se compreender o conjunto de novas objetivos impostos ao seu exercício num plano exclusivamente individual, egoístico e utilitarista, portanto vertical, de hierarquia e poder. Sua efetivação transcende o exercício da propriedade para além da seara do indivíduo, para o plano da coletividade, portanto horizontal, de igualdade e cooperação.

Conforme o escólio de Luiz Edson Fachin²¹⁷, do ponto de vista fático e da exteriorização, não se pode distinguir facilmente as figuras do proprietário possuidor e do possuidor não proprietário. Neste proceder, a posse não seria um efeito ou a demonstração patrimonial. É ela uma concessão à necessidade, a legitimar o uso, o qual é, social e historicamente, elemento de reconhecimento do poder pela usucapião.

Elucida o referido autor, que a *“função social da posse situa-se em plano distinto, pois, preliminarmente, a função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade”*²¹⁸, sendo que, a partir de alguns preceitos constitucionais, vislumbra-se que a função social da posse está implicitamente disposta no texto da Constituição Federal de 1988, quando, por exemplo, a mesma estabelece que aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade (artigo 191, CF).

Pode-se aduzir que, de uma certa maneira, surge aí, a função social da posse em detrimento da função social da propriedade. Se o proprietário não utilizar a sua propriedade com fins de beneficiar a coletividade e algum possuidor o fizer, este poderá adquiri-la após os trâmites definidos em lei.

Infere-se dos dispositivos citados que a função social da posse possui duas características mutuamente excludentes. De um lado, protege o proprietário, e por

²¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. **A função social e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 21.

²¹⁸ A expressão função social corresponde a limitações, em sentido largo, impostas ao conteúdo do direito de propriedade FACHIN, Luiz Edson. **A função social e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 19.

outro, pune o proprietário desidioso que não se utiliza adequadamente de suas posses e termina por perdê-la para quem a utiliza de forma a propiciar-lhe benefícios para a toda coletividade. Dessa forma, é possível asseverar que a função social da posse está implicitamente estabelecida na Constituição Federal.

Ana Rita Vieira Albuquerque²¹⁹, corrobora com esse entendimento ao declarar que *“os estudos acerca da função social da posse têm sua base teórica não apenas na compreensão do Direito Privado conforme traçado em nosso Código Civil, mas sobretudo, através da análise dos preceitos e valores estabelecidos na Constituição da República”*.

Com o crescimento dos grandes centros urbanos e com a insistência de cada vez mais em ocupar as grandes cidades, é de se concluir que as terras disponíveis nestes locais foram ficando escassas, ou, a demanda por elas tornou-se maior que a oferta, pelo menos nessas áreas. Já não se podia mais se utilizar das posses de terras da maneira que mais conviessem aos possuidores.

Exigia-se uma finalidade, uma função social. O proprietário já não poderia se utilizar da maneira que mais lhe interessasse os seus bens. O direito de propriedade haveria por deixar de ser absoluto para relativizar-se em prol de toda uma coletividade.

Assim como propriedade, também mudou a forma de como era vista a posse pelo o Estado quando do poder/dever de zelar pela correta observância e aplicação de sua função social, com a utilização do poder de polícia, bem como, por meio do emprego de uma legislação que tutele os interesses coletivos em detrimento dos individuais, quando esses não estiverem dando uma finalidade social à sua posse ou propriedade.

²¹⁹ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **A função social da posse**. V. 1. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 15

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA E A FUNÇÃO SOCIAL DAS CIDADES

3.1. CONTORNOS CONSTITUCIONAIS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA NO CONTEXTO DA POLÍTICA URBANA

O objetivo do presente tópico é demonstrar o tratamento constitucional da propriedade imobiliária urbana, de modo que as menções feitas ao Estatuto das Cidades serão sempre, com intuito de efetivar o preceito constitucional, não sendo o referido diploma infraconstitucional o objeto de estudo imediato.

Rafael Lazzarotto enfatiza, em suas análises a respeito da função social, que o modo como foi incorporada na Constituição, de uma forma operacionalizável, representou uma importante decisão política²²⁰.

Para o referido autor, os artigos 182 e 186 da Constituição conferem contornos mais objetivos à função social da propriedade imobiliária urbana e rural, respectivamente, atribuindo-lhe uma função jurídica ao determinar “*quem, sob quais requisitos, pode o quê*”²²¹.

Como consequência da objetivação jurídica da função social, torna-se possível diagnosticar um evento social em termos jurídicos e verificar se ele cumpre com os requisitos legais da função social constitucionalmente normatizada, bem como, dos seus respectivos regulamentos ordinários, que em matéria de propriedade imobiliária urbana estão, dentre outros diplomas normativos, no Estatuto das Cidades e o Plano Diretor de cada Município.

A Constituição Federal, no que concerne à propriedade rural e à propriedade do solo urbano, nomeia como sendo a utilização adequada àquela propriedade na qual o exercício leva em consideração os benefícios gerados para coletividade, convidando o legislador a determinar o conteúdo de sua função social, sendo que, cabe ressaltar que em não havendo lei específica determinando o conteúdo da função social, não estarão os proprietários exonerados de implementar a norma

²²⁰SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A sublimação jurídica da função social da propriedade**. São Paulo: Lua Nova, 2006, p. 121-122.

²²¹SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A sublimação jurídica da função social da propriedade**. São Paulo: Lua Nova, 2006, p. 121-122.

constitucional, exceto no caso do artigo 182, pois, a falta de lei municipal específica irá obstar a aplicação regular das sanções impostas no § 4º, do artigo 182, da Constituição Federal de 1988.

Não obstante, a falta de regulamentação pelo Plano Diretor, este não impediria que o Poder Público ao efetivar uma desapropriação, ou o Poder Judiciário, no julgamento de uma ação possessória, de reconhecer que o proprietário não cumpre o seu dever fundamental de dar ao imóvel uma destinação de interesse coletivo, e tirem desse fato as consequências que a razão jurídica impõe.

No tocante a política urbana, Carvalho Filho a define como sendo “*o conjunto de estratégias e ações do Poder Público, isoladamente ou em cooperação com o setor privado, necessárias à constituição, preservação, melhoria e restauração da ordem urbanística*”²²².

É certo que por meio das normas constitucionais, o constituinte faz suas escolhas públicas em um verdadeiro jogo de política econômica²²³, determinando a estratégia do Poder Público em relação a um determinado setor como o econômico, o social, o urbanístico, etc., influenciando toda uma cadeia de decisões a serem tomadas pelos demais agentes políticos e econômicos de um determinado país.

A depender das prioridades dos agentes políticos e seu comprometimento com aqueles que o elegeram, os resultados desta política econômica podem variar bastante.

A Constituição, então, cumpre a sua finalidade de espelhar estas escolhas públicas de política econômica, permitindo que se estabeleça um “*locus* de expectativas estáveis, na medida em que sedimenta as regras do jogo. Nesse sentido, são oportunos os ensinamentos de Antonio Delfim Netto, em prefácio feito à obra de Jorge Vianna Monteiro, para quem, “*(...) no exercício da política econômica, todas as escolhas têm de realizar-se dentro do espaço factível construído pelos limites constitucionais. Esta é uma construção ‘ex ante’ feita pelos próprios*

²²²CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto das Cidades**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2005, p. 12.

²²³A respeito da terminologia jogo de política econômica, tome-se como exemplos os ensinamentos de Jorge Vianna Monteiro: um dos grandes avanços metodológicos em economia, nos últimos 40 anos, tem sido a exploração das escolhas públicas como um jogo de estratégias. Como tal, muito se tem aprendido sobre o surgimento, transformação, difusão e estabilização de formas de comportamento de seus agentes de decisão. MONTEIRO, Jorge Vianna. **Lições de economia constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: FGV, 2004, p. 22.

*indivíduos para atingir não apenas a eficiência alocativa, mas múltiplos valores: relativa liberdade individual e relativa igualdade de oportunidades, por exemplo*²²⁴.

Seja como forem as escolhas públicas expressas nas decisões políticas e econômicas dos governos, estas estão sujeitas ao repartimento dos poderes entre os diferentes agentes e suas respectivas funções no sistema político. Assim, presidente, executivo, legislativo, sistema judicial, administração pública, partidos políticos, grupos de interesse todos eles interferem na possibilidade e capacidade de implementação dessas políticas.

Neste sentido, o objetivo da política de desenvolvimento urbano, declarado na Constituição, é o de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Com base no artigo 182, da Constituição Federal de 1988, a referida política deverá ser executada pelo Poder Público municipal, conforme as diretrizes gerais²²⁵ fixadas em lei federal, qual seja, o Estatuto das Cidades.

Com base no artigo 2º, da Lei nº 10.257/2001, denominada Estatuto das Cidades, pode-se aduzir que a política urbana tem como base garantia do direito as cidades sustentáveis; a gestão democrática; a cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade; o planejamento do desenvolvimento das cidades; ofertas de equipamentos urbanos e comunitários, o transporte e serviços públicos adequados; a ordenação e controle do uso do solo; a integração e complementação entre as atividades urbanas e rurais; a sustentabilidade ambiental; a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; a adequação aos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e aos gastos públicos; e a recuperação dos investimentos do Poder Público que tenham resultado a valorização de imóveis urbanos; entre outras.

²²⁴NETTO, Antonio Delfim. Prefácio à obra de MONTEIRO, Jorge Vianna. **Lições de economia constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: FGV, 2004, p. 10.

²²⁵Nas palavras de Odete Medauar: (...) diretrizes denota o sentido de: linhas reguladoras, instruções ou indicações; linhas básicas; balizas; esquemas gerais. Transposto para a fonte legislativa significa preceitos indicadores, preceitos que fixam esquemas gerais, linhas básicas em determinadas matérias; preceitos norteadores da efetivação de uma política. Tais prescrições norteadoras dirigem-se, em tese, a outros legisladores, a administradores ou ao intérprete em geral. MEDAUAR, Odete; *et all.* **Estatuto das Cidades**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.20.

Cabe enfatizar que, para a implementação da política urbana, a cidade²²⁶ não é encarada somente sob o ponto de vista geográfico e de mera reunião de pessoas, mas como o espaço destinado à habitação, ao trabalho, à circulação, ao lazer, à integração entre os seres humanos, ao crescimento educacional e cultural.

A função social da propriedade, nos termos em que é tratada pela Constituição Federal, acarreta o direcionamento da propriedade urbana às finalidades de interesse geral, com as quais há de se conformar ou conciliar o direito individual de propriedade, não mais dotado de caráter absoluto²²⁷.

Tendo como fundamento a política urbana constitucionalmente entabulada, José Afonso da Silva afirma que a propriedade urbana é formada e condicionada pelo direito urbanístico, que busca dar efetividade à função social, sendo esta criada para “*realizar as chamadas funções urbanísticas de propiciar habitação (moradia), condições adequadas de trabalho, recreação e circulação humana...*”²²⁸.

A atividade urbanística, desempenhada como consequência da implementação da política urbana, consiste na intervenção do Poder Público objetivando a humanização e a ordenação dos ambientes habitados. Assim, José Afonso se manifesta no seguinte sentido:

Uma atividade com tais propósitos só pode ser realizada pelo Poder Público, mediante intervenção na propriedade privada e na vida econômica e social das aglomerações urbanas (e também no campo), a fim de propiciar aqueles objetivos. (...) Mas, também, por ser uma atividade do Poder Público que interfere com a esfera de interesse da coletividade, deve contar com autorizações legais para poder limitar os direitos dos proprietários particulares ou para privá-los da propriedade.²²⁹

Conforme supra aludido, o art. 2º do Estatuto determina que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento da propriedade urbana e das

²²⁶O centro urbano no Brasil só adquire a categoria de cidade quando seu território se transforma em Município. Cidade, no Brasil, é um núcleo urbano qualificado por um conjunto de sistema político-administrativo, econômico não-agrícola, familiar e simbólico como sede do governo municipal, qualquer que seja sua população. A característica marcante da cidade no Brasil consiste no fato de ser um núcleo urbano, sede do governo municipal. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 25-26.

²²⁷MEDAUAR, Odete; *et al.* **Estatuto das Cidades**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.25-26.

²²⁸SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 77.

²²⁹SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 34.

funções sociais da cidade, abrangido, aqui, a garantia do bem-estar de seus habitantes.

Nelson Saule Junior²³⁰ atribui ao Estatuto das Cidades o fato de ter transformado o direito à cidade em direito fundamental, integrado na categoria de direitos coletivos e difusos, de modo a concretizar a normatização constitucional.

Desse feito, o titular do direito de propriedade estará observando a função social sempre que atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade promulgadas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas e, em sendo assim, conforme os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, “*é o conjunto de tais exigências fundamentais de ordenação da cidade que dá a configuração da função social, e a elas deve atender a propriedade para que se considere adequada socialmente, nos termos da Constituição*”²³¹.

Por fim, é de destacar que a reserva legal estabelecida no §2º do art. 182 da CF possui um conteúdo predeterminado pelo Título I da Constituição, no sentido de que o legislador infraconstitucional obrigatoriamente terá que observar a dignidade da pessoa humana, nos termos dos princípios fundamentais da República, expressos nos artigos 1º e 3º, sendo que um estatuto proprietário somente será merecedor de tutela se atender à função social preestabelecida na Constituição, sistematicamente interpretada.

Assim, o plano diretor passar a ser, enfim, um instrumento legal que deverá consubstanciar algumas das normas delimitativas que irão compor o direito de propriedade, pois, para concretizar a sua função social, poderá impor uma série de obrigações de fazer, de não fazer e de dar, desde que, nos ensinamentos de Toshio Mukai, “*dentro de certos limites que não extrapolam os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*”²³².

²³⁰ SAULE JUNIOR, Nelson. Possibilidades de aplicação do marco legal urbano brasileiro na proteção dos direitos socioambientais das populações indígenas, *In*: BRAVO, Álvaro A. Sánchez. **Ciudades, Medioambiente & Sostenibilidad**. Madrid: Arcibel Editores, 2007, p. 164.

²³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto das Cidades**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2005, p. 267.

²³² MUKAI, Toshio. **Estatuto das Cidades**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 34.

3.2. PERCURSO HISTÓRICO DO ESTATUTO DAS CIDADES

A Constituição Federal de 1988 apresenta ampla competência para a promoção e execução de políticas públicas voltadas ao autodesenvolvimento, como demonstra o inciso I, do artigo 30, que autoriza aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local.

Com isso, nos dizeres de Priscila Ferreira Blanc, “*o constituinte brasileiro reconhece, embora tardiamente, a importância das cidades brasileiras como verdadeiro palco do desenvolvimento das relações humanas, devendo o Poder Público estar presente a fim de garantir o bem estar de seus habitantes*”²³³.

Ao tratar da política urbana nos artigos 182 e 183, a Constituição Federal de 1988 deixou para o legislador ordinário, a missão de traçar através de lei federal, às diretrizes gerais para a execução da política de desenvolvimento urbano pelo Poder Público Municipal, que a partir de então, passou a necessitar da edição de uma lei que regulamentasse os referidos dispositivos constitucionais²³⁴.

Assim, segundo a mencionada autora, “*a resistência em relação à função social da propriedade, enquanto cerne das políticas de gestão urbana, era fortalecida no argumento de que o capítulo constitucional não gozava de auto-aplicabilidade, sendo necessária uma outra lei que o regulamentasse*”²³⁵ para que a política de desenvolvimento urbano preconizada pela Constituição Federal pudesse efetivamente ser executada pelos Municípios.

Antes da edição da lei 10.257/2001, denominada de Estatuto das Cidades, não havia em nosso ordenamento jurídico nenhuma lei federal que tratasse da política urbana, havia apenas, um projeto de lei empreendido antes da promulgação da atual Constituição, que serviu de fonte na elaboração de seu Capítulo II, do Título VII.

Tratava-se do Projeto de Lei 775/1983, de iniciativa do Poder Executivo, o qual, segundo Mariana Moreira, “*teve por fundamento a compreensão do Governo Federal*

²³³BLANC, Priscila Ferreira. **Plano diretor urbano & função social da propriedade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 56.

²³⁴A interpretação feita pelo Poder Judiciário e o mesmo por grande parte dos doutrinadores brasileiros era de que a eficácia dos arts. 182 e 183 dependia da aprovação de uma lei que determinasse as diretrizes gerais da política urbana. BLANC, Priscila Ferreira. **Plano diretor urbano & função social da propriedade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 60-61.

²³⁵BLANC, Priscila Ferreira. **Plano diretor urbano & função social da propriedade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 61.

de que era urgente a criação de normas voltadas a regular as relações urbanas das cidades brasileiras, vez que até aquele momento a maioria da legislação existente fora editada quando a sociedade se caracterizava fortemente como rural²³⁶.

Conforme ressalta a autora supracitada: o Projeto de Lei 775/1983, pretendeu “*explicitar o preceito da função social da propriedade. Para tanto, propunham-se as seguintes diretrizes: iguais oportunidades de acesso à propriedade urbana e à moradia; distribuição equitativa dos benefícios e ônus decorrentes da urbanização; correção das distorções de valorização da propriedade urbana; regularização fundiária de áreas ocupadas por população de baixa renda; e a devida adequação às normas urbanísticas do direito de construir*”²³⁷.

Logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 é apresentado Projeto de Lei, na forma substitutiva na Câmara dos Deputados, o qual recebeu o nº 2.191/1989, e, por último, apresentado no Senado o Projeto de Lei nº 5.788/1990, que tramitou por uma década no Congresso Nacional e foi submetido a várias comissões que suprimiram, corrigiram e incluíram alguns pontos.

Enfim, o Projeto foi aprovado, transformou-se na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada de Estatuto das Cidades, o qual veio para operacionalizar a função social da propriedade urbana através de vários instrumentos colocados à disposição do Poder Público Municipal.

O Estatuto das Cidades é considerado um marco da normatização urbanística no Brasil, redefinindo os limites do exercício do direito de propriedade, estabelecendo novas diretrizes à política urbana brasileira, além de impulsionar o desenvolvimento e aprimoramento do direito urbanístico como ramo autônomo da ciência do direito.²³⁸

Como marco normativo de direito urbanístico, o Estatuto das Cidades disciplina e reitera várias de suas figuras e institutos, além disso, fornece instrumental a ser utilizado na ordenação dos espaços urbanos, com vista à proteção ambiental e à

²³⁶MOREIRA, Mariana. A História do Estatuto das Cidades, *In: Estatuto das Cidades*. DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (Coords.). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 31.

²³⁷MOREIRA, Mariana. A História do Estatuto das Cidades, *In: Estatuto das Cidades*. DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (Coords.). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 32.

²³⁸CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O Estatuto Epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: Possibilidades e Obstáculos na Tutela do Direito à Cidade. *In: Direito da Cidade: Novas Concepções Sobre as Relações Jurídicas no Espaço Social Urbano*. COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (Coords.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 53-69.

busca de solução de problemas sociais graves, como a moradia e o saneamento, que o caos urbano faz incidir, de modo contundente, sobre as camadas carentes da sociedade.

São princípios do Direito Urbanístico, conforme expõem Janaína Rigo Santin e Ricardo Quinta Mattia “(...) *a função social da cidade e da propriedade urbana, que norteiam a atuação do Poder Público na busca de condições dignas de vida para os cidadãos, respeitando seus direitos e garantias individuais e sociais, mas também, ordenando o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo*”²³⁹.

3.3. INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988, O ESTATUTO DAS CIDADES E O PLANO DIRETOR

Analisada, a propriedade, nos contextos histórico, axiológico e normativo, foi possível conhecer, e reconhecer, as transformações do instituto da propriedade e do direito à propriedade. As várias vertentes normativas que o direito de propriedade conheceu, no plano do individualismo, o consagraram, como um direito humano fundamental, ao lado do Estado Social de Direito, o que exigiu que o instituto fosse planejado, por meio do direito positivo, em todos os segmentos da atividade humana, dentre eles, o meio urbano.

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da função social da propriedade foi tratado de forma muito mais contundente, por meio de normas mais específicas e aplicáveis, bem como, com o estabelecimento de sanções para o seu descumprimento²⁴⁰.

Tanto o direito de propriedade quanto a função social da propriedade, na atual sistemática constitucional, compõem o rol dos direitos e garantias fundamentais. Isso implica dizer que ambos têm aplicação imediata, por força do disposto no §1º do citado art. 5º, sendo que, a referida auto-aplicabilidade ainda não havia sido inserida

²³⁹SANTIN, Janaina Rigo; MATTIA, Ricardo Quinto. Direito urbanístico e Estatuto das Cidades. *In: Revista de Direito Imobiliário*. Ano 30. nº 63. jul-dez. 2007, p. 39.

²⁴⁰Inovação que merece destaque dentre as que foram trazidas pela nova ordem é a fixação do conteúdo da função social a que deve estar adstrito o exercício dos direitos relativos ao domínio. O caráter principiológico, de que era revestida a regra da função social, na sistemática anterior, foi mantido. A inovação constitui em definir seu conteúdo, exigir seu cumprimento e sancionar o seu descumprimento.” RABAHIE, Marina Mariani de Macedo, *Função Social da Propriedade*, *in Temas de Direito Urbanístico II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 252.

em uma Constituição pátria, razão pela qual, o Poder Judiciário relutava em reconhecer tal aplicabilidade, provavelmente, como elucida Adilson Abreu Dallari²⁴¹, em razão da predominância, nessa instância, de um “fetichismo legalista”, que determina que qualquer princípio deve ser traduzido em normas legais, em específicas regras de comportamento, para ser aplicado.

Contudo a questão se encontra superada desde a promulgação da Lei nº 10.257/01 (Estatuto das Cidades), a qual, regulamentou a matéria, dando efetividade e aplicabilidade aos princípios constitucionais, conforme se buscará demonstrar no presente trabalho.

Cumpra observar que decorrem duas premissas do disposto Nos incisos XXII e XXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, indispensáveis, para a compreensão do conteúdo do direito de propriedade, no plano constitucional.

Enquanto que o inciso XXII, do artigo 5º, estabelece o direito de propriedade, como uma garantia, o inciso XXIII, do mesmo dispositivo, impõe um mandamento especial, a saber, o de que a propriedade deve incondicionalmente, atender à função social.

Não devemos olvidar que a Constituição Federal estabeleceu mandamento finalístico, quando exige que a propriedade atenderá sua função social, não havendo razão para o proprietário não se ater à necessária destinação do imóvel urbano, de que detém a posse, ou o domínio, pois, se isso não ocorrer, necessariamente surgirá o imperativo do Estado, e as conseqüentes restrições ao direito de propriedade do particular, a fim de que o exercício dessa propriedade não seja feito, sem atender às imposições de ordenação das cidades, expressas no plano diretor, inclusive, por meio da desapropriação.

Na mesma linha constitucional, o § 2º, do artigo 182, da Constituição Federal, não nos fornece elementos de cognição, para que possamos delinear os elementos

²⁴¹Como se sabe, os princípios da função social da propriedade e da função social da cidade já figuravam no Texto da Constituição Federal de 1988, mas, não obstante o pacífico entendimento doutrinário no sentido de que tais princípios são dotados de positividade e eficácia, na prática, especialmente perante o Poder Judiciário, predomina um fetichismo legalista, segundo o qual qualquer princípio, para ser aplicado, precisa estar traduzido em normas legais, em específicas regras de comportamento. (...) Princípios são ‘normas’, no sentido que determinam ou autorizam determinados comportamentos ou, pelo menos, vedam a adoção de comportamentos com eles conflitantes. DALLARI, Adilson de Abreu. Instrumentos da Política Urbana, *in* **Estatuto das Cidades – Comentários a Lei Federal 10.257/01**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 73.

da função social da propriedade urbana, porquanto estabelece, apenas, que para que se cumpra a função social da propriedade, necessariamente, não de ser atendidas, as exigências de ordenação da cidade, expressas no plano diretor.

Nesse sentido, o plano diretor aparece como um vetor da política urbana, que tem como diretiva maior, para implementar a função social da propriedade, o atendimento aos preceitos fixados pelas exigências da política local de cada município.

Diante dessa realidade, ainda que haja outros entendimentos, é possível aduzir que a função social da propriedade no plano urbano passa por alguns elementos dentre eles; a exigências fundamentais de ordenação das cidades expressas no plano diretor, o qual deve, necessariamente, trazer os elementos indispensáveis para que o proprietário faça o correto uso da coisa; o atendimento à ordem econômica; e, o atendimento da dignidade humana, desde a posse da terra, no campo, para a moradia e a habitação, como também nas cidades, podendo esta ser na em que medida em que o cidadão e sua família, tendo a propriedade da terra, possam nela se estabelecer. No plano do bem estar social, a propriedade proporciona, ao homem das cidades, a plena harmonia com sua família e com a sociedade, possibilitando o equilíbrio humano, emocional e cultural, premissas básicas de um Estado Social de Direito, cuja pedra de toque é a socialização do direito.

A propriedade urbana, no que se refere à moradia, e como direito humano e fundamental, é bem elucidada por Sergio Iglesias Nunes de Souza, que assegura:

O direito fundamental é um direito interdependente, principalmente quando se trata também de direitos humanos. O mesmo se dá com o direito à moradia. Existe um liame entre ele e o direito à vida, à integridade física, à educação, à existência, ao segredo doméstico, à inviolabilidade do domicílio etc., demonstrando que é um direito interdependente, não isolado, portanto conjugado a outros direitos também fundamentais.²⁴²

²⁴²NUNES DE SOUZA, Sergio Iglesias. **Direito à Moradia e de Habitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 120.

Vista sobre este prisma, a propriedade urbana, atendendo sua função social, no plano da moradia digna da família, desempenha, também, a função econômica, que é propiciar as riquezas necessárias à satisfação da pessoa humana.

Portanto, todo prédio urbano, necessariamente, há de atender à ordem econômica, urbanística e ambiental, a fim de propiciar o crescimento harmônico das cidades. Esse crescimento harmônico representa o equilíbrio ecológico e propicia a sustentabilidade das cidades, dependendo, incondicionalmente, da correta utilização da propriedade urbana.

Também, o artigo 170, inciso III, da Constituição Federal de 1988, veio tratar do direito de propriedade e da função social da propriedade, no capítulo referente aos princípios gerais da atividade econômica, deixando claro que ambos, além de trazerem em si um cunho social, também apresentam interesse econômico relevante.

Nesse ponto, é interessante frisar que a inserção da função social da propriedade no capítulo referente aos princípios gerais da atividade econômica, tem uma razão de ser de grande relevância, como bem observa José Diniz de Moraes²⁴³, na medida em que, ao tratar de referido princípio no art. 5º, inc. XXII e XXIII, o legislador constitucional o conceituou como direito e garantia fundamental, ou seja, um princípio-garantia, altamente vinculante, porém igualmente genérico.

Observa ainda, o referido autor, que tais distinções produzem consequências práticas e jurídicas, especificamente quanto à forma de afastamento das normas, que, em se tratando de direitos e garantias fundamentais, não pode ocorrer por emenda constitucional, vale dizer, somente pela desconsideração total da Constituição, ao contrário do que ocorre com os princípios da ordem econômica, os quais podem ser afastados por emenda constitucional²⁴⁴.

²⁴³A Constituição inscreveu o referido dispositivo em dois capítulos distintos. Entre os direitos e garantias fundamentais, temo-lo como princípio-garantia, dotado, pois, de alto grau de densidade vinculante ou peso normativo, considerando-se a posição que ocupa no sistema jurídico, mas também um alto grau de generalidade e de indeterminabilidade internamente analisado. (...) Já como princípio da ordem econômica é um princípio jurídico fundamental ou princípio jurídico conformador. MORAES, José Diniz de. **A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999, pg.67-68.

²⁴⁴A distinção tem, por sua vez, valor prático e jurídico, pois como princípio-garantia (art. 5º) não pode ser objeto de reforma nem de emenda constitucional, só podendo ser afastado do sistema jurídico afastando-se a própria Constituição, pela revolução; enquanto como princípio politicamente conformador, ou seja, princípio da ordem econômica (art. 170), pode ser afastado por emenda

Porém a distinção mais importante que se afere, quando da análise das duas formas em que a função social da propriedade se coloca na Constituição Federal, refere-se ao papel por ela desempenhado frente ao ordenamento jurídico. Com efeito²⁴⁵, como princípio-garantia (art. 5º), a função social da propriedade pode ceder em colisão com outro princípio, em razão da sua generalidade, mas como princípio fundamental da ordem econômica, enquanto vigente, não pode ceder, deve sempre orientar a atividade econômica, pois tem a função e estruturá-la, e sem o qual ela não pode existir.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 apresenta um capítulo referente à política urbana, onde estabelece princípios, diretrizes e instrumentos para a realização da função social da propriedade urbana.

Tais institutos, conforme nos ensina Adilson Abreu Dallari²⁴⁶, têm um cunho negativo, no sentido de vedar determinado comportamento, mas também, e principalmente, um cunho positivo, no sentido de incentivar e até mesmo obrigar a adoção de determinado comportamento, os quais, segundo o referido autor, é predominantemente individualista e não reconhece a dimensão social da propriedade.

Sobre o tema, o primeiro aspecto de interesse no texto constitucional apresentando no artigo 182, da Constituição Federal de 1988, refere-se à outorga de poderes ao Município, para legislar sobre a política de desenvolvimento urbano.

constitucional. MORAES, José Diniz de. **A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999, pg.68-69.

²⁴⁵ E uma outra distinção é relativa à sua generalidade, pois como princípio-garantia pode ceder em colisão com outro qualquer princípio de valor igual ou superior, ou seja, pode não se efetivar; mas como princípio fundamental da ordem econômica, enquanto não for afastado por emenda ou revisão constitucionais, estará sempre orientando a atividade econômica necessariamente, pois aqui ele não é só um princípio de peso, mas um princípio que estrutura a própria ordem econômica, de modo que ela não pode existir sem ele. Ali a propriedade é garantida de forma autônoma; aqui só existe a ordem econômica instituída pela constituição se houver o princípio da função social da propriedade. Ali, propriedade como função; aqui, propriedade-função. MORAES, José Diniz de. **A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999, pg.69.

²⁴⁶ Os institutos jurídicos acima referidos visam não apenas a vedar comportamentos dos proprietários deletérios aos interesses da coletividade, mas, sim, mais que isso, visam a obter comportamentos positivos, ações, atuações necessárias a realização da função social da propriedade. Entretanto, a experiência indica que, na prática, será muito difícil obter tais comportamentos, sejam eles omissivos (abstenções) ou, principalmente, comissivos (obrigações de fazer), pois, será preciso vencer preconceitos, especialmente no tocante a jurisprudência, que é predominantemente individualista e não contempla a dimensão social da propriedade. DALLARI, Adilson de Abreu. **Instrumentos da Política Urbana, in Estatuto das Cidades – Comentários a Lei Federal 10.257/01**. São Paulo: Malheiros, 2002, pg. 84.

É possível aduzir que tal atribuição representa grande avanço em matéria de aplicação do princípio da função social da propriedade, vez que, é de se concluir que o Poder Público municipal tem pleno conhecimento das necessidades, prioridades e particularidades do respectivo município e de sua população, o que, em razão da imensa extensão geográfica do território brasileiro, juntamente com as não menores disparidades de situação sócio-econômica-cultural, torna praticamente impossível traçar um perfil nacional capaz de concretizar o princípio da função social da propriedade de maneira uniforme e eficaz.

Assim, é o Município quem tem condições de elaborar uma legislação adequada à sua realidade e necessidades, bem como, plenamente eficaz, na aplicação do princípio da função social da propriedade urbana.

Atribuir tal competência ao Poder Público Federal, e mesmo ao Estadual, certamente faria com que a legislação se tornasse inoperante ou injusta, uma vez que, conforme já exposto, tais entes não têm condições, em virtude da vastidão do território por eles abrangido, juntamente com a diversidade cultural, social e econômica de seus habitantes, de atender às necessidades de todos os destinatários da norma.

O segundo aspecto relevante diz respeito à obrigatoriedade da elaboração do plano diretor, para cidades com mais de vinte mil habitantes, considerando este, o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

É forçoso concluir que a intenção do constituinte, quando da elaboração da referida norma prevista §1º, do artigo 182, da Constituição Federal de 1988, foi evitar que a aplicação do princípio da função social da propriedade não se efetivasse, principalmente em cidades onde, supostamente, ela se mostra imprescindível, vale dizer, cidades grandes, com mais de vinte mil habitantes.

Ainda, no tocante ao tema mencionado ao plano diretor, cumpre salientar que em razão de aparente má redação, de acordo com o disposto no §2º, do artigo 182 da Constituição Federal de 1988, *verbis*: “*a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor*”, pode-se extrair entendimento que, por certo, não inspirou o constituinte quando da elaboração da norma, posto que, com efeito, pela literal letra da lei, pode-se entender que não havendo plano diretor, não há cumprimento do princípio da função social da propriedade, e, como as cidades com

menos de vinte mil habitantes não são obrigadas a tê-lo, não estariam estas obrigadas a observar tal princípio.

Conforme explanado, certamente não foi essa a intenção do legislador constitucional ao elaborar a norma, sendo que, a esse respeito, conveniente citar a lição de Liana Portilho de Mattos a qual leciona:

Subordinar a efetividade da função social exclusivamente às exigências de uma lei ordinária corresponderia a apartá-la do conteúdo do direito de propriedade e equipará-la a uma limitação urbanística – exigível somente em casos previstos em lei. É diante de todas as razões expostas que se afirma ser despropositado equívoco a crença no plano diretor como requisito essencial para a efetividade da função social da propriedade.²⁴⁷

E conclui a mencionada autora, que a leitura correta do citado artigo deveria ser: “(...) *a propriedade urbana cumpre sua função social quando [também] atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor*”²⁴⁸.

Nesse ponto se deve frisar que, não se pretende desqualificar o plano diretor enquanto importante instrumento de efetivação da função social da propriedade urbana, especialmente na medida em que se apresenta como requisito essencial para a utilização dos instrumentos da política urbana, descritos no §4º do artigo 182, da Constituição Federal de 1988, nos termos do inc. III do artigo 41 do Estatuto das Cidades, além de sua exigência em outras hipóteses, igualmente descritas no referido art. 41.

O que se observa é que, a inexistência do plano diretor não impede que determinada propriedade cumpra a sua função social, ou seja, o cumprimento da função social não está condicionado, necessariamente à existência de um plano diretor e assim, ela pode cumprir tal função ainda que inexista um plano diretor que a determine.

Obviamente a existência de um plano diretor viabiliza, facilita e operacionaliza a efetivação da função social da propriedade, na medida em que orienta, disciplina,

²⁴⁷MATTOS, Liana Portilho. **Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana à Luz do Estatuto das Cidades**. Rio de Janeiro: Temas e Ideias, 2003, p. 113.

²⁴⁸MATTOS, Liana Portilho. **Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana à Luz do Estatuto das Cidades**. Rio de Janeiro: Temas e Ideias, 2003, p. 113.

regulamenta e instrumentaliza a matéria, porém, acima supra explanado, sua inexistência, não obstaculiza o cumprimento, pela propriedade, de sua função social.

O §3º, do citado artigo 182, disciplina que as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Apesar de se referir expressamente a imóveis urbanos, é de se concluir que redundou o legislador constituinte, em vista da norma contida no inc. XXIV do art. 5º, que dispõe sobre imóveis em geral, de modo que o §3º, do artigo 182, simplesmente repete, em um campo mais específico (imóveis urbanos), as garantias já concedidas pelo inciso XXIV, do artigo 5º, em outro mais genérico (imóveis rurais e urbanos), em nada inovando ou acrescentando.

No §4º, o legislador constituinte criou instrumentos de política urbana, com o escopo de coibir a especulação imobiliária, por meio da punição do proprietário de imóvel urbano incluído no plano diretor, que esteja subutilizado, ou não esteja utilizado ou edificado.

Tais instrumentos constituem o tema do Plano Diretor enquanto destinados à efetivação do princípio da função social da propriedade urbana.

Finalmente, o artigo 183 da Constituição Federal de 1988, dispõe sobre a usucapião especial de imóvel urbano, matéria abordada tanto no Estatuto das Cidades, quanto no Código Civil de 2002, mas que, foge ao nosso objetivo nessa oportunidade.

Segundo o entendimento de Elida Séguin, é de se ressaltar que os instrumentos da política urbana instituídos pela Constituição Federal de 1988 e regulamentados pelo Estatuto das Cidades, trouxeram uma nova roupagem à função social da propriedade, na medida em que a atrelou ao aproveitamento do bem à destinação que o plano diretor lhe atribuir²⁴⁹.

Conforme se depreende do próprio *nomen iuris* do instituto, os instrumentos da política urbana visam a dar aplicabilidade às diretrizes gerais constantes na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional, as quais, se fundam basicamente, no princípio da função social da propriedade, vale dizer, são

²⁴⁹ Novamente o direito do proprietário receberá novo contorno no plano municipal. As punições para o que descumpra o ordenamento recaíram sobre a *res*. É a propriedade que responderá através da edificação compulsória, do IPTU progressivo e da desapropriação-sanção. SÉGUIN, Elida. **Estatuto das Cidades**, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 144.

instrumentos servíveis à aplicação dos princípios constitucionais, traduzidos nas citadas diretrizes gerais.

Pelo disposto no art. 1º da citada lei, nota-se que esta regulamenta o disposto nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, com a instituição do Estatuto das Cidades, cuja definição está contida no bojo da própria lei, quando esta disciplina no parágrafo único de seu artigo 1º, *que “para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto das Cidades, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”*.

Um das características das normas contidas na citada lei é a restrição de seu objeto quanto ao uso da propriedade de caráter urbano e o estabelecimento expresso de sua finalidade em prol do bem coletivo, da segurança e do bem estar dos cidadãos, bem como, do equilíbrio ambiental, deixando claro que, qualquer interpretação de suas disposições deve ser norteada por tais parâmetros.

É possível aduzir que se justifica a exclusão das áreas rurais ou não urbanas, do objeto da lei, em razão do fato de que tais áreas apresentam características e necessidades diferentes das localizadas em zonas urbanas, vale dizer, predominantemente relacionadas a espaços para o cultivo e a produção agropecuária, sendo que, em razão da baixa densidade populacional, diminui sobremaneira, a necessidade de implementar equipamentos urbanos, bem como, instrumentos de ordenação das cidades.

Com efeito, o bem coletivo para os habitantes do sul do país, pode não ter exatamente a mesma configuração que tem para os habitantes do norte ou nordeste, tamanha a diferença sócio-cultural que os separa.

É óbvio que em alguns aspectos todos os conceitos se tocam, sobretudo em questões ditas universais, que exprimem o bem coletivo e a segurança e bem estar dos cidadãos quase que de maneira uniforme, e que podem ser exemplificadas por meio de instrumentos urbanos como: água encanada, tratamento de esgoto, energia elétrica, etc.. Trata-se de entendimento pacífico que tais instrumentos promovem o bem coletivo e segurança e bem estar dos cidadãos em qualquer parte do país, independente de fatores sociais, culturais e econômicos.

O problema surge quando se discute questões com outro relevo social, tais como: a construção de uma praça, de um parque ou mesmo derrubada de árvores

para a realização de alguma obra pública; ou quando a contrapartida (o preço) para a implementação de determinado equipamento comunitário ou urbano²⁵⁰.

É de se concluir que em tais casos, os aspectos culturais, sociais, religiosos, econômicos, etc., terão grande importância na decisão a ser tomada, visando à promoção do bem coletivo. Assim, a solução dada para o impasse em uma determinada região do país, pode não se a mesma que a eleita em outra região, em virtude da influência dos mencionados fatores externos.

Ademais, a função social da propriedade urbana deve ser reconhecida, não apenas como a destinação econômica da propriedade a atender os fins sociais, mas também, e, sobretudo, aos aspectos urbanísticos. Decorre daí que o proprietário deve cumprir as posturas municipais para adequar seu imóvel à realidade paisagística da cidade. Essa realidade urbanística, ao que nos parece, há de estar inserida no plano diretor, que é o vetor da política urbana.

Assim, sem perder de vista a necessidade de se atender as peculiaridades locais e, com o intuito de se efetivar o disposto na Constituição Federal de 1988, no que diz respeito do direito fundamental à propriedade urbana e ao princípio da função social da propriedade, o legislador infraconstitucional dividiu tematicamente o Estatuto das Cidades, em cinco capítulos, a saber: I – Diretrizes Gerais, II – Dos Instrumentos da Política Urbana, III – Do Plano Diretor, IV – Da Gestão Democrática das Cidades e, V – Disposições Gerais.

Dessa forma, o Poder Público pode fazer uso de instrumentos legais, para coibir o uso da propriedade, que não atende, no plano urbanístico, à função social. O que se percebe é que a função social da propriedade urbana está a exigir, do proprietário, o uso do imóvel, de forma condizente com a realidade do meio urbano, usando de instrumentos legais para exigir a correta destinação do imóvel.

²⁵⁰ A respeito da distinção entre equipamentos urbanos e comunitários, registre-se o disposto na Lei 6.766/79 (§2º do art. 4º e no parágrafo único do art. 5º), a qual inclui dentre os primeiros: abastecimento de água, serviços de esgotos, energia elétrica, coletas de águas pluviais, rede telefônica e gás canalizado; e dentre os segundos: educação, cultura, saúde, lazer e similares.

3.4. AS FUNÇÕES SOCIAIS DA CIDADE

Na busca pela eficácia normativa, é importante lembrar que a função social da propriedade é princípio máximo da política urbana, de modo que, o próprio texto legal demonstra preocupação não só com a função social da propriedade, mas também, com a da cidade, sendo que, nos dizeres de Priscila Ferreira Blanc, “é importante ressaltar que pouca diferença há entre elas, já que a função social da cidade acaba por abranger a da propriedade, sendo aquela maior que esta”²⁵¹.

Para uma efetiva operacionalização da função social da propriedade urbana, não basta a existência de instrumentos jurídicos no corpo do Estatuto das Cidades, eles precisam ser aplicados toda vez que a propriedade esteja disfuncionalizada para possibilitar a todos o direito de viverem em cidades sustentáveis, sendo este, aliás, um dos objetivos previstos no artigo 2º, inciso I, da Lei 10.257/2001.

É forçoso concluir que o direito à cidade deve ser considerado como um direito fundamental decorrente das funções sociais da cidade, de modo que sua fundamentação encontra guarida no § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, onde esta preceitua que os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados²⁵².

Observe-se que, segundo Nelson Saule Júnior, há uma “*conexão entre a cidade atender as suas funções sociais e seus habitantes exercitarem o direito a cidades sustentáveis, uma vez que, o objetivo é o mesmo de as pessoas terem um padrão de vida digna mediante o acesso a uma moradia adequada, ao trabalho e ao lazer e de a cidade ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sustentável*”²⁵³.

O direito à cidade pode ser compreendido como:

²⁵¹BLANC, Priscila Ferreira. **Plano diretor urbano & função social da propriedade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 77.

²⁵²A Constituição admite que possam ser concebidos novos direitos em nosso ordenamento jurídico, além dos previstos expressamente na Constituição, desde que estes direitos sejam coerentes com o seu regime e princípios. SAULE JÚNIOR, Nelson. **Direito Urbanístico: Vias Jurídicas das Políticas Urbanas**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2007, p. 51.

²⁵³SAULE JÚNIOR, Nelson. **Direito Urbanístico: Vias Jurídicas das Políticas Urbanas**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2007, p. 52.

(...) expressão do direito à dignidade da pessoa humana, o núcleo de um sistema composto por um feixe de direitos que inclui o direito à moradia - implícita a regularização fundiária -, à educação, ao trabalho, à saúde, aos serviços públicos – implícito o saneamento -, ao lazer, à segurança, ao transporte público, à preservação do patrimônio cultural, histórico e paisagístico, ao meio ambiente natural e construído equilibrado – implícita a garantia do direito a cidades sustentáveis como direito humano na categoria dos interesses difusos.²⁵⁴

Pelo disposto no artigo 182, da Constituição Federal de 1988, e, no artigo 2º, do Estatuto das Cidades, o direito de propriedade se encontra também subordinado ao cumprimento das funções sociais da cidade, e, para isto, o Poder Público Municipal conta com o Plano Diretor, como instrumento urbanístico de ordenação da cidade.

Nesse sentido, segundo Janaina Rigo Santin e Ricardo Quinto Mattia, “o conceito de função social da propriedade urbana coincide com a função social da cidade, pois, a ordenação da cidade para garantir o bem-estar de seus habitantes depende que a propriedade cumpra a sua função social”²⁵⁵.

Da maneira como a propriedade urbana se encontra positivada na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto das Cidades, ela deve ser compreendida num contexto maior, que envolve o interesse geral das cidades na ordenação de um espaço urbano includente, igual, justo, que garanta os direitos individuais, coletivos, sociais e ambientais da população para esta e para as futuras gerações.

Nas palavras de Nelson Saule Júnior, a instituição das funções sociais da cidade como princípio norteador da política urbana “aponta para a construção de uma nova ética urbana, em que os valores da paz, da justiça social, da solidariedade, da cidadania, dos direitos humanos predominem no desempenho das atividades e funções da cidade”²⁵⁶.

Todavia, a operacionalização das funções sociais da cidade somente ocorrerá com a participação ativa de seus habitantes, sendo suficiente a sua condição de

²⁵⁴CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O Estatuto Epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: Possibilidades e Obstáculos na Tutela do Direito à Cidade, *In: Direito da Cidade: Novas Concepções Sobre as Relações jurídicas no Espaço Social Urbano*, COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (Coords.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 53-69.

²⁵⁵SANTIN, Janaina Rigo; MATTIA, Ricardo Quinto. Direito urbanístico e Estatuto das Cidades. *In: Revista de Direito Imobiliário*. Ano 30. nº 63. jul/dez. 2007, p. 48.

²⁵⁶SAULE JÚNIOR, Nelson. *Direito Urbanístico: Vias Jurídicas das Políticas Urbanas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2007, p. 55.

cidadão, daí a importância da gestão democrática da cidade através da participação da população e das associações dos vários seguimentos da comunidade, conforme preceitua o inciso II, do artigo 2º, do Estatuto das Cidades.

A cidade deve ser, segundo Rosângela Lunardelli Cavallazzi “(...) *considerada bem social e espaço público de significação e mediação historicamente construído, a qual impõe ao proprietário do solo o dever de exercer o seu direito em benefício da sociedade*²⁵⁷”, devendo ser entendida como o lugar ou espaço, no qual nascem e reproduzem todas as relações humanas decorrentes da vida em comunidade, na qual uma pessoa depende naturalmente de outra para alcançar seus objetivos e sua felicidade.

Pode-se aduzir que o homem é por natureza um ser social e a cidade é o lugar em que ele melhor se identifica, por isso, ela precisa ser aprazível e boa para se viver, não só para à presente, mas, também para as futuras gerações.

Conforme explica Carlos Henrique Dantas da Silva, “o espaço da cidade não é em si uma função, mas é o locus onde as pessoas devem respeitar e legitimar os direitos e deveres mútuos. Isso significa que a cidade possui uma função própria de sua natureza, que é ser o lugar criado artificialmente para propiciar aos seus habitantes, atuais e futuros, uma boa qualidade de vida²⁵⁸”, devendo ser entendida como funções sociais da cidade, não somente o lugar geográfico e de mera reunião de pessoas, mas como o espaço destinado à habitação, ao trabalho, à circulação, ao lazer, à integração entre os seres humanos, ao crescimento educacional e cultural.

²⁵⁷CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O Estatuto Epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: Possibilidades e Obstáculos na Tutela do Direito à Cidade. *In: Direito da Cidade: Novas Concepções Sobre as Relações Jurídicas no Espaço Social Urbano*. COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (Coords.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 58.

²⁵⁸SILVA, Carlos Henrique Dantas da. *Plano Diretor, Teoria e Prática*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 75.

4. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1. A FUNÇÃO SOCIAL NOS ESPAÇOS URBANOS: UM CONTEXTO DELINEADO PELA MERCANTILIZAÇÃO DAS CIDADES

As cidades e as megalópoles constituem o centro de articulação política e cultural da modernidade²⁵⁹. O papel que elas ocuparão a partir do caos mutante gerado pela globalização neoliberal ainda está por ser resolvido, especialmente, no que se refere a infraestrutura urbana como meio de atender ao princípio da função social da propriedade.

As cidades, como os sonhos, são construídas por desejos e medos, os muros que as cercavam, na Antiguidade, e os condomínios fechados das cidades pós-moderna, são reflexos das modificações pelas quais vem passando o arranjo espacial dos centros urbanos.

A reestruturação urbana passa por uma destruição criadora dentro de uma dimensão planetária. Em qualquer lugar do mundo, bairros populares bem localizados são revitalizados, enquanto seus antigos habitantes são deslocados para conjuntos habitacionais nas periferias para dar lugar a novos projetos residenciais.

Vivemos um momento de iniciativas culturais prestigiosas capazes de mobilizar investidores, promotores, diretores e quadros sociais superiores, além de turistas e detentores de capital, de modo que, para o geógrafo David Harvey²⁶⁰, *“atualmente, a famosa formula romana – pão e circo – candidata-se a ser reinventada e revivida, conforme a ideologia da localidade do lugar e da comunica torna-se central para a retorica política da governança urbana, que se concentra na ideia da união, na defesa contra um mundo hostil e ameaçador de comercio internacional e concorrência acirrada”*.

²⁵⁹Geralmente percebido como positivista, tecnocêntrico e reacionista, o modernismo universal tem sido identificado com a crença no progresso linear, nas verdades absolutas, no planejamento racional de ordens sociais ideais, e com a padronização do conhecimento e da produção. O pós-moderno, em contraste, privilegia a heterogeneidade e a diferença como forças libertadoras na redefinição do discurso cultural. A fragmentação, a indeterminação e a intensa desconfiança de todos os discursos universais ou (para usar um termo favorito) totalizantes são o marco do pensamento pós-moderno. HARVEY, David. **Condição Pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. 22ª Ed. São Paulo: Loyola, 2012, p. 19.

²⁶⁰HARVEY, David. **A produção capitalista do espaço**. São Paulo: Annablume, 2005, p. 183.

As cidades passam por um complexo emaranhado de ações que, se por um lado, evidencia um planejamento consciente, tanto a nível urbanístico e ambiental quanto a nível socioeconômico, por outro lado, deixa transparecer uma evolução determinada por pressões hegemônicas de ordem mundial²⁶¹.

As grandes cidades hoje se constituem como territórios que contêm os elos de uma relação comutativa com o mundo. Por elas transita uma socialização de novo tipo, baseada no tempo virtual e numa nova concepção de espaço onde as partes desintegradas são sempre novas e cada vez menos surpreendentes. Elas são o lugar físico onde as partes do espaço fragmentado compõem mega-espacos locais e globais ao mesmo tempo. Neste não-lugar fluem as formas fantásticas do capital.

Conforme os ensinamentos de David Harvey²⁶², “*dever-se-ia considerar a urbanização um processo social espacialmente fundamentado, no qual um amplo leque de atores, com objetivos e compromissos diversos, interagem por meio de uma configuração específica de práticas espaciais entrelaçadas*”, podendo-se aduzir que, atualmente, além dos atores pré-identificados nas figuras de governos, autoridades e sociedade civil (agentes locais), passamos a considerar a existência de atores locais, nacionais e internacionais.

As leituras que são feitas pelos diferentes atores sociais dentro da sociedade civil²⁶³, estão, a todo o momento, em disputas e configuram uma relação dialética

²⁶¹ Há uma concordância geral de que a mudança tem a ver com as dificuldades enfrentadas pelas economias capitalistas a partir da recessão de 1973. A desindustrialização, o desemprego disseminado e aparentemente estrutural, a austeridade fiscal aos níveis tanto nacional quanto local, tudo isso ligado a uma tendência ascendente do neoconservadorismo e a um apelo muito mais forte (ainda que, frequentemente, mais na teoria do que na prática) à racionalidade do mercado e a privatização, representam o pano de fundo para entender por que tantos governos urbanos, muitas vezes de crenças políticas diversas e dotados de poderes legais e políticos muito diferentes, adotaram todos uma direção muito parecida. A maior ênfase na ação local para enfrentar esse males também parece ter algo a ver com a capacidade declinante do Estado-Nação de controlar os fluxos financeiros das empresas multinacionais, de modo que o investimento assume cada vez mais a forma de negociação entre o capital financeiro internacional e os poderes locais (que fazem o possível para maximizar a atratividade do local com chamariz para o desenvolvimento capitalista). HARVEY, David. **A produção capitalista do espaço**. São Paulo: Annablume, 2005, p. 165.

²⁶² HARVEY, David. **A produção capitalista do espaço**. São Paulo: Annablume, 2005, p. 168.

²⁶³ A construção de uma nova concepção de sociedade civil é resultado das lutas sociais empreendidas por movimentos e organizações sociais nas décadas anteriores, que reivindicaram direitos e espaços de participação social. Essa nova concepção construiu uma visão ampliada da relação Estado-sociedade, que reconhece como legítima a existência de um espaço ocupado por uma série de instituições entre o mercado e o Estado, exercendo o papel de mediação entre coletivos de indivíduos organizados e as instituições do sistema governamental. Este espaço é trabalhado segundo valores motores de suas ações, resgatando as relações pessoais diretas e as estruturas comunitárias da sociedade, dadas pelos grupos de vizinhança, parentesco, religião,

que para além das lutas simbólicas atravessam também o campo das práticas. A concepção de diferentes leituras demonstra que a cidade pode ser pensada de diferentes maneiras. Considerando que as cidades são constituídas por diversos atores sociais e que eles têm interesses e perspectivas distintas de apropriação do espaço urbano as leituras do real são, portanto, produtos da correlação de forças instituída e que constantemente vêm construindo a imagem síntese de cidade que se quer.

É da maior relevância, talvez além do próprio conteúdo dessas cidades, a nível de estrutura, de saneamento, estrutura de transportes e abastecimento, entre outros aspectos, que as cidades são produzidas e vendidas. Entenda-se por vender, atrair investidores, firmar contratos, e, finalmente, solidificar a própria marca, diante de um mercado cada vez mais exigente, em que é muito difícil estabelecer-se uma imagem vendável.

A construção da cidade reflete a construção ordenada da exclusão, tendo como base a aceitação da exclusão e sua colocação dentro de uma ordem urbana. Mike Davis²⁶⁴ relata, de forma emblemática, o seguinte retrato de Los Angeles a partir de um episódio circunstancial; onde, como o diretor da comissão de planejamento da cidade explicou a linha oficial para repórteres incrédulos, que não é contra a lei dormir na rua per se, só quando se ergue alguma espécie de abrigo (...) *“esta repressão cínica transformou a maioria dos sem-teto em beduínos urbanos. Eles são visíveis em todos os lugares do Centro, empurrando seus poucos e patéticos pertences em carrinhos de supermercado roubados, sempre fugitivos em movimento, espremidos entre a política oficial de contenção e o sadismo progressivo das ruas do Centro”*.

Assim, deve-se considerar o lugar ocupado pelas cidades, no cenário atual. Cenário este que, aliás, ainda está sendo desenhado, finalizado e parece apontar para uma quebra de barreiras de natureza cultural, idiomática e até mesmo

hobbies, lazeres, aspirações culturais, laços étnicos, afetivos, etc. No Brasil, esse papel passou a ser desempenhado pelas ONGs que fazem a mediação entre aqueles coletivos organizados e o sistema de poder governamental, como também entre grupos privados e instituições governamentais. GOHN, Maria da Glória. **Teorias dos movimentos sociais**. 4ª Ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 301.

²⁶⁴DAVIS, Mike. **Cidade de quartzo**: escavando o futuro em Los Angeles. São Paulo: Página Aberta, 1993, p. 215.

territorial. Talvez fosse mais adequada uma análise não do lugar, mas do papel desempenhado pelas cidades dentro da defesa dos direitos fundamentais, sendo certo que, dentro de umas perspectivas, as cidades hoje são, cada vez mais, administradas como mercadorias.

Possivelmente isso se deve a tendência atual do capitalismo, em que a fixação de territórios se dá muito mais pela presença e subsequente ação hegemônica, junto aos principais centros de decisão, numa ação, portanto, mais sutil, do que pela demonstração de forças, expressas no passado por desfiles de poderio bélico, por exemplo.

Nesse paradigma, o mercado mundial de cidades é movida por e, ao mesmo tempo movimenta alguns outros mercados.

A ideia de gestão empresarial das cidades agrega valores que a administração em parcerias configura enquanto lócus modernizador da globalização. Os investimentos vão desde os imobiliários, aos culturais e comerciais, reorientando a geografia e a história social dos lugares, de modo que, como ressalta David Harvey²⁶⁵, *“quando falamos da transição do administrativo urbano para o empreendedorismo urbanos nessas duas ultimas décadas, temos de reconhecer os efeitos de tal mudança através dos impactos sobre as instituições urbanas, assim como sobre os ambientes urbanos construídos”*.

Para discutir o destino da cidade global, apenas para ficar na expressão na socióloga Saskia Sassen²⁶⁶, portanto, é necessário, antes, responder o que faremos

²⁶⁵ HARVEY, David. **A produção capitalista do espaço**. São Paulo: Annablume, 2005, p. 168-169.

²⁶⁶As grandes cidades ao redor do mundo são o terreno onde um multiplicidade de processos de globalização assume formas concretas e localizadas. Essas formas são, em boa medida, o que a globalização que dizer. Se considerarmos também que uma proporção cada vez maior da populações em desvantagem social – imigrantes na Europa e nos Estados Unidos, afro-americanos e latinos nos Estados Unidos, migrantes rurais na Ásia, massa de moradores de favelas nas megacidades do mundo em desenvolvimento – concentram-se nas grandes cidades, podemos ver que as cidades se tornaram espaços estratégicos onde ocorre uma serie de conflitos e contradições. Podemos estão pensar nas cidades como um dos locais onde as contradições da globalização do capital podem se manifestar. Por um lado, as grande cidades concentram uma quantidade desproporcional do poder corporativo e são um dos principais locais para a supervalorização da economia corporativa; por outro lado, concentram uma quantidade desproporcional de indivíduos em desvantagem social e são um dos principais lugares para sua desvalorização. Essa presença conjunta ocorre em um contexto em que, primeiramente, a transnacionalização de economias aumentou notadamente e as cidades se tornaram cada vez mais estratégicas para o capital global, em segundo, as pessoas marginalizadas encontraram sua voz e estão fazendo suas próprias reivindicações sobre a cidade. SASSEN, Saskia. **Sociologia da globalização**. Porto Alegre: Artmed, 2012, p. 106.

do nosso destino social coletivo e, qual a ordem que disporá, no tabuleiro da sociedade, a aceitação ou não da exclusão e das hierarquias.

Hoje, as cidades deixaram de ser os espaços físicos de uma burguesia estável, enraizada no passado, com o seu peso político e cultural moldado nas revoluções industriais clássicas, embora, seja possível, ainda, encontrar os vestígios da cidade burguesa sólida e confrontável e assim registrá-los como memória, no caldeirão desordenado, caótico ou frígido do mundo moderno²⁶⁷.

É impossível, neste contexto, pensar o futuro das cidades sem pensar naquilo que Elmar Altvater²⁶⁸ denominou de autoridade política do mercado mundial e, também, na crise como elemento que implica interferir na forma e substância da democracia.

Assim, cabe a nova concepção do direito de propriedade, especialmente por meio do princípio da função social da propriedade urbana, auxiliar na busca pela consecução dos direitos fundamentais, representados pelo novo papel da cidade global, que, em contraponto a sua mercantilização, deve buscar satisfazer os direitos fundamentais de seus habitantes e demais cidadãos.

Neste contexto de mercantilização originada da pós-modernidade, Edésio Fernandes²⁶⁹ defende que a ordem jurídica brasileira reconhece o direito à cidade, sendo que a Constituição Federal de 1988, assegura a cidadania, a participação popular, o bem estar de todos, os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, à educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, previdência social, proteção à maternidade, infância, assistência aos desamparados, sem prejuízo de outros direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição e dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, reconhecendo o direito à cidade, ao garantir, no capítulo sobre política urbana, as funções sociais da cidade e o bem estar dos seus habitantes.

²⁶⁷O modernismo só podia falar do eterno ao congelar o tempo e todas as suas qualidades transitórias. HARVEY, David. **Condição Pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. 22ª Ed. São Paulo: Loyola, 2012, p. 30.

²⁶⁸ALTVATER, Elmar. Os desafios da globalização e da crise ecológica. *In: A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p. 120.

²⁶⁹FERNANDES, Edésio. **Política urbana na Constituição Federal de 1988 e além: implementando a agenda da reforma urbana no Brasil**. Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU, Belo Horizonte, Ano 7, N. 42, nov/dez 2008, p. 48-57.

Por sua vez, o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/01, no mesmo sentido, reforça que as normas são de ordem pública e interesse social e que a política urbana tem por objetivo ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade mediante diretrizes da garantia do direito a cidades sustentáveis, da gestão democrática, do planejamento e da cooperação entre os governos, iniciativa privada e demais setores da sociedade no processo de urbanização.

Assim, é de se concluir que o direito à cidade é um dos pressupostos para a efetivação dos direitos à moradia, ao trabalho, ao lazer, viabilizados por um sistema de acessibilidade urbana, de modo que, sem a cidade estruturada para todos não há como falar na promessa da modernidade, no Estado Democrático de Direito e na efetivação dos direitos fundamentais no meio urbano.

É de concluir que a gestão de cidades, no mundo contemporâneo, é um desafio dada à sua complexidade e interdisciplinaridade do tema, sendo a gestão local descentralizada estabelecida pela Constituição Federal de 1988 e os desafios da sustentabilidade albergados pelo moderno constitucionalismo são necessariamente abordados de forma interdisciplinar, visto que o tema chama à análise de conceitos de várias ciências, onde, conforme os ensinamentos de Leandro Franklin Gorsdorf e Carolina Caraíba Nazareth Alves²⁷⁰:

A análise de nossas cidades não pode passar à margem dos processos existentes em escala global, principalmente econômicos, que trazem desafios e agudizam as situações de desigualdades existentes nas cidades. No contexto da mundialização da economia, isto é, da globalização econômica do processo de estruturação do espaço e do acesso a direitos nas cidades, é que devemos nos deter para encontrar perspectivas de rupturas para enfrentamento de um tipo de planejamento urbano que permite e induz a crescente segregação de grandes parcelas da população.

O impacto mais visível na mercantilização das cidades é a influência decisiva do capitalismo financeiro, ainda o produtivo, na produção social do espaço. Se em nossas cidades já se encontrava constituído um espaço urbano capitalista, *“produto social, resultado de ações acumuladas através do tempo, e engendradas por*

²⁷⁰GORSODRF, Leandro Franklin; ALVES, Carolina Caraíba Nazareth. A Função Social da Propriedade Urbana e os Planos Diretores Uma Leitura da Região Metropolitana de Curitiba. In **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. CORTIANO JUNIOR, Erouths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo. Curitiba: Juruá, 2009, 241.

*agentes que produzem e consomem espaço*²⁷¹”, estes antigos agentes (proprietários dos meios de produção, proprietários fundiários, promotores imobiliários, o Estado e os grupos sociais excluídos), mas não por isso menos atuantes, encontram atualmente novos agentes nesse processo de desenvolvimento das cidades, como os detentores do capital financeiro, (bancos), capital especulativo (bolsas de ações), *holdings*, empreendimentos de turismo, empresas de comunicação, de tecnologia.

Nesta conjuntura, nos dizeres de Leandro Franklin Gorsdorf e Carolina Caraíba Nazareth Alves²⁷², se processam novos rearranjos territoriais, com a redefinição do espaço urbano das cidades. Nesse sentido, a fim de possibilitar essas mudanças, realizaram-se reformas institucionais de liberalização de terras e da moradia e privatização dos serviços públicos, criando, desta forma, espaços onde impera a seletividade no que se refere ao acesso a direitos, à habitação, à terra urbanizada, à moradia adequada, indo na contramão, ao direito fundamental a propriedade e a função social das cidades.

Assim, a propriedade como categoria filosófica jurídica não foi construída apenas para garantir os processos capitalistas de produção e reprodução, inclusive do espaço urbano²⁷³, que transforma a terra urbanizada em mercadoria, onde há prevalência do valor de troca, ao invés de seu valor de uso, com vistas ao atendimento a necessidades, dentro da defesa dos direitos fundamentais.

²⁷¹GORSDORF, Leandro Franklin; ALVES, Carolina Caraíba Nazareth. A Função Social da Propriedade Urbana e os Planos Diretores Uma Leitura da Região Metropolitana de Curitiba. In **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. CORTIANO JUNIOR, Erouths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo. Curitiba: Juruá, 2009, 241.

²⁷²GORSDORF, Leandro Franklin; ALVES, Carolina Caraíba Nazareth. A Função Social da Propriedade Urbana e os Planos Diretores Uma Leitura da Região Metropolitana de Curitiba. In **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. CORTIANO JUNIOR, Erouths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo. Curitiba: Juruá, 2009, 242.

²⁷³O espaço construído pela malha mundial de cidades globais, um espaço com novas potencialidades econômicas e políticas, talvez seja um dos espaços mais estratégicos para a formação de novos tipos de políticas, identidades e comunidade, incluindo aquelas transnacionais. SASSEN, Saskia. **Sociologia da globalização**. Porto Alegre: Artmed, 2012, p. 107.

4.2. A EFICÁCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA EM FACE DOS INSTRUMENTOS DE POLÍTICA URBANA NO ESTATUTO DAS CIDADES

Inicialmente, mostra-se interessante atentar à exigência constitucional de lei específica, para a efetividade e aplicação de algumas das punições contempladas nos termos da Lei Federal nº 10.257/2001, denominada Estatuto das Cidades, deixando claro não se tratar de norma *in locu* autoaplicável, pela citada exigência de lei específica para regulamentar matéria, e pela necessidade de lei municipal para fazer cumprir as exigências e executar eventuais punições.

Como antes aduzidos, o legislador constituinte prestigiou o Poder Público municipal, outorgando a ele a competência legislativa para definir os casos em que será exigido do proprietário, o adequado aproveitamento de seu imóvel, bem como, aplicar, sucessivamente as penas, caso tal aproveitamento não ocorra.

Segundo Luís Portella Pereira, às diretrizes gerais do Estatuto das Cidades, *“têm a função legislativa de, através de seus instrumentos, ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana”²⁷⁴*, sendo expostas, basicamente, no texto do artigo 2º da referida Lei, a política urbana eleita pelo legislador para ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

No tocante ao referido artigo, o inciso I, dispõe ser garantida o direito à cidades sustentáveis, entendido como, o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

A primeira diretriz geral que pode ser estabelecida se refere à garantia do direito a cidades sustentáveis e apresentando as características mínimas para esta ser considerada sustentável, arrolando os equipamentos urbanos, infra-estrutura, e condições de desenvolvimento e oportunidades, que uma cidade deve possuir para oferecer aos seus moradores.

O inciso II apresenta a necessidade de gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos

²⁷⁴ PEREIRA, Luis Portella. **A Função Social da Propriedade Urbana**. Porto Alegre: Síntese, 2003, pg.49.

da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

Com a segunda diretriz geral, o legislador criou a figura da gestão democrática da cidade, estabelecendo que a população deve participar, não só da formulação, como também, da execução e do acompanhamento dos planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

Tal instrumento se mostra de grande valia para a promoção do desenvolvimento urbano e da função social da propriedade urbana, ao passo que, possibilita a toda a população a reivindicação direta de seus direitos e aspirações garantindo que estes serão, ao menos discutidos e apreciados.

No inciso III, do artigo 2º, o Estatuto das Cidades discorre sobre a necessidade de cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

A terceira diretriz geral prevê a necessária cooperação entre os governos e a iniciativa privada, no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social. Contudo, não instrumentaliza tal cooperação, ou seja, não define regras e formas para a proceder a implementação da cooperação, razão pela qual, é de se concluir que a matéria carece de regulamentação.

No inciso IV, dispõe sobre o planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente.

A quarta diretriz busca evitar e corrigir problemas que afligem as cidades, no que diz respeito à falta de planejamento e o conseqüente crescimento desordenado, visando, neste sentido, o crescimento de acordo exclusivamente com a iniciativa do mercado imobiliário, ou do crescimento da própria população de baixa renda, que, sem condições de habitar regiões urbanizadas da cidade, se viu relegada a periferia, onde, por vezes, não existem quaisquer equipamentos urbanos ou comunitários, e quando existem, são poucos e precários, totalmente insuficientes ao atendimento satisfatório da demanda.

Assim, o Estatuto da Cidade, com a diretriz que ora se trata, busca evitar e sanar o problema, despertando nos administradores públicos a consciência de sua

gravidade, bem como, orientando-os quanto aos aspectos relevantes para a sua prevenção e correção.

No inciso V, o Estatuto das Cidades prevê a necessidade de oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e as necessidades da população, devendo ser observadas às características locais; sendo que, ao falar em transporte e serviços públicos adequados, por certo, que o legislador intentou destacar os serviços de utilidade pública²⁷⁵, passíveis de exploração por terceiros, mediante o instituto da concessão e da permissão.

No inciso VI, a legislação dispõe que à Cidade deve prever a ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a utilização inadequada dos imóveis urbanos; a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana; a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente; a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; a deterioração das áreas urbanizadas; a poluição e a degradação ambiental; e, a exposição da população a riscos de desastres.

Segundo o Hely Lopes Meirelles²⁷⁶, a legislação que trata da ocupação do solo deve estabelecer a forma de sua utilização em todo o território do município, bem

²⁷⁵Serviços públicos: propriamente ditos, são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Por isso mesmo, tais serviços são considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los à coletividade, sem delegação a terceiros, mesmo porque geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados. Exemplos desses serviços são os de defesa nacional, os de polícia, os de prevenção da saúde pública. Serviços de utilidade pública: são os que a Administração, reconhecendo a sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob o seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários. São exemplos dessa modalidade os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, água, gás, telefone. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pg. 327-328.

²⁷⁶A lei de uso e ocupação do solo urbano, como geralmente é denominada, destina-se estabelecer as utilizações convenientes às diversas partes da cidade e a localizar em áreas adequadas, as diferentes atividades urbanas que afetem a comunidade. Para tanto, classifica os usos e estabelece a sua conformidade com as respectivas zonas em que se divide o perímetro urbano, visando a equilibrar e harmonizar o interesse geral da coletividade com o direito individual de seus membros no uso da propriedade particular, na localização e no exercício das atividades urbanas e até na

como, as localizações convenientes às atividades urbanas, o que faz classificando o uso e estabelecendo sua conformidade com as divisões do perímetro urbano, harmonizando o interesse individual e social, especialmente no que tange a utilização da propriedade particular, na localização e exercício das atividades urbanas e até na utilização do domínio público.

Com a diretriz da utilização inadequada dos imóveis urbanos, é de se concluir que o legislador buscou evitar a edificação e/ou utilização inadequada de imóveis urbanos, visando a impedir que imóveis localizados em zonas residenciais, sejam utilizados para fins comerciais que prejudiquem, ou simplesmente não interessem aos seus moradores.

Quanto a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; forçoso entender que o legislador buscou evitar a proximidade de usos incompatíveis, como a instalação de uma indústria que, de forma intermitente, promove a emissão de poluentes, ao lado de um hospital, ou inconvenientes, como a edificação de um estádio de futebol, onde por vezes há gigantesca aglomeração de pessoas e veículos, ou de um *Shopping Center*, cujo fluxo de frequentadores segue o mesmo padrão.

Por sua vez, no que se refere ao parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana; a presente norma visa coibir a super-ocupação e o super aproveitamento de determinadas áreas da cidade, nas quais não exista infraestrutura urbana adequada, uma vez que, tal prática certamente causaria diminuição da qualidade de vida dos ocupantes, podendo serem citadas como exemplos, as favelas, onde o parcelamento do solo e as edificações são executados sem qualquer critério, de forma desordenada e claramente excessiva, em local sem qualquer infraestrutura urbana.

O Estatuto das Cidades prevê que a política urbana tem por objetivo a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente, o que pode denotar a preocupação do legislador com o trânsito de veículos e pessoas, como a instalação de empreendimentos, especialmente de grande porte, em área sem

acesso a avenidas ou vias de fácil escoamento de trânsito, que se refletem se reflete, de forma bem acentuada, na Seção XII (Dos estudos do impacto de vizinhança) do Capítulo II (Dos instrumentos da política urbana) do Estatuto da Cidade, nos artigos 36 a 38, onde se estabelece que, cabe à Lei Municipal definir os empreendimentos que necessitem do estudo de impacto de vizinhança, o qual deverá ser prévio, como requisito para a obtenção de licença ou autorização para a construção, ampliação ou funcionamento.

Nesse sentido, Diógenes Gasparini²⁷⁷ elucida que o referido documentos “é estudo prévio. Sendo assim, vale afirmar que nenhuma licença ou autorização de construção, ampliação ou funcionamento será concedida pelo Município sem que esse estudo lhe tenha sido apresentado e atendido o interesse público”.

Cabe ressaltar que o legislador estabeleceu o conteúdo mínimo do Estudo de Impacto de Vizinhança no artigo 37, do Estatuto das Cidades, o qual vem descrito em sete incisos, dentre os quais, o de número V, que trata, especificamente, da questão da geração de tráfego e da demanda por transporte público, assim como o faz no artigo 2º, inciso VI, alínea “d”, do referido Estatuto.

Cabe ainda aduzir que artigo 38, do Estatuto das Cidades, dispõe que a elaboração do Estudo de Impacto de Vizinhança não dispensa a do Estudo de Impacto Ambiental, nos termos da legislação ambiental.

O Estatuto das Cidades prevê no artigo segundo, que a Política Urbana deve promover a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; de modo que, a diretriz geral contida na norma supra, encontra efetividade no próprio Estatuto quando este trata dos Instrumentos da Política Urbana (Capítulo II), especificamente nas Seções “II”, “III” e “IV”, que tratam do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, aplicação do IPTU progressivo no tempo e desapropriação com pagamento em títulos, respectivamente.

Tratam-se de instrumentos de desestímulo a especulação imobiliária, a qual interessa exclusivamente ao proprietário do imóvel utilizado para esse fim, na mesma proporção que se mostra prejudicial à sociedade.

²⁷⁷ GASPARINI, Diógenes. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: Ed. NDJ, 2002, p. 19.

Diretriz geral e abrangente que versa sobre a deterioração das áreas urbanizadas; mostra-se útil por tratar da preservação das áreas já urbanizadas, vale dizer, que já cumprem sua função social, de modo que, não bastaria o legislador editar normas visando à urbanização de áreas desprovidas dos equipamentos correspondentes urbanos, se não tratasse da manutenção e preservação das áreas já urbanizadas, permitindo que estas fossem destruídas enquanto outras são implantadas.

Quanto a questão da poluição e a degradação ambiental, é de se concluir que o legislador teve a preocupação de inserir esta diretriz no Estatuto das Cidades como meio de promover a manutenção ou melhora da qualidade de vida dos habitantes da cidade, por meio da qual se extrai o conceito de que, no uso do solo deve-se evitar a poluição e a degradação ambiental, como, pois, nítido corolário do princípio da função social da propriedade.

Ainda, se faz presente a Diretriz que prevê que a necessidade de integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência, como meio de planejamento do desenvolvimento municipal, a fim de evitar que as atividades urbanas e rurais venham a prejudicar-se mutuamente, em detrimento da sociedade.

O Estatuto das Cidades prevê a necessidade de adotar padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência, os quais, pode-se concluir, que não podem atingir de forma nociva a sustentabilidade ambiental, social e econômica do município, razão pela qual, devem ser adotados padrões e mecanismos atentos à preservação de tais valores.

O Estatuto das Cidades prevê à justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; como critério de equidade e de vedação do enriquecimento sem causa, como nos casos de valorização dos imóveis beneficiados, independente de sua utilização, por modificações feitas pela Administração Pública, bem como, dispõe sobre à adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-

estar geral, e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais, encerrando um estímulo explícito ao cumprimento da função social da propriedade, quando prevê a implementação de incentivos fiscais.

A Diretriz geral que apregoa a recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos, determina que o Poder Público tem o direito à restituição dos investimentos efetuados, que vierem a propiciar a valorização de imóveis particulares, reforçando o previsto no artigo 8º, §2º, inciso I do próprio Estatuto da Cidade, o qual prevê, quando do pagamento da indenização pela desapropriação-sanção, como por descumprimento da função social da propriedade, o desconto do montante gasto pelo Poder Público, em função das obras realizadas na área onde o imóvel expropriado se localiza, após a notificação de que trata o §2º do art. 5º da mesma Lei.

No inciso XII, do mencionado artigo, dispõe sobre a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico, reforçando a preocupação com o desenvolvimento sustentável e a defesa com o patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico.

O Estatuto das Cidades ainda prevê como um Diretriz geral a realização de audiências do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população, como meio de privilegiar a participação direta da população na administração da cidade, com vistas aos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos.

Nos últimos incisos do artigo 2º, do Estatuto das Cidades, a legislação prevê a realização da regularização fundiária²⁷⁸ e a urbanização de áreas ocupadas por

²⁷⁸A exigência de um ordenamento que conduza à regularização fundiária e urbanística das ocupações populares existentes introduz um condicionante novo e transformador em nosso direito urbanístico. Até então a incompatibilidade entre as ocupações populares e a ordem urbanística ideal tinha como consequência a ilegalidade daquelas (sendo a superação desse estado um dever dos responsáveis pela irregularidade – isto é, dos próprios ocupantes). Com o estatuto a equação se inverte: a legislação deve servir não para impor um ideal idílico de urbanismo, mas para construir um urbanismo a partir de dados da vida real. Desse modo, o descompasso entre a situação efetiva das ocupações populares e a regulação urbanística terá como consequência a ilegalidade dessa última, e não o contrário. SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais, *In*

população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, o uso e ocupação do solo e edificação, devendo ser considerada a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

É de se concluir que o conteúdo destas diretrizes se destinam à população de baixa renda, que reside em favelas, periferias, cortiços, etc., determinando que as áreas por elas ocupadas devem ser regularizadas e urbanizadas, recebendo infraestrutura e equipamentos urbanos aptos a oferecer segurança e qualidade de vida a seus moradores.

Assim, como se vê no citado dispositivo legal, as normas especiais de urbanização deverão ser criadas tendo em vista a situação de fato, visando a regularização da questão urbanística, relativizando os rigores da norma jurídica, adaptando-a a uma situação de fato já consolidada, do que modificar tal situação, para fazê-la cumprir as exigências legais.

A legislação prevê, ainda, a necessidade de simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais, e a isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

Nesta diretriz, o legislador atribui à complexidade da legislação de parcelamento do solo e das normas edilícias, papel importante na tentativa de minimizar o alto custo e a escassez de oferta de lotes e de unidades habitacionais, vinculando a simplificação de tais leis, à redução dos custos e ao consequente aumento da oferta de imóveis.

Finalmente, prevê ainda a igualdade de condições entre agentes públicos e privados, na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, como forma de incentivo ao particular, ao colocá-lo em condições de igualdade com o agente público, e, por outro lado, de uma desoneração do Poder Público, o qual pode contar com a iniciativa privada para a implementação de

empreendimentos ou atividades que não tenha condições ou interesse de realizar com verba própria.

4.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A OPERACIONALIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA ATRAVÉS DOS PLANOS DIRETORES

A trajetória das lutas sociais pela reforma urbana sedimenta a aurora da função social das cidades como direito fundamental emergente no sistema jurídico nacional, ganhando forma e tratamento jurídico recentes, ou seja, perpassou o campo político, alcançando o jurídico.

A Constituição Federal de 1988 se vale da expressão cidades, em poucas oportunidades; como nos artigos 29, XIII; 182, *caput*; 182, § 1º; 182 § 2º; e 242, § 2, sendo esta, a última é uma menção específica à cidade do Rio de Janeiro, diferente da indeterminação adotada nas demais.

Já no primeiro dispositivo legal supra citado, o constituinte expressa distintamente a existência de interesses específicos do Município e da cidade, o que deixa entrever o reconhecimento das cidades como participantes do espaço político do Estado Democrático de Direito.

É justamente no artigo 182, e seus parágrafos, que esse poder político é efetivamente reconhecido. Com efeito, quando a Lei Maior determina que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade; torna o planejamento urbano obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes; e, condiciona a função social da propriedade urbana ao atendimento das exigências fundamentais de ordenação da cidade, ficando translúcido, o poder político destas.

Muito embora não se encontre formal e institucionalmente entre as unidades federadas que formam a República Federativa do Brasil, como o disposto artigo 1º, *caput*, Constituição Federal de 1988, a cidade, na nova ordem constitucional, abandona seu caráter meramente físico e deixa de ser unicamente sede administrativa.

Agora, materialmente, ocupa espaço político como um conjunto de instituições e atores que intervêm na sua gestão, na implementação e no desenvolvimento das

políticas urbanas, com vistas ao atendimento da função social da propriedade urbana.

A cidade, nesta atual configuração, assume a condição de espaço coletivo culturalmente rico e diversificado que pertence a todos os seus habitantes, onde o usufruto coletivo da riqueza, bens e conhecimentos são garantidos a todos.

O seu território passa a ser lugar de exercício e cumprimento dos direitos difusos e a sua gestão se dá de forma democrática e coletiva.

Assim, conforme anteriormente explanado, a Constituição Federal tornou obrigatória a elaboração de planos diretores para cidades consideradas quantitativamente populosas, impondo ao Poder Público o dever de planejar com fins de atingir a sustentabilidade e o desenvolvimento de seus cidadãos. Mas, para além de planejar, a Lei pressupõe a participação da comunidade, de modo que, não mais se viabiliza um plano urbano meramente tecnocrático, burocrático e fechado nas salas da administração pública.

Dessa forma, o Estatuto da Cidade inseriu em, seu texto, especialmente Capítulo III, que versa sobre a formulação dos Planos Diretores, a gestão democrática das Cidades, impondo em todas as fases do planejamento a participação dos cidadãos por meio de audiências públicas em que a sociedade civil organizada, e suas associações, sejam chamadas a opinar, sugerir e formular políticas públicas urbanas.

A título ilustrativo, o Estatuto das Cidades explicita no artigo 39 e seguintes, o procedimento participativo quanto da formulação dos Planos Diretores, tendo sido regulamentado pelas resoluções 25 e 34²⁷⁹ do Conselho Nacional das Cidades²⁸⁰, as quais definem, de forma pormenorizada, a metodologia de participação no processo de elaboração do planejamento, incluindo, audiências em todos os setores

²⁷⁹Resoluções nºs 25 e 34 – Orienta os municípios sobre a implementação dos Planos Diretores Participativos. <http://www.lib.utexas.edu/benson/lagovdocs/brazil/federal/cidades/Realizacoes2004-2006.pdf>. Acesso em 31/01/2013.

²⁸⁰Criado pelo Decreto 5.031, de 02 de abril de 2004, o Conselho das Cidades, é um órgão colegiado de natureza deliberativa e consultiva, integrante da estrutura do Ministério das Cidades, tem por finalidade propor diretrizes para a formulação e implementação da política nacional de desenvolvimento urbano, bem como acompanhar e avaliar a sua execução, conforme dispõe a Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001 - Estatuto da Cidade. <http://www.lib.utexas.edu/benson/lagovdocs/brazil/federal/cidades/Realizacoes2004-2006.pdf>. Acesso em 31/01/2013.

geográficos, econômicos e sociais da cidade, além de um processo de acompanhamento da implementação do plano de forma participativa.

Nos referidos textos normativos, a gestão das cidades é concebida como uma ferramenta de participação e controle social. A participação é garantida com procedimentos de publicização de todas as informações, com prazos para a convocação de audiências e conferências, devendo serem disponibilizadas e divulgadas todas as informações e decisões tomadas.

É de se concluir que o planejamento urbano pertence à cidade e tem por objetivo atender a uma função social que apresenta como componentes essenciais, dentre outros: a moradia, o meio ambiente equilibrado, equipamentos e serviços urbanos, saneamento básico, transporte público, cultura e lazer.

Há todas as pessoas, sem discriminação de qualquer ordem, deve ser assegurado o direito a uma cidade e, ao mesmo tempo, garantido o usufruto dela dentro dos princípios da sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social.

Surge, neste contexto, os Planos Diretores Municipais como meio de garantir às pessoas que nela habitam, no presente e nas cidades e as futuras gerações, condições dignas de vida, de exercer plenamente a cidadania e os direitos fundamentais, de participar da gestão da cidade e de viver num meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Com os Planos Diretores, o desenvolvimento das cidades se transforma num novo direito fundamental, instituído em decorrência do princípio constitucional das funções sociais da cidade.

A função social é elemento inerente e estruturante das cidades e da propriedade urbana, essência da qual eles não se dissociam. Logo, a função social não se restringe à condição de limite, indo além, exigindo que a coletividade seja beneficiada, impondo ao particular e ao poder público comportamentos positivos.

O desenvolvimento das funções sociais da cidade por meio de seu Plano Diretor é de interesse de todos os seus habitantes, constituindo-se, enquanto um interesse difuso, uma vez que todos os munícipes são afetados pelas atividades, funções e impactos desempenhados no seu território.

Como princípio que busca a construção de uma nova ética urbana, a função social da cidade almeja o bem-estar dos cidadãos e o desenvolvimento urbano sustentável, isto é, o desenvolvimento econômico que alia harmonia ambiental e

inclusão social, que não desconsidera o valor humano para o desenvolvimento das cidades.

O próprio Estatuto da Cidade do qual o Plano Diretor extrai seus fundamentos, assinala que suas normas são de interesse social e destinadas a regular o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como, do equilíbrio ambiental (parágrafo único, artigo 1º), de modo que, os Planos Diretores, como uma execução das políticas instituídas Pelo Estatuto das Cidades, devem observar tais princípios na consecução da função social da cidade.

O interesse social que permeia tanto o Estatuto da Cidade quanto os Planos Diretores Municipais servem de base interpretativa detectados quando o Estado se encontra diante dos interesses diretamente ligados às camadas mais pobres da população, quando atua visando a melhoria da condição de vida, distribuição de riqueza, atenuação das desigualdades, com vistas a efetividade dos direitos fundamentais.

A erradicação da pobreza, marginalização e a redução das desigualdades sociais, bem como, a promoção do bem de todos são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, insculpidos no artigo 3º, da Constituição Federal de 1988, de modo que, a cidade deve apresentar idênticos propósitos, como pressuposto de sua função social, impondo-se, portanto, que seja reconhecido como direito fundamental por excelência.

Tal direito constitui-se, ainda, em norma de ordem pública e interesse social, além de conformar a função social da propriedade, de modo que guarda em seu âmago, a categoria de direito fundamental.

Ao apresentar coerência e harmonia com os objetivos fundamentais do Estado brasileiro e com os princípios constitucionais, o direito à função social da cidade representada por seu Plano Diretor, pode ser incluída como direito fundamental em razão do comando normativo insito no artigo 5º § 2º da Carta Magna, que permite ampliar o leque de direitos e garantias fundamentais formalmente estampadas.

Como direito fundamental o direito à função social da cidade, além de consubstanciar em garantia contra a intervenção indevida do poder público e contra medidas restritivas; impõe uma postura ativa do Estado, obrigando-o a, inclusive por

meio do Plano Diretor, a disponibilizar prestações de natureza jurídica e material, a criar pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados.

Quanto à força normativa, considerando que a função social deve constar como princípio no Plano Diretor Municipal, Leandro Franklin Gorsdorf e Carolina Caraíba Nazareth Alves²⁸¹, elucidam que este princípio:

(...) acaba por constituir exigência de otimização no momento de aplicação, valoração e ponderação das regras da Lei do Plano Diretor. Deve ficar claro que, ao fazermos esta análise, não estamos dizendo que os planos diretores no quais não constar a função social da propriedade não devem estar atrelados ao princípio, pois esta lei está inserida no ordenamento jurídico, o qual também é composto pelo Estatuto da Cidade e pela Constituição Federal, que prescrevem a função social da propriedade em sua tábua principiológica.

Ainda, neste sentido, os referidos autores elucidam que um aspecto que deve ser analisado em relação ao conteúdo dado à função social da propriedade urbana pelos Planos Diretores, deve apresentar as seguintes características “(...) *função social enquanto clausula geral, sem delimitação específica de conteúdo; função socioambiental; função social relacionada às disposições do zoneamento; função social ligada aos conceitos subutilizado, ou não-edificado*”²⁸².

Assim, dentre as características supracitadas, pode-se considerar que uma das possibilidades é a de colocar esta função apenas como uma cláusula geral do Plano Diretor Municipal, sem delimitar seu conteúdo material, isto é, sem estabelecer em que momento a função social está sendo cumprida ou não, em relação às especificidades daquele Município.

Existe, portanto, uma importância hermenêutica e normativa em se estabelecer a função social enquanto princípio ou objetivo do Plano Diretor, sendo que, segundo

²⁸¹GORSODRF, Leandro Franklin; ALVES, Carolina Caraíba Nazareth. A Função Social da Propriedade Urbana e os Planos Diretores Uma Leitura da Região Metropolitana de Curitiba. *In Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo*. CORTIANO JUNIOR, Erouths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo. Curitiba: Juruá, 2009, p. 253.

²⁸²GORSODRF, Leandro Franklin; ALVES, Carolina Caraíba Nazareth. A Função Social da Propriedade Urbana e os Planos Diretores Uma Leitura da Região Metropolitana de Curitiba. *In Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo*. CORTIANO JUNIOR, Erouths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo. Curitiba: Juruá, 2009, p. 253.

Leandro Franklin Gorsdorf e Carolina Caraíba Nazareth Alves²⁸³, “o conteúdo da função social não pode deter-se nesse momento principiológico, sob pena de o Poder Público e os cidadãos não terem uma base legislativa forte que permita o estabelecimento de sanções ao descumprimento da função social”.

Uma segunda característica é a de estabelecer a função social da propriedade enquanto função socioambiental, ou seja: relacionada à preservação do meio ambiente e integração das formas de uso e ocupação não degradantes em todo território municipal.

Essa característica está relacionada a alguns princípios estabelecidos pelo Estatuto da Cidade, especialmente no artigo 2º, anteriormente tratado, como a garantia do direito a cidades sustentáveis; planejamento do desenvolvimento das cidades de modo de evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a deterioração das áreas urbanizadas e a poluição e a degradação ambiental, entre outros.

Outra característica é a de relacionar o cumprimento da função social com o disciplinado no zoneamento ou macrozoneamento municipal, relacionando a função social da propriedade urbana ao cumprimento das regras urbanísticas de uso e ocupação do solo²⁸⁴.

Pode-se ainda, concluir que outra característica é a de relacionar o princípio de função social da propriedade urbana aos conceitos de subutilizado, não utilização e não edificação do imóvel, estabelecidos pelo Estatuto da Cidade, quando trata do instrumento do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios.

²⁸³GORSDORF, Leandro Franklin; ALVES, Carolina Caraíba Nazareth. A Função Social da Propriedade Urbana e os Planos Diretores Uma Leitura da Região Metropolitana de Curitiba. In **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. CORTIANO JUNIOR, Erouths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo. Curitiba: Juruá, 2009, p. 254.

²⁸⁴A função social da propriedade urbana se relaciona com os parâmetros de usos e ocupações do solo, desenvolvimento de atividades em parcelas da cidade a partir do que é estabelecido no macrozoneamento e nas leis específicas de zoneamento. GORSORF, Leandro Franklin; ALVES, Carolina Caraíba Nazareth. A Função Social da Propriedade Urbana e os Planos Diretores Uma Leitura da Região Metropolitana de Curitiba. In **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. CORTIANO JUNIOR, Erouths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo. Curitiba: Juruá, 2009, p. 257.

É de se destacar que o Estatuto das Cidades, em seu artigo 5º, atribuiu aos Planos Diretores a função de delimitar o conteúdo destes conceitos, apenas indicando que *“considera-se subutilizado o imóvel cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente”*.

Convém frisar, que no atendimento da função social da propriedade urbana, e, em consonância com o Estatuto das Cidades, o Plano Diretor pode prever as penalidades aplicáveis ao proprietário que não promover o adequado aproveitamento de seu imóvel urbano, com parcelamento ou edificação compulsórios, aplicação de IPTU progressivo no tempo e desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública.

Com efeito, caso o Poder Público municipal constate que um imóvel urbano incluído no Plano Diretor, não esteja sendo adequadamente aproveitado por seu proprietário, deverá conceder a este, através de lei específica, a oportunidade de fazê-lo, e caso não o faça, poderá puni-lo com o parcelamento ou edificação compulsória.

Mesmo assim, caso o proprietário não cumpra o comando constitucional, será punido com o IPTU progressivo no tempo, após o que, caso ainda se mantenha inerte, poderá ter seu imóvel desapropriado com indenização mediante títulos da dívida pública.

Portanto, não há que se falar em IPTU progressivo, antes de se conceder ao proprietário a possibilidade de edificação ou parcelamento de seu imóvel, assim como, não há que se falar em desapropriação antes da aplicação do IPTU progressivo no tempo²⁸⁵.

²⁸⁵ Art. 182, CF/88 - 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. § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A retrospectiva histórica acerca do direito de propriedade, permitiu concluir que diversos acontecimentos contribuíram, tanto para fortalecer a propriedade moderna, como para acarretar rupturas em sua concepção unitária e absolutista face uma concepção socializada do instituto, com vista a defesa do interesse coletivo, representada pelos interesses dos não-proprietários, dentro de uma mentalidade.

O fortalecimento do conceito moderno de propriedade estava respaldado na liberdade individual, o qual autorizava o proprietário a exercê-lo de forma absoluta, sendo que as rupturas ficaram a cargo da alteração da mentalidade proprietária decorrente da dimensão pluralista e igualitária do instituto, as quais promoveram alterações concepção unitária da propriedade, imperando o pluralismo em detrimento da concepção moderna de propriedade, a qual foi fragmentada em uma pluralidade de estatutos jurídicos.

Neste contexto, o princípio da função social da propriedade faz com que a propriedade deixe de ser vinculada aos interesses exclusivos dos proprietários, despatrimonializando a propriedade, dando-lhe feição complexa e flexível, integrando-a com os deveres de realização de direitos fundamentais.

Pelo estudo, conclui-se que o exercício dos poderes proprietários não possui mais o caráter irrestrito de outrora, de tal modo que, até um certo limite, o proprietário tem livre espaço para exercer seu domínio sobre o bem, contudo, deve atender a outros interesses, não devendo encarar a função social sob um prisma predominantemente negativo, posto que esta será sempre o resultado da ponderação de valores sociais e dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Assim, é possível aduzir que o princípio da função social buscou estabelecer novos parâmetros ao direito de propriedade voltados a realização do bem comum ou ao interesse dos não-proprietários, sendo imanente a toda e qualquer forma de propriedade, não devendo ser visto com uma limitação negativa aos poderes de proprietário, mas sim, como uma nova destinação ou finalidade.

O mais importante que se pode concluir destas situações proprietárias, é que houve o desmoronamento do cerco da concepção unitária da propriedade, caracterizada pela pretensão de transformar a propriedade em espaço submetido ao

poder exclusivo de um único titular, o qual acarretaria um situação de crise dos direitos fundamentais mediante a mercantilização da propriedade urbana.

Também, houve a queda de uma concepção de função social atrelada à propriedade codificada. O fundamental desta propriedade é que ela sirva para reprodução física e cultural, portanto, totalmente diferente da concepção clássica de propriedade, cuja destinação na maioria das vezes destina-se ao acúmulo de capital, favorecendo sua mercantilização.

Revelou-se que a propriedade urbana pode ainda ser explorada de forma social, dando efetividade aos preceitos constitucionais, realização da dignidade humana e dos direitos fundamentais.

A mudança de perspectiva em relação ao direito de propriedade acarretou uma releitura do instituto tendo como base o atendimento de uma função, não apenas pessoal, mas, também, social. A política urbana Constitucional estabelece um o conjunto de estratégias traçadas pelo Poder Público, objetivando a ordenação e desenvolvimento das cidades, assim como, a sua constituição, preservação, melhoria e restauração do ambiente urbano, com vista à promoção dos direitos fundamentais.

Dessa forma, a propriedade urbana funcionalizada, torna-se espaço de realização de direitos fundamentais, sendo regulada tanto pela Constituição Federal, quanto, como pelo Estatuto da Cidade, podendo-se falar em uma função social da cidade.

A operacionalização da função social da propriedade urbana ocorre com maior amplitude no Estatuto da Cidade, o qual veio regulamentar a política urbana, prevista no Capítulo II, do Título VII, artigos. 182 e 183 da Constituição Federal, tendo sido esta, a primeira a impor à propriedade urbana, função social, posto que, até então, só o imóvel rural tinha uma função social a cumprir por imposição constitucional.

Com tais medidas, busca-se garantir o bem-estar dos habitantes do meio urbano, sendo concedido aos municípios o dever de concretizem o conteúdo da função social da propriedade imobiliária urbana, na medida em que esta será observada quando atendidos aos preceitos contidos no Plano Diretor.

O Estatuto da Cidade criou vários instrumentos de operacionalização da função social da propriedade urbana, destacando-se, dentre eles, o plano diretor, o qual foi eleito pelo legislador constituinte e ordinário, como, o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, sendo que, obrigatoriamente o imóvel urbano submete-se a ele para o cumprimento de sua função social; permitindo viabilização de instrumentos urbanísticos e implementação da política urbana.

Sobressaem, dentre outros instrumentos presentes no Estatuto da Cidade com o objetivo de levar a propriedade urbana ao cumprimento de sua função social, o parcelamento, a edificação ou utilização compulsórios; o IPTU progressivo no tempo; a desapropriação; a usucapião especial urbana individual e coletiva; o direito de superfície; o direito de preempção; a outorga onerosa do direito de construir; a operação urbana consorciada; a transferência do direito de construir; o estudo de impacto de vizinhança e o consórcio imobiliário.

Assim, o Estatuto da Cidade e, conseqüentemente, o Plano Diretor podem ser considerado um marco normativo do direito urbanístico, seus instrumentos, se bem utilizados, dinamizarão a propriedade urbana no sentido de levá-la ao cumprimento de sua função social, e a operacionalização da função social das cidades.

Assim, cabe a nova concepção do direito de propriedade, especialmente por meio do princípio da função social da propriedade urbana e dos instrumentos da política urbana descritos no Estatuto das Cidades e nos Planos Diretores, auxiliar na busca pela consecução dos direitos fundamentais, representados pelo novo papel da cidade global, que, em contraponto a sua mercantilização, deve buscar satisfazer os direitos fundamentais de seus habitantes e demais cidadão.

Deve-se considerar o lugar ocupado pelas cidades, no cenário atual. Cenário este que, aliás, ainda está sendo desenhado, finalizado e parece apontar para uma quebra de barreiras de natureza cultural, idiomática e até mesmo territorial. Talvez fosse mais adequada uma análise não do lugar, mas do papel desempenhado pelas cidades dentro da defesa dos direitos fundamentais, sendo certo que, dentro de umas perspectivas, as cidades hoje são, cada vez mais, administradas como mercadorias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADROGUE, Manuel. **El derecho de propiedad en la actualidad, Introducción a sus nuevas expresiones**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

ADROGUE, Manuel. **El derecho de propiedad en la actualidad, Introducción a sus nuevas expresiones**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **A função social da posse**. V. 1. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

ALTVATER, Elmar. Os desafios da globalização e da crise ecológica. *In: A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. V. 1, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Bolsoi, 1978.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5ª Ed. Ver. Atual. e Aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução: Roberto Raposo. 10 ed. RJ: Forense Universitária, 2005.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direitos Reais**, Lisboa: Coimbra Editora, 2002.

ATAÍDE JÚNIOR, Wilson Rodrigues. **Os Direitos Humanos e a Questão Agrária no Brasil: A Situação do Sudeste do Pará**. Brasília: UnB, 2006.

BAROSSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Curso de direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BLANC, Priscila Ferreira. **Plano diretor urbano & função social da propriedade**. Curitiba: Juruá, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**/Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. Trad. João Ferreira; ver. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. 13ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. São Paulo: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BOULOS, Daniel M. **Abuso do Direito no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006.

CAMBLER, Everaldo Augusto. **Incorporação Imobiliária: Ensaio de uma Teoria Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2005.

CASTORIADIS, Cornelius. **O mundo fragmentado**: as encruzilhadas do labirinto III. Traduzido por Rosa Maria Boaventura. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O Estatuto Epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: Possibilidades e Obstáculos na Tutela do Direito à Cidade. *In*: **Direito da Cidade: Novas Concepções Sobre as Relações Jurídicas no Espaço Social Urbano**. COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (Coords.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CHAVES, Antônio. Evolução, natureza e fundamento do direito de propriedade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, Vol. 65, 1970.

CLÉVE, Clémerson Merlin, A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *In*: **Revista de direito constitucional e internacional**, Ano 14, n. 54, janeiro-março, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995.

CORDEIRO, António Manuel da rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**, 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DALLARI, Adilson de Abreu. Instrumentos da Política Urbana, *in* **Estatuto da Cidade – Comentários a Lei Federal 10.257/01**. São Paulo: Malheiros, 2002.

DAVIS, Mike. **Cidade de quartzo**: escavando o futuro em Los Angeles. São Paulo: Página Aberta, 1993.

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSEVALD, Nelson. **Direito reais**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón**. Trad. Esp. POSADA, Carlos G. 2ª Ed. Madrid: Beltran, 1920.

FACHIN, Edson Luiz. **A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FERNANDES, Edésio. **Política urbana na Constituição Federal de 1988 e além: implementando a agenda da reforma urbana no Brasil**. Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU, Belo Horizonte, Ano 7, N. 42, nov/dez 2008, p. 48-57.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**: Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Lei de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil. In: **Anuário Mexicano de Historia Del Derecho**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam, n. 17, ano 2005.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

FURTADO, Celso. **Análise do Modelo Brasileiro**. 6 Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

GASPARINI, Diógenes. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: Ed. NDJ, 2002.

GARCIA, Maria, Mas, quais são os direitos fundamentais ? *In*: **Revista de direito constitucional e internacional**, Ano 10, n. 39, abril-junho, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002.

GOHN, Maria da Glória. **Teorias dos movimentos sociais**. 4ª Ed. São Paulo: Loyola, 2004.

GOFF, Jaques Le. **As raízes medievais da Europa**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19 Ed. Atual. FACHIN, Luiz Edson. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONZÁLES, Bullard Alfredo. **Derecho y economia**: el análisis económico de las instituciones legales. 2ª Ed. Perú: Palestra Editores, 2006.

GORSDORF, Leandro Franklin; ALVES, Carolina Caraíba Nazareth. A Função Social da Propriedade Urbana e os Planos Diretores Uma Leitura da Região Metropolitana de Curitiba. *In* **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. CORTIANO JUNIOR, Erouths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo. Curitiba: Juruá, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Direito urbano, regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1983.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: estudos políticos. Traduzido por Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, São Paulo, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. 2v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAYEK, Friedrich August Von. **O Caminho da Servidão**. Tradução e revisão de Anna Maria Capovilla; José Ítalo Stelle; Liane de Moraes Ribeiro. 5. Ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HARVEY, David. **A produção capitalista do espaço**. São Paulo: Annablume, 2005.

HARVEY, David. **Condição Pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. 22ª Ed. São Paulo: Loyola, 2012.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de Rosina D'Angina. 2. ed. São Paulo: Ícone, Cap. XV, parte I, 2003.

HORTE, Raul Machado, **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte, Del Rey, 1995.

JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

LEÃO XIII. **Rerum Novarum**: Carta Encíclica sobre a Condição dos Operários. Tradução de Manuel Alves da Silva, S.J., 15. ed. São Paulo: Paulinas, n. 06, 2005.

LEBRET, L. J. et al. **Propriedade e socialização**, tradução de Teresa Cruz e José Carlos Marques, Porto: Editora do Minho, 1965.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio contratuais. *In*: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. **A teoria do contrato e o novo Código Civil**, Recife: Nossa Livraria, 2003.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e Propriedade: Função Social e Abuso de Poder Econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história – lições introdutórias**, São Paulo: Max Lomonad, 2000.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A Propriedade como Relação Jurídica Complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao Direito de Propriedade**. 2 ed. rev. at. amp. São Paulo: RT, 2005.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARX, Karl. **Manuscritos Econômicos-Filosóficos**. Tradução: Artur Morão. Edições 70: Lisboa, 1963.

MATTOS, Liana Portilho. **Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana à Luz do Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Temas e Ideias, 2003.

MEDAUAR, Odete; *et all.* **Estatuto da Cidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas, Desmistificando a função social da propriedade com base na Constituição Federal e legislação infraconstitucional, *in* **Revista dos Tribunais**, Ano 96, v. 860, São Paulo: Revista dos Tribunais, junho de 2007.

MONTEIRO, Jorge Vianna. **Lições de economia constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

MONTESQUIEU, Charles-Louis. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MORAES, José Diniz de. **A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA, Mariana. A História do Estatuto da Cidade, *In*: **Estatuto da Cidade**. DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (Coords.). São Paulo: Malheiros, 2003

MUKAI, Toshio. **Estatuto da Cidade**. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUNES DE SOUZA, Sergio Iglesias. **Direito à Moradia e de Habitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

OLIVEIRA, Francisco Cardoso de, **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OSORIO, Helen. **Regime de sesmarias e propriedade da terra**. V.5, Porto Alegre: Biblos, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Caio Mário. **Condomínio e Incorporações**. 3ª ed. atualizada segundo legislação vigente. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PEREIRA, Luis Portella. **A Função Social da Propriedade Urbana**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PEREZ LUÑO, Antonio. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1993.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito privado**. Tradução de: Maria Crsitina de Cicco. 2ª ed. 2002.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PIPES, Richard. **Propriedade e Liberdade**, tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca. São Paulo: Record, 2001.

PONCHIRIROLLI, Osmar, **Capital Humano**, 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2007.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado. Direito das Coisas: propriedade**. Aquisição da propriedade imobiliária. 11ed. Campinas: Bookseller, 2001.

RAU, Virgínia. **As sesmarias medievais portuguesas**. Lisboa: Presença, 1982.

RABAHIE, Marina Mariani de Macedo, Função Social da Propriedade, *in* **Temas de Direito Urbanístico II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. São Paulo: Saraiva, 1994.

RODOTÀ, Stefano. **Il Terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: Il Mulino. 1981.

SANTIAGO, Theo. **Do feudalismo ao capitalismo: Uma discussão histórica**. 3ª ed. São Paulo: Cotexto, 1998.

SANTIN, Janaina Rigo; MATTIA, Ricardo Quinto. Direito urbanístico e Estatuto das Cidades. *In: Revista de Direito Imobiliário*. Ano 30. nº 63. jul-dez. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SASSEN, Saskia. **Sociologia da globalização**. Porto Alegre: Artmed, 2012.

SAULE JÚNIOR, Nelson. Possibilidades de aplicação do marco legal urbano brasileiro na proteção dos direitos socioambientais das populações indígenas, *In: BRAVO, Álvaro A. Sánchez. Ciudades, Medioambiente & Sostenibilidad*. Madrid: Arcibel Editores, 2007.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **Direito Urbanístico: Vias Jurídicas das Políticas Urbanas**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2007.

SÉGUIN, Elida. **Estatuto da Cidade**, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Carlos Henrique Dantas da. **Plano Diretor, Teoria e Prática**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge e, **Direito constitucional econômico**, São Paulo: LTR, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional positivo**. 21ª ed. revista atualizada até a emenda constitucional n. 38. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. Disciplina jurídico-urbanística da propriedade urbana, Rio de Janeiro. **Revista de Direito Administrativo**, nº 142 - out/dez, 1980, p. 9.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A sublimação jurídica da função social da propriedade**. São Paulo: Lua Nova, 2006.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Tradução: Luiz João Baraúna. 1v. São Paulo: Nova Cultura, 1988.

SMITH, Roberto. **Propriedade da terra e transição**: estudo da formação da propriedade privada da terra e transição para o capitalismo no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1990.

SOUZA, Leandro Marins de. **Tributação do terceiro setor no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2004.

STAUT JR., Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: SER/UFPR, n. 42, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais, *In* **Estatuto da Cidade – Comentários a Lei Federal 10.257/01**, São Paulo: Malheiros, 2002.

TANAJURA, Grace Virgínia Ribeiro Magalhães. **Função social da propriedade rural: com destaque para a terra, no Brasil contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

UZA, Maria do Carmo Campello de. **Estado e Partidos Políticos no Brasil (1930 a 1964)**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1976.

VARELA, Laura Beck. **Das Sesmarias à Propriedade Moderna**: um estudo de história do direito brasileiro, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Direitos Reais. 5v. 3ed. at. São Paulo: Atlas, 2003.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 1v. SP: UnB, 2004.