

Universidade Federal de Sergipe-UFS

PRODIR

O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA

DIOGO DE CALASANS MELO ANDRADE

São Cristóvão

2013

Universidade Federal de Sergipe-UFS

O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA

DIOGO DE CALASANS MELO ANDRADE

São Cristóvão

2013

DIOGO DE CALASANS MELO ANDRADE

O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em
DIREITO da Universidade Federal de Sergipe-UFS.
Área de Concentração: Constitucionalização do
Direito
ORIENTADORA: PROFESSORA DOUTORA
Clara Angélica Gonçalves Dias

São Cristóvão

2013

DIOGO DE CALASANS MELO ANDRADE

O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito.
Área de Concentração: Constitucionalização do Direito

Aprovada em 17 de janeiro de 2014

Examinada por:

Prof.^a Doutora Clara Angélica Gonçalves Dias
Presidente

Flávia Moreira Guimarães Pessoa
Prof.^a Doutora - 1^a Examinadora

Gabriela Maia Rebouças
Prof.^a Doutora - 2^a Examinadora

São Cristóvão

2013

*“Quanto maior o bem,
maior o mal que da sua inversão procede”.*
Rui Barbosa

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação é fruto de uma pesquisa no Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Sergipe e, em primeiro lugar, tenho que agradecer a Deus, que segundo os bons espíritos "é a inteligência suprema, causa primária de todas as coisas".

Lembro, como hoje, que há 10 anos dediquei minha formatura à minha mãe número um, minha querida mãe e não poderia deixar, novamente, de agradecê-la por todos os seus conselhos, incentivos e carinho que recebo diariamente, além do meu pai, que, apesar do seu jeito, temos orgulho um do outro. Obrigado Nivia e Arivaldo!!!

Agradeço, também, a meu Tio Joaquim Calasans (segundo pai), minha prima Juliana Calasans, meu estagiário e braço direito Felipe Torres e minha secretária Leiane, por terem me ajudado no escritório, enquanto eu estava nas aulas e nas minhas leituras diárias; à minha Tia Avani Andrade (segunda mãe) e meu primo Luiz Eduardo, grandes incentivadores; ao meu irmão Rafael Oliveira e minha prima Elizana Karla, pelas várias traduções em inglês. Obrigado também a toda minha família, tios e tias, primos e primas, irmãos, avó, por sempre me apoiarem nas decisões de minha vida.

Não posso deixar de prestar uma homenagem ao Prodir, uma vez que pude voltar às salas de aulas que tanto amo, agora como aluno e estudar em um mestrado de uma universidade pública, de forma gratuita e com um alto nível de professores e alunos (os melhores) e, em especial, minha orientadora Clara Angélica, amiga, dedicada e inteligente, da qual me espelho todos os dias e aos professores Ubirajara Coelho, Flávia Pessoa, Constância Terezinha, Henrique Cardoso, Jussara Jacinto, Lucas Gonçalves, Carla Eugênia e Otávio Augusto, além da funcionária, sempre solícita e educada Catiusha. Meu agradecimento também aos colegas Alexandre Albabli, Ana Paula Santana, Ana Paula Machado, Vilma Amorim, Augusto Melo, Catharina Machado, Machadinho, Débora Barreto, Lara Freire, Lorena Ribeiro, Lucia Ribeiro, Mariese Garcia, Patrícia Sobral, Alexandre Campos, Fernando Dantas, Paulo Barbosa, Aldo Melo, Samira Daud e Eunice Bezerra. Além da correção do português realizada por Ronaldson Sousa.

Obrigado à instituição em que ensino UNIT, que sempre me apoiou e incentivou a fazer este mestrado, em especial à Profª. Gabriela Rebouças, que me guiou desde o projeto da dissertação até a conclusão desse trabalho, além dos colegas professores Marcos Feitosa, Marília Sant'anna, Rita Menezes, Daniel Vaz, Eduardo Torres, Gustavo Borges, Paulo Pacheco, Raimundo Geovani, Paulo Ralin, Marlton Mota, Verônica Marques, Maurício

Gentil, Rosalgina Libório, Ilzver Matos, Lucivânia Sales e nossos coordenadores Eduardo Macêdo e Marise Matos.

Aos meus queridos e amados amigos que sempre me apoiaram nas horas certas e me proporcionaram muitos dias de lazer durante essa trajetória, dessa forma, mesmo que indiretamente, contribuíram para a realização desse trabalho, Carlos Santos, Bruno Torres, Marcelo Aguiar, Mário Britto, Elman Nascimento, Herick Santana, Augusto Felix, Serafim Neto, Marcelo Aguiar, Junior Ordonez, Thiago Nery, Walter Lopes, Dayse Coelho, Cláudia Rego, Andrea Schmidt, Helder Tenório, Rodrigo Vieira, Ivan Ito, Kátia Cristine, Ricardo Franco, Carlos Alberto Paiva, Anderson Gil, Willame Lima, Edson Campos, Carolina Barreto, Allan Moura, Lilian Jordeline, Nayra Dantas, Livia Menezes, Francis Deon, Gabriela Florêncio, Jaqueline Modesto, Kleberton Souza, Adolfo Medeiros, Adriana Figueiredo, Adriana Duarte, Cristiano Costa, Francisco Argolo, Danilo Ribeiro, Carlos Augusto e Gileno Neto.

Enfim, obrigado a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização de parte de um sonho que terminará com o doutorado. Muito Obrigado!!!!

RESUMO

Essa pesquisa buscou analisar o princípio da função social da propriedade urbana e o direito à moradia e, para isso, inicialmente, tratou-se dos direitos fundamentais, seu histórico, teorias, características e a utilização das regras e princípios na aplicação desses direitos, além da proporcionalidade e da regra da razoabilidade. Defendeu-se a constitucionalização do direito, especialmente da propriedade, realizando sua trajetória do Estado moderno até a nova propriedade, além de buscar importantes conceitos do Direito Constitucional. No segundo capítulo, traçou-se uma trajetória da propriedade até chegar aos dias atuais no Brasil, além da evolução de nossa legislação, o conceito de propriedade, seus institutos correlatos e a ligação entre o direito de propriedade e os direitos da personalidade. Argumentou-se que o princípio da função social da propriedade fundamenta-se na função social do direito, trazendo uma releitura da função social da propriedade, mostrando seu conceito, características, requisitos e diferenciando a propriedade rural da urbana e, no fim desse capítulo, analisou-se a responsabilidade civil do proprietário. No terceiro e último capítulo, tratou-se do direito urbanístico, com sua origem, trajetória, conceito, direito estrangeiro e princípios, além da análise da evolução da legislação brasileira sobre a matéria. Pesquisou-se as limitações urbanas ao direito de propriedade, o estatuto da cidade e o plano diretor, sem esquecer-se da legislação do Município de Aracaju sobre o tema. Discorreu-se sobre o direito fundamental à moradia, seu conceito, histórico, direito estrangeiro, além de interpretar o Artigo 1228 do Código Civil e, por fim, foi realizada uma pesquisa entre os anos de 2003 até 2013 sobre a função social da propriedade urbana nos Tribunais de Justiça de Sergipe, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS CHAVES: Propriedadeurbana; função social; moradia.

ABSTRACT

This research sought to analyse the principle of the social function of urban property and the right of housing and for this, initially, we treated the fundamental rights, its historical, theories, characteristics and the utilization of the law and principles in the application of these rights, beyond the proportionality and the rule of the reasonableness. It is argued the constitutionalization of the right, especially of the property, performing its trajectory of the modern State to the new property, beyond searching the important concepts of constitutional law. In the second chapter was traced a trajectory to reach the property today in Brazil addition to the evolution of our law the concept of property, its related institutes and the link between property rights and personality rights. It was argued that the principle of the social function of property based on the social function of law, bringing a rereading of the social function of property, showing its concept, features, requirements and differentiating urban and rural property at the end of this chapter, analyzed the liability of the owner. In the third and final chapter, the urban planning law, its origin, history, concept, foreign law and principles treated, and analysis of the evolution of the Brazilian legislation on the matter. We searched the urban limitations on property rights, the status of the city and master plan, without forgetting the law of the municipality of Aracaju on the topic. It talked about the fundamental right to housing, its concept, historical, foreign law, and interpret Article 1228 of the Civil Code, and, finally, a survey of the years 2003 through 2013 was held on the the social function of urban property in the Courts of Justice of Sergipe, Superior Court and Supreme Court.

KEYWORDS: Property; urban; function.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE.....	18
1.1 O direito de propriedade como direito fundamental.....	18
1.2 Considerações iniciais sobre os direitos fundamentais.....	19
1.3 Breve evolução histórica dos direitos fundamentais.....	21
1.4 O direito natural e o jusnaturalismo, o positivismo jurídico e o póspositivismo.....	22
1.5 Os direitos fundamentais não taxativos.....	25
1.6 Titulares dos direitos fundamentais.....	26
1.7 Características dos direitos fundamentais.....	27
1.7.1 A supremacia.....	27
1.7.2 Cláusulas pétreas.....	29
1.8 Regras, princípios e suas diferenciações.....	32
1.9 Colisão, concorrência e o critério da proporcionalidade.....	32
1.10 Os princípios e sua aplicação na teoria dos direitos fundamentais.....	34
1.11 Proporcionalidade e razoabilidade na aplicação de normas em conflitos com direitos fundamentais.....	35
1.11.1 A regra da proporcionalidade.....	35
1.11.2 Regra da razoabilidade.....	39
1.12 Constitucionalização do direito.....	40
1.13 Do Estado moderno à nova propriedade.....	43
1.14 Conceito de constituição, constitucionalismo, direito constitucional, poder constituinte e mutação constitucional.....	45
1.15 Constitucionalização da propriedade e sua função social.....	46
2A PROPRIEDADE, SUA FUNÇÃO SOCIAL E A INSERÇÃO NAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	53
2.1 O nascimento da propriedade em Roma e sua trajetória.....	53
2.2 O surgimento da propriedade privada no Brasil até os dias atuais.....	56
2.3 Evolução da legislação brasileira em relação à propriedade e sua função social.....	59
2.4 Conceito de propriedade e os institutos interligados ao direito real.....	61
2.5 O direito de propriedade e os direitos da personalidade.....	64
2.6 A função social do direito: origem, natureza jurídica e conceito.....	65
2.7 A função social da propriedade em geral.....	67
2.7.1 A função social como releitura da propriedade.....	67
2.7.2 Conceito, características e requisitos da função social.....	70
2.7.3 Diferenciações entre a função social da propriedade urbana e rural.....	75
2.8 Responsabilidade civil do proprietário.....	83
3 DO DIREITO URBANÍSTICO AO DIREITO À MORADIA E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL.....	87
3.1 Considerações iniciais sobre o direito urbanístico: origem, trajetória, conceito, direito estrangeiro e princípios.....	87
3.2 Trajetória do direito urbanístico no Brasil na legislação infraconstitucional, constitucional e nos tratados internacionais.....	91

3.3 Limitações urbanas ao direito de propriedade.....	93
3.4 O Estatuto da cidade.....	95
3.5 O Plano diretor.....	100
3.6 A função social da propriedade urbana na legislação do Município de Aracaju..	105
3.7 Direito fundamental à moradia.....	107
3.7.1 Introdução sobre o tema: conceito, histórico, direito estrangeiro e diferenciações dos outros institutos.....	107
3.7.2 Interpretação do artigo 1228 do Código Civil: função social da posse, da propriedade e o direito à moradia.....	112
3.8 Análise das decisões sobre a função social da propriedade urbana.....	118
3.8.1 Entendimentos do Tribunal de Justiça de Sergipe.....	118
3.8.2 Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.....	121
3.8.3 Decisões do Supremo Tribunal de Federal.....	127
CONCLUSÃO.....	127
REFERÊNCIAS.....	130

INTRODUÇÃO

Nossa realidade fática difere do tratamento que a Constituição Federal de 1988 concede à propriedade, pois o Brasil possui muitas terras e casas, o que falta é uma atuação maciça dos agentes públicos para dar eficácia material ao Princípio da Função da Propriedade Urbana para, só assim, conseguirmos mudar esse quadro marcado por desigualdade e injustiça.

A presente dissertação cuida mais especificamente do Princípio da Função Social da Propriedade Urbana tendo em vista ser grande a preocupação da ordem jurídica internacional, nos tempos atuais, sobre a situação daqueles sem moradia em todo o mundo. Eis que surge uma problemática, a qual se traduz pelas seguintes perguntas: será que de fato falta moradia para as pessoas ou atuação dos agentes públicos? Porque não se aplica a desapropriação da propriedade urbana? Quais são os entraves para a não efetivação material do Princípio da Função Social da Propriedade Urbana? O Brasil está seguindo a tendência internacional quando trata do direito fundamental à propriedade e à moradia?

O tema proposto justifica-se com base na necessidade mundial da proteção à propriedade e à moradia, inclusive no Brasil. Esse é um tema sempre atual, mas ainda pouco escrito tanto por doutrinadores nacionais quanto internacionais. O método de pesquisa depende tanto do problema a ser investigado quanto de sua natureza, e da situação espaço-temporal em que se encontra. Por isso, para estudar o tema proposto, optou-se por uma pesquisa abrangendo autores que discutem a problemática no Brasil e no estrangeiro, além da busca de documentos históricos, jurisprudência, livros, legislação e *internet*.

O desenvolvimento dessa dissertação foi dividido em três capítulos, os quais foram escritos de forma dissertativa. O primeiro capítulo trata dos direitos fundamentais e da constitucionalização da propriedade; e percebeu-se que a propriedade é um direito fundamental em quase todos os países do mundo e só tem sentido se estiver em conformidade com a ordem social. Além disso, analisou-se a inserção do conteúdo humanitário e dos valores no direito positivo, juntamente com a possibilidade da exigência de uma ação do Estado no sentido de melhorar a condição de vida do cidadão com a utilização de políticas públicas relacionadas com a propriedade e a moradia.

Defendeu-se que a propriedade é, ao mesmo tempo, direito do homem, fundamental e humano; e foi inserida como direito fundamental de primeira geração ou dimensão. Já a sua função social, foi efetivada, tempos depois, na segunda geração; devendo esses direitos serem colocados na vida do indivíduo e não constar apenas no papel. Para compreender o instituto

propriedade, fez-se necessário estudá-lo desde o jusnaturalismo - corrente filosófica baseada no direito natural - passando pelo positivismo até chegar ao pós-positivismo - base filosófica do neoconstitucionalismo, fundada na moral, valores e ética. Quanto às características dos direitos fundamentais, elegeu-se a não taxatividade, a titularidade abrangente desses direitos, sua supremacia e a existência cláusulas pétreas.

Ainda no primeiro capítulo, foram traçadas as diferenças entre regras e princípios, tema importante para os direitos fundamentais, pois é a base da teoria da fundamentação e solução de grandes litígios, sem esquecer a colisão, concorrência, a proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação das regras e princípios. Discorreu-se sobre a constitucionalização do Direito Civil, especialmente, da propriedade, utilizando-se da filtragem constitucional para realizar a interpretação conforme a Constituição ou, como outros denominam essa releitura, neoconstitucionalismo.

Não menos importante, foi a pesquisa realizada sobre as teorias do Estado Moderno desde o surgimento até a nova propriedade, além do conceito de Constituição e a diferenciação dos institutos correlatos. No final desse capítulo introdutório, argumenta-se que a propriedade e sua função social, mesmo antes de ser positivada em nossa Lei Maior, já era trazida pela doutrina, tratados e convenções internacionais, tornando-se um meio de concretização dos direitos fundamentais e traçando limites aos abusos ao direito de propriedade.

No segundo capítulo, tratou-se da propriedade, sua função social e a inserção nas relações privadas, buscando sua origem que remonta em Roma, quando a propriedade, naquela época, era plena, individualista, ligada à religião, alienável, absoluta, exclusiva, perpetua e oponível *erga omnes*, momento em que a propriedade passou do individual para o social, o que não é sinônimo de função social. Já na Grécia, a propriedade pertencia à família, servindo para alimentação e com caráter religioso. Na Idade Média, a propriedade não era absoluta, mas fragmentada, uma vez que o senhor feudal detinha o título e o vassalo utilizava o bem, trazendo uma visão coletiva. Na Idade Moderna, a propriedade interligou-se aos princípios constitucionais, atendendo-se ao interesse coletivo. Por fim, na Idade Contemporânea, a propriedade direito transforma-se em função.

Realizando uma trajetória da propriedade no Brasil, detectou-se que foi na época das Cruzadas, utilizando-se da presúria e das sesmarias, que se originou a propriedade privada no Brasil, mas essa propriedade teve como base a propriedade pública real. Após a Revolução Francesa, rompe-se com os privilégios dos senhores feudais, transformando o coletivo em

público estatal e separando o Estado da sociedade. A linha divisória entre terras públicas e privadas foi a Lei das Terras que, inclusive, tratou da função social da posse.

Pesquisou-se, também, a legislação brasileira relacionada à propriedade na época do Império e percebeu-se que foi na Constituição Federal de 1824 que se institui a propriedade; passando a analisar a Constituição Federal de 1934 percebe-se que existiu uma interligação da propriedade ao social; mas, somente com a Constituição de 1967 surgiu a expressão “função social da propriedade”, mantida em nossa Lei Maior de 1988. Traçou-se, também, o conceito de propriedade, distinguindo do domínio e analisando sua relação com os direitos da personalidade, uma vez que a propriedade é o elemento patrimonial que integra a personalidade do indivíduo.

Não menos importante, foi entender a função social do direito, que é uma teoria do direito em que o indivíduo deve atender a função dentro da norma, ou seja, um princípio que busca a paz e a justiça social, e que tem como fundamento os princípios constitucionais. Esse princípio tem como espécie a função social da propriedade, que prega uma releitura da propriedade, tornando parte integrante do direito de propriedade, elemento de sua estrutura, proibindo a propriedade estática, mas defendendo a dinâmica e funcionalizada.

Ainda em relação à função social, chegou-se a um conceito, requisitos e características e defendeu-se que esse direito não pode ser considerado subjetivo absoluto, uma vez que o proprietário não tem a opção de não usá-la ou deixar de atender a finalidade social. Além de mostrar os deveres negativos, da sociedade em relação ao titular do bem; e o positivo, do proprietário em relação à comunidade. Concluindo que a propriedade é formalmente privada e materialmente social. No final desse segundo capítulo, diferenciamos a função social da propriedade urbana da rural, sendo a primeira regulada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Cidade e a segunda pela Lei Maior e pelo Estatuto da Terra, além de analisar a responsabilidade civil do proprietário.

No terceiro e último capítulo, estudou-se especificamente o tema “direito urbanístico, direito à moradia e sua interpretação jurisprudencial” e detectou-se que quando a população urbana cresce mais que a rural, surge o urbanismo para ordenar a cidade e para regulá-lo criou-se o direito urbanístico, com um conjunto de normas reguladoras da atividade urbanística, que tem como mecanismos de atuação os instrumentos de estruturação (planos) e os de execução (IPTU progressivo, desapropriação, parcelamento ou edificação compulsórios, usucapião especial de imóvel urbano e concessão de uso).

Defendeu-se que a propriedade urbana para cumprir a função social necessita preencher os requisitos do plano diretor, condicionando-a ao direito urbanístico. Os princípios

desse ramo do direito são o urbanismo como função pública; o caráter normativo das regras urbanísticas; o da conformidade da propriedade urbana com as normas urbanísticas e o da coesão das normas urbanísticas. No direito estrangeiro, o direito urbanístico iniciou-se na Inglaterra e, posteriormente, na França. Nos Estados Unidos esse direito é desenvolvido pelos governos locais e não está na Constituição Americana.

Aqui no Brasil, o direito urbanístico tornou-se disciplina jurídica e autônoma com o Estatuto da Cidade, mas desde as Ordenações do Reino tivemos disposições genéricas sobre as ordenações das povoações. As primeiras normas urbanísticas foram trazidas com as leis de desapropriação, mas se tornou inédito o tratamento que a Carta Magna de 1988 deu ao tema, especificamente à Política Urbana, devendo esta ser executada por cada Município, através do cumprimento das normas no Plano Diretor. Já as limitações à propriedade privada constitui gênero do qual são espécies as restrições, as servidões e a desapropriação, sendo consideradas como obrigações *propter rem* que incidem sobre a propriedade privada.

Argumentou-se que o Estatuto da Cidade surgiu para disciplinar as diretrizes da política urbana brasileira, além de trazer o conteúdo do princípio da função social da propriedade urbana, com o fim de dar efetividade à Política Urbana, regulamentando os Artigos 182 e 183 da Constituição Federal. Dentro desse estatuto, tem o procedimento que o Município deve realizar quando a propriedade não atende a Função Social, devendo o proprietário ser notificado pelo Poder Público em razão de possuir imóvel considerado como não utilizado, subutilizado ou não edificado localizado em área delimitada pelo Plano Diretor; e, não havendo o cumprimento da obrigação pelo proprietário, será realizado, sucessivamente, a aplicação do IPTU progressivo; e se, mesmo assim, o dono do bem não der adequado aproveitamento a sua propriedade, mesmo sendo cobrado 5 anos de IPTU progressivo, será imposta a desapropriação com indenização paga por meio de título da dívida pública.

Já no que pertine ao Plano Diretor, entendeu-se que sua criação é de competência do Município, sendo o instrumento básico de política e desenvolvimento e expansão urbana e, para os Municípios que possuem mais de 20 mil habitantes, é obrigatória sua aprovação, o que não isenta os Municípios com menos habitantes de cumprir a função social da propriedade urbana, mesmo sem ter um plano diretor. Foi firmado, também, um debate jurídico sobre a constitucionalidade ou não da utilização compulsória, presente no Estatuto da Cidade, mas omissa no Art. 182, § 4º da Constituição Federal. Também foi trazida a divergência a respeito da iniciativa da lei que trata do Plano Diretor, se é do prefeito ou concorrente com o legislativo, pois o prefeito que não cria o plano até o dia 30 de julho de 2008 permite ao Ministério Público, através de uma ação civil pública, obrigar a Câmara Municipal a aprovar

o Plano Diretor, além de possibilitar uma ação de inconstitucionalidade por omissão ou improbidade administrativa.

Em relação à legislação do nosso Município de Aracaju, existe a Lei Orgânica que trata da função social da propriedade urbana, como também o Plano Direito do ano de 2000, que ainda encontra-se em vigor, uma vez que o projeto do novo plano de 2010 está em votação há mais de 4 (quatro) anos, ocasionando um sério dano à cidade, tendo em vista que para a função social da propriedade urbana ser efetivada pelo Município depende de um plano atual, moderno e de acordo com as necessidades sociais de cada época.

Quanto ao direito à moradia, argumentou-se que uma das funções da propriedade urbana é a de atender a esse direito, sendo considerado um direito humano, fundamental social, de segunda geração, constante nos tratados internacionais e de aplicação imediata, não se resumindo a programas habitacionais, mas a condições de habitabilidade. Foi-se questionado se essa aplicação imediata implica dizer que o Estado deve dar uma casa a cada indivíduo sem teto, uma vez que é dever do Estado garantir a eficácia a esse direito fundamental. O contra-argumento do Poder Público para não dar efetividade ao direito à moradia é a falta de recursos financeiros. Esse direito à moradia tem íntima ligação com os direitos da personalidade, em especial, a identidade pessoal, a privacidade, a intimidade e ao sossego, a dignidade da pessoa humana, a vida e a integridade física.

Além da análise constitucional do princípio da função social, não menos importante foi a do Código Civil, em especial, do Artigo 1228, que trata da função social da posse e do direito à moradia e, logo no seu *caput*, detectou-se uma divergência doutrinária sobre a possibilidade ou não do proprietário ingressar com uma ação reivindicatória contra o detentor do bem. Ainda sobre o referido artigo, em seu § 4º, o legislador criou, de forma inédita no mundo, a desapropriação indireta, judicial ou privada e, por isso, analisamos a prescritibilidade ou não da ação reivindicatória; conceituaram-se as cláusulas abertas; indagou-se sobre a possibilidade do Ministério Público propor, como autor, a ação de desapropriação privada; foi trazida a divergência a respeito da aplicabilidade dessa ação sobre os bens públicos; como também questiona-se de quem é a obrigação de pagar a indenização; e, por fim, se existe possibilidade dos possuidores ingressarem com essa ação de desapropriação privada de forma autônoma.

Por fim, pesquisamos as decisões sobre a função social da propriedade urbana desde o ano de 2003 até 2013, nos Tribunais de Justiça de Sergipe, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal e percebe-se que esses tribunais posicionaram-se de forma tímida e

superficial sobre o tema, perdendo a oportunidade/dever de dar efetividade a esse importante princípio constitucional.

Pelo exposto, defende este trabalho a ideia de que o Princípio da Função Social da Propriedade Urbana, por possuir um conteúdo mínimo, constitucional, cogente e de aplicação imediata, deve ser aplicado para todas as propriedades urbanas situadas no Brasil, mesmo que não exista um plano diretor ou uma lei de caráter urbanístico.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE

1.1 O direito de propriedade como direito fundamental

Nossa Constituição Federal protege a propriedade em diversos artigos, dentre eles, o art. 5º, XXII e XXIII, protegendo a propriedade privada, garantia do capitalismo, do sistema liberal e da nossa Constituição. Quase todos os países consideram a propriedade como um direito fundamental. Mas esse direito de propriedade tem que estar em conformidade com a função social, senão vejamos os ensinamentos de Marmelstein (2011, p. 165):

Há quem defenda, a meu ver com razão, que o direito de propriedade só faz sentido se conjugado com o princípio da função social. Cumprindo a sua função social, o direito de propriedade merece proteção estatal, já que a Constituição o consagra como direito fundamental. Por outro lado, não cumprindo a função social, esse direito deixa de merecer qualquer proteção por parte do poder público, já que a Constituição exige que o uso da coisa seja condicionado ao bem-estar geral.

Não só a propriedade material foi protegida, mas também a propriedade intelectual, segundo o art. 5º, XXVII, XXVIII, “a” e “b”, e o XXIX da Constituição Federal, chamados direitos autorais, que permitem aos autores o direito exclusivo de uso, publicação e reprodução, com as ressalvas legais. Também ligada à propriedade é a proteção do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido, consagradas no art. 5º, XXXVI da Lei Maior.

Assim, percebe-se que os direitos fundamentais sofreram uma grande evolução no cenário jurídico brasileiro da Constituição Federal de 1988 até os nossos dias, devido uma grande mudança na interpretação doutrinária e jurisprudencial, inserindo valores, ética e moral no Direito.

A primeira delas é considerar que tais direitos não são taxativos, pois podem decorrer da Lei Maior, dos princípios constitucionais e dos tratados internacionais. Depois percebemos que a titularidade desses direitos foi estendida a qualquer pessoa, inclusive o morto. Notamos também que é inquestionável a sua supremacia em relação a outros direitos, mas, questionável a característica imodificável.

No que pertine à propriedade, como direito fundamental e a sua função social, percebemos que toda propriedade só faz sentido se estiver em conformidade com o social. Por fim, existindo conflitos entre um direito fundamental e outra norma constitucional, o intérprete deve se valer da interpretação sistemática e da proporcionalidade para solucionar o litígio.

1.2 Considerações iniciais sobre os direitos fundamentais

É sabido que após o nazismo criou-se uma teoria jurídica baseada nos valores humanitários com o intuito de legitimar a ciência do direito que estava abalada, uma vez que no regime de Hitler somente os arianos tinham dignidade, não sendo um atributo do ser humano, o exemplo disso foi o holocausto que ocasionou a morte de milhões de minorias, com proteção do regime legal vigente à época. (MARMELSTEIN, 2011, p. 3-9)

Por outro lado, com o julgamento de Nuremberg, cidade onde foram aprovadas as leis nazistas, surgiu um questionamento de que as leis desse julgamento, por piores que fossem, seriam válidas segundo o ordenamento da época, logo deveriam ser cumpridas, mesmo com o conteúdo duvidoso. Mas a importância desse julgamento foi que, após suas decisões, qualquer violação à dignidade humana, com base na política de governo, tornou-se desrespeito à humanidade. (MARMELSTEIN, 2011, p. 3-9)

Depois do final da Segunda Guerra e do fim do regime nazista, os juristas alemães passaram por uma crise de identidade. Percebeu-se que a atividade jurídica deveria ter um conteúdo humanitário, para que não acontecessem novamente as atrocidades do passado, inserindo valores dentro do direito positivo. (MARMELSTEIN, 2011, p. 3-9)

Antigamente, no positivismo, a lei era tudo, mas, com o pós-positivismo, a lei abriu espaço aos valores e aos princípios. Esse pós-positivismo entende que os princípios constitucionais são normas jurídicas e Robert Alexy foi um dos principais juristas defensores desse movimento. Comentando essa nova mentalidade, Marmelstein, (2011, p. 13) assim leciona:

(a) os princípios constitucionais possuem um forte conteúdo ético-valorativo; (b) a teoria moderna reconhece a normatividade potencializada dos princípios, ou seja, os princípios e as regras são espécies de normas jurídicas; (c) a Constituição é o ambiente mais propício à existência de princípios; (d) por isso, a Constituição passou a ocupar um papel de destaque na ciência do direito.

No Brasil, a teoria dos direitos fundamentais teve destaque após a Constituição Federal de 1988 e, principalmente nos anos 2000, considerada a era dos direitos fundamentais e da judicialização. Esses direitos têm aplicação imediata (art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal), são cláusulas pétreas (art. 60, parágrafo 4º, IV da Constituição Federal) e possuem hierarquia constitucional. Explicando a característica aplicabilidade imediata, entende-se que é a mais importante e assim discorre:

Talvez a inovação mais significativa tenha sido o art. 5º, 1º, da CF, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes preceitos, conquanto não exista consenso a respeito do alcance deste dispositivo.

Que qualquer modo, ficou consagrado o status jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente. (SARLET, 2010, p. 66)

É utilizada a expressão direitos fundamentais primeiro pelo fato da própria Constituição utilizar essa palavra, segundo porque é bastante genérica abarcando os direitos sociais, políticos, de liberdade e igualdade e, terceiro, porque os direitos fundamentais constituem um mínimo de direitos garantidos podendo o legislador ordinário criar outros. A definição dos direitos fundamentais é trazida por Dimoulis (2012, p. 40) como:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Para Alexy (2012, p. 69) o conceito de direitos fundamentais pode assim ser definido:

Segundo as definições que acabam de ser formuladas, de caráter ainda provisório, são normas de direito fundamental somente aquelas normas que são expressas diretamente por enunciados da Constituição alemã (disposições de direitos fundamentais)

Os direitos fundamentais possuem um conteúdo ético no seu aspecto material, pois são valores mínimos para uma vida digna e essa dignidade é a base axiológica de tais direitos. E a dignidade tem alguns atributos comentados por Marmelstein (2001, p. 19): "(a) respeito à autonomia da vontade, (b) respeito à integridade física e moral, (c) não classificação do ser humano e (d) garantia do mínimo existencial". E todos esses atributos estão relacionados com o respeito ao outro.

Além desse conteúdo, possui o normativo (aspecto formal) pois somente são direitos fundamentais aqueles valores reconhecidos e com proteção especial. Sua fonte primária é a Constituição. E são direitos fundamentais os inseridos no Título II da Constituição que vai do artigo 5º ao 17. Mas o constituinte entendeu que esse rol não é exaustivo (art. 1º, III c/c art. 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal), mas para se constatar que tal direito é fundamental percebe se a Lei Maior confere alguma proteção especial a ele. Esse conteúdo normativo refere-se ao indivíduo que tem o direito de resistir à intervenção do Estado em sua liberdade e está ligada à dimensão subjetiva. Nesse caso, o Estado tem um dever de fazer algo.

Os direitos fundamentais permitem aos indivíduos a pretensão de resistência à intervenção do Estado ou direito de defesa, ou seja, protegem a liberdade do indivíduo e limitam a atuação do Estado. Trata-se assim de uma obrigação negativa do Estado em abster-se da intervenção arbitrária na liberdade dos indivíduos.

De mais a mais, entende Aronne (2001, p. 422) que os direitos fundamentais são elementos conformadores do mínimo social que assegura a dignidade da pessoa humana, *litteris*:

Os direitos fundamentais começam a plasmar uma eficácia horizontal, de exigibilidade nas relações interprivadas. A Constituição passa a regular matérias anteriormente acometidas ao direito privado, pois os direitos fundamentais deixam de ser um direito de defesa contra o Estado e vêm a ser o elemento conformador do mínimo social que assegura a dignidade da pessoa humana, exigível não só nas relações com a Administração Pública, como também nas interpessoais.

Por outro lado, esses direitos possuem um *status* positivo ou social pois permitem aos indivíduos cobrarem uma ação do Estado com o intuito de melhorar sua condição de vida com a utilização de políticas públicas. Os direitos fundamentais possibilitam a participação do indivíduo na política estatal de forma ativa, com a possibilidade de escolher seus representantes e participar da formação na vontade política (como por exemplo, os referendos e partidos políticos).

Assim, temos que diferenciar os direitos fundamentais, normas vinculadas à dignidade e à limitação do poder, dos direitos do homem e direitos humanos. Os direitos do homem são valores éticos-políticos não positivados, e estão acima do direito positivo e possuem um conteúdo semelhante ao direito natural. Os direitos fundamentais são os direitos do homem positivados. Já os direitos humanos são valores positivados na esfera do direito internacional, tratados e pactos internacionais. A propriedade é ao mesmo tempo direito do homem, fundamental e humano. Senão vejamos o que explica Sarlet (2010, p. 29) sobre a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais:

..."direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com os documentos de direito internacional, para referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal...

Assim, após essas breves considerações sobre o tema, conceituando e diferenciando dos outros institutos jurídicos, podemos agora realizar um breve passeio na história, mostrando as conquistas dos direitos fundamentais em cada uma das suas gerações.

1.3 Breve evolução histórica dos direitos fundamentais

Faz-se necessário, em um primeiro momento, lembrar quais foram as gerações de direitos e suas conquistas: 1ª geração: liberdade, direitos negativos, direitos civis e políticos: liberdade política, de expressão, religiosa, comercial, direitos individuais e Estado Liberal, onde a propriedade foi inserida; 2ª geração: igualdade, direitos a prestações, direitos sociais, econômicos e culturais, direitos de uma coletividade, Estado Social, onde a função social da propriedade foi efetivada; 3ª geração: fraternidade, direito ao desenvolvimento, ao meio

ambiente sadio, direito à paz, direitos de toda a humanidade, no Estado Democrático de Direito.

A crítica que a doutrina faz ao uso do termo gerações é no sentido de que pode dar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, assim a moderna doutrina entende mais adequado o uso do termo dimensões, não havendo qualquer hierarquia pois elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica.

Os direitos fundamentais abrem a Constituição de 1988, demonstrando o seu prestígio além de serem cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser abolidos. Mas não basta anunciar direitos temos que protegê-los e concretizá-los, ou seja, retirá-los do papel e colocá-los na vida real.

Para isso, é ainda necessário o patriotismo constitucional que nada mais é do que levar a sério os direitos fundamentais colocando-os na vida dos indivíduos. Os direitos fundamentais têm uma linguagem abstrata e genérica, tornando difícil sua compreensão com a utilização de uma interpretação literal, sendo necessário procurar um sentido finalístico, qual seja, a sua razão de ser.

Mais adiante far-se-á uma evolução histórica desde o direito natural e o jusnaturalismo, passando pelo positivismo até chegar ao pós-positivismo analisando os valores, a ética e a moral no direito.

1.4 O direito natural e o jusnaturalismo, o positivismo jurídico e o pós-positivismo

Jusnaturalismo é uma corrente filosófica fundada no direito natural. Sua ideia é que existem valores na sociedade que não decorrem da norma jurídica, do direito positivo. Esses valores e direitos decorrem da condição humana. O direito natural tem fundamento na ética que estabelece limites à norma do Estado e possui duas versões, uma em que a lei é estabelecida por vontade de Deus e outra que a lei é fundada na razão. Foi considerado como metafísico e anticientífico. O jusnaturalismo moderno, do século XVI, aproximou a lei da razão e tornou-se uma filosofia natural do direito. Teve fundamento no princípio da justiça e foi base para as revoluções liberais, tendo seu auge com a codificação.

A escola do direito natural buscou um sistema jurídico perfeito, aplicável a todas as situações, contribuindo para os fundamentos do moderno sistema jurídico. Dentre as maiores contribuições temos: a liberdade de movimento e de vocação profissional; o início de uma era de liberdade espiritual e religiosa; a eliminação da tortura e a humanização da pena, no direito penal; o fim dos julgamentos por bruxaria; a busca da segurança legal para todos e o

estabelecimento do princípio da igualdade perante a lei; a elaboração dos princípios gerais do direito internacional.

O apogeu do direito natural se deu com o Estado Liberal e com as Constituições escritas que também representam a sua superação histórica, pois esses direitos cultivados por mais de dois milênios foram positivados. Esse é o ensinamento de Barroso (2010, p. 238):

O advento do estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação, simbolizaram a vitória do direito natural, ou seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos.

Esse direito natural individualista foi o que ajudou no surgimento da revolução francesa, uma vez que garantiu aos indivíduos direitos contra excesso do poder, criando a vontade geral. Sobre a influência da escola de direito natural surgiu um movimento em favor da codificação, como, por exemplo, o código civil francês de 1804. Essa escola perdeu sua força com o positivismo jurídico, mas mesmo assim os seus traços estão presentes no pensamento jurídico atual.

Segundo Azevedo (2000, p. 106) a razão é direito natural, direito das gentes, significando razão universal e razão suprema, senão vejamos:

A razão, enquanto governa indefinidamente todos os homens, chama-se direito natural; e é chamada direito das gentes nas relações entre os povos.

.....

Esse direito natural, significando a “razão universal” ou “a razão suprema fundada na natureza das coisas”, através de que são governados os homens, é diverso do direito natural e racionalista, na medida em que é tido como incorporado à legislação napoleônica, neutralizando-se, por essa forma, sua função crítico-valorativa, em que resida seu caráter distintivo e revolucionário.

Por outro lado, o positivismo jurídico funda-se no positivismo filosófico, com a intenção de criar uma ciência jurídica, similar às ciências exatas e naturais. Seu auge foi com o normativismo de Hans Kelsen. Procura a objetividade científica, vinculando o direito à lei, desvinculando-se da filosofia e perdurou na primeira metade do século XX. Barroso (2010, p. 240) ensina quais são as suas características:

- (I) A aproximação quase plena entre direito e norma;
- (II) A afirmação da estabilidade do direito: a ordem jurídica é uma e emana estado;
- (III) A completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas que não possam ser supridas a partir do elemento do próprio sistema;
- (IV) O formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão.

O positivismo jurídico, enquanto movimento filosófico fundava-se, resumidamente, na ideia de direito como um fato e não como um valor; na conceituação do direito em função da coatividade; no mecanismo de solução de antinomias consistente na prevalência de uma

norma sobre a outra; na interpretação mecanicista, a fazer prevalecer o elemento declarativo e desprezando qualquer processo criativo do direito por parte do aplicador e, por fim, na teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal, sintetizada no aforismo “lei é lei”. (BOBBIO, 2006, p. 131-134).

No início do século XX, o positivismo tornou-se a filosofia dos juristas. Sua decadência está ligada à decadência do fascismo na Itália e nazismo na Alemanha. A derrota do jusnaturalismo e a decadência do positivismo abriram caminho para indagações sobre o direito, principalmente sobre função social e interpretação. Terminada a Segunda Grande Guerra, a ética e os valores ganharam respaldo no direito.

É nesse momento que surge o pós-positivismo, base filosófica do neoconstitucionalismo, que abandona o modelo de Kelsen para colocar a Constituição no ápice do ordenamento jurídico, passando a ser núcleo, base do ordenamento jurídico. Nesse trilhar de ideias explica Barroso (2010, p. 242):

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo e a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada norma hermenêutica.

O pós-positivismo defende a força normativa da Constituição e dos princípios constitucionais na construção de uma hermenêutica constitucional concretizadora de direitos fundamentais e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais que se funda na dignidade humana. Nesse contexto, o direito e a filosofia voltam a caminhar lado a lado. Barroso (2010, p. 249) comenta essa nova fase como uma leitura moral da constituição das leis:

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da constituição das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas.

Pelo exposto, percebe-se que existiu uma grande mudança desde a época do direito natural até o pós-positivismo atual que influenciou grandes teóricos no mundo e no Brasil. Essas mudanças fizeram com que o direito não fosse interpretado utilizando apenas a lei, mas também a moral, os valores e a ética. De mais a mais, para compreender melhor os direitos fundamentais, far-se-á um estudo da não taxatividade e a titularidade desses direitos, conforme a doutrina e a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal.

1.5 Os direitos fundamentais não taxativos

Segundo o artigo 5º, 2º da Constituição Federal os direitos fundamentais são exemplificativos, uma vez que podem estar no Título II (arts. 5º a 17), decorrer dos princípios (art. 5º, 2º) ou de tratados (art. 5º, 2º e 3º). Comentando essa característica Salet (2010, p. 68) explica:

Basta citar, ainda no que diz respeito a esse aspecto, a posição geográfica dos preceitos que consagram a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais (art. 5, 1, da CF), bem como a abertura para outros direitos fundamentais, ainda que não expressos no texto da Constituição (art. 5, 2, da CF), ambos situados no final do rol do art. 5, mas antes dos demais direitos fundamentais do Título II.

Com o mesmo sentir, foi a decisão da Corte Superior sobre direito ao sigilo bancário como direito fundamental, por entender que o rol dos artigos é apenas exemplificativo:

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - QUEBRA DE SIGILO - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO CONCRETA DE CAUSA PROVÁVEL - NULIDADE DA DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR - MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. A QUEBRA DE SIGILO NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE DEVASSA INDISCRIMINADA, SOB PENA DE OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE. - A quebra de sigilo, para legitimar-se em face do sistema jurídico-constitucional brasileiro, necessita apoiar-se em decisão revestida de fundamentação adequada, que encontre apoio concreto em suporte fático idôneo, sob pena de invalidade do ato estatal que a decreta. A ruptura da esfera de intimidade de qualquer pessoa - quando ausente a hipótese configuradora de causa provável - revela-se incompatível com o modelo consagrado na Constituição da República, pois a quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. ... (STF, MS 23851 / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO) (grifo nosso)

Diferente não foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal no MS 23851/DF, quanto ao direito à alimentação e o direito de fiscalizar o governo como direito fundamental não taxativo:

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - DIREITO DE OPOSIÇÃO - PRERROGATIVA DAS MINORIAS PARLAMENTARES - EXPRESSÃO DO POSTULADO DEMOCRÁTICO - DIREITO IMPREGNADO DE ESTATURA CONSTITUCIONAL - INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARLAMENTAR E COMPOSIÇÃO DA RESPECTIVA CPI - TEMA QUE EXTRAVASA OS LIMITES "INTERNA CORPORIS" DAS CASAS LEGISLATIVAS - VIABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - IMPOSSIBILIDADE DE A MAIORIA PARLAMENTAR FRUSTRAR, NO ÂMBITO DO CONGRESSO NACIONAL, O EXERCÍCIO, PELAS MINORIAS LEGISLATIVAS, DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR (CF, ART. 58, § 3º) - MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. CRIAÇÃO DE COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO: REQUISITOS CONSTITUCIONAIS. - - O direito de investigar - que a Constituição da República atribuiu ao Congresso Nacional e às Casas que o compõem (art. 58, § 3º) - tem, no inquérito parlamentar, o instrumento mais expressivo de concretização desse relevantíssimo encargo constitucional, que traduz atribuição inerente à própria essência da instituição parlamentar... O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS PARLAMENTARES: POSSIBILIDADE, DESDE QUE HAJA ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO A DIREITOS E/OU GARANTIAS DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL.(STF, MS 24831 / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO) (grifo nosso)

Outros exemplos são o direito ao meio ambiente equilibrado (art. 225 da CF) e o princípio da anterioridade tributária (art.150 da CF) e as imunidades fiscais que estão fora do Título II. Os direitos fundamentais também podem decorrer de tratados internacionais de direitos humanos que podem ser incorporados ao nosso direito como norma constitucional, similar a uma emenda constitucional conforme o art. 5º, 3º da CF. Comentando o citado artigo Marmelstein (2011, p.235) assim leciona:

Aparentemente, a ideia da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos é mais simples e, por isso mesmo, mais elegante. Além disso, é mais compatível com a Constituição de 88 que estipulou no art. 4º II: prevalência dos direitos humanos.

Por outro lado, uma violação grave a esses direitos humanos ocasiona o deslocamento da competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal processar e julgar tais litígios. (Art.109, V-A da CF/88). Em uma primeira decisão o Superior Tribunal de Justiça não deslocou a competência IDC 1/PA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima e na segunda autorizou a descolamento IDC 2/2009. Mas para existir esse deslocamento é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: a) grave violação a direitos humanos, b) inércia do Estado-membro, c) descumprimento de tratados internacionais, d) pedido do Procurador Geral da República, d) apreciação do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, se os tratados forem aprovados com o quórum qualificado (três quintos dos membros do Congresso em dois turnos), serão emendas constitucionais e, se forem aprovados sem o quórum qualificado, eles terão força de lei ordinária.

1.6 Titulares dos direitos fundamentais

Qualquer pessoa, em regra, é titular dos direitos fundamentais, mesmo que incapaz e até mesmo os nascituros (fetos e embriões). Até mesmo o morto tem esse direito resguardado, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça nos Caso Oreco (REsp 113.963/SP) e no Caso Garrincha (REsp 521.697/RJ).

Com relação aos estrangeiros não residentes no Brasil, o artigo 5º da Constituição Federal diz que os direitos fundamentais são assegurados aos brasileiros e estrangeiros residentes no país. Apesar desse dispositivo ter uma literalidade, devemos fazer uma interpretação conforme a dignidade da pessoa humana para entender que todos os seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, terão resguardados esses direitos. Mesmo aqueles estrangeiros que nem mesmo estejam no território brasileiro podem ser titulares. Com o mesmo trilhar de ideias Marmelstein (2011, p. 249) explica:

Assim, levando em conta o espírito humanitário que inspira todo o ordenamento constitucional, conclui-se que qualquer pessoa pode ser titular de direitos fundamentais. O importante é que a pessoa esteja, de algum modo, sob a jurisdição brasileira.

Nesse caminho, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região permitiu que um estrangeiro em situação irregular no país realizasse um transplante de medula pelo SUS (AG 2005040132106/PR). No mesmo sentido é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que rejeita a interpretação literal do artigo da Constituição nos acórdãos HC 75.051 e HC 72.391 e RE 215.267. Mas diferente é o entendimento de Dimoulis (2012, p. 70) que condena essa interpretação extensiva:

A tentativa de parte da doutrina de propor uma interpretação extensiva considerando que é residente qualquer estrangeiro que se encontre em trânsito no território nacional carece de fundamento constitucional, pois equipara os não residentes aos residentes. Se a Constituição objetivasse oferecer tal garantia seria suficiente se referir a 'estrangeiros' sem incluir o requisito da residência.

Já as pessoas jurídicas privadas podem ser titulares desses direitos naquilo que for compatível pois tem direito à propriedade, à livre iniciativa e aos direitos fiscais. Assim, uma empresa jornalística tem direito à liberdade de imprensa e uma igreja direitos de religião. Com o mesmo pensar, Dimoulis (2012, p. 82) assim entendeu:

De acordo com a regra geral, para efeitos da titularidade de direitos fundamentais, as pessoas jurídicas são equiparadas às físicas, quando o exercício de um direito for compatível com as peculiaridades estruturais da pessoa jurídica e, principalmente, com a sua inexistência biológica ou caráter artificial.

Por fim, com relação aos direitos fundamentais das pessoas jurídicas de direito público, apesar da divergência, a maioria entende que elas possuem alguns direitos fundamentais. Mais adiante, elegemos algumas características dos direitos fundamentais, tais como sua supremacia e as cláusulas pétreas para interpretá-las conforme o entendimento da moderna doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores.

1.7 Características dos direitos fundamentais

1.7.1 A supremacia

Os direitos fundamentais, por serem normas constitucionais, possuem supremacia formal e material e gera três consequências: torna inconstitucional a lei ordinária contrária a esses direitos, a não recepção das normas anteriores à Constituição Federal e incompatibilidade com os direitos fundamentais.

Como os direitos fundamentais estão positivados na Constituição e qualquer norma incompatível com esses direitos será inconstitucional. Assim a fiscalização deles poderá ser

feita mediante o controle de constitucionalidade. Exemplo disso, foi o conflito de normas na ADIn-MC 1969-4/DF, relatado pelo Min. Celso de Mello, onde de um lado havia um decreto do governo que proibia a realização de manifestações públicas em Brasília e de outro a liberdade de reunião e de manifestação pública prevista no art. 5, XVI da Constituição Federal, declarando o STF como inconstitucional o decreto autorizando as manifestações:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO 20.098/99, DO DISTRITO FEDERAL. LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO PÚBLICA. LIMITAÇÕES. OFENSA AO ART. 5º, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. I. A liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas. II. A restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto Distrital 20.098/99, a toda evidência, mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição (Wille zur Verfassung). III. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do Decreto Distrital 20.098/99.(ADI 1969 / DF - DISTRITO FEDERAL , Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI) (grifo nosso)

Outro caso foi o da ADIn 869/DF que discutiu a constitucionalidade do art. 247, 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual punia qualquer meio de comunicação que divulgasse nome ou retrato identificável de criança, entendendo o Supremo Tribunal Federal que essa lei seria contrária à liberdade de imprensa da Lei Maior:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL 8069/90. LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE CRIAÇÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. 1. Lei 8069/90. Divulgação total ou parcial por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo à criança ou adolescente a que se atribua ato infracional. ... A Constituição de 1988 em seu artigo 220 estabeleceu que a liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá qualquer restrição, observado o que nela estiver disposto. 2. Limitações à liberdade de manifestação do pensamento, pelas suas variadas formas. Restrição que há de estar explícita ou implicitamente prevista na própria Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 869 / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO) (grifo nosso)

Assim, se um juiz estiver diante de uma norma anterior à Lei Maior que seja incompatível deverá entender que está revogada, ou seja, não foi recepcionada pela Constituição. Existem vários exemplos disso, senão vejamos: o art. 51 e 52 da Lei de Imprensa que traz o dano moral tarifado, mas o STJ através da Súmula 281 entendeu que: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Uma das consequências da supremacia dos direitos fundamentais é que toda a legislação anterior à Constituição deve ser reinterpretaada conforme a Carta Magna, para se adequar aos valores desses direitos. Para ilustrar tal fato, o Supremo Tribunal Federal na PET 3486/DF, em que objetivaram a abertura de procedimento penal contra o jornalista Diogo Mainardi por ter escrito uma coluna "Quero derrubar Lula", o mesmo afastou a prática do

crime de subversão por estar, o polêmico jornalista, protegido pelo direito fundamental à manifestação do pensamento:

LIBERDADE DE IMPRENSA (CF, ART. 5º, IV, c/c O ART. 220). JORNALISTAS. DIREITO DE CRÍTICA. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CUJO SUPORTE LEGITIMADOR REPOUSA NO PLURALISMO POLÍTICO (CF, ART. 1º, V), QUE REPRESENTA UM DOS FUNDAMENTOS INERENTES AO REGIME DEMOCRÁTICO. O EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÍTICA INSPIRADO POR RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO: UMA PRÁTICA INESTIMÁVEL DE LIBERDADE A SER PRESERVADA CONTRA ENSAIOS AUTORITÁRIOS DE REPRESSÃO PENAL. A CRÍTICA JORNALÍSTICA E AS AUTORIDADES PÚBLICAS. A ARENA POLÍTICA: UM ESPAÇO DE DISSENSO POR EXCELÊNCIA (STF, Pet 3486 / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO)

Essas decisões do Supremo Tribunal de Federal ilustram uma corrente constitucional que modificou o anterior entendimento, qual seja o pós-positivismo, afastando-se do positivismo e aproximando-se dos valores, da ética e da moral.

1.7.2 Cláusulas pétreas

Um dos motivos de tornar os direitos fundamentais imodificáveis (art. 60, 4º, IV da Constituição Federal) é que o Estado, inclusive o Legislador, pratica ilícitos. Esse citado artigo trouxe a expressão “direitos e garantias individuais” que merece ser interpretada. A análise mais adequada é que todos os direitos fundamentais, não só os do art. 5º, da Constituição Federal, são proibidos de serem abolidos. Comentando essa característica de garantia de eternidade Sarlet (2010, p. 66) explica:

Esta maior proteção outorgada aos direitos fundamentais manifesta-se, ainda, mediante a inclusão destes no rol das "cláusulas pétreas" (ou "garantias de eternidade") do art. 60, 4º da CF, impedindo a supressão e erosão dos preceitos aos direitos fundamentais pela ação do poder Constituinte derivado.

E o significado da palavra abolir ou atingir o núcleo essencial do Direito Fundamental é bem explicada por MOREIRA (2012, p. 58):

Entre nós vigora tanto abolir como retirar da Constituição, tanto abolir quanto atingir o núcleo essencial do direito fundamental em exame. Isso porque, em um rol tão extenso de direitos fundamentais, a imutabilidade não fecha o texto constitucional a ponto de proibir o acréscimo de uma palavra ou leve mudança de sentido.

...

Correlacionado o § 4º do art. 60 da Constituição de 1988 à interpretação do STF e, ainda, às garantias de imunidades, chegamos à conclusão de que as reformas constitucionais somente podem ser feitas nos direitos fundamentais para melhorá-los, nunca para enfraquecê-los ou alargar o rol de exceções às garantias. Essa é a medida interpretativa do “abolir”.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu na ADIn 3685/DF que desrespeitar a chamada anualidade da lei eleitoral, ainda que por emenda constitucional, viola a segurança jurídica e a estabilidade do país, pois a emenda pretendia ser aplicada no ano de 2006, mesmo contrariando o art. 16 da Carta Magna:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EC 52, DE 08.03.06. APLICAÇÃO IMEDIATA DA NOVA REGRA SOBRE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS ELEITORAIS, INTRODUZIDA NO TEXTO DO ART. 17, § 1º, DA CF. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI ELEITORAL (CF, ART. 16) E ÀS GARANTIAS INDIVIDUAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, CAPUT, E LIV). LIMITES MATERIAIS À ATIVIDADE DO LEGISLADOR CONSTITUINTE REFORMADOR. ARTS. 60, § 4º, IV, E 5º, § 2º, DA CF. ... 5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV)... (STF, ADI 3685 / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE) (grifo nosso)

Outra decisão do Supremo Tribunal Federal foi a da ADIn 939-7-DF que discutia-se a possibilidade de uma emenda constitucional excepcionar o princípio da anterioridade tributária foi entendido que todos os tributos tem que respeitar esse princípio:

Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. ... 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição);... (ADI 939, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/1993, DJ 18-03-1994 PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755) (grifo nosso)

No mesmo trilhar de idéias, o Supremo Tribunal Federal na ADIn 1.946/DF entendeu que a licença gestante remunerada de 120 dias, por estar ligada ao princípio da igualdade, estaria preservada da modificação:

DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal... (ADI 1946, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2003, DJ 16-05-2003 PP-00090 EMENT VOL-02110-01 PP-00123) (grifo nosso)

E sobre essa interpretação extensiva dos direitos fundamentais assim conclui Marmelstein (2011, p. 302): “Tendo como base as decisões acima, pode-se concluir que todos os direitos fundamentais são protegidos pela garantia de eternidade e não apenas os previstos no artigo 5º da Constituição”.

De mais a mais, existe na doutrina um princípio da vedação do retrocesso, que consiste na regra de que é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já previstos nas leis, sem a criação de outros com o intuito de compensar a retirada dos anteriores.

Por outro lado, prevalece no Brasil o princípio da unidade da Constituição onde determina que todas as normas constitucionais possuem a mesma hierarquia, assim não existe possibilidade de ser declarada inconstitucional uma norma constitucional originária. E se duas normas originárias colidirem prevalece o Princípio da Especialidade, ou seja, a mais específica tem prioridade.

Mas a regra que as cláusulas são pétreas não é um tema pacífico, uma vez que no próprio Supremo Tribunal Federal existe entendimento contrário a elas como o do voto do Min. Joaquim Barbosa, na ADI 3105. Com o mesmo raciocínio Marmelstein (2011, p. 311): "Na verdade, é preciso reconhecer que a Constituição de 88 pode sim ser melhorada, inclusive naquilo que foi considerado como cláusula pétrea".

É permitido também aplicar a mutação constitucional nos direitos fundamentais, como o próprio Supremo Tribunal Federal em diversas decisões assim o fez. A primeira é que não é mais permitida a prisão civil em caso de alienação fiduciária, RE 446.343-1/SP, Rel Min César Peluso. Outra mudança foi no sentido de que não é mais permitido condicionar o recurso administrativo a um depósito recursal, e o Supremo Tribunal Federal no RE 388359/PE assim decidiu:

RECURSO ADMINISTRATIVO - DEPÓSITO - § 2º DO ARTIGO 33 DO DECRETO Nº 70.235/72 - INCONSTITUCIONALIDADE. A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo. (STF, RE 388359/ PE – PERNAMBUCO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO) (grifo nosso)

Em outra decisão do STF, no processo de extradição, o Estado requerente precisa assumir o compromisso de substituir a pena de morte ou prisão perpétua por uma pena de prisão não superior a 30 anos(STF, 855, República do Chile, Rel. Celso de Mello). Por outro lado, a maximização de todos os direitos fundamentais é defendida por MOREIRA (2012, p. 61):

Um dos pontos mais ricos da Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias fundamentais não devem ser limitados por construções teóricas; ao contrário, cabe ao jurista, preocupado com o direito como transformação e com o cumprimento dos objetivos da Constituição, defender a maximização de todos os direitos fundamentais.

E sobre esse sistema aberto, flexível e receptivo Sarlet (2010, p. 72) conclui:

Postas estas questões preliminares, há como concluir, desde já, que, em se reconhecendo a existência de um sistema dos direitos fundamentais, este necessariamente será, não propriamente um sistema lógico-dedutivo, mas sim um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos,

integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeitos aos influxos do mundo circulante.

Assim, claro está que a supremacia dos direitos fundamentais colocou-os hierarquicamente superior às demais regras, como também que a impossibilidade de serem abolidos demonstra a importância desses direitos para o nosso ordenamento jurídico.

1.8 Regras, princípios e suas diferenciações

A diferença entre regras e princípios, para a teoria dos direitos fundamentais, é muito importante, pois é a base da teoria da fundamentação no âmbito desses direitos e a solução de dilemas centrais. Robert Alexy traçou critérios tradicionais para essa distinção, senão vejamos:

O primeiro critério é o da generalidade, que segundo Alexy (2012, p. 87): “princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”. A segunda distinção é qualitativa pois os princípios são mandamentos de otimização, explica Alexy (2012, p. 90): “que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.

Já as regras contêm determinações, pois diz Alexy (2012, p. 91): “as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve ser exatamente aquilo que ela exige, nem mais nem menos”. De mais a mais, Ávila (2012, p. 30) faz a distinção entre regras e princípios e defende que as normas ou são princípios ou são regras:

Normas ou são princípios ou são regras. As regras não precisam nem podem ser objeto de ponderação; os princípios precisam e devem ser ponderados. As regras instituem deveres definitivos, independentes das possibilidades fáticas e normativas; os princípios instituem deveres preliminares, dependentes das possibilidades fáticas e normativas.

Pelo exposto, após realizada essa importante diferenciação entre regras e princípios, analisar-se-á a colisão, a concorrência e o critério da proporcionalidade na aplicação das regras e princípios jurídicos.

1.9 Colisão, concorrência e o critério da proporcionalidade

A colisão ocorre quando o exercício do direito fundamental colide com outros preceitos constitucionais, no caso concreto é o Poder Judiciário que irá limitar o direito desde

que fundamentado e, para isso, utilizará da interpretação sistemática e o critério da proporcionalidade. Sobre o tema, explica Dimoulis (2012, p. 161):

A colisão deve ser enfrentada somente no momento da possível justificação de uma intervenção estatal, como aqui feito, porque um direito fundamental de outro titular de direito pode estar limitando o exercício do direito fundamental atingido pela medida ou omissão estatal.

Para Alexy (2012, p. 92) quando existe um conflito entre regras trata-se da dimensão de validade, pois “se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas, contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida”.

Por outro lado, quando existe colisão entre princípios explica Alexy (2012, p. 93): “se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder... Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.

Ainda sobre a colisão de regras e de princípios, Ávila (2012, p.30) assim discorre com propriedade:

Quando duas regras colidem, uma das duas é inválida, ou deve ser aberta uma exceção a uma delas para superar o conflito. Quando dois princípios colidem, os dois ultrapassam o conflito mantendo sua validade, devendo o aplicador decidir qual deles possui maior peso.

Já a concorrência ocorre quando o indivíduo pode se utilizar de pelo menos dois direitos fundamentais em face da mesma intervenção do Estado em relação à intervenção Estatal quando atinge dois direitos fundamentais do mesmo titular. É sabido que quando existe violação de um direito fundamental, a intervenção é considerada inconstitucional. Assim leciona Dimoulis (2012, p. 161):

Isso ocorre quando houver concorrência entre mais de um parâmetro e, assim, o titular puder se valer de mais de um direito fundamental contra uma mesma intervenção estatal, porque esta supostamente atingiu mais de um direito fundamental do mesmo titular.

O legislador tem o dever de respeitar os direitos fundamentais quando cria regras gerais e abstratas e essa observação está intimamente ligada ao critério da proporcionalidade na Constituição. Ele é considerado um princípio direcionado ao controle de constitucionalidade no entender de Robert Alexy e como regra no pensar de Dimitri Dimoulis. Comentando citado critério da proporcionalidade Dimoulis (2012, p. 145) ensina:

Objeto da revisão jurisdicional constitucional não é a ponderação, mas a verificação de eventual desrespeito de norma constitucional pelo legislador. A proporcionalidade como exame de adequação e necessidade serve para aferir esse desrespeito específico e não para substituir a decisão política do legislador pela decisão política do órgão jurisdicional constitucional.

Diferente não é o sentir de Ávila (2012, p. 205) sobre o postulado da proporcionalidade:

O postulado da proporcionalidade aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre o meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

Assim, na colisão do direito fundamental com outros preceitos constitucionais, em um determinado litígio, o julgador utilizará da interpretação sistemática e do princípio da proporcionalidade para chegar a uma solução mais justa.

1.10 Os princípios e sua aplicação na teoria dos direitos fundamentais

Alexy em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” trata da posição dos princípios no ordenamento jurídico e sua diferenciação das regras, ponto esse dos mais importantes na sua teoria. Trouxe uma inovação pois coloca os princípios como espécie de normas e mandamentos de otimização, além da vinculação da proporcionalidade à teoria da argumentação. Comentando essa importante característica, mandamentos de otimização, Alexy (2012, p. 90) discorre:

Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (grifo do autor)

Para o autor, tanto regra quanto princípios pautam-se pela noção de direito como argumentação e ambos são normas. No caso de colisão de princípios apresenta a regra da proporcionalidade e a sub-regra da ponderação para a solução. Explico:

Os princípios são espécie de normas porque dizem o dever ser. A diferença entre princípios e regras é qualitativa e não gradual. Os princípios, por serem normas, determinam que algo seja concretizado na maior medida possível, mas entre as possibilidades fáticas e jurídicas do caso.

Havendo de colisão de princípios, busca-se a solução utilizando a regra da proporcionalidade, com a sua sub-regra da ponderação – proporcionalidade em sentido estrito. Alexy (2012, p. 93) dá a solução para a colisão de princípios:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido – um dos princípios tem que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.

Já as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não, possuindo determinações. Existindo conflito entre regras deve ser solucionado pelos critérios clássicos: quais sejam, hierárquico, cronológico e de especialidade. Explicando essa importante característica, as determinações, Alexy (2012, p. 91) assevera:

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (grifo no autor)

Assim, percebe-se que quando existe conflito de regras entramos na dimensão da validade, enquanto na colisão entre princípios adentramos na dimensão de peso. Analisar-se-á a proporcionalidade e a razoabilidade na interpretação das normas.

1.11 Proporcionalidade e razoabilidade na aplicação de normas em conflitos com direitos fundamentais

1.11.1 A regra da proporcionalidade

A proporcionalidade é chamada de princípio ou de regra pelos autores, vamos aqui adotar a segunda opção, regra da proporcionalidade. Ela surgiu no Tribunal Constitucional Alemão, como o julgamento do Caso Luth, no ano de 1958, onde esse tribunal decidiu que os direitos constitucionais constituiriam uma ordem objetiva de valores a serem ponderados em cada caso. Seu conceito é trazido por Virgílio Silva (2002) orientando de Alexy, senão vejamos:

regra de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais

Ainda comentando a proporcionalidade, Ávila (2012, p. 184-185) assim discorre:

O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade... depende de uma relação de causalidade entre meio e fim... fim significa um estado desejado de coisas.

Para alguns doutrinadores, seu fundamento está no art. 5º, LIV da Constituição Federal e no Princípio do Estado de Direito (Gilmar Mendes, Luiz Roberto e Suzana Toledo). Já outra parte da doutrina entende que se encontra na estrutura dos Direitos Fundamentais (Virgílio Afonso, Alexy e Humberto Ávila).

Os seus elementos ou sub-regras são adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito como bem explica Ávila (2012, p. 183):

o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meus disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos

restritivo do direito fundamental afetado?) e proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim corresponde às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)

Quanto ao primeiro elemento, a adequação, Silva (2002) assim adverte:

Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado.

O Supremo Tribunal Federal, em relação à adequação, na ADC 9-6, suspendeu qualquer decisão que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos artigos 14 a 18 da MP 2.152-2, que disciplinava metas de consumo de energia e suas sanções. Assim, o STF entendeu que a MP era adequada, em face da crise de energia elétrica, proporcional e razoável.

Mas o *leading case* foi a decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADIn 855-2, que analisou a Lei estadual do Paraná n.º 10.248/93, onde determinava que os botijões de gás fossem pesados na presença do consumidor, medida essa que foi considerada adequada para promover a proteção do consumidor, proporcional e razoável.

No que pertine à segunda sub-regra, necessidade, Silva (2002) explica que

Um ato estatal que limita um ato direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.

A adequação e a necessidade relacionam com a possibilidade fática, já a proporcionalidade em sentido estrito está ligada com a possibilidade jurídica. E essa análise deve ser realizada de forma subsidiária, primeiro interpretando a adequação, para depois a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. É esse o entendimento de Silva (2002):

Em termos claros e concretos, com a subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação, e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível se o problema já tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade.

Além do mais, o exame da necessidade é um exame comparativo, já a adequação é absoluta. A doutrina traz alguns exemplos que ilustram esses elementos. O primeiro é trazido por Alexy (2004, p. 42) referente à adequação e trata de um caso a respeito da fabricação de doces e confeitarias com a utilização de cacau em pó adicionado à grande quantidade de gordura vegetal, principalmente arroz. A celeuma estava em torno da proibição da comercialização de tais produtos ou a proibição da utilização do termo chocolate no produto, com a advertência gordura vegetal. Ocorre que, entendeu-se como o meio mais adequado e menos restritivo ao direito de liberdade a etiquetagem dos produtos o que prevenia a confusão, medida considerada eficaz e menos gravosa.

Um segundo exemplo, trazido por Alexy (2012, p. 591), é o caso em que o Tribunal Constitucional Federal tinha que decidir se a criminalização da fabricação, comercialização, disseminação e aquisição de produtos derivados de *cannabis* seria compatível com a liberdade geral de ação e com a liberdade pessoal. Neste caso, como não existiam conhecimentos científicos suficientes, a decisão do legislador pela criminalização teria que ser aceita.

Um terceiro caso, ilustrado por Alexy (2012, p. 592), foi uma decisão do Tribunal Constitucional Federal que dizia respeito à proibição de que empresários da construção civil utilizassem mão-de-obra de trabalhadores temporários. Entendendo que a proibição dessa atividade não seria necessária, pois necessário seria um controle mais eficiente nos canteiros de obras para detectar as supostas infrações trabalhistas.

Por outro lado, uma faceta da regra da proporcionalidade é a proibição de excesso, onde é proibido a restrição excessiva a qualquer direito fundamental. Isso é o que leciona Ávila (2012, p. 167): “A promoção das finalidades constitucionalmente postas possui, porém, um limite. Esse limite é fornecido pelo postulado da proibição do excesso.”

Além da análise da necessidade e da adequação faz necessário perceber se a medida é proporcional. O postulado da proporcionalidade em sentido estrito exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade, causalidade entre meio e fim, considerado um estado desejado de coisas (ÁVILA, 2012, p. 183).

Assim, conceitua Silva (2002) sobre a proporcionalidade em sentido estrito: “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.

E o autor exemplifica com o caso da AIDS, pois se para o combate à disseminação da doença, o Estado decidisse que, além da obrigatória realização de exames para detectar a doença fossem todos os infectados com o HIV encarcerados, a medida seria adequada e necessária, mas não proporcional pois fere a liberdade e dignidade humana. Pois para o Silva (2002): “Para que seja desproporcional basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenha peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.”

Diferente não é o conceito da proporcionalidade em sentido estrito dado por Ávila (2012, p. 195):

O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.

Normalmente um meio é adotado para atingir uma finalidade pública, relacionada ao interesse coletivo (proteção do meio ambiente, proteção dos consumidores), e sua adoção causa, como efeito colateral, restrição a direitos fundamentais do cidadão.

Alexy (2012, p.594) defende, na ponderação de princípios, a lei de sopesamento, entendendo que deve existir a otimização em relação aos princípios colidentes:

A lei de sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou não-afetação do outro princípio.

Traz também Alexy duas regras de ponderação. A primeira denominada de Lei da Ponderação Material, trazida na sua obra *Teoria de los derechos fundamentales*. Alexy (2004, p. 93) assegura: “cuanto mayor es el grado de La no satisfaccion o de afectacion de un principio, tanto mayor tiene ser la importancia de La satisfaccion del otro”. Explicando essa regra Cardoso (2011, p. 233) adverte:

Por esta regra, a medida de não satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro princípio colidente. Expressa claramente que o peso dos princípios não é tomado absolutamente, mas em regra relativamente.

E Alexy exemplifica com uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, em um processo em que a revista de humor *Titanic* denominou um soldado de portador de necessidades especiais, no caso, paraplégico, de “aleijado”, decidindo o tribunal que a reportagem causava humilhação pública e desrespeito, ferindo a dignidade.

A segunda regra de ponderação é a Lei da Ponderação Epistêmica, fruto das decisões do Tribunal Constitucional Alemão onde Alexy (2004, p. 93) assim descreve: “Cuanto más intensa sea una intervenció n em um derecho fundamental, tanto mayor debe ser La certeza de las premisas que sustentan La intervenció n”. Explicando a citada teoria Cardoso (2011, p. 243-244) assegura:

Dirige-se à qualidade epistêmica das premissas, especialmente, as empíricas... Alexy propõe a utilização dos seguintes epistêmicos: “certo ou seguro (g), sustentável ou plausível (p) e não evidentemente falso (e). Estas variáveis também integram a “fórmula peso”, refletindo na decisão acerca da proporcionalidade ou não da medida”

Estabelecem, portanto, o campo e a carga da argumentação – os enunciados acerca dos graus de importância, afetação, peso e segurança empírica.

Para exemplificar essa lei, Alexy (2004, p. 82-84) trouxe uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão que entendeu constitucional a proibição de produção e comercialização de produtos derivados de maconha. No caso o Tribunal ao não estabelecer a verdade das premissas empíricas do legislador, decidiu, ao contrário, a falta de certeza destas. Aplicou a intervenção no direito fundamental de liberdade de comércio e ofício,

reconhecendo que o legislador dispõe de uma margem epistêmica do tipo empírica. Comentando essas regras de ponderação, leciona Cardoso (2011, p. 244):

As regras de argumentação e da ponderação, embora não consubstanciem passos concatenados de um processo, pautam a conduta dos que integram qualquer procedimento que dependa de uma decisão jurídica. Delimitam, inclusive, os espaços de atuação do legislador, ao estabelecerem suas margens estruturais e cognitivas. Com fórmulas lógicas e matemáticas relacionadas ao método de aplicação da subsunção (regras) e da proporcionalidade (princípios), além de indicarem o caminho para a formação de uma norma correta, oferecem subsídios para a crítica e a revisão judicial de decisões de outros poderes e do próprio Judiciário.

Pelo exposto, percebe-se que as regras de ponderação devem ser utilizadas em qualquer decisão jurídica, delimitando o espaço do legislador, já a subsunção é utilizada no conflito das regras e a proporcionalidade no caso dos princípios, tudo isso com o fim de ser proferida uma norma correta. Assim, percebe-se que a regra da proporcionalidade é mais ampla que a razoabilidade que passaremos a analisar a seguir.

1.11.2 Regra da razoabilidade

Nada mais é, segundo a denominação inglesa de princípio da irrazoabilidade, do que rejeitar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis. É uma sub-regra da adequação, mas não podemos generalizar que um ato desproporcional sempre será considerado irrazoável. E conceitua Cardoso (2011, p. 221):

Funciona como um dever de harmonização do geral com o individual, como instrumento para determinar que as circunstâncias do fato devam ser consideradas, ou ainda para expressar que a aplicação da regra geral depende do enquadramento do caso concreto.

Dentre as várias acepções da razoabilidade, Ávila (2012, p.173) destaca três, a primeira como equidade, a segunda similar à congruência e a terceira equiparada à equivalência:

Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige relação das normas gerais com as individuais do caso concreto, quer mostrando sob a qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual se faz referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.

Na equidade deve-se analisar o que normalmente acontece, analisando as circunstâncias do fato e o aspecto individual do caso. Já na congruência, utilizaremos o suporte empírico e a relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida

adotada. Por fim, na equivalência, utiliza-se da equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

O Supremo Tribunal Federal assim decidiu sobre a proporcionalidade e a razoabilidade, *in verbis*:

O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* -acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV). (STF, ADin 1407-2, Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/1996)

Por tudo que foi exposto, pode-se concluir que apesar da Constituição Federal não prever a aplicação da regra da proporcionalidade, ela decorre do fato dos direitos fundamentais serem princípios e não regras. Além do mais, mesmo a doutrina não considerando a proporcionalidade e a razoabilidade como sinônimas, o Supremo Tribunal Federal entende que a proporcionalidade é um apelo da razoabilidade, equiparando a proporcionalidade à razoabilidade, por entender que é proporcional aquilo que não extrapola os limites da razoabilidade.

1.12 Constitucionalização do direito

O marco do processo de constitucionalização do direito se deu na Alemanha. Na Itália iniciou-se na década de 60 e confirmou-se na década seguinte. Já na França começou mais tarde e ainda está em processo de afirmação. A constitucionalização no Brasil, Portugal e Espanha deu-se de forma tardia e acompanhou os demais países, com a ideia de expansão das normas constitucionais, colocando a Constituição como centro do ordenamento jurídico. Nossa Constituição possui uma supremacia formal, material e axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios, segundo Barroso (2010, p. 364) esse fenômeno denomina-se filtragem constitucional, senão vejamos:

Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

...

Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força, normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional de todas as normas do sistema.

Para ele, com a filtragem constitucional todo o ordenamento jurídico deve ser lido conforme a Lei Maior. Mais adiante Barroso (2010, p. 400) explica que a constitucionalização se realiza pela interpretação conforme a Constituição e, no direito civil, com a elevação dos valores existenciais em detrimento dos direitos patrimoniais:

A constitucionalização do Direito se realiza, sobretudo, pela interpretação conforme a Constituição, nas suas múltiplas expressões. No âmbito do direito civil, a constitucionalização teve como uma de suas consequências a elevação dos valores existenciais, em detrimento dos elementos puramente patrimoniais.

De mais a mais, é sabido que normatividade dos princípios constitucionais resulta na constitucionalização do ordenamento jurídico, como entende Oliveira (2010, p. 181):

A valorização da Constituição Federal, especialmente após o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais, resulta na constitucionalização do ordenamento jurídico, assumindo o princípio da dignidade da pessoa humana o papel de novo vetor axiológico de todo o direito.

Essa Constitucionalização do Direito funda-se em vários fenômenos, decorrentes das modificações do Estado, da Sociedade e do Direito, mudanças que interferiram no campo histórico, filosófico e teórico. Essas interferências ocorreram no primeiro momento histórico com a passagem do Estado Liberal, para o Social e, posteriormente, para o Estado Democrático de Direito; no segundo, filosófico, com a aproximação do direito com a ética e o surgimento do pós-positivismo; e no terceiro, teórico, pelo fato da Constituição adquirir força normativa, superioridade e efetividade, através da hermenêutica constitucional.

É nessa conjuntura que a constitucionalização do direito vem adquirindo mais força e respaldo, com a inserção nas universidades de uma disciplina jurídica chamada de constitucionalização do direito, além de ser aplicada nos ramos de direito civil, penal, administrativo e etc.

A interação da Constituição e do Direito Civil que temos hoje não foi sempre assim, pois passou por várias fases que, em síntese, podemos traçar: a) em princípio, a Constituição como carta política e o Código Civil como documento histórico; b) posteriormente, a publicização do direito privado, onde o Estado interfere nas relações privadas; c) e finalmente a constitucionalização do Direito Civil, onde a Constituição torna-se o centro do ordenamento jurídico.

É o princípio da dignidade que promove uma despatrimonialização e uma repersonalização, ou seja, prevalência da dignidade em relação às relações jurídicas patrimoniais. O instituto da função social da propriedade surgiu nessa segunda fase, como entende Barroso (2010, p. 368) em virtude do dirigismo contratual:

Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de normas de ordem pública. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o

consumidor, locatário, o empregado. É a fase do dirigismo, que consolida a publicização.

Já para Canotilho (2007, p. 348), a constitucionalização protege os direitos fundamentais, determinando que tais direitos devem ser interpretados como normas jurídicas vinculantes:

A constitucionalização tem como consequência mais notória a protecção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculantes* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes declarações de direito. (grifo do autor)

Por outro lado, é quase unânime, salvo nos EUA, que a Constituição se aplica às relações privadas, como também, observadas certas condições, as regras prevalecem sobre os princípios como ensina Barroso (2010, p. 395):

Regras têm preferência sobre princípios, desde que tenham igual hierarquia e não tenha sido possível solucionar a colisão entre eles pelos mecanismos tradicionais de interpretação. Duas observações dogmáticas: princípios têm uma área nuclear que se aplica como regra; regras, como padrão geral, não devem ser ponderadas. Quando o constituinte ou o legislador atuam por meio de uma regra, que expressa um mandato definitivo e não uma ordem de otimização, fazem uma escolha que deve ser respeitada pelo intérprete. A não realização dos efeitos de uma regra significa, de ordinário, sua violação. Ao prover acerca de um tema por meio de regra, o constituinte-legislador ou excepcionou deliberadamente um princípio ou optou por prestigiar a segurança em detrimento da flexibilidade, minimizando a intervenção do intérprete judicial.

Outros doutrinadores chamam essa releitura do Direito Constitucional de neoconstitucionalismo, tendo em vista a vinculação do constitucionalismo com a democracia. Esse fenômeno é verificado não só na esfera do Poder Judiciário, mas também no Legislativo e Executivo, uma vez que todos os órgãos estatais estão sujeitos ao controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, assim como descreve Barroso (2010, p. 353):

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (I) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (II) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (I) limitar-lhe a discricionariedade e (II) impor-lhe deveres de atuação, ainda (III) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (I) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da verdade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.

Assim, em relação ao Poder Judiciário a constitucionalização verifica-se com o controle de constitucionalidade e, em relação aos particulares, com as limitações aos contratos e à propriedade privada. Após o entendimento da constitucionalização do direito, passaremos para o estudo específico da constitucionalização da propriedade e sua função social.

1.13 Do Estado moderno à nova propriedade

Inicialmente faz-se necessário realizarmos uma pesquisa histórica sobre as teorias do Estado moderno e, para isso, vamos analisar alguns aspectos relevantes sobre as principais personalidades da época e suas obras.

O primeiro é Maquiavel, que morou na Itália na época do Renascimento e pregava que os fins justificavam os meios, como também defendia os atos de força. Ficava entre a virtude e a fortuna e sua principal obra foi “O Príncipe”. Comentado Maquiavel, (VERDÚ, 1972:283, v.I, *apud* Soares (2001, p. 85-88) assim explica:

.... apresenta-se como primeiro cientista político a desenvolver o conceito político de Estado.

....

Essas bases antropológicas da concepção maquiavélica explicam seu ceticismo em relação às possibilidades de permanência das repúblicas e sua esperança em um príncipe audaz, energético, dotado de *virtu*, protegido pela *fortuna*, que possa liberar a Itália e seus invasores. (grifo do autor)

O segundo não menos importante autor foi Bodin, que era francês e foi considerado o pai da Ciência Política, com a teoria da soberania, calvinista, acreditava no Estado absolutista, com o poder monarca de origem divina. Para ele a propriedade privada era inalienável e tinha o apoio da burguesia, pois necessitava proteger a propriedade. É como esclarece Soares (2001, p. 89-90): “A soberania absoluta devia ser compreendida como poder supremo, juridicamente ilimitado sobre cidadãos e súditos”.

O terceiro foi Hobbes que criou a figura do “Leviathan”, como sendo um monstro representando o Estado, pregando o poder coercitivo e a possibilidade de legitimar a submissão a um novo soberano. Ele traz a função social do Estado, de acordo com a opinião de (HELLER, 1968:37, *apud* Soares (2001, p. 92): “A função social imanente do Estado é utilizada por HOBBS para fundamentar diversos preceitos do Direito Natural e, em consequência, atribuir-lhe uma origem político-sociológica”.

Mais adiante o mesmo autor denominou a propriedade e afirmou que todas as terras devem ser controladas pelo soberano, é o que comenta Soares (2001, p. 97):

É inerente ao poder soberano julgar quais as opiniões e doutrinas são adversas ou propícias à paz, bem como prescrever as regras em virtude das quais cada súdito pode saber quais os bens de que desfrutará e quais ações que poderá praticar sem ser molestado por qualquer de seus concidadãos, i. e, o que se denomina propriedade. ... Para HOBBS todas as terras e bens devem ser controlados pelo soberano.

O quarto é Locke, sendo inglês e ideológico do liberalismo, trouxe o poder civil da comunidade. Sua doutrina tem como base a ideia hobbesiana de função social do Estado, pretendendo explicar o surgimento histórico do aparato estatal. Em sua obra escreve mais uma vez sobre a propriedade afirmando que o objetivo da comunidade civil é o gozo pacífico da

propriedade, que nada mais é do que a exteriorização da personalidade humana através do labor, como reconhece Soares (2001, p. 102):

Em relação ao direito de propriedade, recorda LOCKE que no estado de natureza o homem usufrui muitos direitos, mas o gozo deles é precário e constantemente exposto às invasões de outros. Por isso, o objetivo principal e capital da união de homens na comunidade civil e de sua submissão a governos é o gozo pacífico e seguro da propriedade, que nada mais é do que a exteriorização da personalidade humana através do labor.

Mais adiante, na mesma obra, afirma que o direito de propriedade é inerente ao homem e corolário da liberdade e que a proteção ao direito de propriedade se dava com o voto, que somente era possível para os proprietários, esse é o entendimento de (KRIELE, 1980:285, *apud* Soares (2001, p. 105):

Infere-se daí que LOCKE, consoante o liberalismo constitucional, percebeu a necessidade de justificar, sob o império das leis e de uma incipiente separação dos poderes, o direito de propriedade como algo inerente à essência do homem e corolário da liberdade dos cidadãos ingleses, colocando as instituições políticas a serviço da liberdade-autonomia dos indivíduos. A proteção ao direito de propriedade, na concepção de LOCKE, não se realizava mediante os direitos fundamentais, mas a partir do direito ao voto, adstrito tão-somente aos proprietários.

LOCKE 1999, p. 30 *apud* Bertan (2009, p. 28) também escreve sobre Locke vinculando a propriedade privada ao trabalho e a expropriação ao direito natural:

Vejam que não existe propriedade privada sem o trabalho humano que a legitima. No nosso entendimento, ela, segundo Locke, não pode ser adquirida através de carta real, ou pela aquisição monetária, ou pela transmissão hereditária, sem que tais procedimentos sejam precedidos pela ocupação da terra em estado natural, quando ainda não é de ninguém individualmente, mas pertence a todos: *“ninguém possui originalmente o domínio privado de uma parte qualquer, excluindo-se o resto da humanidade, enquanto estes bens se apresentam em estado natural.”* (grifo do autor)

Locke acredita que a lei de expropriação pelo trabalho faz parte do direito natural e como tal permanece sempre em vigor. Outra exigência é a de que não haja desperdício.

Mais adiante o mesmo autor Bertan (2009, p. 31) sintetiza as ideias de Locke comentando sobre a sociedade civil e a legitimação da propriedade privada:

Devemos, considerar que Locke prega a igualdade material entre os homens, defende uma constante preocupação para com os demais membros de sua comunidade, faz apologia da sociedade civil Diante de tais circunstâncias, cremos que a vedação à expropriação ampliada e o uso da moeda para tais fins se coadunam melhor com o todo da obra, numa construção harmônica e unitária. Afastamos assim a tese de que o não-disperdício é o único requisito da expropriação e reputamos tal matriz como insuficiente para a legitimação da propriedade privada.

O quinto foi Montesquieu, político, escritor e filósofo francês que com sua obra “O Espírito das Leis” e seu sistema de freios e contrapesos na separação de funções, afirmou que o Estado é subdividido em três poderes: Executivo, Legislativo e Judicial. Sua grande contribuição foi, segundo Soares (2001, p. 111), a teoria da separação dos poderes:

O grande contributo de MONTESQUIEU à Teoria do Estado é a teoria sobre a separação dos poderes ou de funções legislativas, executivas e judiciais, acopladas a um sistema de freios e contrapesos, que se tornou dogma do constitucionalismo

demoliberal, influenciando, principalmente, as declarações de direitos das constituições norte-americanas e francesas.

O sexto e último que vamos comentar nesse tópico é Rousseau que argumentava a vontade geral como expressão das leis e essa vontade como sendo soberana do Estado, repudiava toda forma de governo representativo e parlamentar, como o inglês. Sua obra foi “O Contrato Social”. Trouxe também a origem da civilização e a propriedade como infelicidade humana, como adverte Soares (2001, p. 112):

ROUSSEAU demonstra, em seu *Discours sur l'origine*, mediante hipóteses, a origem da civilização, que apresenta como uma degeneração do estado da natureza. “o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou de dizer: *Isto é meu!* E encontrou pessoas bastante simples para crê-lo, foi o fundador da sociedade civil, assente na propriedade privada e, portanto, causador do início da infelicidade humana... A propriedade privada acoplou-se à propriedade política; e assim, pelo fato de certas paixões terem prevalecido, um regime artificial de desigualdades colocou os homens em uma relação de mútua dependência, contrária aos princípios naturais de seu modo de ser. (grifo do autor)

De mais a mais, Soares (2001, p. 126-127) afirma que naquela época o voto censitário era vinculado à propriedade privada:

Para VIÑAS a ideia de liberalismo está historicamente vinculada ao direito à propriedade e ao afã de lucro. ... A cidadania, na primeira fase do Estado Liberal, assente na teoria dos direitos individuais, sustentava-se no voto censitário, entronizando a propriedade privada, em sua qualidade de convenção social, como alicerce teórico da liberdade almejada.

E conclui Soares (2001, 270) sobre a propriedade ilimitada de Locke e propriedade racionalizada de Rousseau:

Em sua obra, LOCKE preconiza a legitimação da propriedade ilimitada e da acumulação do capital com o código moral tradicional: todo homem tem uma propriedade em sua própria pessoa, a esta ninguém tem qualquer direito e não ser ele mesmo. ... ROUSSEAU elaborou o complexo conceito de vontade geral, em *Du Contrat Social*, racionalizando o reconhecimento dos direitos de propriedade e do governo civil, respaldado nas concepções jusnaturalistas. (grifo no autor)

Assim, percebe-se que vários autores interpretaram a propriedade privada de diferentes maneiras, desde o início da civilização até os tempos atuais. Logo em seguida, faremos uma pequena diferenciação sobre os conceitos relacionados à Constituição para que possamos entender a constitucionalização do direito, da propriedade e sua função social.

1.14 Conceito de constituição, constitucionalismo, direito constitucional, poder constituinte e mutação constitucional.

Para extrairmos o conceito de Constituição faz-se necessário utilizar das obras de Lassalle e Hesse, além das atuais e modernas doutrinas de Direito Constitucional. Para Lassalle, o conceito de Constituição está ligado à fonte primitiva da qual nascem a arte e a sabedoria constitucional, é uma lei fundamental do Estado, é a soma dos fatores reais do poder que regem um país (2012, p. 18):

Os fatores reais do poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são.

Para ele, de nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatores reais e efetivos do poder. E Lassalle (2012, p. 57) adverte:

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder, a verdadeira Constituição de um país somente tem base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.

De mais a mais, a doutrina traz o conceito de Constituição de Hesse (1991, p.12) vinculando ao ser e dever ser, além dos reflexos das condições fáticas, sociais e políticas:

O conceito de Constituição jurídica e a própria definição da Ciência do Direito Constitucional enquanto ciência normativa dependem da resposta a essas indagações.

.....
A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as formas sociais e políticas.

...
Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida. (1991, p. 12, 15 e 18)

Para o autor a Constituição está vinculada à realidade histórica e nenhum poder do mundo, nem mesmo a Lei Maior pode mudar as condicionantes naturais. Hesse critica Lassalle quando afirma que a Constituição não significa simples pedaço de papel, pois não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo, todavia, não está condicionada por essa realidade.

Por outro lado, Canotilho (2007, p.101) conceitua Constituição dessa forma: “Referiu-se atrás o conceito de Constituição da época moderna no sentido de ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito”. Para ele, a Constituição é uma norma política, consubstanciada em um documento escrito.

Já Barroso (2010, p. 369) entende que Constituição “é a norma fundamental e superior, que cria ou refunda o Estado, organizando o exercício do poder político, definindo direitos fundamentais e indicando valores e fins públicos relevantes”

Além do importante conceito de Constituição, traçaremos também outros conceitos correlatos com o tema constitucionalização, mas, não menos importantes, como o constitucionalismo, direito constitucional, poder constituinte e mutação constitucional.

O constitucionalismo tem relação com o Estado de direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Conforme ensina Canotilho (2007, p.45): “é a teoria (ou ideologia)

que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.”

Por outro lado, o Direito Constitucional pode ser entendido como o ramo de direito público e não privado, sobre esse direito explica Hesse (1991, 27):

Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição, que indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado.

Já o poder constituinte tem sido aquele que elabora e impõe uma Constituição, e está acima do poder constituído que é por ele instituído e limitado. Conforme ensinamentos de Canotilho (2007, p. 59) o poder constituinte:

se revela sempre como uma questão de “poder”, de “força” ou de “autoridade” política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política.

De mais a mais, bem explica Barroso (2010, p. 397) o significado de mutação constitucional:

Já a mutação constitucional consiste em um processo informal de alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Ocorre de um assim chamado poder constituinte difuso, a mutação constitucional se realiza por meio de interpretação – isto é, pela mudança do sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente – ou por intermédio dos costumes e práticas socialmente aceitos. Funcionam como limite, na matéria, as possibilidades semânticas do relato da norma e a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade à Constituição.

Para o autor, mutação pode ser considerada como a mudança do significado da norma constitucional sem alteração do seu texto, utilizando-se, para isso, da interpretação, dos costumes, das práticas socialmente aceitas para procurar seu sentido. Aqui existe um processo de reinterpretção da Constituição sem modificação do texto, como, por exemplo, o conceito de “mulher honesta” trazido pelo Código Penal antes do advento da Lei n.º 11.106/2005, uma vez que sofreu grandes modificações conforme a época e local.

1.15 Constitucionalização da propriedade e sua função social

Depois dessas alterações na Teoria da Constituição, todos os ramos do direito foram modificados, uma vez que a Constituição é tida como o centro do nosso ordenamento jurídico haja vista sua força normativa e a sua superioridade, por isso não poderia deixar de influenciar a propriedade privada e em sua função social.

Inicialmente faz necessário entender a etimologia da palavra função social vem da palavra em latim *functio* que é derivada do verbo *fungor* que significa cumprir algo,

desempenhar um dever ou tarefa, ou seja, uma finalidade, funcionalizar. A expressão função social foi inserida no direito brasileiro desde 1934, mas o instituto que mais se filiou a ela foi a propriedade.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a inserir a função social da propriedade no rol dos direitos e garantias fundamentais e inseriu entre os alicerces de ordem econômica nos arts. 5º, XXII e XXIII, 170, II e III, art. 182 § 2º e 3º e, por fim, no art. 186. Esses artigos tratam da função social da propriedade urbana e rural, além de determinar as sanções pelo não cumprimento dessa função. De mais a mais, o art. 5º, §1º da Constituição atribuiu eficácia plena na conformidade dos direitos fundamentais.

Depois, surgiu o Código Civil que tratou da função social da propriedade no seu art. 1228, § 1º. O direito civil sofreu grandes mudanças com o Código Civil de 2002 e uma das principais foi a inserção dos princípios sociais, em especial a função social da propriedade. O Código Civil de 1916 era individualista e voluntarista, ou seja, o valor fundamental era o patrimônio pois naquela época o direito público não interferia no direito privado.

Assim, aos poucos, foi acabando a ideia do civilista liberal, para dar lugar à finalidade coletiva. Hoje, é preciso reler o Código Civil à luz da Constituição Federal de 1988, para que possamos dar um conteúdo de maior eficácia às normas de direito privado. É isso que prega a Teoria do Direito Civil Constitucional o qual afirma que a Constituição, por ser uma norma hierarquicamente superior a todas as leis, possui valores que devem ser observados por todos os ramos do direito e, em especial, pelo direito civil e a propriedade.

Assim, a função social que nasceu na Constituição Federal de 1988, foi transportada para o Código Civil, especialmente para a propriedade, originando, assim, a função social da propriedade no Código Civil. Esse novo instituto do direito civil, com fundamento constitucional, modificou os princípios anteriores do Código Civil de 1916 relacionados à propriedade, por trazer novas regras de aplicação e interpretação de cunho social.

Com as mudanças acima citadas no direito privado, deve-se dar outro tipo de interpretação à função social da propriedade, não mais analisando apenas pela ótica do indivíduo, mas sim o interesse social, realizando uma interpretação constitucional, ou seja, fazendo emergir a mutação constitucional.

No meio acadêmico, a escola civil constitucional iniciou a partir de Maria Celina Bodin de Moraes e depois por diversos autores como, por exemplo, Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Sobre essa constitucionalização do direito civil, veja-se o que explica Lôbo (1999, [s.p.]):

A constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social.

Para o autor, foi com a constitucionalização do direito civil que o Estado liberal passou a ser chamado de social. Assim, o Código Civil passou a ser interpretado conforme as demandas sociais e econômicas da atualidade, senão vejamos o que diz Tepedino (2001, p. 21):

Muito ao contrário, a perspectiva civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.

O instituto aqui estudado deixou de ser absoluto, individual, para ter um cunho social, pois a propriedade não pode beneficiar apenas o proprietário, mas sim a todos. Isso é o que prega Lôbo (1999, [s.p.]) quando leciona sobre a função social da propriedade:

A função social é incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, em que se admite apenas a limitação externa, negativa. A função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade, não somente para si, mas para todos. Daí ser incompatível com a inércia, com a inutilidade, com a especulação.

Segundo José Afonso da Silva (2006, p. 281), a função social não se confunde com os sistemas de limitação à propriedade: “A função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitações da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquele, à estrutura do direito mesmo, à propriedade”.

No mesmo trilhar de ideias, Gama (2008, p. 51) entende que a função social como limitação à propriedade é incorreta, pois a função social é a propriedade:

A ideia da função social como uma limitação à propriedade, portanto, não deve ser reconhecida como correta. Hoje, com base na Constituição, deve-se reconhecer que a função social integra a propriedade; a função social é a propriedade, e não algo exterior ao direito de propriedade. E, uma vez não cumprida a função social, o direito de propriedade está esvaziado.

Para ele, a função social integra a propriedade, pois a função é da propriedade e não algo exterior. Para Morais, (1991, p.70) a função social da propriedade não permite o proprietário usar e abusar do bem, *in verbis*:

Em matéria de propriedade, essencial torna-se a normativa constitucional para a reconstrução do instituto, no âmbito das relações privadas. A atribuição constitucional da função social parece incompatível com a tradicional forma de tutela do proprietário, aquele a quem era permitido usar e abusar do bem de sua propriedade. As profundas restrições que, pouco a pouco, foram sendo impostas às faculdades inerentes ao domínio, acarretaram a crise do conceito tradicional e perplexidade entre os operadores do direito civil com relação à determinação do conteúdo mínimo da propriedade, sem o qual se desnaturaria o próprio direito.

Com outro olhar, Barros (2004, p. 43) analisa a função social da propriedade na cadeia produtiva para o bem da coletividade:

A propriedade com função social se justifica pelos objetivos a que se propõe, dentro da cadeia de produção, pois muito embora se saiba que a propriedade sempre foi a base da produção capitalista tradicional, com a função social, ela atinge outro patamar de eficiência e de utilização, antagônico àquele que sempre lhe fora destinado. Ou seja, a função social compõe-se enquanto elemento diferenciador que insere a propriedade na cadeia produtiva, com toda a otimização, para o bem da coletividade.

Já Pinheiro (2005, p. 97) afirma que não há direito que não seja social e a propriedade, conforme a função social, não fica restrita, mas o que se proíbe é o uso indevido da propriedade:

Não há direito que não seja social e não há instituto jurídico que não esteja permeado por uma função social objetiva.

....
Por exemplo, a função social da propriedade, esculpida em nossa Constituição no artigo 5º, XXIII e no artigo 170, III, não é uma restrição à propriedade, e sim ao seu uso indevido.

Assim, percebe-se que a propriedade é um direito e garantia fundamental, inserido na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, *caput*, que tem como espécie a moradia que, para Jacintho (2009, p.145), é um componente do direito à dignidade, senão vejamos:

Os dois últimos componentes do direito à dignidade da pessoa humana dizem respeito à moradia e à alimentação; o primeiro, prescrito no *caput* do art. 6º, da Constituição Federal de 1988, e o segundo, na Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Políticos, já citado. Em ambos os direitos, preconizados como regra, a prestação estatal que se espera é no sentido de serem criados meios para o exercício desses direitos, seja, pela não-intervenção estatal, seja pela criação de programas e ações governamentais, tais como abertura de linhas de crédito, mutirões.

Por isso, percebe-se que a função social da propriedade, de todos os institutos privados, foi o que mais sofreu influência dos princípios constitucionais sociais, trazendo com isso, regras de caráter social à propriedade, determinando que não só o interesse do indivíduo deve ser levado em conta, mas, principalmente, o da coletividade, ou seja, a propriedade, pois, hoje em dia, deve ser utilizada não apenas para favorecer o proprietário, mas para o bem comum.

Mas não foi só no Brasil, mas em diversos ordenamentos jurídicos, que a propriedade tem um caráter social, senão veja-se o que explica Comparato (2008, p. 66):“É também com fundamento na solidariedade que, em vários sistemas jurídicos contemporâneos, consagra-se o dever fundamental de se dar à propriedade privada uma função social”.

Diferente não é o que a declaração universal dos direitos humanos de 1948 quando se refere a propriedade, em seu artigo XVII: “1. Todo homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”.

Já o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 também se referiu à propriedade quando em seu artigo 11, 2, a assim determinou:

Os Estados-Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para: melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e utilização mais eficazes dos recursos naturais.

Comentando o citado artigo Comparato (2008, p. 335) assim leciona:

No entanto, o direito contemporâneo passou a reconhecer, excepcionalmente, uma função social da propriedade, isto é, a existência de deveres positivos do proprietário de certos bens, em relação a outros sujeitos determinados, ou perante a comunidade social como um todo.

Apesar do pacto de 1966 não conter nenhuma disposição específica sobre a função social da propriedade, a convenção americana de direitos humanos de 1969 estabelece, nitidamente, o dever fundamental do proprietário de dar aos seus bens destinação conforme o interesse social, veja-se o artigo 21:

Direito à propriedade privada.

§1º Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A Lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.

§2º Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e formas estabelecidos em lei.

Assim, foi com a convenção de 1969 que a função social foi inserida na propriedade e todos os países signatários tiveram que inserir, posteriormente, em suas legislações, tal instituto, como foi o caso do Brasil na Constituição Federal de 1988. Em outra obra, Tepedido (2008, p. 368) afirma qual o fundamento da função social, *in verbis*:

Ao revés, a perspectiva funcional dos fatos jurídicos, que fundamenta a função social do contrato e da propriedade, leva em conta a circunstância de que o ordenamento é formado por um conjunto de princípios, não já de um princípio único, o qual deve ser sempre examinado e levado em conta no momento da aplicação do direito.

Pelo exposto, percebe-se que antes mesmo da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, já existia na doutrina brasileira e nos tratados e convenções internacionais regras que determinavam que a propriedade deveria atender a sua função social e esse instituto constitucional foi inserido no Código Civil determinando uma releitura da propriedade pelos operadores do direito, utilizando, para isso, a Teoria do Direito Civil Constitucional.

Com a constitucionalização do direito e, conseqüentemente, da propriedade, decorreu das mudanças históricas, filosóficas e teóricas que deram à Constituição Federal força normativa, com superioridade e efetividade, fazendo com que a sua interpretação se irradiasse por todo o ordenamento jurídico brasileiro, em especial para o direito civil e a propriedade.

Essa incorporação dos princípios e da hermenêutica constitucional à propriedade, por ser o centro do ordenamento jurídico, traz como consequência, a garantia dos direitos fundamentais, em especial, a função social da propriedade.

Assim, a propriedade e sua função social fundamentados nos princípios constitucionais é um meio de concretização dos direitos fundamentais e serve de limite para os abusos àquelas propriedades que não atendem a sua função social. Por isso, que a constitucionalização da propriedade é peça-chave para o julgador e todos os operadores do direito realizarem uma releitura do instituto propriedade, tendo em vista que terá que atender essa função social, com o objetivo de garantir a efetividade e a concretização desse importante direito fundamental e, por conseguinte, contribuir para a Democracia.

2 A PROPRIEDADE, SUA FUNÇÃO SOCIAL E A INSERÇÃO NAS RELAÇÕES PRIVADAS

2.1 O nascimento da propriedade em Roma e sua trajetória

Antes do estudo do conceito de propriedade, faz-se necessário o estudo de sua trajetória histórica. A propriedade privada surgiu em Roma, pois, na antiguidade, especialmente no Egito, os homens trabalham na terra e tiravam o seu sustento, não existindo a propriedade privada. A primeira manifestação concreta de propriedade que a doutrina informa foi o *heredium* que, segundo Maluf, (2010, p. 16) consistia em um lote de terra com hereditariedade, estendida aos patrícios e plebeus a possibilidade de sua aquisição:

...foi o *heredium*, lote de terra atribuído a cada chefe de família como meio hectare de extensão, que trazia gravado em si um caráter de hereditariedade. Inicialmente destinada aos patrícios, foi também, a partir da Lei de XII Tábuas, estendida aos plebeus a possibilidade de sua aquisição. (grifo no autor)

Foi em Roma que a propriedade privada surgiu do ponto de vista econômico e social, era plena e dominava a vida jurídica romana, vejamos o que adverte Bertan (2009, p. 22):

Os romanos criaram colônias, geralmente com 300 colonos. Eram-lhes dadas terras (*privatim*) para horta e pomar, sendo essas subtraídas das terras coletivas. Corresponde a *wurten* dos campos germânicos. A terra restante será conservada em propriedade comunitária. A propriedade privada era plena e dominava a vida jurídica romana. (grifo do autor)

Comentando o conceito de propriedade para os romanos, Gomes (2005, p. 115) classifica como individualista, ou seja, cada coisa tem apenas um dono:

Em traços largos, o conceito de propriedade que veio a prevalecer entre os romanos, após longo processo de individualização, é o que modernamente se qualifica como individualista. Cada coisa tem apenas um dono.

Outra característica da propriedade no direito romano era que estava ligada à religião, pois naquela época era costume enterrar os mortos no campo de cada família, é o que explica Pires (2007, p. 21) pois o romano conservava o campo onde estava a sepultura de seus antepassados, mesmo vendendo o imóvel a terceiros:

Em caso de venda, o romano conservava o campo onde estava a sepultura (antepassados). Se o campo fosse vendido, a família continuava proprietária do túmulo e tal direito era eterno posto que: “a propriedade era sagrada; termo inamovível significava propriedade inviolável. Para apossar-se do campo de uma família, era preciso derrubar ou deslocar o marco, ora o marco era o deus Terminus, o sacrilégio seria horrível e a sanção a morte.

Por outro lado, com a expansão do império romano essa visão familiar e religiosa foi substituída pela ideia da terra ser considerada alienável, é o que diz Deboni (2011, p. 27):

Todavia, do momento em que o Império Romano começou a se expandir, essa visão familiar e religiosa do território começou a enfraquecer; de fato a conquista de novas terras pertencentes a outros Estados fazia com que a propriedade perdesse a concepção sacra, uma vez que o vínculo *sentimental – religioso* com a terra não era mais o mesmo. A partir de então, e com o advento da *Lei das XII Tábuas* a terra foi considerada alienável. (grifo do autor)

Em Roma a propriedade era absoluta, exclusiva, personalíssima, individualista, além de ser perpétua e oponível *erga omnes*. Era fundamentada no *jus utendi, jus fruendi e jus abutendi*, como explica Bertan (2009, p.34) cada uma dessas características:

No primeiro caso, pode o proprietário montar em seus cavalos, ocupar suas casas, usar suas vestes, construir em seu terreno. O *jus fruendi* representa a possibilidade de comer dos frutos, comercializar sua colheita, ter como sua a cria dos animais e das mulheres escravas. Pelo *jus abutendi* o proprietário, sem dar satisfação ou justificar, pode abusar da coisa, quer destruindo-a ou alterando a sua substância: incendiar casas, derrubar árvores, destruir florestas, abater animais e escravos.

E foi no direito romano que tivemos a passagem da propriedade individual para a social. Apesar da divergência doutrinária, uma parte da doutrina acredita que a propriedade em Roma não era absoluta, pois os Romanos, desde aquela época, já davam importância ao interesse social ou público. É esse o entendimento de Maluf (2010, p. 19) sobre a coexistência social em Roma e o interesse público que vedava a propriedade sem limitações:

Apesar de possuir um caráter de excessivo individualismo, desde a época da Lei da XII Tábuas os romanos reconheciam que a propriedade não podia ser concebida sem limitações, e que estas eram impostas pela lei ou determinadas pelo interesse público fornecendo condições necessárias para o uso da propriedade particular, valorizando a coexistência social, que o direito objetivo dividia basicamente em duas espécies: obrigações de não fazer (*non facere*) ou tolerar (*pati*)

Por outro lado, outra parte da doutrina, entende que não havia função social no direito romano nem tão pouco o sujeito coletivo, como adverte Pilati (2012, p. 88-90):

Dessa forma, não há como falar em função social no Direito Romano, por não haver separação entre a *civitas* e o cidadão, entre o patrimônio coletivo aos cidadãos. (grifo no autor)

...

Além dessa ausência do sujeito do coletivo, o contraponto romano revela, também, a falta de caracterização dos bens coletivos – no ordenamento jurídico moderno.

No mesmo trilhar de ideias entendeu Bonizzato (2007, p. 55) sobre a propriedade absolutizada no direito romano: “O Direito Romano inicial conheceu uma propriedade absolutizada, na qual o proprietário detinha amplos e vastos poderes”.

Por outro lado, na Grécia, a terra servia para alimentar o homem. A propriedade pertencia à família, com caráter religioso, familiar e possuindo uma finalidade, como justifica Pires (2007, p. 20):

Na Grécia, a justificativa da propriedade residia no fato de que tudo o que se possuía pertencia à família. Essa concepção concentrava grande carga religiosa e familiar pela adoração do deus-lar; bem como possuía um caráter de finalidade.

Já na Idade Média, o senhor feudal era vassalo do Rei, entretanto, seu direito à propriedade não era absoluto. Comentando essa época de nossa história leciona Bonizzato (2007, p. 57) que houve uma fragmentação do direito de propriedade, pois o senhor feudal detinha o título de propriedade e o vassalo utilizava a propriedade:

A Idade Média traria consigo uma considerável transformação nos conceitos da época: passava-se a admitir uma fragmentação do direito de propriedade, materializada na divisão de poderes entre senhor feudal e vassalagem. Enquanto o

primeiro detinha o título de propriedade, o vassalo era quem diretamente utilizava a propriedade, cultivando-a e nela construindo seu lar, sempre sob a proteção e o império do senhorio do feudo.

No mesmo caminho, adverte Bonizzato (2007, p. 57) que enquanto o senhor feudal detinha o título de propriedade, quem a usava era o vassalo:

... passava-se a admitir uma fragmentação do direito de propriedade, materializada na divisão de poderes entre senhor feudal e vassalagem. Enquanto o primeiro detinha o título de propriedade, o vassalo era quem diretamente utilizava a propriedade, cultivando-a e nela construindo seu lar, sempre sob a proteção e o império do senhorio do feudo.

A propriedade no período medieval quebra o conceito anterior unitário, podendo existir a concorrência de proprietários, como adverte Gomes (2005, p.115):

A dissociação revela-se através do binômio *domínio + domínio útil*. O titular do primeiro concede o direito de utilização econômica do bem e recebe, em troca, serviços ou rendas. Quem tem o domínio útil perpetuamente, embora suporte encargos, possui, em verdade, uma propriedade paralela. (grifo do autor)

Assim, o direito medieval abandonou o conceito unitário de propriedade, prevalecendo uma superposição de direitos sobre o bem, possuidores e detentores da terra possuíam direitos sobre o mesmo bem, como adverte Maluf (2010, p. 23):

O regime feudal caracterizou-se basicamente por dois traços principais: os homens e as terras formando uma hierarquia, pois um homem depende de outro mais poderoso e a terra depende de outra mais importante. Os reis perderam seus poderes sobre as terras e os senhores feudais passaram a exercer plenamente seus poderes sobre suas próprias terras, criando assim um vínculo entre ambos, possuidores e detentores da terra.

Enquanto na Antiguidade, época do Direito Romano, a propriedade era concebida como absoluta e individual, na Idade Média, no feudalismo, essa ideia é abandonada em favor de uma visão coletiva (DEBONI, 2011, p. 32).

Já na Idade Moderna, após a Revolução Francesa, a propriedade interligou-se às ideias de igualdade, liberdade e fraternidade, atendendo-se ao interesse coletivo, vejamos o que explica Deboni (2011, p. 40):

A nova concepção de propriedade surgida nos princípios de liberdade, igualdade e fraternidade fizeram com que o direito de propriedade – tido como individualista – fosse excessivamente idolatrado, a prescindir dos interesses coletivos.

Hoje, na Idade Contemporânea, a propriedade-direito começa a transforma-se em propriedade-função. Assim, entende-se que a propriedade surgiu com um caráter individual, mas com o passar dos anos, perdeu essa característica para atender ao social e isso não quer dizer que o proprietário perdeu o seu poder, mas apenas foi temperado pela exigência da função social.

2.2 O surgimento da propriedade privada no Brasil até os dias atuais

O tema posse e propriedade não está vinculado apenas ao aspecto jurídico, pois permanece interligado à ética, à moral e ao social. Aquele que não tem terra, também não possui emprego, moradia, alimento e cidadania. O grande óbice à cidadania é a grande propriedade rural, é o que percebemos quando realizamos uma trajetória na história da propriedade privada no Brasil.

Quando os portugueses, através das Cruzadas, chegaram ao Brasil encontraram os índios da tribo Tupi, que foram os primeiros a terem contatos com os estrangeiros. Esse movimento não tinha cunho apenas religioso, mas também econômico. As atrocidades sofridas pelos nativos, dizimando e apropriando-se de seus bens tinha base em um título religioso expedido pelo Papa (Bula) e um jurídico normatizado no Tratado de Alcáçovas como adverte Torres (2010, p. 9 e 11):

Interessante apontar que todas as atrocidades realizadas contra os povos (inclusive contra os nativos, “selvagens” para a cultura predominante) das terras conquistadas, por vezes até dizimando-os, e todas as apropriações que daí resultavam, tinham como sustentáculo uma Bula (título, no sentido de instrumento e também no sentido de modo de aquisição) da Igreja Católica, através de sua autoridade máxima, o Papa, considerado como representante de Deus na Terra.

.....

Até então, Portugal teria sido a nação mais favorecida pela generosidade dos Papas e pelo Tratado de Alcáçovas, firmado entre Portugal e Espanha em 04 de setembro de 1479, aprovado pela Bula “*Aeterni Regis*” de 21 de junho de 1481, do Papa Xisto IV, confirmam-se todas as concessões feitas a Portugal pelos Papas anteriores, assumindo o governo da Espanha um compromisso de não interferir nas conquistas ou descobrimentos dos portugueses. (grifo do autor)

Cumprido frisar que mesmo antes de Portugal descobrir o Brasil, nossas terras já pertenciam ao país europeu por força dos tratados assinados. Assim, Portugal tinha dois fundamentos que legitimavam a propriedade do Brasil, o religioso com a Bula *Aeterni Regis* de 21 de junho de 1481 e o jurídico com o Tratado de Alcáçovas firmados com a Espanha.

Naquela época utilizavam da presúria, que era a ocupação das terras sem dono, que por conquista tinha passado a fazer parte da propriedade real. Entendia que se não fosse utilizada a terra, a mesma era entregue a outro que quisesse aproveitar e, para isso, o Rei de Portugal mandou para o Brasil Martim Afonso de Souza com o intuito de colonizar nosso país com fundamento em três cartas régias, segundo os relatos de Torres (2010, p. 21):

Pela necessidade de colonização de nossas terras resolveu o rei D. João III enviar Martim Afonso de Souza, expedindo uma carta-patente passada na Vila do Crato em 20 de novembro de 1530. Na verdade recebera Martim Afonso três cartas régias, autorizando a primeira a tomar posse das terras que descobrisse, organizando o respectivo governo e administração civil e militar; e segunda lhe conferia títulos de capitão-mor e governador das terras do Brasil, a última lhe permitia conceder sesmarias das terras que achasse e pudesse aproveitar.

A primeira carta autorizava a tomar posse das terras brasileiras, a segunda conferia a Martim Afonso de Souza o título de capitão-mor e governador e a última lhe permitia conceder as sesmarias. Esta última carta que instituiu as sesmarias, como meio para a utilização social e econômica da terra, determinava que o capitão-mor recebia a capitania (hereditária ou donatária) como usufrutuário e não proprietário e, posteriormente, distribuía as terras para colonização.

Essa instituição gerou os grandes latifúndios e reduziu as propriedades dos índios, que perdeu a sua terra e gerou a escravidão. E se o proprietário das concessões atendesse os requisitos da carta de concessão, poderia adquirir o bem como dono, surgindo, aqui, a propriedade privada no Brasil. Assim, podemos dizer que a propriedade privada no Brasil surgiu da propriedade pública, com a confirmação das concessões de sesmarias exercida sobre as terras do poder público. Comentando as capitanias hereditárias e a concessão das terras pelo Estado, leciona Bertan (2009, p.76):

Mais tarde a concessão de treze capitanias hereditárias, seguidas pelos governos gerais, permitiram a exploração da terra com cana-de-açúcar, criação de gado e outras atividades agropastoris. As capitanias de São Vicente e Pernambuco tornam-se as mais prósperas. Nesta gênese da ocupação do solo no Brasil percebe-se a influência do Estado na concessão das terras e como as elites patriarcas do Brasil colônia derivam das benesses concedidas pelo poder político.

Sobre a distribuição de terras no Brasil Colônia, que tinha como finalidade de desenvolvimento e abastecimento, na época das sesmarias, assegura Maluf (2010, p. 29):

A evolução do sesmarismo demonstrara que o colono recebia a terra para fins de cultivo e ocupação e em via de consequência adquiria-lhe o domínio. Sua regularização era apenas decorrente de uma solicitação junto à corte portuguesa, sendo apenas a partir de 1549 acrescentada a formalidade do registro na Provedoria, perfazendo-se este nas sedes da capitania.

De mais a mais, a terra já determinou a vida e a morte da maioria das pessoas no passado (1789 e 1848), como assegura Torres (2010, p.166):

O que de fato acontecia é que a terra determinava a vida e a morte da maioria dos seres humanos entre 1789 e 1848 e, por essa razão, o impacto da revolução sobre a propriedade e o aluguel da terra e sobre a agricultura foi o fenômeno de maior catástrofe no período. Cerca de 61% da terra estava distribuída por cerca de 2 mil grandes propriedades e cerca de 60 mil pequenas e médias propriedades cobriam a outra parcela. Sendo assim, o restante da população não possuía terras. Em 1849, na Prússia, o número de pessoas sem terras, ou de trabalhadores rurais assalariados, era estimado em quase 2 milhões.

Contrária à sesmaria, surgiu a Lei de Terras (Lei de 1850) trazendo a linha divisória entre as terras públicas e as particulares, regulando a propriedade, além de tratar da posse com função social, como adverte Torres (2010, p. 77):

Na Lei de Terras o legislador protegeu sobretudo a posse com função social, em razão do reconhecimento do seu valor, não para o indivíduo como pessoa, mas também pelo interesse econômico e social da nação com a produção e o povoamento.

Por outro lado, a propriedade moderna surgiu após a Revolução Francesa com o Código de Napoleão de 1804. Esse código tinha uma linguagem clara, racional e razoável e inspirou quase todos os códigos civis do mundo, inclusive o do Brasil.

Aqui, o que primeiro que escreveu sobre propriedade foi Lafayette, em sua obra *Direito das Coisas*, trazendo o conceito de propriedade como patrimônio. Comentando o conceito de propriedade individualizada na época da Revolução Francesa, Pires (2007, p. 24) afirma: “O conceito de propriedade é reunificado com a Revolução Francesa e seu caráter unitário é reconstituído, de acordo com a concepção romana, marcando a individualização de propriedade”.

Com essa revolução, rompeu-se com os vínculos e privilégios feudais, mediante a supressão do coletivo, transformando o coletivo em público-estatal e a separação do Estado/Sociedade, como explica Pilati (2012, p. 105):

A Revolução Francesa e a codificação napoleônica, sob o liberalismo burguês, haviam libertado a propriedade dos vínculos e privilégios feudais; haviam inaugurado o paradigma individualista, tão bem articulado mediante a supressão do coletivo transformado em público-estatal, e a separação Estado/Sociedade. Assim, perante a crise, o constitucionalismo preservava o individualismo e mantinha a separação da Sociedade – ampliando o Estado, aquele guarda-noturno cuja atividade principal seria, para os fisiocratas, a inação!

Em 1891, a Igreja Católica criou a Encíclica *Rerum Novarum* a qual sugeria que a propriedade fosse equiparada a um direito natural e, por consequência, rejeitava o socialismo e protegia a propriedade privada. Essa foi a reação da igreja contra o socialismo em favor do capitalismo. Comentando a encíclica Bertan (2009, p.18) assegura que era defendido o direito à propriedade privada:

Leão XIII, com sua encíclica *Rerum Novarum* defende o direito dos trabalhadores a uma vida digna, expõe que cabe ao Estado socorrer os mais pobres, os indigentes e criar políticas que ampara aos menos favorecidos. Defende o direito à propriedade privada, o direito dos pobres de pouparem com o fim de obterem um pequeno acréscimo patrimonial em razão de seu trabalho, com o passar dos anos: condena os destruidores da sociedade, sedentos por greves danosas e desejosos de arruinar a sociedade produtiva; convoca o cidadão cristão para o aperfeiçoamento moral.

Por outro lado, o Brasil já passou por uma fase em que todas as terras foram transferidas para o Estado, quando foi editado o Decreto de 26 de outubro de 1917 que acabou com o direito de propriedade sobre a terra, confiscando-a e passando para o gozo do Estado sem qualquer indenização.

Na contramão, existe a ideia de socialização da propriedade que teve fundamento nas teorias dos filósofos e escritores socialistas, e segundo Gomes (2005, p.154) esse vocábulo: “socialização” deve ser tomado no sentido que lhe dá o programa político do marxismo, porquanto certas tendências para substituição dos proprietários particulares pelo Estado não podem ser consideradas socializadoras”.

Até meados de 1930, o país era predominantemente agrícola. Após a primeira década da independência o açúcar, o algodão e o café eram responsáveis por 70% de nossa exportação. A superprodução do café, na Primeira República, casou problemas, uma vez que com a crise da Bolsa de Nova York de 1929 houve uma redução da metade dos preços do café e a impossibilidade de vender o estoque.

Antes de 1888, o Brasil era comandado pelos grandes proprietários, aliados aos comerciantes urbanos, que controlavam a política do coronelismo, principalmente no Nordeste. Naquelas fazendas era aplicada a “Lei do Coronel”, criada e executada por eles e seus empregados e os escravos eram seus súditos. E, tudo isso, impossibilitou o exercício dos direitos civis, pois a justiça feita por coronéis é a negação da justiça, senão vejamos o que leciona Carvalho (2003, p. 56):

O direito de ir e vir, o direito de propriedade, a inviolabilidade do lar, a proteção da honra e da integridade física, o direito de manifestação, ficavam dependentes do poder do coronel. Seus amigos e aliados eram protegidos, seus inimigos eram perseguidos ou ficavam simplesmente sujeitos aos rigores da lei.

O Brasil é um dos países do mundo com maior índice de concentração de terras, segundo relatório da CPI da Violência de 1991, pois 45% das terras estão em mãos de latifundiários, mas em exploração, vejamos o que explica Torres (2010, p. XXVI):

Existem 275 latifúndios classificados “por extensão” que controlam sozinhos 37 milhões de hectares, com média de 135.640 hectares por propriedade. Os vinte maiores latifúndios do país controlam em torno de 17 milhões de hectares. Cerca de 45% das terras em mãos de latifundiários são agricultáveis, mas sem exploração alguma, e representam 160 milhões de hectares. De outro lado, há 23 milhões de trabalhadores rurais acima de 10 anos. 7 milhões deles trabalham como assalariados ou boias-frias, recebendo 5,2 milhões deste até um salário mínimo mensal. Outros 6 milhões vivem como meeiros, arrendatários, parceiros, etc

Analisada a trajetória da propriedade privada no Brasil, desde a época da colonização até os dias atuais, percebemos que primeiro surgiu a propriedade pública para depois existir a propriedade privada e, desde o início, existem propriedades que não atendem à função social, seja no campo ou na cidade. A seguir, analisa-se o conceito do instituto propriedade e os outros conceitos vinculados ao direito real, tarefa não trazida pela lei, mas sim pela doutrina.

2.3 Evolução da legislação brasileira em relação à propriedade e sua função social

Na época do Império, a Constituição Federal de 1824, em seu art. 179, incluiu o direito de propriedade no rol dos direitos individuais, a propriedade era absoluta e tinha como exceção a desapropriação. Lembrando que a desapropriação não está ligada à função social, pois mesmo os bens que cumprem essa função podem ser passíveis de desapropriação pelo Poder Público.

No mesmo caminho foi a nossa Lei Maior de 1891, que entendia a propriedade um direito absoluto, em seu artigo 72, § 17. Assim, tanto as Constituições de 1824 e 1891 quanto o Código Civil de 1916 tinham uma concepção individualista que se manteve até a de 1934.

Já a Constituição de 1934 foi a primeira Constituição a interligar o direito de propriedade ao social, que teve seu fundamento da Constituição alemã de Weimar de 1919 e na mexicana de 1917. Nela afirmou-se que o direito de propriedade não podia ser exercido quando colidisse com o interesse social ou coletivo, mas é bom frisar que a lei complementar necessária para a regulamentação desse artigo nunca foi editada, ficando apenas na teoria sem ter efetiva aplicação.

Pouco tempo depois, em 1937, tivemos um retrocesso, uma vez que a Constituição daquele ano, em seu art. 122, 14, não se proibiu o exercício da propriedade que fosse de encontro aos interesses sociais e coletivos, mas reconheceu apenas, o caráter não absoluto da propriedade, ou seja, defendeu-se o argumento anterior das Constituições Federais de 1824 e 1891.

Já a Constituição de 1946, inseriu novamente o cunho social à propriedade em seu art. 141, onde garantia o direito como inviolável e em seu art. 147 vinculou o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social, permitindo a justa distribuição da propriedade.

Mas, somente com a Constituição Federal de 1967, outorgada no regime militar, é que a expressão “função social da propriedade” foi inserida, expressamente, no nosso ordenamento jurídico, em seu artigo 157, III, tornando-se necessário coexistir os interesses do proprietário e da sociedade, mas com aplicação restrita apenas à propriedade privada.

No âmbito constitucional, o direito de propriedade passou por três fases, direito individual, função social e função ambiental, como adverte Deboni (2011, p. 119):

Mas especificadamente no que concerne à previsão do direito de propriedade em âmbito constitucional, se pode dizer que o seu processo evolutivo passou por três fases, iniciando com o direito individual (absoluto), passando por uma geração que dedica particular atenção aos direitos sociais (*função social*), para mais adiante, finalmente, chegar a uma terceira geração, que acrescenta outro elemento: uma *função ambiental* à propriedade. (grifo do autor)

Já nossa atual Constituição Federal de 1988 inclui a função social como princípio da ordem econômica e social em seu art. 170, III e colocou a função social no âmbito dos direitos e garantias fundamentais do cidadão em seu art. 5º, XXIII. A função social é um direito individual e de interesse público.

Com relação ao artigo 5º, XXIII da Carta Magna, entende-se que possui eficácia plena e aplicação imediata, uma vez que vincula o Estado e os particulares, tendo todos os efeitos, não podendo ser entendimento como recomendação do legislador.

Por outro lado, a propriedade urbana foi elencada no art. 182, § 2º de nossa Carta Política, sendo regulamentada pela Lei n.º 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) onde ficaram disciplinadas as diretrizes da política urbana, uma vez que a função social da propriedade urbana é configurada quando atendido os requisitos do Plano Diretor.

Feita a análise da trajetória da propriedade e de sua função social nas nossas constituições e nas principais leis federais, percebe-se que a função social foi inserida expressamente nas constituições anteriores, mas sem aplicabilidade, tornando-se auto-aplicável, apenas, com a Carta Magna de 1988. Passa-se, agora, a estudar o conceito do direito de propriedade, diferenciando-se dos outros institutos interligados ao direito real.

2.4 Conceito de propriedade e os institutos interligados ao direito real

Desde 1941, Beviláqua (2003, 127) já trouxe o conceito à propriedade “como sendo o poder assegurado pelo grupo social à utilização dos bens da vida e moral”. Logo depois, em 1943, Pereira (1943, p. 97) assim definiu o mesmo instituto: “o direito de propriedade abrange todos os direitos que formam o patrimônio, ou seja, todos os direitos que podem ser reduzidos a valor pecuniário”.

A propriedade pertence mais à seara do direito público do que ao direito privado, pois a Lei Maior traça o seu perfil jurídico (DINIZ, 2011, p. 123). E, mais adiante, Diniz (2011, p. 126) traz a origem do vocábulo propriedade que significa o que pertence a uma pessoa, ou seja, toda relação jurídica de apropriação de um certo bem:

Para uns o vocábulo vem do latim *proprietas*, derivado de *proprius*, designando o que pertence a uma pessoa. Assim, a propriedade indicaria, numa acepção mais ampla, toda relação jurídica de apropriação de um certo bem corpóreo ou incorpóreo. Outros entendem que o termo ‘propriedade’ é oriundo de *domare*, significando sujeitar ou dominar, correspondendo à ideia de *domus*, casa, em que o senhor da casa se denomina *dominus*.

Por outro olhar, a mesma autora conceitua o mesmo instituto analiticamente é o que diz Diniz (2011, p. 127-128):

Poder-se-á definir, analiticamente, a propriedade, como sendo o direito que a pessoa natural ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha.

Nosso Código Civil, em seu artigo 1228, caput, trouxe o conteúdo da propriedade, mas não descreveu o seu conceito, ou seja, uma cláusula aberta, senão observe: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

O direito de propriedade está ligado a três princípios: o bem comum, a participação e a solidariedade, é o que adverte Farias (2012, p. 313):

Quanto ao primeiro, a sociedade surge porque as pessoas descobrem uma vontade geral e um bem que é comum e dispõem-se a construí-lo. A ele se subordinam os bens particulares; a participação resulta na construção de todos, a partir daquilo que são e daquilo que têm. A participação transforma o indivíduo em ser humano; por fim, a solidariedade, que nasce da percepção de que todos vivemos uns pelos outros, valor sem o qual a sociedade não é humana.

E entende Farias (2012, p. 320) que a propriedade é uma relação jurídica complexa onde existem direitos do proprietário e da coletividade:

Na relação jurídica de direito real, o proprietário titulariza o direito subjetivo de exigir dos não-proprietários um dever genérico de abstenção, como corolário da garantia individual da propriedade (art. 5º, XXII, CF). Todavia, a coletividade é titular do direito subjetivo difuso de exigir que o proprietário conceda função social ao direito de propriedade, a luz do art. 5º, XXIII, da CF.

Diferente é o conceito de propriedade trazido por Gonçalves (2008, p. 208-209): “...o poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, em sua plenitude e dentro dos limites estabelecidos na lei, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha.”

Esse conceito de propriedade pode ser realizado com a união de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo, como ensina Gomes (2005, p. 109):

Sinteticamente, é de se defini-lo, como Windscheid, como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possua. Descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei.

De mais a mais, Fartuce (2010, p. 118) define o instituto propriedade como o direito fundamental que alguém possui em relação a um bem determinado:

Assim, a propriedade é o direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um direito fundamental, protegido no art. 5º, XXII, da Constituição Federal, mas que deve sempre atender a uma função social, em prol de toda a coletividade.

O direito de propriedade possui dois aspectos, o interno e o externo, como explica Arrone (1999, p. 57): “O interno diz respeito à relação entre o indivíduo e o bem da vida; e o externo se refere à relação entre esse e os demais indivíduos da sociedade”.

Já Rizzardo (2007, p. 169) conceitua propriedade e traz a ideia de poder de comando e soberania:

O direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos.

...
A propriedade envolve a sensação e a convicção de ser alguém dono da coisa, abstraída qualquer possibilidade de terceiros interferirem no poder de comando e de soberania sobre a mesma coisa.

De mais a mais, recentemente, Pereira (2010, p. 75) assim conceitua a propriedade “é o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha”. E nas lições de Maluf (2010, p. 9) discorrendo sobre o conceito de direito de propriedade interliga-o com os direitos da personalidade:

Entendemos o direito de propriedade como um direito amplo que o proprietário detém sobre a coisa, observando os limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, sendo inerente à própria natureza humana, dado que esta representa a condição básica da existência do homem bem como o desenvolvimento de sua personalidade.

Lembre-se que o direito de propriedade é o primeiro direito real trazido taxativamente pelo Código Civil, em seu art. 1225, I e, nesse sentido, Arrone (1999, p. 27) conceitua os direitos reais: “Os direitos reais, portanto, são o conjunto de direitos subjetivos que regem as relações entre os indivíduos e as coisas, tendo por base o direito real fundamental, que é o de propriedade, seguido por seus desdobramentos”.

E, o mesmo autor, diz que a relação do direito de propriedade é entre proprietário e os indivíduos, já o domínio a relação é entre o indivíduo e o bem, explica Arrone (1999, p. 73):

O domínio é uno e indivisível, somente podendo ser visto em sua unidade, mesmo havendo pluralidade de sujeitos, quando tratar-se de um condomínio, não há que se falar em frações, por inexistirem direitos a se sobreponem uns aos outros. Ao contrário do domínio, a propriedade se mostra divisível, pois quando vislumbrada a compropriedade, pode ser precisado o quanto de tal direito é de cada um, podendo o direito de um sujeito se sobrepor ao do outro.

Assim, a propriedade muitos podem ter, mas o domínio é uno e indivisível, conforme o princípio da exclusividade. A prova disso é que a sentença da ação declaratória da usucapião declara o domínio e não a propriedade, pois são institutos autônomos.

Outra diferença trazida por Arrone (1999, p. 91) é que o domínio tem natureza real e a propriedade pessoal: “O domínio tem por objeto uma coisa e suas faculdades, não tendo um sujeito passivo, já a propriedade, tem por objeto uma prestação, tendo sujeito passivo e não sendo de natureza real”.

Ainda diferenciando a propriedade do domínio, ensina Farias (2012, p. 322) que não existe função social do domínio, pois este não se presta a relações jurídicas:

Não existe a locução função social do domínio, simplesmente pelo fato de o domínio não se prestar a relações jurídicas à maneira do direito de propriedade. O domínio concerne ao exercício de poderes exclusivos de senhorio e ingerência econômica do proprietário sobre o bem. Se em princípio deve a coletividade exigir o cumprimento da função social, não se pode cogitar da possibilidade de os não-proprietários compartilharem com o proprietário os poderes de uso, fruição e disposição. Tais poderes são exclusivos do proprietário.

Na contramão, Tartuce (2010, p. 126) entende que não se justifica a diferenciação de propriedade e domínio:

Por certo é que os conceitos de propriedade e domínio são muito próximos, não se justificando, metodologicamente, as diferenciações expostas. E, como o Código Civil de 2002 adota o princípio da operabilidade, em um primeiro sentido de facilitação do Direito Privado, não há razões para a distinção.

Assim, podemos conceituar a propriedade como um direito do homem, fundamental e humano, que tem a sua matriz, respectivamente, no direito natural, na Constituição Federal e

nos Tratados Internacionais, que permite ao proprietário usar, gozar, dispor e reaver o seu bem de quem injustamente o possua, desde que esteja em consonância com a sua função social.

2.5 O direito de propriedade e os direitos da personalidade

Foi no Direito Romano que surgiram as primeiras leis que tutelavam a privacidade do indivíduo, a violação de seu domicílio, e integridade física e a liberdade individual (MALUF, 2010, p. 44). No Brasil, foi Rubens Limongi França que trouxe o tema em pauta, colocando os direitos da personalidade na parte geral do Código Privado advertindo que (1992, p.5): “Direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim os seus prolongamentos e projeções”.

Esses direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo sofrer limitações voluntárias e a doutrina considera os bens da personalidade como um direito subjetivo, sendo ao mesmo tempo, um poder volitivo do indivíduo sobre si mesmo e um dever jurídico de respeito por parte de terceiro. Esse é o pensar de Maluf (2010, p. 49):

Entendemos que os direitos da personalidade traduzem as emanções mais íntimas da pessoa humana, possibilitando a sua autodeterminação, a elucidação dos seus valores mais íntimos, a sua maneira particular de existir, suas crenças e seus valores, sua forma de se demonstrar na sociedade que vive. Consiste plenamente na sua própria individualidade.

De mais a mais, Farias (2012, p. 173) conceitua os direitos da personalidade como aqueles essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que se convertem em projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular:

...aquelas situações jurídicas reconhecidas à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Isto é, são os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica.

E o nome, o domicílio, o Estado, a capacidade e o patrimônio da pessoa são os atributos da personalidade humana. Já os elementos patrimoniais que integram a personalidade do indivíduo são os seus bens, dentre eles a propriedade. Assim adverte Maluf (2010, p. 50) que a propriedade favorece a dignidade da pessoa humana:

A propriedade, por sua vez relaciona-se intimamente a outras modalidades de bens concebidos como personalíssimos... na medida em que favorece a plena valorização da dignidade do ser humano, em seu desenvolvimento psíquico, familiar e social; e ao próprio direito autoral, uma vez que este decorre da personalidade do seu autor...

Esse também é o entendimento de Tepedino (2001, p. 53-54):

...ambas as elaborações parecem excessivamente preocupadas com a estrutura subjetiva e patrimonialista da relação jurídica... e que, em segundo lugar, limita a

proteção da personalidade aos seus momentos patológicos, no binômio dano-reparação, segundo a lógica do direito de propriedade, sem levar em conta os aspectos distintivos da pessoa humana na hierarquia dos valores constitucionais.

Assim, podemos perceber que o direito de propriedade tem íntima ligação com os direitos personalíssimos, uma vez que esse elemento patrimonial integra a personalidade do indivíduo, valorizando, assim, a pessoa humana.

2.6 A função social do direito: origem, natureza jurídica e conceito

A função social do direito é uma teoria do direito, onde o direito deve atender a função imposta dentro da norma. Essa função existe desde o Direito Romano, na Grécia e na Idade Média e continua a existir na Idade Moderna. Para Carvalho (2011, p. 47), a função social do direito é um princípio e assevera:

A “função social do direito” é um princípio, um valor e um predicado do direito sempre presente na sociedade humana e nos dias atuais, concebida a partir da norma de estrutura de um Estado que se concebe como “Estado social de direito funcional”.

A origem da função social do direito é a pessoa humana, pois tanto na Grécia quanto em Roma já existia essa função, mas ligada às classes mais abastadas, para Carvalho (2011, p. 80) sua origem está na cultura judaico-cristã:

Podemos afirmar, sem medo de errar, que a função social do direito tem suas origens na cultura judaico-cristã, desde a saída de Abraão de Ur da Caldeia à sua ida para a Terra de Canaã, passando pelos juizes, reis e profetas israelitas até desembocar na palavra revelada, consubstanciada no Messias Jesus Cristo, a quem os valores, bens e direitos consolidados e prefigurados como princípios e predicados indissociáveis para alcançar a verdadeira paz e a verdadeira justiça se consolidaram e hoje se encontram petrificados no ordenamento jurídico.

Com a correta aplicação desse instituto pretende-se chegar à função-finalidade do direito que é a paz e a justiça social. Não restam dúvidas que o termo função social do direito é um conceito jurídico indeterminado, uma cláusula aberta, mas Carvalho (2011, p. 28) assim define:

A função social do direito é uma teoria do direito voltada para a compreensão dos fins e dos objetivos da norma jurídica que deve atender a determinadas finalidades contidas em sua configuração, ou seja, em sua estrutura dogmática.

E mais adiante complementa Carvalho (2011, p.108):

No plano jurídico, função social é a qualidade e atribuição dos seres, das coisas, dos objetos, dos bens, institutos e instituições, organismos e organizações aos quais a norma jurídica atribui uma missão de ser e representar para alguém que delas é titular e para aqueles que estão ao seu redor e que participam direta ou indiretamente de seus efeitos.

A natureza jurídica da função social do direito é uma mistura de princípio e valor jurídico. É um princípio do Direito Constitucional considerado estruturante, haja vista que abarca todos os demais princípios, valores e normas do sistema jurídico brasileiro objetivando concretizar os fins buscados pela lei. Com ele se busca os motivos e as razões da norma,

procurando suas finalidades, o que regula e quais os fins, para que tenha uma justa aplicação. Para Carvalho (2011, p.48), a função social do direito é o maior princípio constitucional porque em torno dele estão os outros princípios:

A função social do direito é o maior princípio do Direito Constitucional porque em torno dele estão os outros princípios como: a liberdade, a igualdade real, existencial e substancial, a solidariedade social, a fraternidade, o bem comum, a busca pela erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e regionais, a dignidade da pessoa humana, a paz e a justiça, entre tantos outros.

O Estado liberal surgiu com a Revolução Francesa de acordo com os interesses da burguesia e foi nesse Estado que surgiu a propriedade, pois os burgueses necessitavam comprar e vender, pois detinham o poder econômico.

Com o passar dos tempos surgiu o Estado Social de Direito em que a socialidade, a eticidade, a solidariedade social, o bem comum, e a universalização dos direitos sociais e fundamentais, de modo que a liberdade, a igualdade e a fraternidade foram relidas pelo ordenamento jurídico para servirem a todos igualmente. E é nesse momento que surgiu a função social da propriedade, objeto de nosso estudo.

O fundamento da função social do direito encontra-se nos princípios constitucionais como leciona Carvalho (2011, p. 79), assim não é correto afirmar que seu fundamento é a função social da propriedade:

No ordenamento jurídico brasileiro, a função social do direito encontra sede e fundamento nos princípios constitucionais que sustentam, fundamentam e justificam a República Federativa do Brasil, o que equivale dizer que o catálogo de objetivos e fundamentos do Estado social democrático de direito brasileiro (arts. 1º e 3º), ao lado da efetivação e concretização dos direitos e garantias fundamentais e sociais (arts. 5º, 6º, 7º etc.) constituem o fundamento normativo do princípio estruturante do ordenamento jurídico que denominamos de “*função social do direito*”, porquanto a função social não é inerente apenas à propriedade, ao contrato, à empresa ou à responsabilidade civil, antes, porém, ela está presente em todo o instituto jurídico, seja qual for sua categoria ou a que ramo do direito pertença.

Quando se atende a comportamentos funcionais, atendendo a finalidade do direito, cumpre-se a justiça da regra e valor, procurado por todos os operadores do direito. As funções do direito nos dias atuais são, segundo Carvalho (2011, p. 128-129), assim definidas:

- a) Disciplinar as relações jurídicas dentro de uma realidade social que deve se harmonizar com os valores de socialidade, eticidade, boa-fé objetiva, probidade, equidade e operabilidade da norma, solidariedade, fraternidade, bem comum, mútua assistência, cooperação, paz e justiça social, harmonizando as relações humanas, na busca efetiva desses valores, bens e direitos contemporâneos;
- b) Regular as relações jurídicas numa visão contemporânea do social e do bem comum, tendo como predicados a paz, disseminadora de afeições, de benignidade, boa-fé, solicitude e altivez dos atores sociais;
- c) Abraçar os ideais de grupo, do bem comum, da solidariedade, da fraternidade e da distributividade, e abandonar os fins puramente individuais, egoísticos, deixando de lado o critério do meu e acolher o nosso;

- d) Fazer brotar no homem e nos entes os ideais de conquistas, publicando e declarando a paz social, como marca de uma nova cultura, a cultura da função social do direito;
- e) Promover a segurança das relações humanas e jurídicas, de modo que as respostas à efetivação aos direitos haverão de ser encontradas dentro do sistema jurídico, pois nisso a função social do direito como princípio estruturante do ordenamento jurídico é a chave de uma interpretação contemporânea do direito, ao qual denominados de hermenêutica funcional estruturante;
- f) Promover a vida humana pelo atendimento, cumprimento e respeito aos valores de dignidade humana, conferindo à pessoa os direitos fundamentais e sociais, capazes de permitir a sua existência e preservar seu *status dignitatis*.” Pág. 128-129

Pelo exposto, pode-se concluir que a função social do direito é o maior princípio constitucional, originado na dignidade da pessoa humana e vinculado à propriedade, onde se busca a função-finalidade do direito que é a paz e a justiça social. Mais adiante, analisaremos, especificamente, a função social da propriedade em geral.

2.7 A função social da propriedade em geral

2.7.1 A função social como releitura da propriedade

Desde 1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 5º assim adverte: “a lei atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum”. Esse bem comum, nada mais é do que o interesse social no sentido de uma propriedade solidária e em conformidade com os direitos fundamentais.

A discussão em torno da função social não é recente pois desde a Idade Média esse tema é debatido, defendendo-se o uso consciente da propriedade para o bem comum, senão vejamos o que diz Bertan (2009, p. 25):

A função social da propriedade não é uma discussão recente. Desde a idade média cristalizou-se a ideia do uso consciente da propriedade para o bem comum. A Suma Teológica, de São Thomaz de Aquino, informa que os bens disponíveis na terra pertencem a todos, sendo destinados provisoriamente à apreensão individual.

Para Gama (2008, p. 47), a função social da propriedade tem caráter normativo autoaplicável e *status* de cláusula pétrea, tornando-se inalterável:

Na atualidade, a função social da propriedade tem caráter normativo auto-aplicável. A propriedade assumiu importante papel nas questões econômicas, exercendo função central na redistribuição de rendas.

...

Prevendo a função social da propriedade no art. 5º, o Constituinte alçou-a ao *status* de cláusula pétrea, conforme o art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, tornando inatingível ao Poder Constituinte Derivado qualquer reforma no sentido de sua supressão.

Mais adiante o mesmo autor Gama (2008, p. 62) entende que a propriedade que não atende à função social não é propriedade:

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a ideia de que a função social é ínsita à propriedade, a propriedade que não cumpre a sua função social não poder ser, de forma alguma, protegida, visto que nem propriedade é.

Neste sentido, a propriedade que não atende a sua função social deixa de ser propriedade, como adverte Torres (2010, p. 260):

Se a propriedade se tira a função social, deixa de ser propriedade para ser outro tipo de sujeição da coisa ao homem, que merecerá um outro conceito, a toda evidencia, altera-se o sistema constitucional, excluindo o compromisso da funcionalização da ordem econômica, eliminando o propósito de assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

O novo conceito de propriedade está vinculado ao trinômio (poderes, limites e deveres) não possuindo mais o dono do bem uma propriedade absoluta. Para sabermos se uma propriedade está ou não atendendo a sua função social teremos que analisar o caso concreto e, somente o Poder Judiciário, poderá dirimir os conflitos envolvendo a terra.

Para Farias (2012, p. 317), a escolha da expressão função social tem um caráter ideológico, ligada à ideia de propriedade solidária e redistribuição de riqueza, além da função axiológica vinculada aos valores:

A utilização da expressão função social da propriedade, na verdade, não passa de uma opção ideológica para, em um sentido mais amplo, podermos compreender que toda e qualquer situação individual patrimonial se submete a um perfil solidário e redistributivo, no qual a prevalência axiológica da realização da pessoa humana submete às exigências utilitaristas de produtividade econômica a uma dose de conformação.

O princípio da função social é parte integrante do direito de propriedade, como elemento de sua estrutura, agindo de dentro para fora e não limitando de forma exterior de fora para dentro como pensam alguns teóricos. Com o mesmo pensar que a função social integra a estrutura e o conceito do direito de propriedade: Gustavo Tepedino, Francisco E. Loureiro, Melhim Chalub, Roger Raupp, José Diniz Moraes, Vladimir da R. França, Rosalinda P.C. Rodrigues Pereira, Luciano de Souza Gody e Luiz Edson Fachin.

Vejamos o que diz Pereira (2010, p. 71), interligando a propriedade com o bem comum e a distribuição da propriedade com igual oportunidade de todos:

...reconhecendo embora o direito de propriedade, a ordem jurídica abandonou a passividade que guardava ante os conflitos de interesses, e passou a intervir, séria e severamente, no propósito de promover o bem comum que é uma das finalidades da lei, e ainda de assegurar a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade de todos.

Comentando o princípio da função social da propriedade, entende Aronne (2001, p. 423) que a propriedade deve ser relativizada, vejamos:

Ao positivar o princípio da função social da propriedade (entre outros tantos que a atingem diretamente), a noção de propriedade como direito real absoluto resulta antijurídica, impulsionando uma nova compreensão do instituto, possibilitadora de sua relativização, preferencialmente sem revogar a legislação infraconstitucional já produzida.

Nesse trilhar de idéias, Torres (2010, p.241) adverte que a função social não estabelece limites ao direito de propriedade de cunho apenas negativo, mas ao contrário, positivo, uma vez que deve ser entendida como uma regra de interpretação para o juiz:

O princípio da função social não tem o sentido de estabelecer limites ao direito de propriedade, pois estes têm conteúdo apenas negativo, bem próximo da visão tradicional, própria do exercício do poder de polícia de administração, mas imprime-lhe concepção positiva própria de princípios constitucionais impositivos, assumindo “um papel do tipo promocional”, atuando como conformador da lei ordinária com a Constituição, possibilitando o reconhecimento da inconstitucionalidade das leis que ignorem, expressa ou implicitamente, servindo de farol iluminador, de interpretação da disciplina proprietária pelo juiz e pelos operadores do direito e, na falta de disposição expressa, representa um critério que legitima a analogia e também o afastamento das normas nascidas como expressão do individualismo, servindo ainda como princípio de valência geral, para o proprietário, quando do exercício de seu direito, abortando os fins antissociais ou não sociais.

Mais adiante o mesmo autor Torres (2010, p. 291) afirma que a propriedade não perde a tutela ou a proteção quando não atende a função social:

Portanto, não é suficiente dizer que a propriedade perde a tutela ou a proteção do sistema se não indicar o efeito prático – social e econômico – que tal consideração permitir, pois o avanço meramente teórico, em princípio, só tem sentido no campo das ciências.

Já Pires (2007, p. 67-70) entende que a função social é um dever jurídico imposto, que objetiva a manutenção da proteção do seu direito, e essa função não pode ser confundida com limitações à propriedade:

Considerando que as palavras não são utilizadas sem propósito específico, o fato de a Constituição Federal manter separadamente a garantia do direito de propriedade e o cumprimento de sua função social nos leva a entender a segunda (função) como um dever jurídico imposto.

...

Impende, portanto, considerar que a função social da propriedade não pode ser confundida com as limitações impostas à propriedade. As limitações estão atreladas a obrigações de fazer ou não fazer e tais atos são condicionantes para o exercício do direito. Já a função social se constitui em um dever imposto ao proprietário, dever que objetiva a manutenção da proteção do seu direito.

Assim, a posse e a propriedade que estão em conformidade com a função social, consagra o direito fundamental de moradia, dignidade da pessoal humana, retirando essas pessoas da marginalização. Essa propriedade que atinge a função social evita a especulação, o bem como mercadoria e a invasão desordenada.

Por outro lado, Pilati (2012, p. 103) entende que a função social é uma carga ou um ônus a ser cumprido pelo titular:

A função social integra a propriedade como uma carga a ser suportada por quem eventualmente seja seu titular; como um ônus a ser cumprido em fase do coletivo, que a todos pertence e a todos interessa. A expressão Função Social designa o lado do proprietário, *propter rem*, frente à Sociedade; para a coletividade é direito subjetivo coletivo fundamental. (grifo no autor)

Alguns doutrinadores denominam esse ônus social de hipoteca social como explica Bertan (2009, p. 119) que para atender a função social faz necessário um conjunto múltiplo de preocupações, devendo-se colocar os lucros abaixo dos encargos:

O direito de propriedade está tutelado pela Constituição, mas agora os proprietários devem se resignar com o ônus social de tal direito, que muitos espíritos têm chamado de hipoteca social. A hipoteca gera um mal-estar ao proprietário e este logo quer se ver livre dela. Mas, neste caso, é preciso estar sempre atento com a função da propriedade, pois, para cumpri-la, faz-se mister um conjunto múltiplo de preocupações que obriga o proprietário a por os lucros como uma necessidade relativa e aceitar os encargos, que com coragem e desprendimento devem ser perseguidos.

Assim, a propriedade atual não pode ser apenas estática, produzindo frutos sem a necessidade que o proprietário desenvolva alguma atividade, mas sim deve ser dinâmica, com ação e atividade organizada, funcionalizada.

Esse direito de propriedade é um direito-função, pois além de poderes o proprietário tem deveres. Com esse mesmo ideal, os autores Messineo, Buzaid, Celso Mello, Roger Rios, Fabio Konder Comparato, Eros R. Grau, Raimundo B. Falcão, Rosah Russomano, Luiz E. Fachin, Laura B. Varela e Marcos Ludwig, Orlando Gomes, Judith Martins – Costa e Gersonn Branco, Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber e Perlingieri.

A função social se densifica no Princípio da Igualdade, Cidadania e Dignidade da Pessoa Humana, senão vejamos o que diz Arrone (1999, p. 204): “É nesse contexto que o princípio da função social da propriedade vem densificar o princípio da igualdade, cidadania e o da dignidade da pessoa humana”.

Pelo exposto, a doutrina brasileira diverge em relação à natureza jurídica da função social da propriedade, entendendo alguns como limitação ao direito de propriedade, de caráter negativo e, outros, o seu caráter positivo, servindo de regra de interpretação para o julgador, nos conflitos envolvendo a propriedade. A segunda tese é mais adequada, uma vez que se coaduna com o Direito Civil Constitucional, onde defende-se que o direito privado, inclusive a propriedade, deve ser interpretado conforme as normas constitucionais, o que se chama de filtragem constitucional.

2.7.2 Conceito, características e requisitos da função social da propriedade

Léon Duguit foi o primeiro a difundir a expressão “função social da propriedade” em sua obra *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Ele fundamentou-se nos ensinamentos de Auguste Comte e de Èmile Durkheim, negando o direito subjetivo uma vez que as pessoas que vivem em sociedade têm deveres em relação aos outros, observe:

El hombre no tiene derechos; la colectividad tampoco. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, una cierta tarea que ejecutar. Y ese es precisamente el fundamento de la regla de derecho que se impone a todos, grandes y pequeños, gobernantes y gobernados. (DUGUIT, 1920, p. 35-36):

A função social, para alguns, é um princípio vinculado ao direito subjetivo, ou seja, o poder emanado da Lei ao indivíduo para a satisfação de seus interesses. É o que ensina Farias (2012, p. 308) que o interesse individual só pode ser exercido se em conformidade com o social, quando afirma:

Portanto, ao cogitarmos da função social, introduzimos no conceito de direito subjetivo a noção de que o ordenamento jurídico apenas concederá merecimento à persecução de um interesse individual, se este for compatível com os anseios que com ele se relacionam.

Comentando esse direito subjetivo, Tepedino (2001, p. 291) denomina de direito subjetivo dúctil, cujo conteúdo somente pode-se definir na relação concreta, senão veja-se:

Recupera-se, assim, o percurso anteriormente traçado, com intuito de estabelecer o desenho da propriedade na Constituição brasileira com direito subjetivo dúctil, cujo conteúdo pode-se definir somente na relação concreta, no momento em que se compatibilizam as várias situações jurídicas constitucionalmente protegidas.

Acontece que quem tem direito subjetivo absoluto sobre uma propriedade pode optar por não usá-la, violando a função social. Mas o exercício excessivo desse direito subjetivo, lesionando a finalidade social, torna a atuação desproporcional do proprietário, configurando um abuso de direito objetivo. Assim, percebe-se que a propriedade privada não pode mais ser considerada unicamente como um direito subjetivo, pois dela decorre diversos efeitos, funções e conteúdos. Assim é o que explica Melo (2013, p. 59):

Essa dimensão subjetivo-individual da propriedade necessita da análise de dois aspectos: os interesses pessoais do dono e os interesses não pessoais da sociedade, para que, após essa análise, detecte-se o atendimento da função social. Com isso, a propriedade deve se atender à dimensão individual e à coletiva, seja a propriedade privada ou não, pois ambas são constitucionalmente resguardadas.

Na verdade, a propriedade está vinculada à dimensão objetivo-institucional, que se subdivide em: a democrático-funcional, a prestacional e a processual. A primeira está interligada com a liberdade, a segunda ao interesse social e a terceira com a prestação estatal possível, ou seja, com a eficácia dos direitos fundamentais. Comentando essa dimensão da propriedade privada, Santana (2012, p. 25) assim leciona:

De logo, impende anotar que a vertente objetivo-institucional da propriedade privada decorre da consideração desta como uma instituição jurídica acessível a todas as pessoas e cujo conteúdo deve ser determinado pela função social que cada categoria de bens objeto do domínio é chamada a cumprir em cada caso. É esta uma concepção da propriedade privada consentânea com aquela doutrina dos direitos fundamentais que versa que estes, para além de encerrarem posições jurídicas subjetivas, possuem uma perspectiva objetiva que se identifica com conteúdos normativos diversos.

Além desses dois aspectos, subjetivo e o objetivo, a propriedade deve ser examinada sobre dois momentos distintos, o estático, regulada em termos de pertença ou pertinência do seu titular, satisfazendo a sua subsistência e de sua família, ou seja, um poder e, o momento

dinâmico, de utilização, em razão do fim a que se destina, ou seja, função social (GRAU, 2010, p. 248-249). Assim, explica o mesmo autor:

Não há grandes dificuldades para a compreensão do conúbio entre *poder e dever* – isto é, entre *direito e função* – enquanto concebemos a função social como princípio gerador da imposição de *limites negativos* ao comportamento do proprietário, porque essas limitações são análogas às manifestações de poder de polícia, coerentes com a ideologia do Estado Liberal. A questão se torna complexa quando, em sua concreção, a função social é tomada desde uma *concepção positiva*, isto é, como princípio gerador da imposição de comportamentos positivos ao proprietário. A lei, então – âmbito no qual se opera a concreção do princípio – impõe ao proprietário (titular de um direito, portanto de um *poder*) o dever de exercitá-lo em benefício de outrem, e não, apenas, de não exercitá-lo em benefício de outrem. (GRAU, 2010, p. 249)

Gomes (1986, p. 90) há muito tempo, já escreveu sobre a função social da propriedade, consistindo na sua idoneidade a atingir e obter fins sociais, ou seja, conforme a utilidade social:

Conclui-se, em definitivo, que a atividade do proprietário de bens de produção não pode cumprir-se em contraste com a utilidade social, somente se justificando sua proteção jurídica se em conformidade com esse propósito. Diz-se, em fórmula expressiva, que a função social da propriedade consiste na sua idoneidade a atingir e obter fins sociais. Desse modo, um conceito equívoco, como é ainda o de utilidade social, vem adquirindo significação normativa, expressa no tratamento que está a ser dado à propriedade na legislação especial que a encara nessa perspectiva.

Tempos depois, o mesmo autor Gomes (2005, p. 127) assim discorreu sobre a função social da propriedade como uma situação jurídica subjetiva, com a natureza de um poder ligado a certos fins: “A propriedade seria uma situação jurídica subjetiva com a natureza de um poder (*potesta*) que encerra deveres, obrigações e ônus. Nesse sentido, a propriedade é hoje uma função social quando exercida para certos fins”.

Já Carvalho (2011, p. 23), assim conceituou a função social vinculando as ações e políticas públicas com a finalidade de atender os anseios da sociedade:

A função social é o poder que tem o titular do direito de atender, cumprir e desempenhar os vários programas de ações e políticas públicas, com vistas a atender os anseios da sociedade contemporânea, fazendo com que todos sejam beneficiados com a prática e o exercício dos direitos e deveres a cada um pertencente.

Segundo Gama (2008, p. 52), a função social não significa socializar, mas sim atender as diretrizes do plano diretor ou das leis especiais:

Vale ressaltar que a expressão função social não significa socializar a propriedade, e sim atender às diretrizes e postulados do plano diretor – no caso da propriedade imóvel urbana – ou de leis especiais, como o Estatuto da Terra e o Estatuto da Cidade.

Por outro lado, Arrone (1999, p. 210) adverte que a função social traz deveres negativos (dos demais em relação ao titular do bem) e positivos (do proprietário em relação à comunidade):

A propriedade, na mesma medida em que positiva um dever negativo dos demais em relação ao titular, positiva deveres positivos deste em relação à comunidade em que resta inserida, cambiantes em face do caso concreto (ambos os aspectos), eis que

tanto o direito de propriedade como a sua função social somente ganham concreticidade na tópica incidência, axiologicamente hierarquizante.

Farias (2012, p. 314) interpreta a locução função social como um comportamento regular do proprietário, defendendo que para o proprietário atender ao interesse social deve seguir as metas traçadas do organismo social:

A locução função social traduz o comportamento regular do proprietário, exigindo que ele atue numa dimensão na qual realize interesses sociais, sem a eliminação do direito privado do bem que lhe assegure as faculdades de uso, gozo e disposição. Vale dizer, a propriedade mantém-se privada e livremente transmissível, porém detendo finalidade que se concilie com as metas do organismo social.

Quando uma atividade econômica concede, simultaneamente, retorno individual em termos de rendimentos e retorno social, pelos ganhos coletivos da atividade particular, a função social será alcançada.

Importante é esclarecer que a propriedade é formalmente privada e materialmente social como adverte Farias (2012, p. 352): “É privada na forma e estrutura, pois o domínio é exclusivo; mas é social na destinação e controle de legitimidade e merecimento”.

E mais adiante elege Carvalho (2011, p. 48) a função social como o maior predicado do sistema positivo brasileiro:

O direito contemporâneo, na constante evolução normativa elevou a “função social” como maior predicado do sistema positivo vigente, e é por meio dele que se estruturam a norma jurídica e o ordenamento e se pretende realizar os objetivos e os fundamentos da República brasileira.

De mais a mais, Pires (2007, p. 72-74) vincula a função social com a justiça social, buscando a distribuição equânime de riqueza:

Diante desse panorama constitucional e de sua interpretação sistêmica, o dever do proprietário vai *além da destinação socialmente útil* que se deve conceder ao bem e *se fixa na obrigação de dar um destino que atenda à justiça social.* (grifo do autor)

A função social da propriedade possui o objetivo de buscar e alcançar uma equânime distribuição de riqueza, portanto, está diretamente ligada à concretização da justiça social.

O direito de propriedade, com o advento do Estado Social do Direito, continua a ter um caráter de direito individual, mas passou a exigir que o proprietário adotasse uma função social capaz de operacionalizar a propriedade. E Carvalho (2011, p. 153) explica o significado de dinamizar e operacionalizar a propriedade como extrair dela potencialidades:

Dinamizar e operacionalizar a propriedade é extrair dela as potencialidades que ela pode oferecer ao homem e ao cidadão, à empresa, ao empresário, ao ente político, fazendo com que todos usufruam dos frutos, produtos, rendimentos e comodidades que a coisa ou o bem deve proporcionar

Torres (2010, p. 262) vincula a função social à realidade social em sua volta, considerando os valores que a sociedade elegeu em determinada época:

Função social é uma daquelas expressões que fazem desprender o juiz do texto frio da lei para adequá-lo à realidade social a sua volta, considerando os valores que a sociedade elegeu em determinada época.

E o mesmo autor, Torres (2010, p. 227) afirma que a função social da propriedade incide em qualquer propriedade, inclusive em bens de consumo individual, mas sua preocupação maior é com a propriedade:

A função social da propriedade incide em qualquer propriedade, até mesmo, excepcionalmente, em bens de consumo individual, como se pode vislumbrar em alguém que tenha alimentos para consumo próprio e resolve destruí-los, sem qualquer razão, em prejuízo da riqueza geral e de seu próprio sustento e de outros tantos que passam fome. Contudo, a preocupação maior é com a propriedade, “mas de somar racionalmente as vantagens existentes nos sistemas socialistas e liberais, condicionando o uso das riquezas ao bem-estar coletivo” Pág. 227

E diz Lotufo (2008, p. 350) sobre o papel ativo, sancionatório e perene da função social da propriedade:

A função social tem papel ativo, ao lado do sancionatório e de caráter perene. Assim, a propriedade que não teve a função social respeitada, mesmo que alienada a novo adquirente, não se desobriga este de atender às exigências da legislação, quer ambiental, quer protetora do patrimônio histórico e artístico.

Tepedino (2001, p. 290) denomina contra-direito as situações dirigidas à realização da pessoa humana nos conflitos com o direito subjetivo do proprietário:

Pode-se, pois, afirmar, na esteira de tais considerações, que provavelmente aquilo que na ordem liberal o Código Civil foi designado com a fórmula “contra-direito”, para expressar as situações dirigidas à realização da pessoa humana nos conflitos com o direito subjetivo, então símbolo do poder absoluto do proprietário, hoje reverso, é de se considerar como situação jurídica constitucionalmente protegida (e neste sentido verdadeira e própria “situação de vantagem”), entre os novos direitos da sociedade contemporânea.

A função social não limita o direito de propriedade, mas condiciona o uso adequado da propriedade. E, para isso, existem deveres que todos os proprietários tem que obedecer como adverte Carvalho (2011, p. 154):

Esse feixe de deveres engloba: a) ordenar a propriedade para gerar riquezas, por meio da extração dos frutos e produtos que ela pode proporcionar; b) operacionalizar a propriedade no âmbito rural e urbano, atendendo à disciplina de proteção dos bens e recursos ambientais; c) aplicar a propriedade e os frutos e produtos que ela pode gerar para beneficiar o núcleo familiar e a sociedade; d) evitar e impedir o mau uso da propriedade, a fim de que ela não gere prejuízo a si próprio, à família e à comunidade; e) permitir que alguém possa adquirir a propriedade quando o titular desejar dispô-la, oferecendo-a por um valor de mercado que não iniba o adquirente; f) promover o exercício do direito de propriedade numa ambiência social harmônica entre os vizinhos próximos e à distância, permitindo que a sociedade usufrua do correto uso da *res*, entre outros.

Assim, segundo o citado autor os deveres dos proprietários para atender a função social são: gerar riquezas, atender aos recursos ambientais, beneficiar o núcleo familiar e a sociedade, evitar o mau uso e ter harmonia entre os vizinhos.

Pilate (2012, p. 76) assim discorre sobre o princípio da função social entendendo como uma categoria de soberania participativa e a tutela jurídica, não consistindo em uma limitação da propriedade:

Para encerrar esta parte, tenha-se claro que o conceito de função social pressupõe, para ter eficácia, a autonomia política, jurídica e (extra) patrimonial do coletivo: sujeito próprio (a coletividade), autonomia dos bens respectivos (da coletividade e

não do Estado como pessoa jurídica separada da população), soberania de leis participativas (distintas das leis representativas do Parlamento) e tutela jurídica com especificidade própria (na dimensão de agora). Não é simples limitação da propriedade, ou simples atributo de determinados bens (os de produção), nem se restringe à solidariedade proprietária. É categoria da soberania participativa.

Comentando ainda a função social da propriedade, Diniz (2011, p. 121) relaciona com a produtividade e justiça social em prol da coletividade, vinculada ao exercício e não ao direito de propriedade:

Com isso, a função social da propriedade a vincula não só a *produtividade do bem*, como também aos reclamos da *justiça social*, visto que deve ser exercida em prol da coletividade. Fácil é perceber que os bens, que constituem objeto do direito de propriedade, devem ter uma utilização voltada à sua destinação socioeconômica. O princípio da função social da propriedade está atrelado, portanto, ao exercício e não o direito de propriedade. (grifo do autor)

Parte da doutrina defende que o possuidor que exerça sua posse com função social tenha proteção em face do proprietário que não está dando a função social à propriedade (TORRES, 2010, p. 350).

Diferente não é o conceito trazido por Maluf (2010, p. 57-61), que defende que a função social da propriedade é um poder-dever, visando a satisfação das necessidades do proprietário e da coletividade, interligada à ideia de limitação ou restrição ao direito de propriedade:

O conteúdo da função social da propriedade pode então ser entendido como o dever e o poder que tem o proprietário do bem de realizar a satisfação das suas necessidades pessoais, visando concomitantemente a satisfação das necessidades comuns de uma coletividade.

Entendemos a função social da propriedade como o plexo de limitações ou restrições legais que regulam o uso da propriedade visando coibir o seu mau uso e evitar o seu individualismo, sem no entanto alterar-lhe a substância, visando ao bem-estar da coletividade, valorizando a essência do ser humano e possibilitando a sua sobrevivência com dignidade.

Assim, deve-se conceituar a função social da propriedade como um princípio onde a propriedade deve ser dinâmica e operacionalizada, devendo extrair dela benefícios individuais, que busquem os interesses particulares, mas, principalmente, os sociais onde defende-se os fins coletivos. Conceituada a função social da propriedade, desde a sua origem até a moderna doutrina do Direito Civil Constitucional, passaremos a estudar as diferenças entre a função social da propriedade urbana e a rural.

2.7.3 Diferenciações entre a função social da propriedade urbana e rural

Em primeiro lugar, vamos tratar da função social da propriedade urbana, objeto principal de nosso estudo, que está disciplinada pela Constituição Federal em seu artigo 182, senão observe:

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.

A Constituição Federal em seu caput determina que o Município é responsável pela política de desenvolvimento urbano, com o objetivo de atender à função social da cidade e o bem-estar de seus moradores.

Mais adiante o § 1º do mesmo artigo assim determina: “O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”. Esse parágrafo traz a necessidade do plano diretor para as cidades com mais de 20 mil habitantes, devendo ser aprovado pelo Legislativo municipal, seguindo as diretrizes fixadas na lei federal (art. 21, XX, da Lei Maior), sendo o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

Já no § 2º do mesmo artigo, o legislador constitucional assim descreveu: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Nesse parágrafo, o legislador trouxe a necessidade do cumprimento das regras do plano diretor para se atender à função social e comentando esse parágrafo, discorre Tepedino (2001, p. 273):

O art. 182, § 2º, determina que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor. A regra corrobora os princípios gerais da tutela da pessoa, do trabalho e da dignidade humana, demonstrando a preocupação do legislador constituinte com os dramáticos conflitos sociais.

Ainda comentando o § 2º, Torres (2010, p. 197) afirma que essas exigências envolvem os instrumentos urbanísticos da sociedade, devendo existir adequação da utilização da propriedade ao bem-estar dos habitantes da cidade:

Para a urbana, fixou-se no art. 182 que a função social da cidade deveria ser atingida pelo exercício do direito de propriedade individual, visando à garantia do bem-estar de seus habitantes e, no § 2º deste dispositivo, estabeleceu-se que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Evidente que este é só um aspecto, o mínimo, e diz respeito basicamente à adequação da utilização da propriedade ao bem-estar dos habitantes da cidade. Envolve os instrumentos urbanísticos da sociedade. Pág. 197

No que se refere ao §3º em que: “As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro”. Entendo que não merece maiores comentários, haja vista a clareza da norma que determina que a desapropriação deve ser paga em dinheiro.

Quanto ao § 4º e seus incisos, a Carta Magna assim elencou:

§ 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.

Esse parágrafo traz um rol de sanções que deverão ser aplicadas progressivamente, aplicando-se, em último caso, a desapropriação. Esse artigo foi regulamentado pela Lei n.º 10.257/01, autodenominado de Estatuto da Cidade estabelecendo normas de ordem pública e interesse social regulamentando o uso da propriedade em defesa do bem coletivo, da segurança e do bem-estar de todas as pessoas, bem como do equilíbrio ambiental. Discorrendo sobre o § 4º, Torres (2010, p. 245) explica:

No § 4º faculta ao Poder Público exigir do proprietário do solo não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de parcelamento ou edificação compulsória, imposto predial ou territorial (conforme o caso), progressivo no tempo; desapropriação sanção.

Cada município pode disciplinar a função social da propriedade urbana, seja através do plano diretor ou leis orgânicas. Essas leis tratam do crescimento ordenado da cidade, impedindo a concentração de áreas especulativas, com o controle do uso e do solo. Sobre a função social da cidade, ensina Farias (2012, p. 325) que garante o desenvolvimento urbano sustentável:

A função social da cidade pode redirecionar os recursos e a riqueza de forma mais justa, combatendo situações de desigualdade econômica e social vivenciadas em nossas cidades, garantindo um desenvolvimento urbano sustentável no qual a proteção aos direitos humanos seja o foco, evitando-se a segregação de comunidades carentes. A prática da cidadania consiste em incorporar setores da sociedade aos mecanismos básicos de direitos habitacionais.

Essa finalidade social tanto deve ser obedecida pelo proprietário quanto ao poder público, como podemos compreender da leitura do art. 2º do Estatuto da Cidade: “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana”, assim os dois juntos devem tornar a cidade um núcleo de solidariedade e de diminuição da desigualdade social.

Assim, o bem urbano destina-se à moradia, já o rural à produção de riqueza e criação de empregos como bem de produção, que segundo sua destinação econômica seria aquele idôneo à produção de outros bens.

Diferenciando a função social da propriedade urbana da rural, Mattos (2006, p. 41) explica que a função social da propriedade urbana é regulada pela Lei Maior e pelo Estatuto da Cidade, já a função social da propriedade rural tem base constitucional, além de sua matriz, está no Estatuto da Terra:

O quadro que se tem, em resumo, é o seguinte: I) a *função social da propriedade urbana* é um conceito aberto cuja matriz encontra-se na Constituição Federal de 1988; seu conteúdo mínimo é dado pelo Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257,

de 10 de julho de 2001) e complementado pelo Plano Diretor de cada município, quando houver; II) a *função social da propriedade rural*, um conceito fechado e pré-determinado, tem sua matriz no Estatuto da Terra de 1964 e sua reafirmação é dada pela Constituição Federal de 1988. (grifo do autor)

O Estatuto da Terra foi o primeiro documento jurídico a utilizar a expressão “função social” e, posteriormente nossa Constituição inseriu essa função social tanto da propriedade rural quanto da urbana, estando o respectivo estatuto recepcionado pela Lei Maior. O referido diploma legal enuncia em seu artigo 2º:

Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.

Comentando ao artigo 2º do Estatuto da Terra, Escrivão Filho (2011, p. 69) assim leciona:

Elemento de suma importância, ainda, já é a própria noção de multifuncionalidade incorporada ao direito de propriedade, em uma clara compreensão de que se trata, ali, do direito sobre a propriedade de um meio de produção social de riqueza e, para além disso, um meio especial desta produção social, a terra. Nesse sentido, o direito de propriedade acaba por refletir esta condição da qual se reveste a terra, de modo a não se poder desvincular o exercício do direito de propriedade da maneira como aquela produção social de riqueza é explorada ali. Noutras palavras, não há, mais, que se desvincular – o que seria ainda elemento de intenso debate e divergentes concepções doutrinárias – o direito “agrário” de propriedade do direito ambiental e do trabalhador rural.

Em segundo plano, trataremos agora da função social da propriedade rural que esta disciplinada nos Artigos 184 a 191 da Constituição Federal, sendo que o principal artigo é o Art. 186, que trouxe como requisitos para o adimplemento agrário o econômico, social e ecológico. Os artigos 184 e 185 disciplinam a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. O artigo 184 determina que a União é a competente para desapropriar, já o 185 traz as situações em que o imóvel rural é insuscetível de desapropriação, *literris*:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º - As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º - O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º - Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º - O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º - São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

Já o Artigo 186 da Lei Maior estipula critérios para configurar se uma propriedade cumpre ou não sua função social:

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

I - aproveitamento racional e adequado;

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

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

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

Esses requisitos são cumulativos, ou seja, o proprietário deve atender todos eles conjuntamente e comentando-os, explica Farias (2012, p. 333) que o bem deve preencher os requisitos da eficiência, adequação aos recursos ambientais, utilidade comum e o bem-estar dos trabalhadores:

Portanto, incumbe ao proprietário, igualmente, cumprir as obrigações trabalhistas (interesses coletivos) e preservar a esfera ambiental (interesses difusos) ecologicamente equilibrado... Em resumo, a função social da propriedade rural demanda requisitos de eficiência, utilização adequada de recursos ambientais e de utilidade comum, favorecendo o bem-estar dos trabalhadores.

O primeiro requisito, do inciso I, do Art. 186 da Constituição Federal, é o aproveitamento racional e adequado do solo que segundo Melo (2013, p. 78):

A aferição dos índices de produtividade como mecanismo de verificação do aproveitamento racional e adequado da terra, em princípio, considera a sua natureza de bem de produção de alimentos, com o objetivo de garantir os valores-fins que norteiam o Estado brasileiro.

Já o inciso II, do mesmo artigo, tem como requisito a proteção ao meio ambiente, que leciona Melo (2013, p. 80):

O inciso II do artigo 186 da Constituição consigna o subprincípio da função social ambiental, de acordo com o qual a propriedade passa da esfera individual de uso absoluto para o uso de acordo com o interesse da coletividade. Essa dimensão compreende o uso e não abuso do bem pelo proprietário, o qual deve promover a proteção dos bens ambientais indispensáveis para o bem comum de todos, de modo a gerar benefícios econômicos, sociais e ambientais tendo em vista as gerações futuras.

Já os incisos III e IV devem ser interpretados conjuntamente, uma vez que o primeiro trata do cumprimento das normas trabalhistas e o segundo da promoção ao bem-estar, e exemplifica Escrivão Filho (2011, p. 99-100) as situações de violações às relações trabalhistas:

Devem ser objeto de desapropriação para fins de reforma agrária as fazendas onde há o emprego de trabalho assalariado sem carteira assinada e outros direitos trabalhistas cotidianamente sonogados aos trabalhadores rurais. Para além disso, devem ser desapropriados, ainda, imóveis onde não se constate a adequação às normas pertinentes à segurança do trabalhador e à redução dos riscos inerentes ao

trabalho – de responsabilidade do proprietário, desde o artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal – e imóveis que não garantam as necessidades básicas dos trabalhadores, como é o flagrante caso das propriedades de cana-de-açúcar extremamente produtivas, que levaram à não menos extremada situação que causou a morte, por exaustão no trabalho, de cortadores de cana no Estado de São Paulo. Isto tudo, ressalte-se, sem olvidar a desapropriação de fazendas flagradas com a prática de trabalho escravo. (ESCRIVÃO FILHO, 2011, p. 99-100)

Ainda discorrendo sobre a função social da propriedade rural, Tepedino (2001, p. 274) explica que a propriedade com fins especulativos deve ser desapropriada para fins de reforma agrária:

Em definitivo, a propriedade com a finalidade especulativa, que não cumpra a sua função social, ainda que economicamente capaz de produzir riqueza, deverá ser prioritariamente desapropriada, segundo a Constituição, para fins de reforma agrária.

Importante frisar que existe entendimento que a propriedade que não atende à função social não deve ser reintegrada ao proprietário/antigo possuidor que teve seu bem esbulhado, senão vejamos o que diz Bertan (2009, p. 137):

Entendemos que, de forma não cristalizada, é corrente a posição de que a propriedade privada não cumpridora de sua função social, ao ser invadida, o proprietário – sem a tutela do direito de propriedade, uma vez que é um direito subjetivo condicionado – não terá bem sucedido ao ingressar com uma ação de reintegração de posse, nem liminarmente, nem ao ser declarado improcedente o pedido. Não é uma posição unânime, mas a defendemos em parte, depois de visto o caso concreto.

Outro importante artigo da Constituição Federal relacionado à matéria é o 184 que trata da reforma agrária e da justa indenização pela União ao proprietário que não atende à função social:

Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Comentando essa norma, Gama (2008, p. 63) critica a possibilidade de remunerar a propriedade que não atende a função social, por premiar o descumprimento da lei pelo proprietário, em que obriga ao Poder Público a pagar uma indenização pelo mau uso da propriedade:

...remunera a mal usada propriedade, isto é, premia o descumprimento da lei, porque considera causador do dano e obrigado a indenizar não o violador da norma, mas o Poder Público que resolve pôr fim à violação; e deixa a iniciativa de coibir o mau uso ao Poder Público, garantindo a integridade do direito ao violador da lei.

Muito polêmico é o Artigo 185 da Constituição Federal que proíbe a reforma agrária da propriedade produtiva:

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:
I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;
II - a propriedade produtiva.
Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

Para alguns doutrinadores, nossa Constituição Federal privilegiou a produtividade da terra com a presunção absoluta de cumprimento da função social, mesmo descumprindo a norma trabalhista e ambiental, sendo esse o entendimento de Gama (2008, p. 60-61):

Apesar dessa orientação, a produtividade do imóvel rural, segundo a jurisprudência pretoriana, exclui, por si só, a possibilidade da desapropriação-sanção, vale dizer, por descumprimento da função social da propriedade. Ou seja, apresentando o imóvel rural níveis de produtividade exigidos pela lei, ainda que ocorra a inobservância das normas concernentes às legislações trabalhistas e ambiental, não ocorrerá a profanação da função social.

No mesmo sentido era o entendimento do Supremo Tribunal Federal quando entendeu que a propriedade produtiva não pode ser desapropriada, *in verbis*:

DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL. FALTA DE NOTIFICAÇÃO A QUE SE REFERE O § 2º, DO ARTIGO 2º, DA LEI 8.629/93. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA: INEXISTÊNCIA: NULIDADE DO ATO. TERRA PRODUTIVA. COMPROVAÇÃO MEDIANTE LAUDO DO PRÓPRIO INCRA OFERECIDO EM PROCEDIMENTO EXPROPRIATÓRIO ANTERIOR E POSTERIORMENTE NÃO CONSUMADO. VERIFICADO QUE O IMÓVEL RURAL É PRODUTIVO TORNA-SE ELE INSUSCETÍVEL DE DESAPROPRIAÇÃO-SANÇÃO PARA OS FINS DE REFORMA AGRÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO.

4. Caracterizado que a propriedade é produtiva, não se opera a desapropriação-sanção - por interesse social para os fins de reforma agrária -, em virtude de imperativo constitucional (CF, art. 185, II) que excepciona, para a reforma agrária, a atuação estatal, passando o processo de indenização, em princípio, a submeter-se às regras constantes do inciso XXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal. "mediante justa e prévia indenização". (STF, MS 22193 / SP, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, julgado em 23/03/1996) (grifo nosso)

Por outro lado, outra parte de doutrina diverge desse posicionamento, entendendo que o termo produtividade de ser interpretado de forma ampla, cabendo a desapropriação quando a propriedade produtiva viola regras ambientais e trabalhistas, senão vejamos o diz Farias (2012, p. 335):

É de se ponderar que a produtividade não é indicativo suficiente do adimplemento da função social, sendo viável a adoção da aludida modalidade de desapropriação-sanção (pagamento em títulos da dívida agrária), quando regras ambientais e trabalhistas forem afrontadas em propriedade produtiva.

Com o mesmo pensar, Souza (2007, p. 138) afirma que a propriedade produtiva não pode reivindicar uma proteção maior que a propriedade agrária:

Sem embargo, propriedade produtiva é um conceito jurídico cujo alcance é determinado pela Constituição Federal e pela legislação agrária, mormente a Lei nº. 8.629/1993. A propriedade produtiva é espécie do gênero propriedade agrária, que, por sua vez, é também espécie do gênero propriedade. Assim, o conteúdo da expressão propriedade produtiva, prevista no art. 185, II, é perpassado por todas as normas constitucionais que definem o regime jurídico da propriedade, em geral, e da propriedade agrária, em particular. Por ser espécie, a propriedade produtiva não pode reivindicar uma proteção maior que a conferida ao gênero propriedade agrária.

Diferente não é o entendimento de Melo (2013, p. 104) quando defende que considerar irrelevante que a propriedade produtiva cumpra ou não a função social é tornar letra morta o Art. 186 da Carta Magna:

Esse posicionamento, além de decorrer de uma interpretação gramatical do artigo 185, ao mesmo tempo olvida que a expressão “propriedade produtiva” deve ser interpretada de forma a concretizar o plano geral da Constituição expresso no caput do artigo 170 e nos já referidos artigos 1º e 3º, como já foi dito acima. Em outras palavras, considerar como irrelevante que a propriedade produtiva cumpra ou não a função social é tornar letra morta o próprio artigo 186 da Constituição, assim como as normas-objetivo já mencionadas.

Atualmente o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI nº 2213 (STF, 2004), cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, na qual se faz menção à multifuncionalidade da função social da propriedade e o relator refere-se ao Art. 185:

Uma vez mais, é inequívoco tratar-se no art. 185 de um rol meramente exemplificativo das hipóteses em que não se autorizará a realização da desapropriação.

Prova definitiva dessa circunstância reside nos próprios requisitos elencados no art. 186 da Constituição Federal que estabelece, ao lado dos requisitos para a configuração da propriedade produtiva previstos no parágrafo único do art. 185, os requisitos próprios do atendimento da função social da propriedade rural. Nesses termos, parece evidente que a hipótese de propriedade produtiva constante do inciso II do art. 185 da Constituição Federal – cujos requisitos encontram-se deferidos à disciplina legal pelo parágrafo único do art. 185 da Constituição Federal – não exaure todas as possibilidades de exercício da função social da propriedade, elencadas, por sua vez, no art. 186 da Constituição Federal. (STF, 2004, p. 362-363)

E comentando o posicionamento atual da Egrégia Corte Superior Melo (2013, p. 105) defende que, pela análise dos votos da referida ADIN, mesmo que indiretamente, o STF interpretou o alcance do conceito de produtividade:

Conclui-se, portanto, que a Corte Suprema ainda não firmou posicionamento quanto ao alcance da expressão “propriedade produtiva”. Extrai-se de alguns votos da ADI, ora analisada, que o sintagma é comumente referido aos índices de rendimento previstos em lei ordinária, interpretação que decorre do método gramatical. Contudo, o reconhecimento da imperatividade das normas-objetivo previstas na Constituição, evidenciado especialmente no voto mencionado no parágrafo anterior, revela a preocupação do STF em conferir a qualquer dispositivo uma interpretação que concretize a vontade do constituinte originário, o que repercute, ainda que indiretamente, na interpretação e alcance do conceito de produtividade.

Já Bertan (2009, p.135) entende que no caso do latifúndio produtivo, que não foi passível de reforma agrária, a solução seria a invasão civil:

Toda propriedade não cumpridora de sua função social não está tutelada pelo direito subjetivo de propriedade elencado no art. 5º, XXII da CF. Porém no caso do latifúndio produtivo e da pequena e média propriedade, o Estado fica impedido por força constitucional de promover a reforma agrária. Neste caso, o que pode ameaçar tal propriedade? Nada? Cremos que a ameaça se dá através da sociedade civil e de um movimento que podemos chamar de invasão civil de terras!

Por outro lado, a Lei. n.º 8.629/93, em seu Artigo 2º, § 2º, trata da reforma agrária e determina que o Incra deve realizar um levantamento preliminar, através de notificação prévia do proprietário. Terminada a inspeção, será feito um relatório técnico e por fim o decreto expropriatório. Também disciplinam a matéria, a Lei Complementar n.º 76/1993 e a

88/1996. Essa mesma lei, em seu artigo 4º, submete os imóveis rurais de área superior a 15 módulos fiscais à expropriação.

Assim, o descumprimento da função social da propriedade gera a perda ou pelo menos o amortecimento do direito de reivindicar segundo Torres (2010, p. 400), pois somente a propriedade funcionalizada possui esse direito:

Contudo, para nós, já vimos, a perda da tutela constitucional da propriedade pelo descumprimento da função social gera a perda ou pelo menos o amortecimento do direito e reivindicar, interferência que por si só protege o titular de posse funcionalizada, se e até, quando assim mantiver a sua posse, ainda que o tempo de posse permita no futuro sua transformação em propriedade pelo usucapião.

E afirma o mesmo autor que a posse com função social prevalece sobre a propriedade sem função social, porque através da posse é viável a erradicação da pobreza e a eliminação das desigualdades sociais, atendendo aos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito (TORRES, 2010, p. 437).

Por fim, mais uma vez Bertan (2009, p.132) defende que a sanção para a propriedade que não atende a função social deve ser a invasão civil, quando decorrer a decadência de seu direito:

Pois bem: reconhecendo que o direito não tutela a propriedade não cumpridora de sua função social, como foi sustentado por diversas vezes, o não cumpridor de tal exigência põe em risco o título de propriedade e não apenas deve-se temer as multas ou demais sanções paliativas. Efetivamente, o proprietário corre risco de sofrer decadência de seu direito. Isso pode se dar através da invasão civil, assunto que nos aguarda.

Pelo exposto, percebe-se que a diferença entre a função social da propriedade da propriedade urbana e rural está elencada na própria Constituição quando determina que a fiscalização do cumprimento dessa função para os bens localizados nas cidades deve ser feita pelo Município, quando não atende-se às diretrizes do Plano Diretor e do Estatuto da Cidade, já a função social da propriedade rural tem a União como guardiã, concretizando esse direito-dever quando são atendidos os requisitos constitucionais e aqueles trazidos pelo Estatuto da Terra.

2.8 Responsabilidade civil do proprietário

É sabido que o proprietário tem um poder sobre a coisa, ocorre que, ao exercê-lo, pode causar um dano a outrem e, como consequência, surge a obrigação de repará-lo. A responsabilidade do proprietário pode ser do tipo objetiva ou subjetiva, mas para aplicá-la ao caso concreto devemos rever alguns conceitos importantes.

A responsabilidade civil contratual surge do inadimplemento de uma obrigação e a moderna doutrina conceitua a responsabilidade civil como uma obrigação derivada de assumir as consequências de um fato. Existem dois tipos de responsabilidade civil, a contratual que se

origina do não cumprimento do contrato e a extracontratual que advém de uma situação de fato.

A responsabilidade poder ser subjetiva ou objetiva, a primeira é aquela em que se analisa, além dos requisitos da responsabilidade civil, a culpa, que se manifesta de três formas: negligência (o não dever de cuidado), a imprudência (enfretamento desnecessário do perigo) e a imperícia (falta de aptidão ou habilidade específica). A segunda, a objetiva, independe de culpa, tornando mais fácil para a vítima ser indenizada dos prejuízos, haja vista que terá que provar um requisito a menos.

Em relação ao tipo de responsabilidade do proprietário aplica-se, genericamente, o Artigo 927 do Código Civil, podendo ser objetiva ou subjetiva:

Aquele que, por ato ilícito (Arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Mas, para se configurar a responsabilidade, se faz necessária a configuração de alguns requisitos, alguns essenciais e um acidental. Inicialmente, deve-se provar a conduta, com a ação ou omissão voluntária. Depois o nexo de causalidade ou causal, que é o elo de ligação entre a conduta e o dano.

O terceiro requisito essencial para toda e qualquer tipo de responsabilidade é o dano, ou seja, uma lesão a um interesse juridicamente tutelado e que possui várias espécies: a) patrimonial ou material ou perdas e danos que se subdivide em dano emergente (efetivo prejuízo causado) e lucro cessante (o que se razoavelmente deixou de lucrar); b) dano moral (que surge do ferimento a um dos direitos da personalidade).

Mas o Código Civil trouxe situações específicas sobre a responsabilidade civil do proprietário. A primeira delas é a responsabilidade por animais e coisas, presente no Artigo 936: “O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”.

O citado artigo trata de um caso de responsabilidade objetiva, em que o dono (proprietário) ou o detentor (sujeito às ordens e instruções do dono) respondem independentemente de culpa e sem solidariedade, só podendo excluir a responsabilidade na culpa exclusiva da vítima ou força maior. Discutindo o presente artigo, Stoco (2004, p. 948-949) afirma ser a responsabilidade objetiva ou do dono do animal ou do detentor:

Adotou-se, desenganadamente, a responsabilidade sem culpa, ou seja, objetiva, bastando a existência de nexo de causalidade entre o comportamento do animal e o dano verificado para que surja o dever de indenizar.

...
Mas o princípio geral é de que responde o dono do animal ou quem dele se serve pelo tempo em que o tem em uso.

Diferente é o entendimento de Dias (2006, p. 665) que entende que ambos, proprietário e detentor, respondem pela indenização: “Quem responde pelo dano: o detentor ou o proprietário? Deve decidir-se que tanto o detentor, como o proprietário, embora a lei se refira expressamente ao detentor”.

A segunda hipótese de responsabilidade do proprietário em que o Código Civil expõe foi a do Artigo 937 que trata da responsabilidade do dono de edifício ou em construção em ruína, senão vejamos: “O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta”.

Para uma grande parte da doutrina, a responsabilidade aqui presente é objetiva, mas em contramão outros doutrinadores entendem que a mesma é subjetiva, uma vez que o artigo traz como requisito a falta de reparos com necessidade manifesta, ou seja, análise da culpa.

De mais a mais, é bom frisar que esse artigo não se aplica aos prédios novos uma vez que é requisito estar em ruínas, que significa construção velha, destruída. No entender de Gonçalves (2005, p. 244), trata-se de responsabilidade objetiva: “A lei, em face da vítima, presume a responsabilidade do proprietário, que é a única pessoa com legitimidade passiva para a ação”.

Por fim, temos o Artigo 938 do Código Civil em que trata dos danos decorrentes de coisas caídas ou lançadas de prédio, observe: “Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido”.

Aqui, mais uma vez, a doutrina entende que se trata de responsabilidade objetiva e o legislador trouxe um vocábulo abrangente nesse artigo, uma vez que habitar pode ser aplicado tanto ao proprietário, possuidor, detentor ou inquilino que esteja de fato morando no imóvel. Quanto ao termo “cair” significa culpa, já o vocábulo “lançada” interliga-se com o dolo, mas nos dois casos só haverá responsabilidade se o objeto estiver em lugar indevido. Discorre Stoco (2004, p. 938) sobre o referido artigo:

Ora, se um objeto é lançado de um edifício em condomínio, onde existiam inúmeras unidades autônomas, deve-se primeiro distinguir: se possível for a identificação do morador que atirou a coisa, será ele ou os demais habitantes, solidariamente considerados, objetivamente responsabilizados pelo dano.

Em relação ao condomínio, se a coisa cair ou for lançada de um apartamento e não se puder localizar de qual foi, permite-se que a ação seja proposta contra o condomínio e esse se localizar e provar a culpa do morador poderá denunciar à lide o mesmo, para garantir o seu direito de regresso.

Assim, detecta-se que o proprietário que faz mau uso do bem pode, além de sofrer as consequências da violação ao princípio da função social da propriedade, ensejando a desapropriação do bem, pode o mesmo ser responsabilizado civilmente por todos os danos causados às vítimas.

Mais adiante, no último capítulo, estuda-se, especificamente nosso tema, a função social da propriedade urbana, analisando o Estatuto da Cidade, o Plano Diretor, além do direito fundamental à Moradia, pesquisando, ao final, o entendimento dos tribunais acerca da matéria.

3 DO DIREITO URBANÍSTICO AO DIREITO À MORADIA E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL

3.1 Considerações iniciais sobre o direito urbanístico: origem, trajetória, conceito, direito estrangeiro e princípios

Com o crescimento acelerado das cidades não foi possível suprir as necessidades dos cidadãos, que se dirigiram do campo para a cidade em busca de trabalho e novas oportunidades. Essa expansão desordenada das cidades ocasionou os cortiços e as favelas. No século XIX, o fenômeno urbano manifestou-se claramente, fazendo uma trajetória que vai do período pré-urbano, passando pela sociedade pré-industrial (com o surgimento das cidades), até o atual da cidade industrial moderna.

O novo milênio aponta para um crescimento mundial da população vivendo nas cidades, considerando que a metade da população mundial vive em aglomerados urbanos. Previsões chegam a estimar que em 2050 a taxa de urbanização no mundo chegará a 65%. (SAULE JÚNIOR, 2006, 215).

Sobre os fatores que levam ao crescimento da ilegalidade urbana, explica Mattos (2006, p.3) que são a falta de gestão, de fiscalização, ocupações clandestinas, legislação urbanística de difícil cumprimento e ação especulativa, senão veja-se:

Ausência de uma instância metropolitana de gestão na estrutura federativa, a insuficiência de aparato fiscalizatório nos municípios, políticas clientelistas de estimulação a ocupações clandestinas, legislação urbanística com normas de difícil ou impossível cumprimento pelos mais pobres, baixa resistência do Poder Público à ação especulativa do mercado imobiliário, são apenas algumas das inúmeras razões que podem tentar explicar o fenômeno do crescimento da ilegalidade urbana – fenômeno esse que, como se viu, é hoje mais regra que exceção.

As cidades devem inibir essa especulação imobiliária mediante a adoção de normas urbanas para uma justa distribuição dos ônus e benefícios gerados pelo processo de urbanização e a adequação de todos os instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos desenvolvimento urbano equitativo e sustentável. (OSÓRIO, 2006, p. 203)

Em 1079, surgiu a Lei de Lehman (6.766/79) em que declarou ilegais essas moradias irregulares, fazendo com que as pessoas deslocassem para a periferia das cidades, mas sem uma prévia urbanização, aumentando ainda mais os cortiços e as favelas.

Assim, é necessário trazer o conceito de cidade (*urbe*), que está interligado com o da propriedade urbana, conceituado por Pires (2007, p.79) como um espaço físico delimitado por

lei, sede do Município, que tem como finalidade a convergência das relações urbanas, a busca da justiça social e qualidade de vida:

A par do exposto, entendemos que a cidade é um espaço físico delimitado por lei, onde se localiza a sede do município, bem como um conjunto de sistemas com diversas atividades e prestação de serviços que são relacionadas e dependentes entre si, cuja finalidade precípua deve ser a convergência de relações humanas, a busca da promoção da justiça social e qualidade de vida.

De mais a mais, a cidade e cidadania têm a mesma raiz etimológica como explica Mattos (2006, p. 57) e a cidade sempre foi o espaço idealizado para a concretização da cidadania e esta é resultado de conquistas coletivas:

Não é sem razão, portanto, que cidade e cidadania são termos que têm a mesma raiz etimológica. Embora a concepção contemporânea de cidadania não diga respeito somente ao morador urbano, a cidade sempre foi o espaço idealizado para a concretização da cidadania, como se sabe, de resto, desde a Grécia Antiga. Cidadania é construção que não se faz individualmente, mas como resultado de conquistas coletivas.

Sobre o conceito do Direito Urbanístico, cumpre esclarecer que a urbanização surge quando a população urbana cresce mais do que a rural e, assim, faz-se necessário ordenar as cidades, surgindo o urbanismo. Para regular o urbanismo, surgiu o Direito Urbanístico, que nas palavras de Silva (2008, p. 36): “consiste no conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público destinada a ordenar os espaços habitáveis-o que equivale a dizer: conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade urbanística”. O mesmo autor, Silva (2008, p. 49-50) define o direito urbanístico sobre dois aspectos, o objetivo e o como ciência:

O direito urbanístico objetivo consiste no conjunto de normas que têm por objeto organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade.

O direito urbanístico como ciência é o ramo do direito público que tem por objeto expor, interpretar e sistematizar as normas e princípios disciplinadores dos espaços habitáveis.

Assim, o urbanismo objetivo são as normas que organizam os espaços habitáveis, já o urbanismo como ciência é a exposição, interpretação e sistematização das normas. Ainda sobre o conceito de direito urbanístico Bonizzato (2007, p. 87) esclarece que versa sobre o estudo da ordenação e ocupação da propriedade: “é ramo autônomo do Direito que versa, por exemplo, sobre o estudo da ordenação, ocupação e utilização do solo, da planificação, do direito de construir, da qualidade de vida e do bem-estar social nas áreas urbanas”.

De mais a mais, Mukai (2007, p. 14) conceitua o direito urbanístico de forma completa como um conjunto de normas cujo objetivo é a organização dos espaços habitáveis:

A análise do conceito jurídico do urbanismo nos leva à consideração de um critério material, segundo o objeto regulado, configurando um conjunto de normas cujo objetivo é a organização dos espaços habitáveis, proporcionando melhores condições de vida às pessoas.

Essas normas urbanísticas atuam sobre um ramo importante da indústria, qual seja, a construção civil. O seu objetivo é que as cidades sejam sustentáveis, que são aquelas que se desenvolvem de forma coesa, ordenada, sem degradação, possibilitando uma vida digna para todos (MALUF, 2010, p. 69)

São mecanismos de atuação urbanística do Poder Público os instrumentos de estruturação (os planos) e de execução (IPTU progressivo, desapropriação para reforma urbana, imposição do parcelamento ou edificação compulsórios, usucapião especial de imóvel urbano e concessão de uso).

Já a propriedade urbana, para cumprir a função social, necessita preencher os requisitos do plano diretor. É de competência concorrente da União, Estados e o Distrito Federal legislar sobre Direito Urbanístico (art. 24, I da CF). Cabe aos Municípios “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (artigo 30, VIII) e legislando de forma suplementar (art. 30, II, da CF). Como também os Estados têm competência suplementar inserido no § 2º. O Direito Urbanístico já é uma disciplina autônoma, sendo estudo pelas universidades brasileiras, inclusive nos cursos de pós-graduação.

A propriedade urbana é formada e condicionada pelo direito urbanístico a fim de cumprir sua função social específica: realizar as chamadas funções urbanísticas de propiciar habitação (moradia), condições adequadas de trabalho, recreação e circulação humana; realizar, em suma as funções sociais da cidade (SILVA, 2008, P. 77).

A determinação do direito de propriedade urbana é fruto dos planos urbanísticos (gerais e especiais) e de outros procedimentos e normas legais, que definem a qualificação urbanística para cada parcela de terreno, determinando-se, assim, o objetivo da propriedade (SILVA, 2008, p. 79) Para o referido autor, o direito de propriedade urbana é planejado, uma vez que fundamentado em planos urbanísticos, além de ser causalizado, por ser denominado por uma série de objetivos sociais que encerram princípios de valor.

A Constituição Federal deu especial tratamento ao planejamento, não o colocando como vontade do legislador, mas sim como um dever jurídico, exemplo disso são os artigos 21, IX, XX, 25, §3º, 30, 174 e 182, § 1º. Esse plano urbanístico deve ser feito mediante lei, prevendo suas diretrizes, trazendo eficácia às normas lá contidas. Comentando essa ligação do plano urbanístico com o direito, Pires (2007, p. 109) interliga a ideia de planejamento com o município:

Oportuno ressaltar que historicamente a ideia de planejamento plano sempre esteve intimamente ligada ao município, personificado nos planos diretores. Contudo, com

a realidade trazida pelo fenômeno da urbanização e do desenvolvimento, constatou-se que planejar somente no âmbito municipal seria muito pouco.

São princípios norteadores do direito urbanístico no Brasil, o urbanismo como função pública; o caráter normativo das regras urbanísticas, que atingem tanto as ações do Poder Público, o meio social e o privado; o da conformidade da propriedade urbana com normas urbanísticas e o da coesão das normas urbanísticas. (BONIZZATO, 2007, p. 92).

Assim, o direito à cidade engloba o direito à moradia, à regularização fundiária, aos serviços de saneamento básico, à saúde, ao trabalho, à educação, ao lazer, à gestão democrática da cidade e ao meio ambiente sustentável e equilibrado. Já o direito à moradia, direito fundamental, é o mais importante efeito jurídico, de fundamento social, do princípio da função social da propriedade urbana.

Por outro lado, existem obstáculos à concretização da função social, como explica Mattos (2006, p. 53) a carência de eficácia social, o conceito jurídico indeterminado e a vinculação ao plano diretor local que faz perder eficácia da nossa Lei Maior:

Entre esses obstáculos, destacam-se as concepções de que a função social da propriedade, enquanto princípio constitucional, careceria de eficácia social – de efetividade –, I) por constituir conceito juridicamente indeterminado; II) por ser vinculada diretamente à existência de um plano diretor local, na dependência do qual estaria condicionada sua eficácia.

Em relação do direito estrangeiro, na Europa, o direito urbanístico iniciou-se na Inglaterra, com a edição do *Town and Country Planning* (1909) e posteriormente na França com a Lei *Cornudet* (1919). Na Itália, com base na lei urbanística de 1942, três planos despontam como fundamentais: um plano territorial de coordenação (regional), um plano de regulação geral (cidades) e outro de caráter particular (bairros), o mesmo ocorre na Espanha e Portugal.

Na Espanha e Itália, o plano geral é diretamente oponível aos particulares, enquanto na Alemanha ele é meramente preparatório dos planos e detalhamento. No francês, o Plano Local de Urbanismo apresenta-se como único plano de caráter urbanístico, não demandando qualquer plano posterior de detalhamento. (PINTO, 2012, p. 81). No direito francês e no alemão, tem-se respectivamente, a previsão de planos regionais e da cidade e da cidade e de bairro. (BONIZZATO, 2007, p. 82). Na França e na Itália existe um Código de Urbanismo. No sistema francês não existem regras precisas sobre o que pode ou não ser feito em cada terreno. (PINTO, 2012, p. 77 e 99).

O urbanismo norte-americano é uma atividade desenvolvida pelos governos locais e não pela Constituição Federal. Os principais instrumentos de planejamento são o zoneamento, o mapa oficial e o *master plan*. Seu instituto central é o zoneamento, que consiste na divisão do território da cidade em zonas e na especificação detalhada das atividades e das

características físicas das construções. Em termos doutrinários não existe a figura da função social da propriedade (PINTO, 2012, p. 83-86).

E, por conta de alguns documentos, houve a inserção do tema “Direito Urbanístico” na agenda europeia, tais como: *Livro Verde sobre meio ambiente urbano* (1990), o *Europa 2000* (1992), o *Europa 2000 +* (1994), o *Livro Branco* (1992), o *Tratado Constitucional da Comunidade Europeia* consolidado pelo Tratado de Amsterdã de 1997 e modificado pelo Tratado de Nice de 2001.

Assim, percebe-se que o direito urbanístico, apesar de ser relativamente novo no Brasil, há muito tempo já é debatido e positivado mundo afora, possuindo conceito próprio, princípios correlatos e sendo de suma importância para a vida digna nas cidades.

3.2 Trajetória do direito urbanístico no Brasil na legislação infraconstitucional, constitucional e nos tratados internacionais

O Direito Urbanístico tornou-se disciplina jurídica própria e autônoma com a Lei. n.º 10.257/2001, denominado Estatuto da Cidade, apesar de já existirem, anteriormente, normas e estudos sobre o tema, observe.

Nas Ordenações do Reino já existiam disposições genéricas sobre a ordenação das povoações e nas Ordenações Filipinas sobre estética das cidades. Em 1º de outubro de 1828 foi editada uma lei estabelecendo posturas a serem determinadas pelos vereadores municipais, com evidente sentido urbanístico. (ERENBERG, 2008, p. 62). Em 1937 surgiu o Decreto-lei nº 58 que referiu-se, pela primeira vez, a propriedade urbana, quando tratou do parcelamento do solo. (MALUF, 2010, p. 66).

Sobre desapropriação, em 1826 surgiu a primeira lei tratando do tema. A Lei 57/36 passou a regular a desapropriação por utilidade municipal. Em 1845 veio a lei de desapropriação por utilidade pública geral ou dos municípios. Já em 1855 é editada a Lei. nº 816 que tratou de desapropriação para estradas de ferro. Já em 1962, a desapropriação por interesse social passa a ser disciplinada pela Lei. 4.132. Outras também importantes são o Dec-Lei 1.075/70, as Leis Complementares 14/1973 e 20/1974, o Dec-Lei 1.413/75, a Lei 6.602/78, a Lei 6.803/80 e a Lei 7.347/85. (ERENBERG, 2008, p. 63-64). Assim, percebe-se, as primeiras normas urbanísticas foram trazidas com as leis de desapropriação.

Essa questão urbana e o planejamento das cidades, no governo de 1960, foram bastante debatidos devido ao rumo que a economia tinha naquela época. Comentando esse

estágio, Pires (2007, p. 47) discorre que houve o planejamento das cidades e foi criado o SERFHAU e o BNH:

Naquele período o Governo Federal trouxe para si o planejamento das cidades e criou o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo (SERFHAU) e o Banco Nacional de Habitação (BNH), ambos criados por meio da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964. Pertinente registrar que o ponto positivo da existência do SERFHAU foi o fato de que a *ideia* de planejamento foi amplamente difundida. (grifo no autor)

Em 1964 surgiu a Lei 4.380 que trouxe normas gerais sobre urbanismo. Já em 1974 foi editada a Lei 6.151/74 com respeito à questão urbana. Mas em 1979 foi promulgada e encontra-se ainda em vigor a Lei 6.766/79 (Lei Lehman) que dispõe sobre parcelamento do solo urbano e tornou ilegais moradias coletivas irregulares nos centros urbanos (cortiços e favelas).

Nossa Constituição de 1988 trouxe um capítulo dedicado à Política Urbana, com o título “Da Ordem Econômica e Financeira” (art. 182 e 183), além de disciplinar o Direito Urbanístico nos Artigos 21, XX e XXI, 22, IX, 23, III, IV e IX, 24, I, VI, VII e 25§3º, 30, II, VIII e IX. Essas normas, por serem públicas, possuem força cogente, impositivas, não são transacionáveis e indisponíveis. (art. 1º, parágrafo único do Estatuto da Cidade).

Também existiam normas sobre o direito de construir, parcelamento do solo e outros limites à propriedade, mas nada de forma específica. Assim, foi inédita a inserção do título da Ordem Econômica e Financeira de um capítulo especificamente sobre a Política Urbana, vejamos o primeiro artigo desse capítulo, o 182:

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

Essa lei a que o Artigo 182 se refere é Lei Federal, e sua competência é da União. Já o § 2º do mesmo artigo afirma que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. O legislador deixou aberto o conteúdo da função social da propriedade urbana para ser preenchido de acordo com cada município.

Entre as funções sociais da cidade elencam-se a habitação, o trabalho, a circulação, o lazer, visando a plena integração dos seres humanos, seu crescimento educacional e cultural, num ambiente sustentável, ecologicamente equilibrado. Para atingir esta finalidade, a norma constitucional impõe diretrizes à edificação, à utilização do imóvel urbano, ao saneamento ambiental, à proteção do patrimônio natural e cultural da coletividade, prevendo sanções sucessivas nos casos de infração, que alcançam seu ápice com expropriação do bem. (MALUF, 2010, p. 67).

Nota-se, assim, que desde as Ordenações do Reino, passando pela leis federais, até chegar em nossa atual Constituição Federal de 1988, tivemos uma importante evolução das normas relacionadas ao direito urbanístico, propriedade, desapropriação e função social da cidade, tratando especificamente da Política Urbana, Estatuto da Cidade e Plano Diretor, temas que serão tratados adiante.

3.3 Limitações urbanas ao direito de propriedade

A natureza jurídica das limitações à propriedade é controversa, pois alguns teóricos afirmam que as restrições eram servidões; outros que são obrigações legais; e os que defendem serem adaptações da propriedade privada às finalidades públicas, perceba.

As limitações são, em verdade, tudo aquilo que afeta qualquer característica do direito de propriedade, podem ser constitucionais, administrativas, de direito urbanístico, são, limitações administrativas voltadas à realização da função urbanística do Poder Público. Limitação à propriedade privada constitui, portanto, gênero do qual são espécie as restrições, as servidões e a desapropriação. (SILVA, 2008, p. 399)

Já para Diniz (2011, p. 258) afirma que são obrigações *propter rem* inseridas sobre a propriedade: “trata-se de uma obrigação *propter rem* porque tanto o devedor como o credor são titulares de um direito real, que incide sobre a mesma coisa, só que não são oponíveis *erga omnes* nem interessam a terceiros”.

Por outro lado, diz Mattos (2006, p. 57) que são preceitos de ordem pública que nascem como limitações à propriedade: “São medidas de interesse público decorrentes de lei genérica e abstrata que se reveste do poder de *imperium* estatal e decorrem do poder de polícia inerente à Administração Pública.”

Para Maluf (2010, p. 105), as limitações são subordinações do interesse privado ao coletivo, como obrigações positivas ou obrigações de fazer:

Evidencia-se, portanto, a natureza jurídica das limitações ao direito de propriedade como uma subordinação do direito de propriedade privado ao interesse precípua da coletividade, advinda de normas de direito público e de direito privado e que aparecem de forma mais corriqueira como obrigações positivas ou obrigações de fazer, formulando imposições que apontam para o dever de utilizar o bem visando sempre o interesse público.

De mais a mais, uma parte da doutrina entende que o imóvel urbano é aquele situado no perímetro da cidade, pagando IPTU, já o rural é o que está fora desse limite, pagando ITR. Outra parte dos teóricos, adequadamente, afirmam que o que é importante para essa definição é a sua destinação, como afirma Maluf (2010, p. 106-107):

Assim, se a referida área, mesmo que localizada em zona rural, não for destinada para fins agrícolas ou pecuários, mas para a simples moradia, ao comércio ou à indústria, será considerada urbana; no sentido inverso, mesmo se localizada na cidade, a propriedade destinada à produção agrícola, com produção de alimentos ou atividades pecuárias, será considerada rural.

De mais a mais, o Estatuto da Terra, em seu Artigo 4º, I, define imóvel rural. Igualmente, a Lei nº 8.629/1993, que trata da Reforma Agrária, em seu Artigo 4º, I, também definiu a propriedade rural. Já o Código Tributário Nacional optou pelo princípio da localização para distinguir propriedade urbana e rural, em seu Artigo 29 e 32, §§ 1º e 2º. Também a Constituição Federal, no Artigo 183 e o Estatuto da Cidade, no Artigo 9º, optaram para adotar o critério de localização da propriedade.

As limitações à propriedade pressupõe subordinação do interesse particular ao público, servem para o bem-estar da coletividade e a segurança da ordem econômica do Brasil e atingem a estrutura da propriedade e são elas segundo Maluf (2010, p. 109):

A desapropriação; o tombamento; as atinentes ao direito de construir (exigido que os prédios obedeçam a certo alinhamento, obrigando o proprietário a murar o terreno, calçar o passeio). Em face do artigo 29 do Decreto-lei n.º 8.938/46, proíbe-se a construção dentro da zona urbana, de palhoças, casa de taipa, entre outros, sob pena de demolição; as disposições atinentes a zona de proteção dos aeroportos (delimitando a altura máxima das construções próximas aos aeródromos - Lei n.º 7.565/86, arts. 43 a 46); as da Lei n.º 10.257/2001, Estatuto da Cidade, que dispõe sobre as diretrizes gerais da política urbana, regulando o uso do solo urbano em prol da coletividade, valorizando a segurança, o bem-estar e o equilíbrio ambiental.

E Gomes (2005, p. 216) trouxe as diferenças entre limitações e restrições à propriedade, considerando as primeiras como leis que têm como objetivo proteger o interesse público, social, coletivo e, também, o particular, já as segundas, a subordinação da propriedade privada em relação ao interesse público e às conveniências sociais:

As limitações legais ao direito de propriedade são as que estão contidas em leis especiais que têm por objetivo proteger não só o interesse público, social ou coletivo, mas também o interesse particular considerado em função da necessidade social de coexistência pacífica. Já as restrições à propriedade em razão do interesse social pressupõe a ideia de subordinação do direito de propriedade privada em relação aos interesses públicos e às conveniências sociais.

Assim, as limitações têm caráter genérico; já as restrições, específico, uma vez que atingem diretamente a propriedade. O Plano Direito deve possuir restrições à propriedade privada. As restrições se subdividem em relação ao uso, à modificação e da alienabilidade.

A primeira, em relação ao uso, são as leis de zoneamento, em que estão expressos o uso da propriedade, residencial, comercial, industrial e institucional. A segunda, quanto à modificabilidade, vedam a modificação e alteração da coisa, quais sejam, o parcelamento do solo sujeito à autorização da Fazenda Pública, além das áreas de preservação ambiental e bens tombados. Já a terceira, em face da alienabilidade, refere-se ao direito de preferência do Poder Público em relação aos bens tombados ou aquisição de bens para formação de reserva de terrenos urbanos para o Município.

As limitações urbanas podem ocorrer no espaço aéreo, no subsolo, no Código Civil, no direito de vizinhança, no direito de construir, no condomínio edilício, pelas servidões, pelo Estatuto da Cidade, por tombamento, pela desapropriação, pela lei de parcelamento do solo urbano, pela lei de zoneamento e, por fim, pelas leis do meio ambiente.

No que pertine à desapropriação, temos a denominada desapropriação urbanística ou desapropriação para fins urbanísticos, utilizada como instrumento de execução da atividade urbanística do Poder Público. O Estatuto da Cidade não disciplinou a matéria, deixando a cargo da Lei Geral de Desapropriação. É conceituada como um instrumento de realização da política do solo urbano em função da execução do planejamento urbanístico. (SILVA, p. 413-415)

Ela é compreensiva e generalizável, atingindo áreas e setores completos, retirando os imóveis, aí abrangidos, do domínio privado, para afetá-los ao patrimônio público, para depois serem devolvidos ao setor privado, uma vez urbanificados e reurbanizados, em cumprimento ao chamado dever de reprivatização. (SILVA, 2008, p. 416). O Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela constitucionalidade de leis estaduais de São Paulo que tratavam da desapropriação planejada:

- DESAPROPRIAÇÃO. REURBANIZAÇÃO. EXECUÇÃO DE PLANO DE REURBANIZAÇÃO. - CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PAULISTANAS NS. 7859, DE 08 DE MARÇO DE 1973, ART. 5. E 7670, DE 24 DE NOVEMBRO DE 1971, ART. 5, PARÁGRAFO ÚNICO. - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.(STF, RE 82300 / SP, Relator(a): Min. RODRIGUES ALCKMIN, Julgamento: 12/04/1978)

Por fim, existe um dispositivo que regulamenta a revenda no caso da desapropriação urbanística (Art. 4 da Lei 6.766/79) além do artigos 5º, “e”, “i”, “j” e “k” do Decreto-lei 3.365/41 que fundamentam a desapropriação urbanística na utilidade pública. A indenização deve atender aos critérios constitucionais e o processo de desapropriação deve obedecer ao Decreto-lei 3.365/41 e à Lei. 4.132/1962.

Assim, percebe-se que as limitações são genéricas, de cunho administrativo, com natureza jurídica de obrigações *propter rem* e tem como objetivo concretizar a função urbanística, além de possuir as seguintes espécies as restrições, as servidões e a desapropriação, que tem seu caráter específico e atingem diretamente a propriedade.

3.4 O Estatuto da Cidade

Com o processo de crescimento das cidades surgiu a urbanização, ou seja, o aumento populacional da área urbana de uma cidade em virtude das taxas de crescimento populacional

provocado por fluxos migratórios. Inicialmente faz-se necessário distinguir Município, que é a divisão política de um território com limites definidos, e a cidade, como sendo o centro político e cultural.

Para disciplinar as diretrizes da política urbana brasileira, melhor dizendo, o conteúdo do princípio da função social da propriedade urbana surgiu o Estatuto da Cidade que disciplinou importantes diretrizes para a efetivação da política urbana, obrigatório para os Municípios, que deverão incluí-las, com as necessárias particularizações, em seus planos diretores, leis de uso e ocupação do solo e parcelamento do solo (MUKAI, 2007, p.42).

Faz-se necessário conceituar o Estatuto da Cidade (Lei. nº 10.257/01) e para isso, Marques (2008, p. 329) discorre:

Diploma normativo consagrador de diversos instrumentos jurídicos aptos a enfrentar esta realidade, tais como o direito de superfície, o direito de preferência. Institutos que eram clássicos do direito civil foram apropriados pelo direito urbanístico, como a desapropriação, o usucapião, o estudo de impacto de vizinhança, direito de construir e os outros já anteriormente mencionados.

Esse estatuto permite a ação conjunta do Poder Público Municipal, da Sociedade Civil e do Mercado para alcançarmos a função social da propriedade urbana. São legitimados a compelir o proprietário a cumprir a função social da propriedade urbana, além da administração municipal, segundo Erenberg (2008, p. 149) a sociedade, por meio de seus legitimados e através da ação civil pública e o cidadão através da ação popular:

...a sociedade, por meio de seus legitimados, pode fazê-lo mediante a utilização de ações coletivas – como a ação civil pública -, assim como pode o cidadão, por intermédio da ação popular ou mesmo, em certas hipóteses, ação civil de cunho mandamental ou reparatório, como base no direito de vizinhança, fazer valer o princípio da função social da propriedade urbana.

Essa ordem urbanística integra a categoria dos direitos difusos que são resguardados pela ação civil pública, como determina art. 53 do Estatuto da Cidade. Por outro lado, morar perto da cidade para viver e trabalhar com liberdade são necessidades que se adéquam à dignidade da pessoa humana, senão vejamos o que explica Mattos (2006, p. 62):

Para viver e trabalhar na cidade é preciso nela morar ou morar próximo a ela (mais regra que exceção no que toca à população urbana de baixa renda). Para trabalhar, morar e viver na cidade é preciso nela transitar com liberdade de ir e vir por se território. Comprometida uma dessas necessidades, moradia ou liberdade, a vida do homem na cidade fica ferida de morte na sua dignidade.

O Estado da Cidade é, sem dúvida nenhuma, uma lei moderna que modifica a estrutura jurídica, administrativa e social do Brasil. Sua fundamentação é a função social da propriedade, servindo como meio de retificação da exclusão social e demais problemas urbanos. Ele regulamentou os Artigos 182 e 183 da Constituição Federal, definindo as diretrizes gerais da política urbana. Sua denominação foi dada pela própria lei, mas merece

uma crítica uma vez que se trata, apenas, de uma norma geral de direito urbanístico e não um estatuto que disciplina de forma detalhada e específica a gestão da cidade.

Muitos dos institutos tratados no Estatuto da Cidade também são trazidos pelo Código Civil e para saber qual dos dois deve ser aplicado, deve-se utilizar a hermenêutica jurídica, especificamente, o princípio da especialidade, uma vez que se a área é urbana ou de expansão urbana, aplica-se o estatuto, nos demais casos, o direito civil. No seu Artigo 5º, o referido diploma determina que poderá determinar o parcelamento e a edificação ou utilização compulsória:

Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

Assim, os instrumentos da política urbana são o parcelamento e edificação compulsórios, que deverão ser determinados por lei municipal específica para uma área prevista no plano diretor, devendo o Poder Público notificar o proprietário para cumprir a obrigação, devendo ser averbada no registro de imóveis essa notificação (MUKAI, 2007, p. 43).

O Estatuto da Cidade especificou bem as situações em que o plano diretor poderá delimitar área para aplicação do parcelamento ou edificação compulsório. Faz-se necessário, de um lado, que ela esteja servida de infraestrutura e, de outro, que haja demanda para sua utilização (PINTO, 2012, p.188).

Em breve síntese, o proprietário deve ser notificado pelo Poder Público em razão de possuir imóvel considerado como não utilizado, subutilizado ou não edificado localizado em área delimitada pelo Plano Diretor e, não havendo o cumprimento da obrigação pelo proprietário, será realizado, sucessivamente a aplicação do IPTU progressivo, e se, mesmo assim, o dono do bem não der adequado aproveitamento a sua propriedade, mesmo sendo cobrado 5 anos de IPTU progressivo, será imposta a desapropriação com indenização paga por meio de título da dívida pública, senão veja-se.

Importante é conceituar esses institutos. O primeiro deles é o solo urbano não edificado sendo aquele não construído. Já o solo urbano subutilizado, é aquele cujo aproveitamento é inferior ao mínimo definido no Plano Diretor ou em legislação dele decorrente, ou seja, o solo urbano não utilizado é o não empregado ou mesmo não aproveitado em face das normas de meio ambiente artificial. (BONIZZATO, p. 122-123).

Já o conceito de “subutilizado” não é meramente quantitativo, portanto comportando necessariamente uma dimensão qualitativa. Um imóvel localizado na zona residencial, em que

esteja funcionando uma fábrica poluente, pode ser considerado “subutilizado”, tanto quanto uma casa unifamiliar localizada em zona destinada a edifícios de apartamentos ou um terreno ocioso, sem qualquer edificação. O imóvel edificado conforme o plano diretor, mas que não esteja ocupado não pode ser considerado “subutilizado” para efeito da aplicação das sanções constitucionais, exceto se estiver em ruínas (PINTO, 2012, p. 189 e 191).

E essa obrigação do proprietário do imóvel é do tipo *propter rem*, ou seja, vinculada à coisa, uma vez que se houver a determinação do Município em parcelar, utilizar ou edificar e a propriedade for transferida, o novo proprietário continua com o dever de fazer e, mesmo havendo o abandono do bem, continua essa obrigação.

Assim, a propriedade urbana cumpre a sua função social quando é adequadamente aproveitada, ou seja, quando seu uso se coaduna com as exigências de ordenação das funções da cidade e o bem-estar de seus habitantes (EREMBERG, 2008, p.152).

Descumpridos o parcelamento ou utilização compulsórios surge o IPTU progressivo ou urbanístico, contido no art.7º do EC e considerado como instrumento de política urbana e não de aumento de arrecadação fiscal:

Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos.

Para a maioria dos doutrinadores esse IPTU não tem caráter fiscal, uma vez que é uma sanção ao proprietário que não edificar, não parcelar ou não utilizar, desviando-se da finalidade de arrecadação de fundos aos cofres públicos.

A sanção pela não edificação ou parcelamento do solo é a progressividade temporal do Imposto Predial Territorial e Urbano, ou seja, tributo urbanístico, sendo utilizado com a majoração da alíquota até o teto de 15% do valor venal do imóvel, pelo prazo consecutivo de 5 anos, passado o prazo, pode o Município manter o prazo ou desapropriar o bem e, neste caso o decreto expropriatório será realizado pelo Prefeito Municipal (art. 6º da DL 3.365/41).

O Supremo Tribunal Federal entendia que essa é a única hipótese de progressividade desse imposto, sendo inconstitucional quaisquer outras formas, inclusive as que incidem em razão do valor do bem. Mas, atualmente, admitiu a possibilidade de diferenciações de alíquotas com base no valor do imóvel e no seu uso, em razão da nova redação do Art. 156, § 1º da Lei Maior, veja-se:

IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO – PROGRESSIVIDADE – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 29/2000 – LEI POSTERIOR. Surge legítima, sob o ângulo constitucional, lei a prever alíquotas diversas presentes em imóveis residenciais e comerciais, uma vez

editada após a Emenda Constitucional nº 29/2000.(STF, RE 423768 / SP - SÃO PAULO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 01/12/2010)

Por outro lado, parte da doutrina entende que esse tributo é inconstitucional, é o que diz Marques (2008, p. 333):

O argumento de inconstitucionalidade, no entanto, nos parece procedente em relação ao art. 7º, § 3º, do Estatuto da Cidade, pois a União não pode fixar critérios regulatórios de concessão ou isenção e anistia de um tributo municipal, o que se constitui em violação da autonomia financeira dos municípios.

Outras normas infraconstitucionais ampliaram as hipóteses de obrigatoriedade do plano diretor (182, § 1º da CF) como o Estatuto da Cidade e as Constituições Estaduais de São Paulo e Amapá. Em relação ao Amapá, o STF considerou inconstitucional a ampliação:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MUNICÍPIOS COM MAIS DE CINCO MIL HABITANTES: PLANO DIRETOR. ART. 195, "CAPUT", DO ESTADO DO AMAPÁ. ARTIGOS 25, 29, 30, I E VIII, 182, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 11 DO A.D.C.T. 1. O "caput" do art. 195 da Constituição do Estado do Amapá estabelece que "o plano diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento econômico e social e de expansão urbana, aprovado pela Câmara Municipal, é obrigatório para os Municípios com mais de cinco mil habitantes". 2. Essa norma constitucional estadual estendeu, aos municípios com número de habitantes superior a cinco mil, a imposição que a Constituição Federal só fez àqueles com mais de vinte mil (art. 182, § 1º). 3. Desse modo, violou o princípio da autonomia dos municípios com mais de cinco mil e até vinte mil habitantes, em face do que dispõem os artigos 25, 29, 30, I e VIII, da C.F. e 11 do A.D.C.T. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, nos termos do voto do Relator. 5. Plenário: decisão unânime. (STF, ADI 826 / AP – AMAPÁ, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Julgamento: 17/09/1998)

Por outro lado, a doutrina diverge desse entendimento senão vejamos o que adverte Erenberg (2008, p. 87) quando defende a constitucionalidade dessas leis estaduais: “Em relação às normas estaduais, caso das Constituições do Amapá e de São Paulo, igualmente não se sustenta a ideia de inconstitucionalidade da ampliação do rol de municípios sujeitos à obrigação de elaboração de plano diretor.”

Ocorre que, em 10 de julho de 2001, foi editada a Lei 10.257/2001 que suspendeu a eficácia das normas estaduais, naquilo que lhe forem contrárias, lembrando que eficácia suspensa não é a mesma coisa de inconstitucionalidade.

E se, ainda não for cumprida a função social com a utilização do IPTU progressivo, surge, por fim, a desapropriação, que deve ser utilizada em caráter subsidiário, senão observe o que diz o Artigo 8º da EC, que disciplina a desapropriação:

Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

Comentando o citado artigo, Bonizzato (2007, p. 139-140) assim leciona que esse tipo de desapropriação visa que o bem seja adequadamente utilizado, nos termos da lei municipal e do plano diretor, utilizando os imóveis desapropriados para fim de moradia, melhorando as condições sociais da região:

Em realidade, a desapropriação urbanística não é instrumento de transferência de bem particular para o patrimônio público. É instrumento que tem por objetivo fazer com que o bem seja adequadamente utilizado, vale dizer, nos termos de lei municipal específica e do plano direito.

... os imóveis desapropriados devem ser utilizados em prol da melhoria das condições sociais na região em que se encontram localizados. Assim, seu aproveitamento para a criação de moradias seria utilização em perfeita conformidade não apenas com a Constituição Federal, mas também com o próprio Estatuto da Cidade.

Ponto polêmico é o Artigo 49 do Estatuto da Cidade ao estabelecer que os Estados e os Municípios terão o prazo de noventa dias da entrada em vigor para fixar os prazos para expedição de diretrizes de empreendimentos urbanísticos, aprovação de projetos de parcelamento e de edificação, realização de vistorias e expedição de termo de verificação e conclusão de obras, comentando o citado artigo Mukai (2007, p. 49) assim leciona: “Apesar da boa intenção do legislador, fato é que a utilização de lei federal para fixar um prazo para Estados e Municípios tomarem certas providências nos parece ofender as autonomias estaduais e municipais”. Por isso, percebe-se que o Artigo 49 do Estatuto da Cidade ao fixar o prazo para tomar certas providências, ofende a autonomia dos entes federados.

Assim, o Estatuto da Cidade surgiu como lei federal regulamentadora dos Artigos 182 e 183 da Constituição Federal, que tem como objetivo a efetivação da política urbana para os Municípios alcançarem a função social da propriedade urbana, e, para isso, deve utilizar-se do parcelamento, edificação ou utilização compulsória do solo, do IPTU progressivo e da desapropriação para que se atinja a função social da propriedade urbana.

3.5 O Plano Diretor

O Plano Diretor é uma lei de competência do Poder Legislativo Municipal, sendo o instrumento básico de política de desenvolvimento e expansão urbana e é obrigatório para as cidades com mais de 20 mil habitantes e facultado para as outras. Para o Município elaborar o plano diretor necessita-se uma licitação na modalidade concurso.

Ocorre que, nos municípios com menos que 20 mil habitantes, não é necessário o Plano Diretor, mas mesmo assim, deve-se atender à função social da propriedade urbana, como adverte Eremberg (2008, p. 165): “Em consequência, o princípio da função social da propriedade urbana é cogente e imediatamente aplicável, independentemente de produção normativa infraconstitucional”.

No Brasil, o primeiro urbanista de relevo foi o francês Alfredo Agache contratado na década de 20 para fazer um plano urbanístico do Rio de Janeiro. E o primeiro plano diretor de relevância foi o do Rio de Janeiro em 1930. (ERENBERG, 2008, p. 70).

A função social da cidade está prevista no Artigo 182 da Lei Maior, e uma das formas que visa ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade é a atenção ao Plano Diretor, para que seja assegurado o bem-estar dos seus habitantes:

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.

Assim, o Plano Diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana e seus requisitos estão na Lei Maior (Art. 182, § 1º da CF), e a “propriedade urbana cumprirá sua função social quando atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.” (Art. 182, § 2º da CF). O Estatuto da Cidade afirma em seu Art. 39 que a propriedade urbana é atendida quando observa-se o plano diretor:

A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.

Assim, segundo a Lei Maior, podemos concluir que o plano diretor é editado por Lei (Art. 182, §2º da CF), sendo considerado como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana (Art. 182, § 1º da CF) e é obrigatório para as cidades com mais de 20 mil habitantes. Criticando o citado artigo constitucional, Pires (2007, p. 155) adverte:

Não obstante a inovação, relativa à menção expressa ao plano diretor, o comando constitucional careceu de delinear algumas definições ao instrumento urbanístico, tais como conteúdo mínimo, prazos para sua implementação e sanções para a não edição.

Comentando o Plano Diretor, Erenberg (2008, p. 83) afirma ser um documento político, técnico e jurídico:

É de se observar que o plano diretor não é um documento exclusivamente político. A par de seu caráter jurídico (enquanto conjunto de normas), há também que se referir a questões eminentemente técnicas, relativas a ciência e artes cujo conhecimento requer formação específica (v.g. arquitetura e urbanismo, engenharia, estatística e outras áreas do conhecimento humano)

Sobre o princípio da reserva de plano, presente no Art. 182, § 2º da Carta Magna, Pinto (2012, p. 205) assim define como o que permite a articulação entre o ordenamento jurídico e o planejamento:

...é o que garante institucionalmente que as diversas demandas setoriais sejam coordenadas pelo órgão de planejamento. Ele consiste na exigência de que as

medidas que possam vir a afetar a transformação do território constem dos planos urbanísticos, como condição para que possam ser executadas.

Assim, vê-se que nenhuma obra ou limitação à propriedade é válida sem um anterior planejamento urbanístico prévio, baseado no plano diretor. Essas matérias do plano não podem ser delegadas e o plano pode ser oponente aos particulares. Segundo Pinto (2012, p. 211) são matérias reservadas ao plano diretor:

Delimitação das zonas urbanas, de urbanização específica e de interesse social;
Estabelecimento de índices urbanísticos relativos a áreas mínimas e máximas de lotes e coeficientes básicos, máximos e mínimos de aproveitamento;
Delimitação das áreas cuja vegetação natural deve ser preservada ou suprimida;
Traçado do sistema viário principal da cidade, existente e projetado;
Bases para a utilização do direito de preempção, das operações consorciadas e da transferência do direito de construir.

De mais a mais, a utilização compulsória prevista no Estatuto da Cidade não foi prevista pelo referido Art. 182, § 4º da CF, mas entende a doutrina que poderá a Lei Ordinária criar sanções em face dos proprietários que não atendem à função social, esse é o pensar de Farias (2012, p. 326) como sendo a utilização compulsória menos restritiva de direitos que o parcelamento e a edificação compulsórios:

A posição que parece mais razoável, sem dúvidas, é a de que não há inconstitucionalidade, pois a medida de utilização compulsória é menos restritiva ao direito de propriedade que o parcelamento e edificação compulsórios. Ademais, o § 2º do Art. 182, da Constituição é uma cláusula geral que permite a criação pelo legislador subalterno de instrumentos capazes de concretizar a função social da cidade.

Com o mesmo entendimento, pela constitucionalidade da utilização compulsória, Marques (2008, p. 332) afirma que a utilização compulsória é o instrumento próprio para forçar a utilização da propriedade:

Entendemos ser a crítica improcedente, posto que a utilização compulsória está plenamente coerente com a vontade expressa pelo legislador constitucional no Art. 182, quando associa o não-cumprimento da função social da propriedade ao fato da propriedade imobiliária urbana estar subutilizada ou mesmo não utilizada, sendo a utilização compulsória o instrumento jurídico próprio a forçar a utilização em homenagem ao princípio da função social.

Já no Artigo 50 do Estatuto da Cidade ficou determinado que as cidades constantes no Incisos I e II do Art. 41, que não aprovarem o plano 5 anos da entrada em vigor do código faz com que o prefeito responda por improbidade administrativa (Art. 52, VII). O prazo de 5 anos foi prorrogado pela Lei n.º 11.673/08 para 30 de junho de 2008.

Essas disposições fazem incidir sobre o prefeito a sanção de improbidade administrativa, quando não toma as providências para que o plano seja aprovado após 5 anos de sua entrada em vigor e o Art. 3º da Lei 7.347/85 que possibilita o Ministério Público obrigar, através de ação civil pública à Câmara Municipal, a aprovar o plano diretor.

Além da improbidade, outra sanção para o prefeito que não fizer um plano diretor é a inconstitucionalidade por omissão (103, § 2º da CF), pois sem o plano é impossível realizar o

parcelamento, edificação compulsória, IPTU progressivo e desapropriação-sanção. Comentando a despreocupação dos prefeitos com a questão da elaboração do plano diretor, Mukai (2007, p. 51) leciona:

Poderão vir a ficar na contingência de os novos prefeitos não terem condições de elaborar o projeto de lei nos anos que lhe faltarem. Se isso ocorrer, fatalmente, poderão os atuais prefeitos ser apenados por improbidade administrativa, mediante ação apropriada intentada pelo Ministério Público.

Também incorre em improbidade administrativa, o prefeito que deixar de garantir a participação da população na elaboração do Plano Diretor e na fiscalização de sua implementação (PINTO, 2012, p. 142).

Essa elaboração do plano diretor tem relação com o princípio do desenvolvimento sustentável constante na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, documento que integra a *Agenda 21* e dele sempre deve participar a população.

É bom frisar que a iniciativa da lei que institui o plano diretor não é do Prefeito, ou seja, o prefeito não é obrigado a fazer aprovar a lei, tese defendida por parte da doutrina (Erenberg, 2008, p. 98) e outra entende que a iniciativa é concorrente. Mas, cabe o prefeito, apresentar o projeto de lei respectivo com prazo para que fosse votado até 2006. Pode a Câmara Municipal rejeitar o projeto ou existir uma demora para votar, o que não implica responsabilidade do prefeito.

Existe também o direito de preempção (Art. 25 do EC) concedendo ao Poder Público municipal o direito de preferência na aquisição de bem urbano, quando necessitar de áreas para ativação da função social. Neste caso, mediante lei, proibirá que aos proprietários vendam o bem, sem antes, oferecer ao Município a opção de compra, no prazo de 30 dias, sob pena de o negócio realizado entre os particulares e sem atender o direito de preferência do ente público ser ineficaz.

Por outro lado, são utilizados como instrumentos para regularizar a moradia a usucapião especial urbana, a concessão de direito real de uso e a concessão para fins de moradia. A primeira, usucapião, está presente no Art. 183 da CF como também no 9º e 14º do Estatuto da Cidade. Explicando esse tipo de usucapião, Marques (2008, p. 335) afirma ser um condomínio especial decorrente de decisão judicial:

Neste usucapião especial urbano coletivo há a possibilidade de criação de um condomínio especial por força decisão judicial. Trata-se de instrumento criado com o fim de agilizar a regularização jurídica das titularidades dos imóveis situados em comunidades favelizadas.

Já a segunda, concessão de uso, foi trazida, genericamente, no Art. 4º do mesmo estatuto, e comentando o instituto, Mattos (2006, p. 88) afirma que é um contrato que permite a posse de terreno público:

A concessão de direito real de uso – ou CDRU, como também é conhecido o instrumento – permite que o Poder Público regularize as ocupações precárias e ilegais por meio de um contrato, se tratar de posse em terreno público, evidentemente. A concessão de direito real de uso, de natureza tipicamente contratual, consiste num acordo de vontades que pode se dar entre o particular (ocupante) e o Poder Público, para o fim de dar ao primeiro um título (contrato) de posse, que mediante as cláusulas contratuais avençadas confirmam a ele, ocupante, segurança na sua moradia.

Ainda decifrando a concessão de uso de moradia, entende Marques (2008, p. 334) que é um instituto válido apenas em face de imóveis da União, mas com ressalvas:

Avançou o legislador federal os limites constitucionais consagradores da autonomia administrativo-financeira dos Municípios e Estados, razão pela qual entendo válido o citado direito apenas em face de imóveis da União Federal, podendo Estado e Município, à luz de suas autonomias constitucionais, darem o uso que entenderem mais compatíveis ao cumprimento da função social da propriedade, até mesmo a aplicação da versão contratual da concessão de direito real de uso previsto no Decreto-lei n.º 271/67.

Já a terceira, concessão de moradia, foi introduzido pela Medida Provisória n.º 2220/2001, e pode ser utilizado por ocupantes de terras públicas.

O objeto da política urbana é a organização da cidade que é a matéria a ser tratada pelo Direito Urbanístico. Este tem como finalidade criar normas sobre e para a cidade. Sobre a realização da política urbana por parte do Município, afirma Pires (2007, 122):

O Poder Executivo municipal detém a competência para realizar a política urbana. Em outras palavras, o município possui um papel de grande relevo na concretização da organização dos espaços urbanos, que serão organizados segundo as Leis Orgânicas próprias. Assim, na Legislação em comento deverão estar traçadas diretrizes gerais a respeito do cumprimento da função social da propriedade e para o plano diretor, quando for o caso de sua obrigatoriedade, observando-se as normas federais e estaduais.

A política urbana deve abranger a zona urbana e a rural, segundo os ensinamentos de Erenberg (2008, p. 84):

Dessa determinação legal é possível extrair a ideia de que a política urbana de dado município deve abranger não somente a denominada zona urbana, que pode ser definida como ‘a área assim considerada e dotada de edificações contínuas, destinadas à habitação, ao trabalho e à recreação, circunscrita por um perímetro fixado em lei municipal’, mas também a sua zona rural. No entanto, não poderá o legislador municipal prescrever políticas agrárias ou disciplinar o uso de imóveis rurais (Artigo 22, I, da CF) devendo ater-se aos aspectos urbanísticos, como por exemplo, a organização do trânsito de veículos entre centros urbanos e áreas rurais.

Assim, o plano diretor tem a finalidade de criar a política de desenvolvimento urbano, ordenando o desenvolvimento das funções sociais das cidades e o bem-estar dos cidadãos. Deve, também, criar normas sobre o uso do solo urbano não-edificado, subutilizado ou não utilizado com o seu adequado aproveitamento. Assim, percebe-se que o

ordenamento da cidade, utilizando o planejamento (política de desenvolvimento urbano), é de competência própria e exclusiva do Poder Executivo Municipal.

A Resolução 25/2005 do Conselho das Cidades, no Art. 3º, determina que a elaboração, implementação e execução do Plano Diretor deve se dar mediante a participação do Poder Público e da Sociedade Civil (Art. 40, § 4º e 43 do EC). Comentando esse processo participativo, Pilati (2012, p.130) assim elucida que não se pode excluir ninguém, incluindo desde as autoridades até as pessoas mais simples:

O segundo, de que o processo participativo é processo que se constrói participando. Está mais próximo do contrato, da convenção, do que da lei coativa e abstrata. É processo decisório, que por sua própria natureza, não se exclui e não pode excluir ninguém; desde as autoridades e dos poderosos até os mais simples.

Acontece que as condições físicas, sociais e econômicas das cidades modificam-se durante o prazo de elaboração ou revisão do plano “novo” ou as que já foram aprovadas, não reflete a realidade atual nem garante o planejamento futuro, assim defende Alochio (2010, p. 290) a criação de medidas de urgências urbanísticas:

O Sistema Jurídico Urbanístico brasileiro ainda não possui qualquer previsão, seja normativa, doutrinária ou jurisprudencial, a respeito das medidas de urgência urbanística. Por conta dessa defasagem, os períodos de elaboração, de alteração ou de revisão das Leis Urbanísticas, acarretam, via de regra, um aumento nos pedidos de licenciamento de obras e atividades.

Assim, claro é que o Plano Diretor é uma lei municipal, instrumento de política de desenvolvimento e expansão urbana, obrigatório para as cidades com mais de 20 mil habitantes e tem como finalidade o desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem-estar dos cidadãos, sujeitando o prefeito que não apresentar o projeto na Câmara Municipal a responder por improbidade administrativa.

3.6 A função social da propriedade urbana na legislação do Município de Aracaju

A Lei Orgânica do Município de Aracaju é considerada nossa Constituição Municipal e foi aprovada em 05 de abril de 1990, estando em vigor. No Título I, dos Princípios Fundamentais, os objetivos prioritários do Município são o atendimento às demandas sociais de moradia (Art. 5º, IV) e a política de desenvolvimento urbano (Art. 5º, V). Já no Título II, Dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivas, em seu Art. 7º é assegurado a todo habitante do Município o direito à habitação.

Mais adiante a Lei Orgânica define o que significa direito urbanístico em seu Art. 178, III como: “o conjunto de preceitos que disciplinam ou limitam o uso da propriedade urbana, em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos;”. E considera

como objetivo de política de desenvolvimento urbano, a função social da propriedade (Art. 179, VI).

Em seu Artigo 180, afirma que a propriedade imobiliária atende à função social quando cumpre as exigências do Plano Diretor, devendo o Município promover:

- I – a democratização das oportunidades de acesso à propriedade urbana e à moradia;
- II – a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;
- III – correção das distorções de valorização de solo urbano;
- IV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda;
- V – adequação do direito de construir às normas urbanísticas, aos interesses sociais e aos padrões mínimos de construção estabelecidos em lei.

Segundo a Constituição Municipal, o Poder Público pode, mediante lei, baseada no Plano Diretor, determinar o parcelamento, a edificação ou utilização compulsória do solo urbano, edificado, subutilizado ou não utilizado, obedecendo aos critérios estabelecidos no Art. 188. Obriga também, depois de 5 anos de cobrança do IPTU progressivo, sem que o proprietário tenha cumprido os requisitos do citado artigo, a desapropriação, com o pagamento em título da dívida pública (Art. 188, §6º).

Em seu Artigo 209, inseriu a obrigatoriedade do Município de Aracaju a ter o Plano Diretor, instrumento básico de aplicação local das diretrizes gerais da política de desenvolvimento e expansão urbana (Art. 209). Esse plano deve ser de iniciativa do Poder Executivo, aprovado pela Câmara de Vereadores, e deverá ser revisto, pelo menos, a cada dez anos, pelo voto da maioria absoluta de seus membros (Art. 222).

O Plano Diretor vigente em nosso Município foi aprovado em 2000, mas esta sendo revisado através de um Projeto de Lei Complementar n.º 06 de 19 de novembro de 2010, que se encontra há mais de quatro anos em andamento da Câmara Municipal e já foram votadas 335 emendas, sendo 109 aprovadas, 131 rejeitadas e 53 prejudicadas, além de ter sido realizadas 33 audiências públicas para debater o referido projeto com a população de Aracaju. Assim, vamos comentar o Plano Diretor de 2000 (PD 2000) e o que está sendo aprovado de 2010 (PD 2010).

O PD 2000, ainda em vigor, traz em seu Artigo 6º os requisitos para que a propriedade urbana cumpra a sua função social:

- I - Aproveitamento e utilização para atividades de interesse urbano de forma compatível com as normas urbanísticas e a capacidade de suporte da infra-estrutura, equipamentos e serviços urbanos;
 - II - Aproveitamento e utilização compatíveis com a preservação da qualidade do meio ambiente, segurança e saúde de seus usuários e propriedades vizinhas.
- Parágrafo Único - São consideradas atividades de interesse urbano aquelas inerentes às funções sociais da cidade e ao bem-estar de seus habitantes, incluindo a moradia, a produção e o comércio de bens, a prestação de serviços, inclusive os serviços religiosos, a circulação, a preservação do patrimônio cultural, histórico, ambiental e

paisagístico, e a preservação dos recursos necessários à vida urbana, tais como mananciais e áreas arborizadas.

No PD 2010 esse artigo foi mantido integralmente, mas inserido no Artigo 7º, colocando como requisitos para o atendimento da função social a atenção às normas urbanísticas, a preservação do meio ambiente, da segurança e da saúde dos proprietários vizinhos.

Assim, podemos perceber que apesar de ter sido mantido os requisitos da função social no novo Plano Diretor do Município de Aracaju, a demora na aprovação da Lei Complementar, ocasiona um grande prejuízo para a cidade, uma vez que a norma em vigor, que possui mais de 13 anos, está em desconformidade com a atual realidade social, sendo necessária a aprovação definitiva do Plano Diretor de 2010 para que criem-se novas diretrizes para a função social da propriedade urbana.

3.7 Direito Fundamental à Moradia

3.7.1 Introdução sobre o tema: conceito, histórico, direito estrangeiro e diferenciações dos outros institutos

O Escritório das Nações Unidas para Assentamentos Urbanos elaborou um relatório *Habitat* diagnosticando que, em 2008, pela primeira vez, a população urbana ultrapassou a rural. Assim, com o elevado número de pessoas nas cidades surgem os problemas, dentre eles a violência, malhas viárias estreitas, o desemprego em massa, o trabalho informal e a falta de moradia. Esses problemas não são dos juristas, mas também dos economistas, urbanistas e sociólogos.

Uma das funções da propriedade urbana é a consecução da moradia, pois o direito à moradia é um direito ao acesso à propriedade da habitação, que por meio do mercado imobiliário, chegamos à propriedade. Para Souza (2013, p. 26): “O direito à moradia tem uma faceta privada e outra social, e a segunda deve prevalecer sobre a primeira, porém sem lesar os direitos extrapatrimoniais do indivíduo”.

Os constitucionalistas tratam esse direito como um direito humano, de segunda geração ou dimensão e, um direito fundamental social, já os civilistas como um direito real de conteúdo patrimonial, é o que diz Milagres (2011, p. 63): “Na visão constitucional, o direito à moradia configura direito fundamental de segunda geração ou dimensão, de conteúdo mínimo, objeto de implementação gradativa mediante a realização de políticas públicas”.

Assim, esse direito social à moradia, de segunda dimensão, é uma garantia fundamental de aplicação imediata, nesse sentido é o pensar do Supremo Tribunal Federal quando entendeu trata-se de direito de segunda geração. (Agravo 799803-RJ, Rel. Celso de Mello, 31.05.2010). Corroborando com esse entendimento, Souza (2013, p. 213) defende ser o direito à moradia um exercício que deve ser protegido e efetivado pelo Estado:

O direito à moradia torna-se um exercício que deve ser naturalmente protegido e efetivado pelo Estado, independentemente de norma infraconstitucional ou constitucional, já que decorre de um estado de necessidade do indivíduo e, em contrapartida, de um dever legal assumido pelo Estado Brasil, inclusive perante organizações internacionais.

O direito à moradia não se resume a programas habitacionais, mas sim às condições de habitabilidade proporcionadas pelos centros urbanos, e que a impossibilidade de um pleno exercício deste impõe um custo muito elevado para a sociedade, e por conseguinte, uma demanda efetiva sobre o Poder Público. (MUKAI, 2007, p. 66).

O direito fundamental à moradia é uma necessidade humana vital, biológica e indispensável para uma vida digna. Não existe vida digna sem moradia também digna. A nossa Lei Maior, trouxe o direito à moradia como direito fundamental através da Emenda Constitucional n.º 26, mas tal norma ainda não é uma regra no direito brasileiro. Assim, esse direito, presente no Art. 6º da CF, tem como objeto a proteção à vida humana, observe:

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Além desse artigo a moradia encontra-se nos Artigos 23, IX, 7º, IV, 5º, XXIII, 170, III e 182, § 2º, além dos 183 e 191, todos da Constituição Federal. Importante esclarecer que essa norma, apesar de ter aplicação imediata (Art. 5º, 1º da CF), não significa dizer que o Estado deve dar uma casa a cada indivíduo, como adverte Mattos (2006, p. 79):

Importa destacar, entretanto, que tal entendimento não autoriza dizer que a norma reconhece a obrigação do Estado de dar uma casa para cada indivíduo, assim como a norma estabelecida no artigo 7º da Constituição não reconhece o direito subjetivo a um emprego e, sim, a criação genérica de oportunidades de trabalho e proteção ao trabalhador.

Com o mesmo pensar, entende Souza (2013, p. 165) que o direito de moradia não guarda relação obrigatória com o direito de propriedade, não podendo exigir do Estado um imóvel para todos:

O fato de todos terem o direito à moradia, portanto, não significa que têm o direito de exigir que o Estado dê um imóvel para todos. Não podemos jamais fazer tal afirmação. Pois o direito à moradia não guarda relação obrigatória com o direito de propriedade.

Para a maioria da doutrina entende-se que a moradia não seria um direito que pudesse ser exigido em face do Estado (BONIZZATO, 2007, p. 178 e 153). Por outro lado,

entende Milagres (2011, p. 136) que há obrigação do Estado garantir a eficácia ao direito à moradia:

Um comportamento positivo também é exigível, quando instituída, por lei ou pela vontade, obrigação dessa natureza. Assim, há obrigação de o Poder Público garantir eficácia plena ao direito à moradia, sobretudo aos indivíduos desprovidos minimamente de recursos econômicos.

E o Direito à Moradia também está presente nos documentos internacionais, são eles a pioneira Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (Artigo XXV, item 1), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (Artigo 11), a Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 1965 (Artigo V), a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 (Artigo 14.2, item h), a Convenção sobre os Direitos da Criança (Artigo 21, item 1), a Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver, de 1976 (Seção III, 8 e Capítulo II, Aa.3), a *Agenda 21* sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992 (Capítulo 7, item 6) e a *Agenda Habitat*, de 1996. Comentando a inserção do direito à moradia no âmbito internacional, Souza (2013, p. 107) explica:

Em verdade, o assunto referente ao direito à moradia não interessa a determinado Estado, mas a toda humanidade, já que tal assunto é de interesse legítimo internacional, reconhecidamente tido nos tratados aos quais o Brasil pertence.

O Art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem resguarda a casa, como também nossa Constituição em seu Art. 5º, XI, além do Código Civil, em seu Artigo 1301 e, por fim, o Código Penal quando trata da violação de domicílio em seu Art. 150. Essa proteção a casa, se estende ao hotel, segundo decisão do STF (RHC 90376/RJ, Rel. Min. Celso Melo, 3/4/2007).

E, a carência de lei municipal complementadora não deve ser empecilho para que o Judiciário conceda o direito requerido, em razão de seu caráter social e fundamental.

De mais a mais, quanto à exigibilidade da moradia cumpre lembrar que existe uma Medida Provisória 2220/2001, uma norma que reconhece o direito subjetivo dos ocupantes de baixa renda, mesmo estando em bens públicos, desde que use o bem como moradia.

Este (direito) não recai sobre o objeto, mas no bem (moradia), pertencente à personalidade do indivíduo, e é nesse contexto que o direito à moradia torna-se inerente a cada ser humano, e daí é que surge sua inalienabilidade. Além de ser inalienável, o direito à moradia é irrenunciável, por se tratar de direito fundamental, por fim, tem como característica a ilicitude com a sua violação. E para transformar esse direito formal em efetivo faz-se necessário o reconhecimento do Estado do caráter irrenunciável desse direito (SOUZA, 2013, p. 97 e 98).

Mas o Supremo Tribunal Federal entendeu pela possibilidade da renúncia ao direito de habitação quando permitiu a penhora do bem de família do fiador:

FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República (STF, RE 407.688/AC, Rel. Min. Cesar Peluzo, 08/02/2006)

Um dos entraves à aplicação desse direito é o argumento usado pelo Poder Público da falta de dinheiro, tese essa que não é adequada, uma vez que, segundo Milagres (2011, p. 67) a insuficiência de fundos não pode ser causa da não efetividade desse direito:

É preciso vencer essas limitações ou restrições. A ausência ou insuficiência de recursos estatais não pode ser causa da não efetividade do direito à moradia, que, pela sua essencialidade e pelo seu caráter existencial, pode ir muito além de uma concepção de direito fundamental social.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu em relação ao fornecimento de medicamentos (AgRg no Resp 878441/RS, Rel. Min. Eliane Calmon, 10/04/2007). O Supremo Tribunal Federal também confirmou esse entendimento quando entendeu pela não aplicação da cláusula da reserva do possível (AgRg no RE 410715/SP, Rel. Min. Celso de Melo, 22/11/2005), como também quando entendeu que o Estado não pode eximir-se da prestação do mínimo existencial (AI 564035/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 30/04/2007) e, por fim, quando decidiu que a reserva do possível não pode ser invocada para exonerar-se do cumprimento da Constituição (ADPF 45, Rel. Min. Celso de Melo, 29/04/2004).

Dentre os direitos à cidade do homem, encontra-se o direito à moradia como consequência da funcionalização da propriedade e de sua função social. Tem caráter social e fundamental os direitos urbanísticos e, sendo assim, são expectativas positivas que geram direito aos cidadãos de requerer satisfações positivas junto ao Poder Judiciário e, normalmente, perante o Estado.

Importante é diferenciar residência, habitação, domicílio e moradia. O Código Civil, em seu Artigo 117, coloca como sinônimos domicílio e habitação, mas a habitação é lugar em que a pessoa permanece temporariamente. O Art. 70 do Código Civil adverte que o domicílio é o lugar de habitação do indivíduo, com o ânimo de residir, ou seja, domicílio é o lugar onde a pessoa reside com ânimo definitivo. E Souza (2013, p. 39) diferencia moradia, residência e habitação:

O bem *moradia* é inerente à pessoa e independe de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. *Residência* é o simples local onde se encontraria o indivíduo. E a *habitação* é o exercício efetivo da moradia sobre determinado bem

imóvel, a relação entre sujeito e imóvel, seja decorrente dos direitos pessoais ou reais. (grifo do autor)

De mais a mais, o direito à moradia tem íntima relação com os direitos da personalidade, o primeiro é a identidade pessoal, considerada como dados que permitem distinguir as pessoas em uma sociedade. O nome e o seu endereço são dados que identificam a pessoa humana, além da moradia, que situa a pessoa no espaço individualizando-a. Nesse sentir, ensina Milagres (2011, p. 122) que a moradia é a guardiã da identidade:

Entre os mecanismos pelos quais pode realizar-se essa identidade pessoal, insere-se a moradia, guardiã da identidade, refúgio físico e psicológico do ser humano. A moradia é o lugar indispensável que assegura nossa sobrevivência, o endereço que contribui à nossa identidade social e o lugar da intimidade familiar e individual.

O segundo é o direito à privacidade, à intimidade e ao sossego, uma vez que a moradia e a casa tornam-se o refúgio, para resguardar a intimidade, os segredos dos cidadãos, esses segredos referem-se às correspondências, cartas epistolares e o sigilo dos profissionais. Comentando a relação do direito à moradia e à intimidade, Souza (2013, p. 169) leciona:

Mas a violação moral da intimidade do indivíduo adentrando na sua vida pessoal, a sua vida familiar e no ambiente onde ele vive, enfim, nas intimidades que se dão no exercício do direito de morar, transfigura-se na violação do direito de morar com a proteção da intimidade.

O terceiro é a dignidade da pessoa humana, valor intrínseco do ser humano, fundamento do Estado e da Sociedade, que segundo os ensinamentos de Milagres (2011, p. 131): “O conteúdo da dignidade pode ser preenchido como respeito às condições mínimas de vida e das suas condições materiais, sendo até mesmo a obtenção da casa própria e sua proteção decorrência da dignidade humana”.

O quarto é a vida, uma vez que com o nascimento com vida da pessoa surge o direito à moradia. E o quinto a integridade física, ligado à saúde e vida, para que se evite a falta de saneamento e construções irregulares que causem prejuízos ao cidadão.

Por fim, a responsabilidade civil em relação aos direitos da personalidade, especialmente à moradia, é objetiva como adverte Souza (2013, p. 218-219) por se tratar de relação entre Estado e indivíduo e violação aos direitos da personalidade:

A responsabilidade civil em relação aos direitos da personalidade, especialmente no direito à moradia, tem como fundamento a responsabilidade objetiva, não só por se tratar de relação jurídica entre Estado e o indivíduo, em vista do texto constitucional de 1988 (Art. 37, XXI e § 6º da CF), mas também por se tratar de direitos da personalidade.

Assim, é de se concluir que uma das funções da propriedade urbana é se chegar à moradia, a ter o acesso à habitação, que não pode ser confundida com o direito de propriedade, pois sendo um direito fundamental de segunda dimensão, defende-se que não existe vida digna sem moradia.

3.7.2 Interpretação do Artigo 1228 do Código Civil: função social da posse, da propriedade e o direito à moradia

É bom lembrar que o direito fundamental de propriedade não alcança o direito do particular de conservá-lo em qualquer situação, mas apenas o direito de ser compensado por lesão a ele (MILAGRES, 2011, p. 153). Por isso, o Artigo 1228 do Código Civil trouxe a função social da propriedade e da posse, ratificando algumas regras da Constituição Federal de 1988, mas também uma divergência na doutrina quanto a sua aplicabilidade, senão vejamos o citado artigo:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

No *caput* do Art. 1228 do Código Civil temos a possibilidade do proprietário ingressar com uma ação reivindicatória contra o possuidor ou o detentor. Nesse ponto, alguns entendem que o proprietário não pode demandar contra o detentor, com base na regra do Código de Processo Civil sobre nomeação à autoria. Nesse ponto, Câmara (2004, p. 196) entende que a expressão “ou detenha” dever ser considerada inconstitucional, no mesmo sentido, é a opinião de Didier Jr (2007, 314-315).

Ocorre que, essa regra (necessidade de nomeação à autoria) só se aplica quando o detentor é réu de uma ação proposta por terceiro, mas não quando a ação é proposta pelo proprietário, uma vez que é possível o detentor esbulhar o bem do proprietário. Assim, o entendimento mais adequado, segundo a teoria do diálogo das fontes, é a complementaridade entre as leis, mantendo o referido dispositivo e esse é o pensar de Tartuce (2010, p. 123).

No seu §1º o legislador tratou da função socioambiental, e Tartuce (2010, p. 127) defende o ambiente natural e cultural: “Há tanto uma preocupação com o ambiente natural (fauna, flora, equilíbrio ecológico, belezas naturais, ar e águas), como com o ambiente

cultural (patrimônio cultural e artístico)”. Ainda comentando o § 1º do Artigo 1228 do Código Civil, Venosa (2010, p. 170) leciona: “Há que se preservar a natureza e todo o seu equilíbrio com desenvolvimento sustentável, para que não coloquemos em risco as futuras gerações deste planeta”.

Já o § 2º trata do abuso de propriedade ou ato emulativo civil e como explica Tartuce (2010, p. 129) serve para limitar a propriedade: “Trata-se da vedação do exercício irregular do direito de propriedade, do abuso do direito ou ato emulativo civil (*aumulatio*). O comando legal também acaba por limitar o exercício da propriedade, que não pode ser abusivo”. E essa responsabilidade civil decorrente do abuso de direito, constante no Artigo 187 do Código Civil, independe de culpa, ou seja, é objetiva e esse é o entendimento constante nos Enunciados 37 e o 49 do CJP/STJ, aprovados da *I Jornada de Direito Civil*.

Com relação ao § 3º percebe-se que essa matéria interessa mais ao Direito Administrativo do que ao Direito Civil, sendo desnecessário qualquer comentário, pois não é objeto de nosso estudo.

Mas os pontos mais importantes e polêmicos do Artigo 1228 do Código Civil sem dúvidas são os § 4º e 5º, que trazem conceitos jurídicos indeterminados, que deve ser interpretado conforme os princípios. Esses parágrafos têm a moradia como interesse ou a causa determinante. Para Venosa (2010, p. 169) trata-se de uma expropriação decorrente de processo judicial, uma desapropriação indireta em favor do particular, sem a participação do Poder Público e defende o autor que a perda só pode ocorrer no curso de uma ação reivindicatória:

Pela dicção legal, nota-se que a perda da propriedade se dá justamente quando seu proprietário a reivindica. Trata-se de imóvel reivindicando, como deveria estar na lei e não imóvel reivindicado. A possibilidade dessa perda, portanto, só pode ocorrer no curso de ação reivindicatória, isto é, pedido de restituição da coisa.

Já Tartuce (2010, p. 136) denomina esse instituto de desapropriação judicial privada por posse-trabalho, trazendo a função social da posse e informando que se trata de uma criação brasileira. Diferente é o pensamento de Gama (2008, p. 57) quando chama esse instituto de espécie de expropriação, chamando de desapropriação privada. Para Milagres (2011, p. 170) trata-se de uma desapropriação privada ou judicial indireta, garantindo o direito de propriedade de acordo com a perspectiva funcionalista, como valor de uso da moradia:

Nesse sentido, pode e deve ser compreendida a polêmica figura da desapropriação privada introduzida pela codificação de 2002, para garantir o direito à propriedade a partir de uma perspectiva funcionalista, da coisa como valor de uso de morada.

A desapropriação é o procedimento pelo qual o Poder Público, coercitivamente, retira uma propriedade de um particular, desde que pague uma indenização. A enumeração legal dos casos de desapropriação é meramente exemplificativa. A Lei n.º 6.766/79 cuida da

desapropriação urbanística, assegurando ao Poder Público expropriação de áreas urbanas ou de expansão urbana para loteamento, demolição, reconstrução e incorporação, ressalvando a preferência dos expropriados para a aquisição de novas unidades.

Ainda sobre a referida ação reivindicatória existe uma divergência de entendimentos sobre a prescrição dessa ação, pois segundo ao Artigo 205 do Código Civil o prazo seria de 10 anos, e esse é o entendimento do Enunciado 14 do CJP/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*. Mas é diferente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que entende pela imprescritibilidade da ação reivindicatória, senão vejamos:

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. IMPRESCRITIBILIDADE. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA NÃO OCORRENTE. VERBETE Nº83 DA SÚMULA DO STJ. Pacífica a jurisprudência do STJ no mesmo sentido do acórdão recorrido, incide o óbice do Verbete n. 83 da Súmula desta Corte. Agravo improvido. (STJ, AgRg no Ag 569220/RJ, Ministro CESAR ASFOR ROCHA, DJ 04/10/2004 p. 315) Ação reivindicatória. Prescrição. Súmula nº 283 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes da Corte.

1. Sem discrepância à jurisprudência da Corte sobre a imprescritibilidade da ação reivindicatória.
2. Não avançando o especial sobre o fundamento de mérito, aplica-se a Súmula nº 283 do Supremo Tribunal Federal.
3. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 216117/RN, Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ 28/02/2000 p. 78) (grifo nosso)

No mesmo sentido é o pensar de Tartuce (2010, p. 121) que caminha ao lado da decisão do Superior Tribunal de Justiça, defendendo a imprescritibilidade da ação reivindicatória: “Na realidade, deve-se entender que a ação reivindicatória não é sujeita à prescrição ou à decadência, embora se trate de ação real, porque o domínio é perpétuo e somente se extingue nos casos previstos em lei e que serão estudados oportunamente.”

De mais a mais, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu sobre a função social da posse no caso da Favela Pullman, explico melhor: esta favela encontra-se em São Paulo e possui mais de seis mil pessoas, que desde 1955 os possuidores lá ocupam. Ocorre que, os proprietários dos terrenos ingressaram com uma ação reivindicatória contra os moradores da favela, objetivando a reintegração da posse, que foi julgada procedente no primeiro grau.

Os ocupantes apelaram sob a alegação do Art. 1240 do Código Civil e 183 da Constituição Federal, usucapião especial ou constitucional urbana. O Tribunal de Justiça deu procedência ao apelo, julgamento improcedente a ação reivindicatória. Insatisfeitos, os proprietários ingressam com um recurso especial para o STJ e o tribunal manteve a decisão, segue a ementa:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRENOS DE LOTEAMENTO SITUADOS EM ÁREA FAVELIZADA. PERECIMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. ABANDONO. CC, ARTS. 524, 589, 77 E 78. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ.
I. O direito de propriedade assegurado no Art. 524 do Código Civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que

não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos Arts. 589 c/c 77 e 78, da mesma lei substantiva.

II. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” - Súmula n. 7-STJ.

III. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 75659/SP, Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ 29/08/2005 p. 344)

Assim, em face do abandono do proprietário e por não ser a propriedade absoluta, o STJ entendeu que a nova realidade social e urbanística decorrente das favelas fez perecer o direito de propriedade do antigo dono.

Mas qual a semelhança entre essa decisão da Favela *Pullman* e a desapropriação judicial privada? A primeira é que se o Art. 1228, § 4º e 5º do Código Civil estivesse em vigor na época do julgamento pelo STJ, ele poderia ser aplicado. Mas no caso da desapropriação privada o juiz deve arbitrar uma indenização, o que não foi feita do caso do STJ, mas se fosse aplicado a indenização deveria ser paga pela administração, segundo os ensinamentos de Tartuce (2010, p. 152): “Se o caso da Favela Pullman fosse de desapropriação judicial privada, entendemos que deveria ser aplicado o Enunciado 308 do CJF/STJ, com a indenização a ser paga pela Administração Pública, em conformidade com as políticas de reforma urbana.”

Com relação ao § 4º do citado artigo e o vocábulo razoável número de pessoas exemplifica Venosa (2010, p. 169): “Certamente não será uma única pessoa, mas cinco pessoas poderá ser um número razoável em pequena área e centenas de pessoas poderão não sê-lo, dependendo da extensão da área”. E continua o autor discorrendo sobre o outro vocábulo, extensa área: “Uma área extensa em região urbana poder não ser extensa, por exemplo, em área rural”. Para Milagres (2011, p. 181) podemos utilizar a área superior a 250 metros quadrados que trata do usucapião especial urbano coletivo.

Já a boa-fé que trata o § 4º é a subjetiva, sendo necessária a análise psicológica de erro ou ignorância dos possuidores, além da interpretação ética, uma vez que não apoia invasões fundiárias. Incide nesse caso o instituo *supressio* que segundo Milagres (2011, p. 183): “É a perda do direito pelo seu não exercício, porquanto essa inércia é contrária à boa-fé”.

Sobre a individualização do título da propriedade é necessário observar se é possível individualizar as moradias, se possível, o título deve ser lavrado individualmente; mas não sendo possível, o magistrado, na sentença, atribuirá igual fração ideal para cada possuidor, como determina, analogicamente, o Estatuto da Cidade, constituindo-se um condomínio.

Em relação às obras e serviços, Milagres (2011, p. 178) discorre: “O enfoque é, pois, na capacidade humana de produzir, construir e realizar, em contraponto ao não exercício prolongado do direito de propriedade”.

De mais a mais, o Ministério Público pode atuar como *custos legis* ou parte legítima para propor desapropriações em favor dos titulares do direito de moradia (MILAGRES, 2011, p. 194). Nesse sentido é o entendimento do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO RECONHECIDA.

1. O Ministério Público possui legitimidade ativa para propor Ação Civil Pública para pleitear nulidade de contratos imobiliários relativos a loteamento irregular.

2. No campo de loteamentos clandestinos ou irregulares, o Ministério Público é duplamente legitimado, tanto pela presença de interesse difuso (= tutela da ordem urbanística e/ou do meio ambiente), como de interesses individuais homogêneos (= compradores prejudicados pelo negócio jurídico ilícito e impossibilidade do objeto). Assim sendo, em nada prejudica ou afasta a legitimação do Parquet o fato de que alguns consumidores, mesmo lesados, prefiram manter-se na posse do lote irregular.

3. Recurso Especial provido.” (STJ, Resp. REsp 897141 / DF, Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 13/11/2009

A desapropriação judicial indireta pode alcançar tanto bens particulares quanto os públicos, pois a norma legal não restringe a modalidade aquisitiva a bens privados, asseverando, textualmente, que abrange extensa área. (MILAGRES, 2011, p. 180). No mesmo sentido é o Enunciado 304, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, estendendo essa desapropriação aos bens públicos dominicais.

No que pertine a indenização do § 5º do Artigo 1228 do Código Civil, Venosa (2010, p. 170) manifesta-se pelo dever dos possuidores pagarem a indenização: “A lei não diz, mas presume-se que essa indenização seja paga pelos possuidores. Não se trata de desapropriação por iniciativa do Estado”. É bom frisar que as únicas formas de expropriação privada sem indenização é o usucapião e o confisco.

Diferente é o pensar Milagres (2011, p. 191), entende que no caso de hipossuficiência, quem deve arcar com a indenização é a Administração Pública:

..é juridicamente possível atribuir-lhe o dever subsidiário de indenizar o particular pela perda imobiliária, conforme solução de distribuição do ônus social, segundo a qual a justa indenização devida ao proprietário-particular somente deverá ser suportada pela Administração Pública, no contexto de política de reforma urbana, em se tratando de possuidores de baixa renda.

Tratando-se de espaço urbano quem deve indenizar é o Município, apenas ficando isento se o bem for público, pois não faz sentido a Administração Municipal indenizar outro ente da Federal (MILAGRES, 2011, p. 191).

Sobre a possibilidade da iniciativa particular da desapropriação, por meio de uma ação autônoma de desapropriação, defende a possibilidade Milagres (2011, p. 209):

Não se pode falar, atualmente, em regularização fundiária dependente da iniciativa ou da boa vontade do Poder Público. Na perspectiva personalista do direito à

moradia, cumpre cada pessoa sua defesa e promoção, com o Estado ou sem ele, apesar dele e mesmo contra sua atuação.

...
A desapropriação privada não é somente mecanismo de defesa, mas sobretudo, de promoção do direito de personalidade à moradia. Afigura-se juridicamente possível a iniciativa da desapropriação pelos particulares por via de uma ação autônoma de desapropriação privada.

No mesmo sentido é o entendimento que não há dúvidas que pode ser alegado como defesa das ações possessórias, e até mesmo, por via pretensão inicial e autônoma (MILAGRES, 2011. p. 192). Essa indenização deve retratar a realidade como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, que o imóvel localizado na zona de favela tem um fator de redução ou depreciação do seu valor:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE UTILIDADE PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL. IMÓVEL EM ZONA DE FAVELA. FATOR DE REDUÇÃO OU DEPRECIÇÃO. PREQUESTIONAMENTO.

1. Excedem os fins e limites da ação de desapropriação discussões acerca de eventual responsabilidade do ente público quanto à invasão de imóvel expropriado, mormente se, ao tempo do ato expropriatório, a ocupação indevida constituía situação consolidada. Em razão disso, é incabível onerar o valor da indenização a título de ressarcimento indireto de danos, uma vez que, assim, ultrapassa-se o critério do preço justo previsto constitucionalmente (Arts. 5º, XXIV, 182, § 3º, e 184, todos da Constituição Federal), além de que os proprietários espoliados dispõem de meios próprios para defesa de seus direitos contra atentados à propriedade imóvel.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (STJ, Resp 211598 / RJ, Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 05/09/2005)

Por outro lado, os enunciados aprovados pelas Jornadas de Direito Civil servem de interpretação para as lacunas trazidas pelo legislador de 2002, em especial sobre o Artigo 1228, § 4º e 5º que carece de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, senão vejamos os que relacionam com a matéria.

O Enunciado 82, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, entendeu como constitucional os referidos parágrafos: “Art. 1228. É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do Art. 1.228 do novo Código Civil”.

De mais a mais, o Enunciado 84 da *I Jornada* afirma que os réus da ação reivindicatória são os responsáveis pelo pagamento da indenização: “Art. 1.228: A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (Art. 1.228, §§ 4º e 5º, do novo Código Civil) deve ser arguida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização”.

Nesta mesma *III Jornada* aprovou-se o 241 para os casos das indenizações pagas pelos possuidores:

Art. 1.228: O registro da sentença em ação reivindicatória, que opera a transferência da propriedade para o nome dos possuidores, com fundamento no interesse social (Art. 1.228, § 5º), é condicionada ao pagamento da respectiva indenização, cujo prazo será fixado pelo juiz.

Por outro lado, na mesma *IV Jornada* foi aprovado o 308 para dar efetividade ao instituto uma vez que os possuidores, muitas vezes, não têm condições de pagar a indenização, devendo nesse caso ser paga pela administração no contexto das políticas públicas:

A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (Art. 1.228, § 5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública, no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda aplica-se a orientação do Enunciado 84 da *I Jornada de Direito Civil* (por maioria, com 1 voto contrário).

Pelo exposto, o instituto trazido pelo Código Civil denominado de desapropriação indireta, judicial ou privada veio resguardar a função social da propriedade, da posse e o direito à moradia, podendo ser desapropriado o bem público ou particular; e a indenização, em regra, deve ser paga pelos possuidores, podendo, no caso de hipossuficiência, ser paga pela Administração Pública, desde que esteja dentro do contexto das políticas públicas de reforma urbana.

3.8 Análise das decisões sobre a função social da propriedade urbana

Cumprido esclarecer que não há jurisprudência dominante sobre a matéria “função social da propriedade urbana” e, sim, uma ainda vacilante jurisprudência. As decisões coletadas nesse trabalho foram colhidas no Tribunal de Justiça de Sergipe (TJ/SE), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF). A razão da escolha do Estado de Sergipe se deve em razão do nítido interesse da comunidade acadêmica, local de trabalho e residência do mestrando, além de verificar a aplicabilidade prática desse instituto, função social da propriedade urbana, no Judiciário sergipano.

Foi utilizada para a pesquisa das jurisprudências na *internet*, por meio do acesso aos sites dos tribunais acima referidos. Em resumo, os resultados das pesquisas representam uma amostra da jurisprudência encontrada nos referidos tribunais. Acerca do período temporal delimitado para a busca das decisões tem-se que foram publicadas entre 2003 e 2013.

Em ordem hierárquica, selecionamos algumas decisões do Tribunal de Justiça de Sergipe, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, mas desde já é bom esclarecer que o tema ainda é pouco debatido e decidido pela jurisprudência brasileira. Além disso, comentamos as decisões em ordem crescente em relação às datas das publicações.

3.8.1 Entendimentos do Tribunal de Justiça de Sergipe

Na primeira decisão selecionada e publicada em 2005, o tribunal condenou a administração que determinou que fosse demolida barraca construída irregularmente, sem comunicar aos proprietários para que pudessem retirar os seus bens móveis, uma vez que foi configurado excesso de poder da administração pública:

Apelação Cível. Ação de Indenização por Danos Materiais. Demolição de barraca comercial (BAR) construída irregularmente. Exercício do poder de polícia. Destruição de equipamentos e utensílios. Limites. Excesso de poder da Administração Pública. Reparação que se impõe, apenas quanto a tais bens que guarneçam. I - O poder de polícia tem como atributos a discricionariedade, a coercibilidade e a autoexecutoriedade, que é a possibilidade de a Administração executar diretamente seus atos imperativos, independentemente de qualquer provimento jurisdicional e de forma coercitiva, caso necessário. II - A edificação procedida de forma ilegal e clandestina não pode beneficiar o infrator, possibilitando ser ele indenizado, eis que a obra assim realizada não se constitui em benfeitoria, e sim mera acessão, descabendo, por conseguinte, indenização pela construção irregularmente erguida, seja qual for o valor dispendido pelo detentor. II - Excede, no entanto, os limites de sua atuação discricionária a Administração quando promove demolição abrupta de barraco irregularmente edificado sem prévia comunicação ao proprietário, destruindo bens móveis que os guarneçam, sem oportunizar ao possuidor o direito de retirá-los, causando-lhes, destarte, danos passíveis de ressarcimento. Recurso parcialmente provido. Decisão por maioria. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 0366/2003, 19ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DESA. CLARA LEITE DE REZENDE, RELATOR, Julgado em 23/08/2005)

Já em 2009, o mesmo tribunal entendeu que a venda de um loteamento sem registro, escritura, rede de iluminação e esgoto configura uma violação à função social da propriedade urbana:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - VENDA DE TERRENO LOTEADO SEM O DEVIDO REGISTRO, ESCRITURAÇÃO, REDE DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA, REDE DE ESGOTO - CORRESPONSABILIDADE DOS REQUERIDOS, VENDEDORES DOS LOTES E O MUNICÍPIO DE SÃO CRISTÓVÃO - REGULARIZAÇÃO EM FACE DA BOA-FÉ DOS COMPRADORES - INOBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS PREVISTOS NA LEI Nº 6.766/79 - DESATENDIMENTO AO COMANDO CONSTITUCIONAL NO QUE PERTINE À FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE - RECURSO IMPROVIDO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0236/2009, VARA CÍVEL DE SÃO CRISTÓVÃO, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DES. JOSÉ ALVES NETO, RELATOR, Julgado em 01/09/2009)

Em outra decisão, foi entendido que é correta a ordem que determinada que o Município tome as providências necessárias para restabelecer a segurança quando comprovado o risco de desmoronamento, com base da defesa da ordem urbanística, sendo o Ministério Público parte legítima para propor ação civil pública:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DA ORDEM URBANÍSTICA – ÁREA RESIDENCIAL COM RISCO DE DESMORONAMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES INDISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA EMURB- ATRIBUIÇÃO DO ENTE EM FISCALIZAR AS ATIVIDADES URBANÍSTICAS E DE USO DO SOLO URBANO E LICENCIAMENTO DE OBRAS, EMBARGANDO, INTERDITANDO OU DEMOLINDO, QUANDO FOR O CASO, EMPREENDIMENTOS IRREGULARES. COMPROVADO POR VISTORIA E LAUDO TÉCNICO O PERIGO IMINENTE DE DESLIZAMENTO

DE TERRAS, COLOCANDO EM RISCO DE DESABAMENTO RESIDÊNCIAS, CORRETA A DECISÃO JUDICIAL QUE DEFERE A TUTELA ANTECIPADA, COMPELINDO O MUNICÍPIO E A EMURB A ADOTAR AS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS À RESTAURAÇÃO DA SEGURANÇA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO, CONSOANTE JULGADO DO STJ, ASSIM COMO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. RECURSO IMPROVIDO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1164/2008, 19ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DES. CEZÁRIO SIQUEIRA NETO, RELATOR, Julgado em 26/01/2010)

Tempos depois, foi decidido que estando a obra irregularmente construída pode a administração determinar a sua demolição, com base do poder de polícia e seus atributos da discricionariedade, configurando um exercício regular de um direito:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – DEMOLIÇÃO DE OBRA CONSTRUIDA IRREGULARMENTE – EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA – ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL – DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO – MANUTENÇÃO DO DECISUM – APELO IMPROVIDO – DECISÃO UNÂNIME.

- Estando a obra em desacordo com a legislação municipal, uma vez que ausente a autorização do Município para efetivá-la, correta a determinação de demolição da construção.

- O poder de polícia tem como atributos a discricionariedade, a coercibilidade e a autoexecutoriedade, que é a possibilidade da Administração executar diretamente seus atos imperativos, independentemente de qualquer provimento jurisdicional e de forma coercitiva, caso necessário. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 7082/2009, 12ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DESA. SUZANA MARIA CARVALHO OLIVEIRA, RELATOR, Julgado em 30/08/2010)

Em outro entendimento, mais recente, compreendeu a Corte que o Ministério Público tem legitimidade para propor uma ação civil pública quando no imóvel abandonado, se verifica o acúmulo de lixo, entulho, causando infiltrações no imóvel vizinho e a proliferação de vetores transmissores de doenças, além de servir de refúgio para desabrigados, criminosos e pontos de drogas:

Apelação Cível - Ação Civil Pública - Imóvel abandonado - Mau uso da propriedade - Extinção sem julgamento do mérito pelo Juízo singular por ausência de legitimidade da parte - Reforma da decisão - Legitimidade ativa do Ministério Público para interpor ação em defesa da saúde pública e do meio ambiente - Provimento do apelo - Aplicação da Teoria da Causa Madura - Art. 515, § 3º do CPC - Mérito - Imóvel abandonado, onde se verifica o acúmulo de lixo, entulho, causando infiltrações no imóvel vizinho e a proliferação de vetores transmissores de doenças, além de servir de refúgio para desabrigados, criminosos e pontos de drogas - Ausência de condições de salubridade, higiene e segurança adequadas - Risco à saúde e segurança não só da comunidade que ali reside, como por aqueles que passarem pelo local, além de causar prejuízo ao meio ambiente - Obras de limpeza e conservação do imóvel necessárias à readequação das exigências higiênicas sanitárias e segurança. - Procedência do pedido autoral. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 8949/2011, 7ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DES. CEZÁRIO SIQUEIRA NETO, RELATOR, Julgado em 15/05/2012)

Por fim, decidiu o TJ/SE que a diversidade de alíquotas decorrentes do imóvel ser edificado, não edificado, residencial ou não residencial, não se confunde com a progressividade tributária, significando dizer que existem alíquotas progressivas e

diferenciadas (seletivas), devendo se admitir a inconstitucionalidade apenas das primeiras, aplicando-se, em consequência, a menor alíquota dentro de cada grupo de alíquotas diferenciadas:

TRIBUTÁRIO - AÇÃO ANULATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO - IPTU - EXERCÍCIO DE 2006 A 2009 - PRESCRIÇÃO DOS DÉBITOS ANTERIORES A ABRIL DE 2007 - PROGRESSIVIDADE - FUNÇÃO FISCAL - INCONSTITUCIONALIDADE - EC Nº 29/2000 - IRRETROTIVIDADE - PRECEDENTES DO TJSE - POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE ALÍQUOTAS DIFERENCIADAS DE ACORDO COM A UTILIZAÇÃO DO IMÓVEL - PRECEDENTES DO STF - APLICAÇÃO DA MENOR ALÍQUOTA DENTRO DE CADA GRUPO - 2,5% POR SER IMÓVEL NÃO CONSTRUÍDO - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA POR FORÇA DO ART. 21 DO CPC- RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

...

V- A diversidade de alíquotas decorrentes de o imóvel ser edificado, não edificado, residencial ou não residencial, não se confunde com a progressividade tributária, significando dizer que existem alíquotas progressivas e diferenciadas (seletivas), devendo se admitir a inconstitucionalidade apenas das primeiras, aplicando-se, em consequência, a menor alíquota dentro de cada grupo de alíquotas diferenciadas, ou seja, 0,8% para imóvel residencial, 1,0% para imóvel não residencial e 2,5% para imóvel não construído;

VI- Logo, há de ser aplicada a alíquota mínima prevista na lei municipal vigente à época do fato gerador, conforme a destinação do imóvel. Considerada a alíquota mínima prevista na legislação municipal vigente à época do fato gerador, conforme a destinação do imóvel, será esta de 2,5%, tendo em vista que se trata de imóvel não construído;

...

VIII- Apelo conhecido e provido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5033/2013, 3ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DES. RICARDO MÚCIO SANTANA DE ABREU LIMA, RELATOR, Julgado em 23/09/2013)

Assim, podemos perceber que ainda é pouco debatido o tema “função social da propriedade urbana” no Tribunal de Justiça de Sergipe, não enfrentando especificamente a matéria, mas apenas citando o princípio sem contextualizá-lo.

3.8.2 Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou pouco o tema função social da propriedade urbana, proferindo apenas algumas decisões. Em 2005, a Egrégia Corte entendeu que o abandono do bem faz com que pereça o direito de propriedade, uma vez que o direito de propriedade não é absoluto, devendo adequar-se à nova realidade social e urbanística:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRENOS DE LOTEAMENTO SITUADOS EM ÁREA FAVELIZADA. PERECIMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. ABANDONO. CC, ARTS. 524, 589, 77 E 78. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ.

I. O direito de propriedade assegurado no Art. 524 do Código Civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística,

consubstanciando a hipótese prevista nos Arts. 589 c/c 77 e 78, da mesma lei substantiva.

II. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” - Súmula n. 7-STJ.

III. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 75659/ SP, Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ 29/08/2005 p. 344)

Em 2010, entendeu a Egrégia Corte que as restrições urbanísticas são obrigações *propter rem*, e essas restrições devem estar em harmonia com a Constituição Federal, quando decidiu no caso do Loteamento City Lapa que realizou restrições privadas que violaram a legislação municipal, a Constituição Municipal e a Federal, entendendo o Tribunal que prevalece a lei sobre o negócio jurídico, decidindo que as restrições, naquele caso, eram abuso de direito, ofendendo o interesse social e violando a função social da propriedade urbana:

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E URBANÍSTICO. LOTEAMENTO CITY LAPA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. RESTRIÇÕES URBANÍSTICO-AMBIENTAIS CONVENCIONAIS ESTABELECIDAS PELO LOTEADOR. ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL EM FAVOR DE TERCEIRO, DE NATUREZA *PROPTER REM*. DESCUMPRIMENTO. PRÉDIO DE NOVE ANDARES, EM ÁREA ONDE SÓ SE ADMITEM RESIDÊNCIAS UNI FAMILIARES. PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. VÍCIO DE LEGALIDADE E DE LEGITIMIDADE DO ALVARÁ. *IUS VARIANDI* ATRIBUÍDO AO MUNICÍPIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA NÃO-REGRESSÃO (OU DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO) URBANÍSTICO-AMBIENTAL. VIOLAÇÃO AO ART. 26, VII, DA LEI 6.766/79 (LEI LEHMANN), AO ART. 572 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 1.299 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002) E À LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ART. 334, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VOTO-MÉRITO.

...

3. O interesse público nas restrições urbanístico-ambientais em loteamentos decorre do conteúdo dos ônus enumerados, mas igualmente do licenciamento do empreendimento pela própria Administração e da extensão de seus efeitos, que iluminam simultaneamente os vizinhos internos (= coletividade menor) e os externos (= coletividade maior), de hoje como do amanhã.

4. As restrições urbanístico-ambientais, ao denotarem, a um só tempo, interesse público e interesse privado, atrelados simbioticamente, incorporam uma natureza *propter rem* no que se refere à sua relação com o imóvel e aos seus efeitos sobre os não-contratantes, uma verdadeira estipulação em favor de terceiros (individual e coletivamente falando), sem que os proprietários-sucessores e o próprio empreendedor imobiliário original percam o poder e a legitimidade de fazer respeitá-las. Nelas, a sábia e prudente voz contratual do passado é preservada, em genuíno consenso intergeracional que antecipa os valores urbanístico-ambientais do presente e veicula as expectativas imaginadas das gerações vindouras.

...

6. Em decorrência do princípio da prevalência da lei sobre o negócio jurídico privado, as restrições urbanístico-ambientais convencionais devem estar em harmonia e ser compatíveis com os valores e exigências da Constituição Federal, da Constituição Estadual e das normas infraconstitucionais que regem o uso e a ocupação do solo urbano.

...

12. Além do abuso de direito, de ofensa ao interesse público ou inconciliabilidade com a função social da propriedade, outros motivos determinantes, sindicáveis judicialmente, para o afastamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais podem ser enumerados: a) a transformação do próprio caráter do direito de propriedade em questão (quando o legislador, p. ex., por razões de ordem pública, proíbe certos tipos

de restrições), b) a modificação irrefutável, profunda e irreversível do aspecto ou destinação do bairro ou região; c) o obsolescimento valorativo ou técnico (surgimento

de novos valores sociais ou de capacidade tecnológica que desconstitui a necessidade e a legitimidade do ônus), e d) a perda do benefício prático ou substantivo da restrição.

19. Recurso Especial não provido. (STJ, REsp 302906 / SP, Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 01/12/2010)

Nesse caso, o STJ entendeu que existe um ônus (obrigação *propter rem*) nas restrições urbanístico-ambientais que decorrem do interesse público, como também que as restrições convencionais não podem ir de encontro com a Constituição Federal, Constituição Estadual e as Leis Ordinárias.

Posicionou-se também o STJ pela possibilidade da revogação de cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade imposta pelo testamento quando o bem não atende à função social da propriedade:

DIREITO DAS SUCESSÕES. REVOGAÇÃO DE CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE, INCOMUNICABILIDADE E IMPENHORABILIDADE IMPOSTAS POR TESTAMENTO. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL DE NECESSIDADE FINANCEIRA. FLEXIBILIZAÇÃO DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 1.676 DO CC/16. POSSIBILIDADE.

1. Se a alienação do imóvel gravado permite uma melhor adequação do patrimônio à sua função social e possibilita ao herdeiro sua sobrevivência e bem-estar, a comercialização do bem vai ao encontro do propósito do testador, que era, em princípio, o de amparar adequadamente o beneficiário das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.

2. A vedação contida no Art. 1.676 do CC/16 poderá ser amenizada sempre que for verificada a presença de situação excepcional de necessidade financeira, apta a recomendar a liberação das restrições instituídas pelo testador.

3. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp 1158679 / MG, Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 15/04/2011)

Assim, entendeu a Corte que é possível alienar um imóvel gravado para que ele se adeque à função social, possibilitando a sobrevivência do herdeiro, situação excepcional de necessidade financeira, que possibilitam a liberação do bem.

Em outra decisão, o STJ firmou entendimento que é possível a extinção do usufruto quando configurado o descumprimento da função social, ou seja, pelo não uso ou pela não fruição do bem sobre o qual ele recai, uma vez que a usufrutuária não adotou uma postura ativa:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXTINÇÃO DE USUFRUTO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. NÃO USO OU NÃO FRUIÇÃO DO BEM GRAVADO COM USUFRUTO. PRAZO EXTINTIVO. INEXISTÊNCIA. INTERPRETAÇÃO POR ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

4- O usufruto encerra relação jurídica em que o usufrutuário - titular exclusivo dos poderes de uso e fruição - está obrigado a exercer seu direito em consonância com a finalidade social a que se destina a propriedade. Inteligência dos Arts. 1.228, § 1º, do CC e 5º, XXIII, da Constituição.

5- No intuito de assegurar o cumprimento da função social da propriedade gravada, o Código Civil, sem prever prazo determinado, autoriza a extinção do usufruto pelo não uso ou pela não fruição do bem sobre o qual ele recai.

6- A aplicação de prazos de natureza prescricional não é cabível quando a demanda não tem por objetivo compelir a parte adversa ao cumprimento de uma prestação.

7- Tratando-se de usufruto, tampouco é admissível a incidência, por analogia, do prazo extintivo das servidões, pois a circunstância que é comum a ambos os institutos - extinção pelo não uso - não decorre, em cada hipótese, dos mesmos fundamentos.

8- A extinção do usufruto pelo não uso pode ser levada a efeito sempre que, diante das circunstâncias da hipótese concreta, se constatar o não atendimento da finalidade social do bem gravado.

9- No particular, as premissas fáticas assentadas pelo acórdão recorrido revelam, de forma cristalina, que a finalidade social do imóvel gravado pelo usufruto não estava sendo atendida pela usufrutuária, que tinha o dever de adotar uma postura ativa de exercício de seu direito.

10- Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1179259 / MG, Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 24/05/2013)

Assim, é possível extinguir o usufruto quando de comprovar o não atendimento à finalidade social do bem gravado, ou seja, quando não adota uma postura ativa de exercício do seu direito sobre a propriedade.

Pelo exposto, pode-se concluir que apesar do número pequeno de decisões, o Superior Tribunal de Justiça aplicou a função social da propriedade urbana em diferentes situações, entendendo que a propriedade não é absoluta e que as restrições sobre ela são obrigações *propter rem* e que é possível a modificação de um cláusula de um negócio jurídico para se atender à função social.

3.8.3 Decisões do Supremo Tribunal de Federal

O tema que foi mais debatido no STF sobre a função social da propriedade urbana é a progressividade do IPTU, que teve o seu fim com a publicação da Súmula 668, em 24/04/2003, que declarou inconstitucional a lei municipal que estabeleça, antes da EC 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a cumprir a função social da propriedade urbana: "É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da EC 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana".

E o STF posicionou-se no sentido de que a única hipótese na qual a Constituição admite a progressividade das alíquotas do IPTU é a do Art. 182, § 4º do II, da CF:

I. IPTU: progressividade: L. 691/84 do Município do Rio de Janeiro. 1. O STF firmou o entendimento - a partir do julgamento do RE 153.771, Pleno, 20.11.96, Moreira Alves, de que a única hipótese na qual a Constituição admite a progressividade das alíquotas do IPTU é a do Art. 182, § 4º, II, destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana. II. Taxa de Limpeza Pública e Coleta de Lixo instituída pelo Município do Rio de Janeiro: inconstitucionalidade,

conforme a jurisprudência do STF (v.g. RE 249.070, 1ª T., Ilmar Galvão, DJ 17.12.1999). (STF, RE 338859 AgR / RJ, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 10/10/2006)

De mais a mais, ainda sobre o tema “IPTU progressivo” decidiu a mais alta Corte do país que não existe inconstitucionalidade da diversidade de alíquotas no caso de imóvel edificado, não edificado, residencial ou comercial:

O STF firmou entendimento no sentido de que não há inconstitucionalidade na diversidade de alíquotas do IPTU no caso de imóvel edificado, não edificado, residencial ou comercial. Essa orientação é anterior ao advento da EC 29/2000. Precedentes. (AI 582.467-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 22-6-2010, Segunda Turma, *DJE* de 6-8-2010.)

O direito de propriedade não é absoluto e sobre o tema discorre o STF que sobre ele pesa a grave hipoteca social, uma vez que não cumprida a função social da propriedade legitimasse a intervenção estatal sobre a propriedade privada:

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria CR. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. (ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-4-2002, Plenário, *DJ* de 23-4-2004.) No mesmo sentido: MS 25.284, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 17-6-2010, Plenário, *DJE* de 13-8-2010.

Em outra decisão, o STF posicionou-se pelo caráter extrafiscal da espécie tributária IPTU progressivo, para atender a função social da propriedade urbana, desde que obedecidos os requisitos do Art. 156, § 1º e 182, § 4º, II, da Constituição Federal:

IPTU – PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – FINALIDADE EXTRAFISCAL – NECESSIDADE DE LEI NACIONAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A Constituição Federal de 1988, ao delinear o esquema normativo pertinente ao IPTU, contemplou a possibilidade de essa espécie tributária ser progressiva, em ordem a assegurar o cumprimento da função social da propriedade (CF, Art. 156, § 1º, e Art. 182, §§ 2º e 4º, II). O discurso normativo consubstanciado nesses preceitos constitucionais evidencia que a progressividade do IPTU, no sistema instaurado pela Constituição da República, assume uma nítida qualificação extrafiscal. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a única progressividade admitida pela Carta Política, em tema de IPTU, é aquela de caráter extrafiscal, vocacionada a garantir o cumprimento da função social da propriedade urbana, desde que estritamente observados os requisitos fixados pelo Art. 156, § 1º, e, também, pelo Art. 182, § 4º, II, ambos da Constituição da República. Precedente (Pleno). (STF, RE 590360 AgR / ES - ESPÍRITO SANTO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 31/05/2011) (grifo nosso).

Também entendeu o Supremo Tribunal Federal que o Plano Diretor é o instrumento para a concretização da política de desenvolvimento e de expansão urbana, não podendo existir lei distrital que crie projetos urbanísticos, de forma isolada e desvinculada do Plano Diretor:

A Carta Magna impôs a concretização da política de desenvolvimento e de expansão urbana das cidades com mais de vinte mil habitantes por meio de um instrumento

específico: o plano diretor (§ 1º do Art. 182). Plausibilidade da alegação de que a Lei Complementar distrital 710/2005, ao permitir a criação de projetos urbanísticos “de forma isolada e desvinculada” do plano diretor, violou diretamente a Constituição republicana. Perigo da demora na prestação jurisdicional que reside na irreversibilidade dos danos que decorrerão do registro de áreas, para fins de parcelamento, com base na mencionada lei. (AC 2.383-MC-QO, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 27-3-2012, Segunda Turma, DJE de 28-6-2012.) (grifo nosso)

Nossa mais alta Corte do país, também de forma tímida, já decidiu sobre o IPTU progressivo até se chegar a pacificar sem entendimento com a Súmula 668, que considera inconstitucional a lei municipal que antes da EC 29/2000, cobra alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana. Também se posicionou sobre o caráter não absoluto da propriedade em razão da função social, além de defender que o plano diretor é instrumento para a concretização política de desenvolvimento e de expansão urbana.

CONCLUSÃO

A propriedade surgiu como direito do homem, natural, sem nenhuma positivação; passando a ser fundamental, quando inserida na Constituição; e, humano, a partir do momento em que foi inserida no âmbito internacional. Ela originou-se no direito privado, tornando-se, posteriormente, com a inserção da função social, a ser um princípio constitucional. Assim, deixou de ser um instituto patrimonialista para ser estudada conforme o interesse público, colocando a pessoa hierarquicamente superior ao seu patrimônio, o que se chama de despatrimonialização ou repersonalização.

Com a constitucionalização do direito, em especial, da propriedade, tornou-se obrigatório interpretá-la conforme a Constituição, utilizando-se da filtragem constitucional. Tanto a propriedade, quando sua função social, serve de meio para a concretização dos direitos fundamentais. Após a constitucionalização do direito houve mudanças históricas, filosóficas e teóricas que deram à Constituição Federal força normativa, com superioridade e efetividade, fazendo com que todo o ordenamento jurídico devesse ser interpretado conforme a Lei Maior. Essa incorporação dos princípios constitucionais à propriedade trouxe como consequência a garantia desse direito fundamental. Por outro lado, a linha divisória entre terras públicas e privadas foi a Lei das Terras de 1850 que, inclusive, tratou da função social da posse, mas foi na Constituição Federal de 1967 que surgiu, de forma expressa, a função social da propriedade, sendo mantida e incorporada na Constituição de 1988 e no Código Civil de 2002.

Defendeu-se que a função social da propriedade tem o seu fundamento no princípio da função social do direito, que busca a função dentro da norma, sendo um princípio que objetiva a paz e a justiça social e determina que a função social é parte integrante da propriedade, proibindo-se uma propriedade estática. Argumentou-se, também, que a propriedade não pode ser considerada um direito subjetivo absoluto, com a faculdade do proprietário não usá-la ou deixar de atender à finalidade social, mas pelo contrário, pregou-se uma propriedade dinâmica, funcionalizada, conforme a sua função social.

Hoje a população da cidade cresce mais que a rural, surgindo, com isso, os grandes problemas das cidades, dentre eles, a falta de moradia e ordenação, necessitando do direito urbanístico para regular o Município, utilizando-se dos mecanismos de estruturação e de execução. Esse direito tornou-se disciplina autônoma com o Estatuto da Cidade que, além de disciplinar as diretrizes da política urbana brasileira, trouxe o conteúdo da função social da

propriedade urbana, determinando, para isso, que a propriedade cumpra as diretrizes do plano diretor.

Quanto ao plano diretor, obrigatório para os Municípios com mais de 20 mil habitantes, detectou-se uma divergência a respeito da iniciativa da lei, pois José Afonso da Silva entende que sua iniciativa é do prefeito, tese que não se acatou uma vez que se defendeu a iniciativa concorrente, uma vez que o prefeito não é obrigado a aprovar o plano, mas apresentar o projeto a ser votado na Câmara Municipal, não podendo ser responsável pelo fato de ser rejeitado, demorar a ser aprovado ou não ser aprovado.

Outro ponto polêmico encontrado foi sobre a constitucionalização ou não da utilização compulsória, criada pelo Estatuto da Cidade mas que não foi trazida pela Constituição Federal em seu Artigo 182, Parágrafo 4º, que elencou somente o parcelamento e edificação compulsórios e acatou-se a tese da constitucionalidade uma vez que a utilização é menos restritiva do que os tipificados pela Carta Magna, além da Constituição ser uma norma que traz uma cláusula geral que permite a criação de novos institutos através de lei ordinária.

No que pertine ao direito à moradia, questionou-se o fato da sua aplicação imediata implicar em dizer que o Estado deve dar uma casa própria a cada indivíduo sem teto. Parte da doutrina entende que não é possível essa cobrança contra o Estado, argumento que não se defendeu, uma vez que o Estado deve ter um comportamento positivo, havendo sua obrigação de garantir eficácia plena ao direito à moradia. Já o contra-argumento do Poder Público para não dar eficácia ao direito à moradia é a falta de recursos financeiros, mas cai por terra essa alegação uma vez que por tratar-se de direito fundamental, essencial e de caráter existencial, não pode deixar de ser aplicado.

Interpretou-se, também, o Artigo 1228 do Código Civil, instituto tipicamente brasileiro, que trata da função social da posse e da moradia e, logo em seu *caput*, temos a possibilidade do proprietário ingressar com uma ação reivindicatória contra o detentor, que parte da doutrina entende não seria possível, vez que se o detentor for demandado deverá nomear à autoria o proprietário, argumento impertinente, uma vez que o detentor não é acionado pelo terceiro, no caso do artigo, mas pelo próprio proprietário, não sendo possível nomear ele próprio.

Ainda em relação ao Artigo 1228, temos a desapropriação indireta, judicial ou privada no seu Parágrafo 4º, aplicada quando uma ação reivindicatória é proposta pelo proprietário contra os possuidores que se encontram no bem, e estes argumentarão, como matéria de defesa, a desapropriação, sendo considerada essa ação imprescritível. Defendeu-se, também, a legitimidade do Ministério Público para ser autor dessa ação em favor dos titulares

do direito à moradia e alegou-se que essa ação alcança os bens particulares e públicos, argumentos defendidos por Milagres e pelo Superior Tribunal de Justiça. Quanto à obrigação de pagar a indenização foi trazida uma divergência pois segundo parte dos teóricos é dos possuidores esse dever, mas entendeu-se como adequado que, no caso de hipossuficiência dos mesmos, a administração deve arcar com a referida indenização, além de defendermos a possibilidade da ação de desapropriação privada ser de iniciativa autônoma e particular pelos possuidores.

De mais a mais, foi detectado que as decisões dos Tribunais de Justiça de Sergipe, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal não enfrentaram efetivamente o princípio da função social da propriedade urbana, tratando-o de forma superficial e inadequada e, como consequência, deixando de dar eficácia a esse importante princípio constitucional, uma vez que muitos votos entenderam que as leis ordinárias tem força normativa maior que a Constituição Federal.

Por tudo que foi exposto, percebe-se que o princípio da função social da propriedade urbana e o direito à moradia, mesmo estando inseridos na nossa Lei Maior, ainda está distante de ter a sua efetiva aplicação, tanto por parte dos administradores quanto pelo Judiciário, que tem o dever de fazer valer esse princípio, cumprindo os objetivos da Constituição Federal. Esse pensar é um processo inacabado que deve se expandir.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, **Epílogo à La teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Berna Pulido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004.

_____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. 2. Ed. Tradução de Zilva Hutschinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

_____. **Teoria Del Discurso Y Derechos Constitucionales**. Cátedra Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 2005.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. **Plano Diretor Urbano e Estatuto da Cidade: Medidas Cautelares e a Moratórias Urbanísticas**. Belo Horizonte: Forum, 2010.

ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio: Reexame Sistemático das noções nucleares de Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados: das Raízes aos Fundamentos Contemporâneos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicações do direito e contexto social**. – 2, Ed., São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2000

BARROS, Carla Eugenia Caldas. **Aperfeiçoamento e Dependência em Patentes**. Lumen Juris, 2004.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 288-342

BERTAN, José Neure. **Propriedade privada e função social**. Curitiba: Juruá, 2009.

BEVILÁGUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. Vol. 1. Brasília: Senado Federal, 2003. Coleção Histórica do Direito Brasileiro.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica Contemporânea**. Rio de Janeiro: Edições 70.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível a partir do site <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

BRASIL. Código Civil (2002). Disponível a partir do site <<http:// www.planalto.gov.br>

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas: Márcio Pugliese; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONIZZATO, Luigi. **Propriedade Urbana Privada e Direitos Sociais**. Curitiba: Juruá, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol. 1. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2007.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e Argumentação – A Teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos**. Curitiba: Juruá, 2011.

CARVALHO, Francisco José. **Teoria da Função Social do Direito**. Curitiba: Juruá, 2011.

CARVALHO, José Murilo de Carvalho. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 6ª Ed. Saraiva, 2008.

CRUZ, Flávio Antônio da. **Algumas provocações sobre a hermenêutica constitucional**. In CLÈVE, Merlin Clèmerson (Coord). **Constituição, Democracia e Justiça - Aportes para um Constitucionalismo Igualitário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DEBONI, Giuliano. **Propriedade privada: do caráter absoluto à função social e ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

DIAS, José de Aguiar. **Responsabilidade civil**. 9ª Ed. Revisada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro, 2006.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 8ªed. Vol. 1, Salvador: Juspodivm, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUGUIT, Léon.. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón**. Trad. de Carlos G. Posada. Madrid: Francisco Beltran; Librería España y Extranjera, 1920.

ECO, Humberto. **Como se Faz uma Tese**. 14ª Ed. São Paulo, 1998.

ERENBERG, Jean Jacques. **Função Social da Propriedade Urbana – Município sem Plano Diretor**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2008.

ESCRIVÃO FILHO, Antonio. **Uma hermenêutica para o programa constitucional do trabalho rural**. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. vol 1. 10ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. **Curso de Direito Civil: Reais**. Vol 5. 8ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais**. In: Revista do Advogado, n.º 38, 1992.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; OLIVEIRA, Anadrea Leite Ribeiro de Oliveira. **Função social da propriedade e da posse**. In GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Função Social no Direito Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. V. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS João Bosco. **Monografia no Curso de Direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Abtonio Fabris Editor, 1991.

JACINTHO, Maria Moreno Jussara. **Dignidade Humana – Princípio Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. São Paulo: CL EDIJUR, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 13 set. 2010.

LOTUFO, Renan. **A Função Social da Propriedade na Jurisprudência Brasileira**. In TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Limitações Urbanas ao Direito de Propriedade**. São Paulo, Atlas: 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011

MARQUES, Marcelo Silva Moreira. **Estatuto da Cidade e a Constituição Federal**. In TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

MATTOS, Liana Portilho. **Nova Ordem Jurídica-Urbanística: Função Social da Propriedade na Prática dos Tribunais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à Moradia**. São Paulo: Atlas, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Almedina Brasil – BR, 2007.

MONCADA, Luis Cabral de. **Lições de Direito Civil**. Almedina Brasil – BR, 2008.

MORAIS, José Diniz de. **A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAIS, Maria Celina Bodin. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. In Revista Direito, Estado e Sociedade, n 1, segunda edição, jul-dez.1991, Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, p. 59-73.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Teoria da reforma Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO, Alexandre Campos. **Para Além da Produtividade Econômica: Um estudo acerca das condicionantes da função social da propriedade rural.** 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Público Contemporâneo) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2013.

MUKAI, Toshio. **Temas de Direito Urbanístico e Ambiental.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OSÓRIO, Leticia Marques. **Direito à Cidade como Direito Humano Coletivo.** In FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord). **Direito Urbanístico: Estudos Brasileiros e Internacionais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Caio Mario da Silva Pereira. **Instituições do Direito Civil: Direitos Reais.** Vol. IV, 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Coisas.** 5ª ed. Vol.1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Manual de Metodologia do Trabalho Científico: Como Fazer uma Pesquisa de Direito Comparado.** Aracaju: Evocati, 2009.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e Função Social na Pós-Modernidade.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012

PINHEIRO, Castelar Armando; SADDI Jairo. **Direito, Economia e Mercados.** Ed. Elsevier, 2005.

PINTO, Vitor Carvalho. **Direito Urbanístico. Plano Diretor e Direito de Propriedade.** 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira. **Função Social da Propriedade Urbana e o Plano Diretor.** Belo Horizonte: Fórum, 2007

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 19 ed, São Paulo: Saraiva, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROCHA, Mauro Sérgio. **O controle procedimental das decisões judiciais pautadas em princípios constitucionais.** In CLÈVE, Merlin Clèmerson (Coord). **Constituição, Democracia e Justiça - Aportes para um Constitucionalismo Igualitário.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RODRIGUES, Lucas Rêgo Silva. **A metodologia da pesquisa no direito e Jürgen Habermas.** In FILHO PAMPLONA, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson (Coord). **Metodologia da pesquisa em direito e a filosofia.** São Paulo: Saraiva, 2011.

ROSENVOLD, Nelson. **A função Social do Contrato**. São Paulo: Método, 2008.

SANTANA JR, Gilson A. de; ROXO, Hugo L. C. **A filosofia de Gadamer e o direito: redesenhando horizontes metodológicos**. In FILHO PAMPLONA, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson (Coord). Metodologia da pesquisa em direito e a filosofia. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10ª Ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2010.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **Instrumentos de Monitoramento do Direito Humano à Moradia Adequada**. In FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord). Direito Urbanístico: Estudos Brasileiros e Internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 22ªed. Cortez.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 52.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, a 91, n.º 798, p. 23-50, ano 2002

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habilitação: Análise comparativo e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade**. 3ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOUZA, Marcos Rogério de. **Regime jurídico da propriedade produtiva no direito brasileiro**. 2007, 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista, Franca, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaPeriodicoForm.do>>. Acesso em: 6 jun. 2013.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. **Betti x Gadamer: da Hermenêutica objetivista à Hermenêutica Criativa**. Revistas da Faculdade de Direito do Paraná.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2002.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO José Fernando. **Direito Civil: Direito das Coisas**. Vol. 4. 2ª ed. São Paulo: Método, 2010.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A Função Social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEIXEIRA, Nirlana; ANJOS, Pedro Germano dos. **A metodologia da pesquisa no direito e Martin Heidegger**. In FILHO PAMPLONA, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson (Coord). Metodologia da pesquisa em direito e a filosofia. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos Constitucionais da Propriedade Privada**. In TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro**. In TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Direito Civil Contemporâneo. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A Propriedade e a Posse – um confronto em torno da Função Social**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Acadêmica, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Direitos Reais**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.