

BONETE PERALES, Rafael (Coordinadora – Eve Rimoldi de Ladmann). MERCOSUR y Comunidad Europea. La Cooperación científico-tecnológica, 2ª edición, 1998, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, p. 135.

SULLIVAN, Neil F. Technology Transfer (Making the most of your intellectual property), Cambridge University Press, Cambridge, 1995, Great Britain, p. 5.

PASTOR RIDRUEJO, José A. Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales, séptima edición, reimpressão 2000, Editorial Tecnos, Madrid, España, p. 787.

MASSAGUER, Jose. El contrato de licencia de *Know-how*, Librería Bosch, Barcelona, 1989, España, p. 67.

JACQUET, Jean-Michel y DELEBECQUE, Philippe. Droit du Commerce International, 2ª édition, Éditions Dalloz, Paris, 1999, France, p.193.

CHULIÁ VICENT, E.; y BELTRÁN ALANDETE, T.. Aspectos jurídicos de los contratos atípicos, volumen I, Cuarta edición, José Maria Bosh Editor, Barcelona, 1999, España, p. 255.

Artículos 1 y 2 de la Ley española de Marcas, nº 32/1988 de 10 de noviembre, cuyo texto ya incorporó las previsiones de la Directiva 89/104, de 21-12-1988, a pesar de publicarse antes que ésta.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Derecho del comercio internacional, Eurolex, Madrid, 1996, España, p. 332-333.

## LIMITAÇÕES URBANÍSTICAS À PROPRIEDADE PRIVADA – A FUNÇÃO SOCIAL COMO LEGITIMADORA E CONDICIONANTE DAS INGERÊNCIAS ADMINISTRATIVAS À PROPRIEDADE PRIVADA

Raissa Rodrigues Gomide Mafia  
Bacharel em Direito pela UFV

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O direito de propriedade; 2.1. Terminologia, conceito, fundamento jurídico e evolução histórica; 2.2. O direito de propriedade no Brasil: evolução, disciplina jurídica, quadro atual e perspectivas; 2.2.1. A propriedade urbana; 3. A função social da propriedade; 3.1. Aspectos gerais: conceito, conteúdo; 3.2. A função social da propriedade urbana no atual contexto legal-urbanístico brasileiro; 4. Limitações urbanísticas ao direito de propriedade; 4.1. Limitações urbanísticas: conceito, conteúdo, espécies; 4.2. Limitações urbanísticas ao direito de propriedade: o problema da denominação, delimitação do tema e definição; 4.3. Principais espécies de limitações urbanísticas ao direito de propriedade: breve análise conceitual e finalística; 5. A função social e as ingerências administrativas na propriedade; 5.1. A função social como legitimadora; 5.2. A função social como condicionante; 6. Conclusão; 7. Resumo e 8. Bibliografia.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito de propriedade; função social da propriedade; limitações urbanísticas.

## 1. INTRODUÇÃO

A propriedade, como o mais amplo direito real, abrangendo os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, evoluiu do sentido individual para o sentido social.

Pode-se afirmar que a propriedade é um dos institutos jurídicos de surgimento mais remoto, assumido caráter absoluto já no direito romano tendo sido relativizado na Idade Média.

Com a Revolução Francesa, reviveu-se, de forma exacerbada, a concepção puramente individualista do período romano, como repúdio ao sistema feudal. Superada essa fase, notadamente a partir de meados do século XIX, cresce o número de restrições impostas pelo Estado à propriedade privada.

Dessa forma, o campo de atuação do Estado na propriedade privada foi se ampliando, passando das limitações quase que exclusivamente referentes aos direitos de vizinhança, da época da Revolução, ao efetivo condicionamento do exercício do direito de propriedade ao bem-estar social. Hoje prevalece o princípio da função social da propriedade, de modo que o direito de propriedade não pode ser exercido ilimitadamente, porque coexiste com direitos alheios de igual natureza e, ainda, porque há interesses públicos maiores, cuja tutela incumbe ao Poder Público exercer. Aqui cabe mencionar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, tendo em vista que o Brasil constitui um Estado democrático de direito.

No Brasil, o direito de propriedade encontra-se vinculado à sua função social de modo mais enfático a partir da Constituição Federal de 1988. O fundamento constitucional das limitações urbanísticas à propriedade está nos artigos 5º, XXIII, da Constituição Federal<sup>1</sup>, o qual dispõe que a propriedade atenderá à sua função social. Isso, de modo geral e por si só, condicionaria todo o direito de propriedade. Mais à frente, no título VII, o texto constitucional reafirmou a vinculação da propriedade privada e sua função social como princípios da ordem econômica, no artigo 170, II e III. Além disso, disciplinou o princípio da função social de propriedade, com conteúdo definido em relação às propriedades urbana e rural, com sanções para o caso de não ser observado, como nos artigos 182, 184 e 186.

Mais precisamente com relação à função social da propriedade urbana, a Constituição Federal de 1988 consagrou um capítulo referente à política urbana. O artigo 182 dispõe que a política de desenvolvimento urbano tem por

<sup>1</sup> Art. 5º, XXIII: a propriedade atenderá a sua função social.

finalidade ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Da leitura do artigo, verifica-se que o legislador constituinte conferiu ao plano-diretor a competência para fixar os requisitos que deverão ser seguidos para que se possa cumprir a função social da propriedade no âmbito urbano. Portanto, a propriedade urbana é condicionada, pelo ordenamento jurídico, a cumprir as funções urbanísticas de proporcionar habitação e condições adequadas de trabalho, recreação e circulação humana. E todas essas condicionantes do direito de propriedade, já esboçadas na Constituição Federal desde 1988, tomaram um contorno bem mais definido com a promulgação do Estatuto da Cidade, Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, que regulamenta as exigências constitucionais dos artigos 182 e 183.

O Estatuto da Cidade reúne prescrições relativas à ação do poder público na regulamentação do uso e da propriedade urbana em prol do interesse público, fixando o princípio da função social da cidade e da propriedade urbana como elemento fundamental e norteador das ações públicas dirigidas às necessidades dos cidadãos, na busca do bem-estar coletivo e da justiça social.

Nesse contexto, o Estatuto da Cidade regulamenta o parcelamento, edificação e utilização compulsórios do imóvel, imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo, desapropriação com pagamento em títulos da dívida, usucapião especial de imóvel urbano, já previstos na Constituição Federal. Resgata, ainda, valiosos instrumentos, como o direito de superfície, direito de preempção, outorga onerosa do direito de construir e alteração de uso, operações urbanas consorciadas, transferência do direito de construir e estudo de impacto de vizinhança, servidão administrativa, limitações administrativas, tombamento, instituição de unidades de conservação e de zonas especiais de interesse social, entre outros.

Dessa forma, tem-se que o uso e o exercício da propriedade são atingidos pelas limitações urbanísticas, tendo em vista a promoção do interesse público. Mas como legitimar as intervenções administrativas no direito de propriedade, o qual também é assegurado constitucionalmente? Condicionar essas intervenções a um interesse público específico, caracterizador de uma função social da propriedade, é a melhor forma de legitimá-las.

## 2. O DIREITO DE PROPRIEDADE

### 2.1. Terminologia, conceito, fundamento jurídico e evolução histórica

A propriedade, ou domínio, pode ser entendida como um direito real, *ius in re*, que confere ao seu titular o poder de usar, fruir, dispor e reivindicar

determinado bem. Daí, pode-se falar no desdobramento do direito de propriedade em quatro outros direitos, anteriormente especificados. O direito de usar, *ius utendi*, reporta-se à faculdade que tem o titular de colocar o bem a seu serviço, com observância da lei e sem causar prejuízos a terceiros. O direito de fruir ou gozar, *ius fruendi*, importa obter todas as vantagens que o bem pode lhe proporcionar, incluindo, quase sempre, o uso. O direito de dispor, *ius abutendi*, é, como o próprio nome adianta, a faculdade que tem seu titular de desvincular-se do bem, alienando-o ou transferindo-o a outrem, através da venda, doação, renúncia e abandono, entre outros. Envolve o poder de consumir, dividir ou gravar o bem. Porém, não mais coaduna-se com a prerrogativa de abusar da coisa, destruindo-a gratuitamente, uma vez que a própria Constituição Federal brasileira condiciona o uso da propriedade ao bem-estar social. E, por fim, o direito de reivindicar, *rei vindicatio*, que é o direito de reclamar a coisa de quem injustamente a possui.

O fundamento jurídico do direito de propriedade é objeto de várias teorias, dentre as quais se destacam a teoria da ocupação, a teoria da especificação, a teoria da lei e a teoria da natureza humana.

A teoria de surgimento mais remoto é a que justifica a ocupação das coisas que não pertenciam a ninguém, as *res nullius*, como fundamento da propriedade. Contudo, a ocupação é apenas modo de aquisição da propriedade, não se prestando a justificá-la. Daí o cerne das várias críticas que se lhe fazem. Outra é a corrente que se apóia na idéia de que o trabalho humano, transformador da natureza e da matéria bruta, é que justificaria o direito de propriedade, ou seja, em virtude da especificação de uma coisa, especificação essa fruto do trabalho humano, adquire-se o direito de propriedade. Trata-se da teoria da especificação. Não obstante tenham sido inspirados os regimes socialistas do início do século passado, esta teoria não é suficiente para explicar quando existe a propriedade, mas somente quem é o proprietário.

Da obra de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, extrai-se a terceira teoria acima referida, qual seja, a teoria da lei, segundo a qual a propriedade é instituição do direito positivo e existe porque a lei a criou e a garante. Essa idéia contrapõe-se, sobretudo, à certeza de que a propriedade existiu muito antes de ser regulamentada por qualquer lei.

A teoria de maior aceitação, inclusive adotada pela Igreja Católica, conforme se depreende das encíclicas papais, é a que considera a propriedade inerente à natureza humana uma dádiva de Deus aos homens.

Assim, a propriedade não advém do Estado, nem de suas leis, mas antecede a ele, como direito natural que é.

A propriedade passou por diversas concepções ao longo dos tempos, sendo certo que, antes de qualquer intervenção do Estado ou do ordenamento jurídico, o homem já usava, gozava e dispunha das coisas. Os animais também assim procediam e continuam a proceder, independentemente das regulamentações criadas pelos homens. Reportam-se aqui as lições de Darcy Bessone<sup>2</sup>, segundo o qual

“O poder de fato sobre as coisas preexistiu ao direito. Ainda agora, os animais o exercem, à margem do direito. Aconteceu, contudo, que os bens necessários ou úteis ao homem não se ofereceram na natureza em quantidade bastante. A insuficiência engendraria lutas terríveis e destruidoras, se não se encontrassem formas de apropriação e uso, convenientemente disciplinadas. A escassez dos bens lhes conferiu sentido econômico e exigiu técnicas jurídicas, que ordenassem e disciplinassem a posição do homem, em face da coisa, e as relações entre os homens, a respeito dela.”

O direito de propriedade mostra-se, destarte, como um produto cultural, fato oriundo da criação humana, útil à organização da vida em sociedade. Uma vez tratando-se de um instituto necessário ao ordenamento, e até mesmo a possibilitar a vida social, o direito de propriedade transformase à medida que se alteram as relações socioeconômicas. Não raro se encontra nas páginas da história da propriedade a afirmação de que nas hordas primitivas a sua forma inicial era coletiva. Na verdade, a horda exercia, em caráter coletivo, poderes estáveis sobre as coisas, como os campos de caça ou de pesca, e inclusive a organização do trabalho, ainda que bastante rudimentar, baseava-se no cooperativismo; apenas os objetos de uso pessoal eram propriedade individual.

Um passo à frente na história, observam-se os primeiros traços individualistas no direito de propriedade. É a antiguidade clássica, quando, na Grécia, a propriedade era fator preponderante na estruturação da cidade, onde, associada a elementos de cunho religioso, a propriedade era protegida

<sup>2</sup> BESSONE, D. *A função social da propriedade*. Palestra proferida na Universidade Federal de Viçosa em 06.07.1992. UFV. Viçosa/MG.

com extremismo contra invasões estrangeiras. “A propriedade grega era, pois, sagrada, indivisível, individual e familiar.”<sup>3</sup>

A propriedade romana, por sua vez, passou por três fases bastante características: a coletiva, a familiar e a individual. O início da cidade de Roma reporta-se às tribos que iniciaram aquela civilização. Nessa fase, a propriedade era basicamente coletiva: não havia proprietários individuais das terras, mas sim todos os membros das tribos a exploravam coletivamente, o que possuíam era somente o direito de fruir da terra.

Após vinculada à figura do *pater familias*, a propriedade romana assumiu a forma familiar. O chefe de família cultivava a terra recebida com a ajuda da família, contudo não lhe era concedido o *ius disponendi*, de forma que não podia alienar a propriedade em vida e nem transmiti-la por testamento. Aos poucos, o grupo familiar foi adquirindo alguns direitos, o que conferia paulatinamente características cada vez mais individualistas à propriedade. E foi realmente o caráter individualista da propriedade romana que influenciou toda a elaboração e disciplina do direito de propriedade no mundo contemporâneo. “A propriedade romana na fase individual era tipicamente absoluta e personalíssima, e já conjugava dentre seus atributos o *ius utendi*, o *ius fruendi*, e o *ius abutendi*, atributos esses que se perpetuariam no tempo, caracterizando a propriedade até os dias atuais.”<sup>4</sup> Pode-se ressaltar, ainda, que adveio da propriedade quirritária<sup>5</sup> o surgimento do quarto atributo do direito de propriedade, qual seja, a *rei vindicatio*.

No período de Justiniano, a propriedade romana passou a sofrer algumas delimitações, advindas do direito de vizinhança e das regulamentações das faixas de recuo das vias públicas. Na Lei das XII Tábuas, também já se verificavam algumas limitações. Daí poder-se falar que, da evolução das relações sociais e da evolução social, verificou-se que a propriedade submetia-se a um número cada vez maior de limitações legais, fator que contribuiu para a derrubada do caráter extremamente individualista da propriedade romana. Não se pode chegar a afirmar que a propriedade romana deixou de ser individualista, longe disso. Mas o que se apresenta é que se passou a verificar, ainda que levemente, um caráter um pouco mais social naquele direito outrora tão absoluto.

<sup>3</sup> MATTOS, L. P. *Limitações urbanísticas à propriedade*. Direito urbanístico e política urbana no Brasil. FERNANDES, E. (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 58.

<sup>4</sup> Idem; Ibidem. p. 59.

<sup>5</sup> Dentre as formas assumidas pela propriedade romana, destacam-se a quirritária, a provincial, a pretoriana ou bonitária e a peregrina. A quirritária advém da ocupação de bens sem dono ou tomados de inimigos. É a mais significativa delas.

Na Idade Média duas fases podem ser destacadas como marcantes na caracterização do direito de propriedade: na primeira fase, o Cristianismo exerceu grande influência sobre a propriedade. Santo Agostinho e São Tomás de Aquino foram importantes personagens nessa nova configuração do instituto, ressaltando-se que o último propunha uma propriedade individual, porém que atendesse a interesses coletivos<sup>6</sup>. Não chegava a ser uma propriedade coletivizada, contudo representa essa fase o cerne do princípio da função social da propriedade, que só muito mais tarde se fez consolidar.

O segundo período medieval a ser ressaltado é o que se reporta aos feudos, senhores feudais e servos. A terra era o expoente máximo de poder e riqueza, sendo o eixo de quase todas as relações do homem. Destaca-se, no entanto, que a propriedade conquanto conservasse seu caráter individualista, não se manteve de forma unitária, haja vista que o domínio se desdobrou em duas figuras sobrepostas: o domínio eminente, do soberano; e o domínio útil, do senhor feudal. Resquícios dessa configuração ainda hoje permeiam o direito de propriedade, sendo exemplo a enfiteuse, direito real que conserva o dualismo dominial. Segue-se a Revolução Francesa, fase em que se reviveu de forma exacerbada a concepção puramente individualista do direito de propriedade, como o fora no período romano. Era o repúdio ao sistema feudal, consagrando-se a propriedade como um direito inviolável e sagrado, conforme a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789. Na verdade, pretendia-se abolir o citado dualismo dominial, atacando o domínio eminente do Estado e consagrando a propriedade privada, de forma plena, ao indivíduo. Pode-se notar uma atenuação desse individualismo no código gerado pela Revolução, o *Code Napoléon*; contudo, as restrições e regulamentos daquela época limitavam-se quase que exclusivamente aos direitos de vizinhança.<sup>7</sup>

A partir de então, verifica-se que, aos poucos, a propriedade passou a ser condicionada ao interesse e ao bem-estar social. Expoente radical desse caráter social encontra-se nos Estados Socialistas dos Séculos XVIII e XIX, quando a propriedade individual chegou a ser totalmente abolida. O fundamento dessa concepção decorre do fato de que a propriedade individual

<sup>6</sup> Deve-se ressaltar que esses “interesses coletivos” eram definidos pelo clero e pela nobreza, ou seja, eram os interesses sob a ótica de uma elite social.

<sup>7</sup> O Código de Napoleão, de 1804, dispôs sobre a limitação do Estado sobre a propriedade privada, sem perder seu caráter extremamente individualista. No seu artigo 544, definia a propriedade como o direito de gozar e dispor das coisas de modo absoluto, contanto que isso não se torne uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos.

apresenta uma face positiva, à medida que outorga ao proprietário poderes de uso, gozo, fruição e disposição sobre a coisa. Contudo, impede que quem não seja proprietário da coisa exerça qualquer direito sobre a mesma. Grande parte da população, pois, constitui-se de indivíduos sem propriedade alguma, enquanto se verifica uma minoria de proprietários<sup>8</sup>. Daí afirmar-se que a contrapartida da propriedade, ou capital, é o proletariado<sup>9</sup>. Embora não prosperassem, pode-se dizer que a propriedade coletivizada desses países socialistas serviu como marco para a derrubada do caráter absoluto do direito de propriedade.

No estágio atual, a propriedade apresenta-se ainda como um direito individual, contudo condicionado ao bem-estar social. O princípio permaneceu, mas seu alcance alterou-se profundamente, atribuindo à propriedade uma conotação social até então desconhecida. Na precisa lição da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>10</sup>, tem-se que

“A propriedade, como o mais amplo direito real, que congrega os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, de forma absoluta, exclusiva e perpétua, bem como o de persegui-la nas mãos de quem quer que injustamente a detenha, e cujo desmembramento implica a constituição de direitos reais parciais, evoluiu do sentido individual para o social.”

Assim, pode-se afirmar que a propriedade num Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, deve-se adequar aos seus princípios norteadores, quais sejam, legalidade, igualdade, soberania popular, justiça social e liberdade, dentre outros. A propriedade, portanto, deve estar em consonância com o interesse coletivo, não podendo sobrepor-se a eles.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Para Karl Marx, a propriedade era um bem de produção, não podendo, portanto, ficar em poder de poucos indivíduos, devendo ser um bem pertencente a toda sociedade. “A sociedade capitalista é antes de tudo uma sociedade de proprietários de mercadorias ... o desenvolvimento do pretense direito de guerra não é outra coisa além de uma consolidação progressiva do princípio da inviolabilidade da propriedade burguesa.” PASUKANIS, Eugeny Bronislavovich. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Trad. Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p. 84/88.

<sup>9</sup> Daí a lógica da idéia marxista de que a posse dos instrumentos e meios de produção, sem restrições, cria o poder de lucrar desmedidamente, ainda que isso importe na desvalorização do trabalho humano, estabelecendo a exploração do homem pelo homem.

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 117.

<sup>11</sup> MATTOS, Liana Portilho. *Op. Cit.* p. 63.

## 2.2. Direito de propriedade no Brasil: evolução, disciplina jurídica, quadro atual e perspectivas

Deixando de lado os questionamentos sobre a possibilidade real de exercício da democracia e todas as demais indagações sobre a fragilidade do sistema pátrio, pode-se afirmar que o Brasil é um Estado democrático de direito. Portanto, aqui também a atuação do Estado na propriedade privada ampliou-se com o passar do tempo.

Hoje, no Brasil, prevalece o princípio da função social da propriedade, de modo que o direito de propriedade não pode ser exercido ilimitadamente, porque coexiste com direitos alheios de igual natureza e, ainda, porque existem interesses públicos maiores, cuja tutela cabe ao Poder Público exercer.

Num retrospecto histórico, tem-se que a Constituição de 1824 estabeleceu o direito de propriedade em caráter absoluto. Mais tarde, superada essa visão, a Carta de 1934 introduziu o conceito de função social da propriedade. Código Civil de 1916, de cunho eminentemente individualista, continua a disciplinar a matéria, fato que, embora não represente uma garantia deste instituto, também apresenta óbice ao seu reconhecimento e à sua implantação, uma vez que deve ser aplicado conforme as inovações da Constituição Federal. No novo Código Civil, promulgado em janeiro de 2002, e com vigência prevista para janeiro de 2003, a disciplina da matéria encontra-se atualizada, sem, é claro, perder de vista o caráter privado e as proteções daí decorrentes, haja vista que se está falando de um diploma civil.

O artigo 1.228 do novo código dispõe sobre o que o código de 1916 tratava no artigo 524, enquanto o Código Civil de 1916 trata apenas de assegurar ao proprietário o direito de usar, gozar, dispor e reaver os seus bens; o diploma de 2002, sem descuidar dessas quatro faculdades, prescreve que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, e de modo a preservar a fauna, a flora, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitar a poluição do ar e das águas. Além disso, prevê a possibilidade de privação da propriedade por necessidade e utilidade pública ou interesse social, assim como o usucapião, no prazo de cinco anos, atendidos os requisitos do § 4º, artigo 1.228.<sup>12</sup> Há que se mencionar, ainda, o

<sup>12</sup> Lei nº 3.0701, de 1º.01.1916, Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

direito de superfície, disciplinado pelos artigos 1.369 a 1.377 do novo código.

Voltando-se à análise das constituições brasileiras, tem-se que a partir de 1934 todos os diplomas legais seguiram no sentido de condicionar o exercício do direito de propriedade à sua função social. No entanto, como se sabe, o direito de propriedade encontra-se vinculado à sua função social de modo mais enfático a partir da Constituição Federal de 1988.

O social na Constituição de 1988 prepondera sobre o individual. A todo instante alude o texto à função social da propriedade.<sup>13</sup>

O artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal<sup>14</sup>, dispôs que a propriedade atenderá sua função social<sup>15</sup>. Isso, de modo geral e por si só,

Parágrafo único. A propriedade literária, científica e artística será regulada conforme as disposições do Capítulo VI deste título.

Lei nº 10.406, de 10.01.2002, 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.

<sup>13</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei de desapropriação: Constituição de 1988 e leis ordinárias*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 53.

<sup>14</sup> Art. 5º, § XXIII: a propriedade atenderá à sua função social.

<sup>15</sup> Themístocles Brandão Cavalcanti diz que as limitações do Estado constituem "um meio de assegurar os direitos individuais porventura ameaçados pelo exercício ilimitado, sem disciplina normativa dos direitos individuais por parte de todos", e acrescenta: "trata-se de limitação à liberdade individual, mas tem por fim assegurar essa própria liberdade e os

condicionaria todo o direito de propriedade. Mais à frente, no título VII, o texto constitucional reafirmou a vinculação da propriedade privada e sua função social como princípios da ordem econômica (artigo 170, II e III). Mais além, "inscreveu o princípio da função social da propriedade, com conteúdo definido em relação às propriedades urbana e rural, com sanções para o caso de não ser observado (artigos 182, 184 e 186)"<sup>16</sup>.

### 2.2.1. A propriedade urbana

De tudo o que foi dito até então, verificam-se ser impossível dissociar o conceito de propriedade do de função social. Dessa forma, ainda que mais à frente se dedique um capítulo somente ao estudo da função social da propriedade, é impossível falar da propriedade urbana no atual contexto brasileiro sem falar da sua função social. O conceito de propriedade encerra em si a função social<sup>17</sup>. Com relação à propriedade urbana, a Constituição Federal de 1988 consagrou um capítulo referente à política urbana<sup>18</sup>. O artigo 182 dispõe que a política de desenvolvimento urbano "tem por objetivo ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes"<sup>19</sup>. Da leitura do artigo, verifica-se que o legislador constituinte conferiu ao plano-diretor a competência para fixar os requisitos que deverão ser seguidos para que se possa cumprir a função social da propriedade no âmbito urbano.

A importância do plano-diretor, no que se refere à propriedade urbana, resta patente e extrema de dúvidas. Tanto é assim que tal instrumento foi eleito constitucionalmente como determinante básico da reforma urbana, trazendo em si o conteúdo da função social da propriedade urbana. Portanto, a propriedade urbana é condicionada, pelo ordenamento jurídico, a cumprir as funções urbanísticas de proporcionar habitação, condições adequadas de trabalho, recreação e de circulação humana. E todas essas condicionantes do direito de propriedade, já esboçadas na Constituição Federal desde 1988, tomaram contorno bem mais definido com a promulgação do Estatuto da

direitos essenciais ao homem". In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 107.

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. Rev. amp. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 65.

<sup>17</sup> AFONSO, Miguel Reis. LISO, Carlos Henrique. *A concessão de direito real de uso na regularização fundiária*. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 124.

<sup>18</sup> Título VII, Capítulo II.

<sup>19</sup> Artigo 182, *caput* Constituição Federal de 1988.

Cidade, Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, que regulamenta as exigências constitucionais dos artigos 182 e 183.

O Estatuto da Cidade reúne prescrições relativas à ação do poder público na regulamentação do uso e da propriedade urbana em prol do interesse público, fixando o princípio da função social da cidade e da propriedade urbana como elemento fundamental e norteador das ações públicas dirigidas às necessidades dos cidadãos, na busca do bem-estar coletivo e da justiça social.

### 3. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

#### 3.1. Aspectos gerais: conceito, origem e conteúdo

Muito do que foi tratado aqui reporta-se à evolução do direito de propriedade, esboçada de forma muito rápida no capítulo anterior. Impossível dissociar, pois, a evolução do direito de propriedade de sua função social, tendo em vista que esta é a figura determinante na caracterização do direito de propriedade moderno ocidental. Por esse motivo é que, ainda que fora do propósito efetivo, tratou-se, em linhas muito gerais, da função social no capítulo precedente. Tornando as inovações do “Século das Luzes”, que caracterizaram a ideologia individualista e burguesa dos direitos do homem e do cidadão, bastante oportuna seria, nesse estágio do presente estudo, recorrer ao pensamento de Chaïm Perelman, conforme o qual, na realidade, a autonomia da vontade que deveria proteger igualmente a todos não favorecia e não favorece a todos. Tanto isso é verdade que são conhecidos os abusos provocados pela legislação liberal. Foi por esse motivo que, com o passar do tempo e o verificar da real situação que o individualismo exacerbado deixou a grande parcela da população, evidenciando-se que a liberdade igual, pressuposta pela autonomia da vontade, não passava de uma ficção.

“Quando as relações são econômica e socialmente desiguais, a liberdade conduz à opressão do mais fraco; buscar-se-á protegê-lo com leis imperativas, que limitam o campo de liberdade contratual.”<sup>20</sup>

<sup>20</sup> PERALMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 222.

É a chamada passagem da igualdade formal para a igualdade real, a fim de se evitar que uma igualdade de tratamento teórica aplicada efetivamente em situações desiguais resultasse em conseqüências iníquas. Nessa sorte de idéias é que se verifica, modernamente, nas mais diversas áreas, a supremacia da liberdade e igualdade reais em relação à liberdade e à igualdade jurídicas e formais. Caracteriza-se essa supremacia pela adoção, pelo Poder Público, de medidas que limitem a exploração do mais fraco pelo mais forte. É a aplicação mais concreta da máxima de que a verdadeira igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais, à medida que se desiguam. Viu-se, portanto, que o individualismo radical e sem limites levou à exploração do homem pelo homem, com contornos inaceitáveis e insuportáveis. Em prol da liberdade de alguns, viu-se a maior parte da população sem qualquer tipo de direito individual garantido e, até mesmo, sem liberdade alguma. “A conclusão é novamente a de que os argumentos a favor da limitação da liberdade decorrem do próprio princípio da liberdade.”<sup>21</sup> Daí a reconstrução do pensamento, inclusive no que se refere ao direito de propriedade, tendo levado às conclusões do socialismo de Marx<sup>22</sup>.

O abalo, no entanto, produzido pela crítica marxista somente implicou, de fato, inovações jurídicas no começo do século XX, quando, em setembro de 1911, numa série de seis conferências proferidas na Faculdade de Direito de Buenos Aires, posteriormente editadas em livro sob o título *Les Transformations Générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon*, León Duguit<sup>23</sup> lançou a tese de que a propriedade não mais era um direito subjetivo e sim uma função social do possuidor da riqueza. É a chamada teoria da propriedade função social, para a qual a propriedade não é um direito, mas sim uma função social<sup>24</sup>. Essa teoria, por sua vez, teria

<sup>21</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 265.

<sup>22</sup> Segundo Celso Ribeiro Bastos, os direitos clássicos não desapareceram. Perderam somente o seu caráter absoluto para ganhar uma dimensão mais relativa. Houve, dessa forma, o que se pode chamar de relativização dos direitos que condicionam um uso normal e não abusivo. Os direitos individuais, na época da Revolução, existiam para proteger o indivíduo do Estado, hoje já se aceita a proteção do indivíduo contra outros indivíduos ou grupo de indivíduos. In: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 144.

<sup>23</sup> Para Miguel Reale, ninguém mais que León Duguit “contribuiu para convencer os juristas franceses de que o direito é uma força social, superando as colocações de um individualismo insustentável”. In: REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 439/440.

<sup>24</sup> Esta teoria considerava o direito sobre uma ótica diversa, segundo a qual se negava titularizar o homem quaisquer direitos subjetivos. Antes disso, concebia-se que todo

influenciado uma posterior relatividade dos direitos subjetivos, estando o direito de propriedade entre esses. Assim, considera-se abusivo o exercício de um direito quando desatende a função social determinante de sua instituição. A partir de então, os diplomas legais construídos no século passado foram, aos poucos e cada vez mais, aliando o conceito de função social ao de propriedade. Assim o fora na Constituição do México, de 1917, e na Constituição de Weimar, da Alemanha, em 1919. Nota-se também, no Brasil, uma crescente amplitude da preocupação com a função social nas Constituições, uma vez que o princípio esteve presente nas Cartas de 1934, 1946, 1967 e sua Emenda nº 1, de 1969, e o está na de 1988, de forma cada vez mais enfática.

Em 1934, pela primeira vez surge a função social como integrante do direito de propriedade, na seguinte prescrição: "Art. 113.... É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou colectivo, na forma que a lei determinar".

Na Constituição de 1946, o artigo 147, sem definir critérios, dispõe que: "o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social".

Na Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a função social foi erigida à categoria de princípio constitucional. Porém, só mesmo na Carta de 1988 o princípio da função social foi consolidado, tendo em vista que o legislador regulamentou o princípio de forma até então inédita, prevendo condições para o seu atendimento e estabelecendo sanções para sua não-observância.

O artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988, prescreve que "a propriedade atenderá a sua função social". Contudo, trata-se do que se chama, em Direito, de uma norma parcialmente em branco, não sendo possível aplicá-la sem a edição de outra norma legal.

No artigo 170 da Constituição de 1988, a propriedade privada e sua função social são erigidas à categoria de princípios da ordem econômica. Deve-se notar que, quando a Constituição, neste artigo, menciona propriedade privada não está reportando-se ao direito subjetivo de propriedade, mas à propriedade dos meios de produção, atrelada à noção de

---

homem tem uma função social, sendo seu dever de desempenhá-la. Essa função social do homem consubstanciar-se-ia no dever de desenvolver-se em sua plenitude, sendo todas as suas atividades, no desempenho dessa função, socialmente protegidas. Igualmente, em relação à propriedade, negava Duguit o seu caráter de direito subjetivo, qualificando-a também como função social. In: BEZNOS, Clóvis. *Direito administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

livre iniciativa, que significa a liberdade de escolher o que, quando, como, aonde e se produzir ou não.<sup>25</sup>

Nessa sorte de idéias, pode-se afirmar que a função social da propriedade é um elemento acessório, expresso e corretor, devendo ser entendida como uma retificação dos desvios tomados pela utilização excessivamente individualista da propriedade, não conciliada com o interesse social. Importante é que fique bem claro: a função social é um instituto de conteúdo indeterminado, porém determinável, em função de elementos que variam no tempo, no espaço e conforme a cultura e as regras específicas aplicáveis. Apresenta-se como fator determinante do que é considerado prejudicial à coletividade no exercício do feixe de poderes decorrentes do direito de propriedade. E isso varia conforme o contexto social que se vive. Seria, pois, mais um instrumento de harmonização da propriedade privada, como "direito fundamental", com a sua destinação social, não servindo, na sua ausência, como uma justificativa que lhe retire sua legitimidade<sup>26</sup>.

Bastante pertinente aqui é a colocação de França, com o seguinte conteúdo:

"Nós defendemos a existência da propriedade privada pois acreditamos na livre iniciativa. Mas o direito de propriedade não pode servir como um instrumento de marginalização da esmagadora maioria da povo brasileiro. A atual sistemática da propriedade, embora a função social esteja prevista expressamente na Carta Magna como elemento fundamental da propriedade e da ordem econômica, induz necessariamente a instabilidade institucional e social brasileira, ameaçando não só a subsistência dos trabalhadores excluídos da sociedade, mas também, da própria propriedade privada. Não é preciso suprimi-la, pois ainda constitui o melhor instrumento para a produção de riqueza: faz-se indispensável à sociedade brasileira reconhecer a função social da propriedade como um princípio essencial à própria existência da propriedade, bem como da Ordem Econômica, em outras palavras, concretizar o

<sup>25</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Função social da propriedade na Constituição Federal*. In: *Revista Jurídica In Verbis*. Natal: UFRN/CCSA/Curso de Direito. 1/1, maio/junho/1995. p. 7/13.

<sup>26</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 194.

bem-estar social exigido pela Constituição Federal para preservar sua própria estabilidade. A função social da propriedade não constitui sacrifício à propriedade privada, mas sim a garantia mais sólida de sua manutenção pacífica.”<sup>27</sup>

Eros Roberto Grau<sup>28</sup> afirmou que a propriedade assumiu uma dimensão pública, devendo o proprietário utilizá-la no interesse da comunidade. Desse modo, o princípio da função social determina ao proprietário o dever de exercer a propriedade em benefício de outrem e não somente o de não exercê-la em prejuízo de outrem. “Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não meramente de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade.”

De tudo o que foi visto até aqui, considerando a real caracterização da função social da propriedade hoje e deixando de lado os extremismos, seria mais prudente asseverar que a propriedade não é uma função social, como pretendia Duguit, mas sim que exerce uma função social<sup>29</sup>. E, ainda recorrendo à doutrina do professor Celso Ribeiro Bastos, finalizaríamos este tópico afirmando que “a função social da propriedade nada mais é do que o conjunto de normas da Constituição que visa, por vezes até com medidas de grande gravidade jurídica, recolocar a propriedade na sua trilha normal”.<sup>30</sup>

### 3.2. A função social da propriedade urbana no atual contexto legal-urbanístico brasileiro

Tendo em vista que a função social, como dito, caracteriza-se conforme o contexto social, econômico, cultural, enfim, conforme a situação

<sup>27</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Função social da propriedade na Constituição Federal*. In: Revista Jurídica *In Verbis*. Natal: UFRN/CCSA/Curso de Direito. 1/1, maio/junho/1995. p. 7/13.

<sup>28</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 250.

<sup>29</sup> No ensinamento de José Serpa de Santa Maria, “a propriedade para Duguit é uma coisa, uma utilidade, de sorte que não há uma situação jurídica subjetiva, mas uma situação puramente objetiva”. É, de certa forma, um radicalismo, porém conclui o autor, citando Orlando Gomes, que “mesmo os que repeliram suas matizes filosóficas, censurando as extravagâncias inevitáveis do positivismo de Duguit, aceitaram, em tese, a concepção”. In: SANTA MARIA, José Serpa de. *Direitos reais limitados*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1993. p. 13.

<sup>30</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 194.

local, torna-se extrema de dúvidas que a função social da propriedade hoje, no Brasil, faz-se de acordo com o conteúdo que lhe foi impresso na Carta de 1988. Então, pode-se verificar que a função social da propriedade traz consigo, no atual contexto legal-urbanístico brasileiro, toda a carga de avanço social e democrático que representou a Constituição Federal. Trata-se a mesma de um diploma legal onde impera a intenção<sup>31</sup> de se fazer do Brasil um país justo, solidário e fraterno, um Estado democrático no qual estejam assegurados os direitos sociais, de liberdade, igualdade, segurança e justiça.<sup>32</sup>

Assim, é preciso entender os fundamentos e objetivos da Constituição de 1988 para, então, entender a situação em que se encontram a propriedade e a função social da mesma no Brasil<sup>33</sup>.

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. São objetivos da República Federativa do Brasil, estabelecidos no artigo 3º da Constituição Federal, construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Dessa feita, tomando como marco a teoria da constituição, pode-se identificar a função social da propriedade no atual contexto nacional, levando-se em conta os princípios constitucionais e sua interpretação, bem como a existência de uma ordem urbanística constitucional.

<sup>31</sup> O uso da expressão “intenção” aqui, ainda que não seja o mais adequado para definir as prescrições de uma Constituição Federal, foi empregado tendo em vista os questionamentos que qualquer brasileiro faria diante das expressões que o seguem (bem estar social, justiça, segurança etc.) e o real contexto brasileiro.

<sup>32</sup> Preâmbulo constitucional: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

<sup>33</sup> A verdadeira natureza constitucional da propriedade é sempre um direito-meio e não um direito-fim. A propriedade não é garantida em si mesma, mas como instrumento de proteção de valores fundamentais<sup>33</sup>.

À época da promulgação da Carta de 1988, o Brasil vivia um período em que o fortalecimento do sindicalismo e dos movimentos sociais determinava uma nova definição da ordem política nacional, à medida que os mesmos propugnavam pela participação efetiva da população na tomada de decisões e no estabelecimento de alguns princípios de “justiça popular”, o que, sem sombra de dúvida, levou a um grande questionamento e a uma conseqüente crise de legalidade.

Nesse cenário, a feitura da Constituição conviveu com crescentes formas de pluralismo jurídico existentes na sociedade brasileira, e a principal expectativa popular era o reconhecimento de padrões de legitimidade definidos pela população. Nesse quadro social, encontrava-se, pois, parcela expressiva da população nacional, podendo identificar os sem-terra, sem teto, inquilinos e favelados, enfim, segmentos que não eram aceitos pela legislação oficial.<sup>34</sup> Tais situações são as conseqüências da sociedade capitalista da qual se trata. Sem querer voltar a Marx, mas sendo impossível deixar de associar a realidade brasileira às suas idéias, vê-se presente na sociedade pátria uma racionalidade instrumental, voltada para a otimização do lucro e do poder no espaço urbano, produzindo como uma das principais seqüelas a segregação urbana, pois os processos de decidibilidade das cidades em sua imensa maioria possuem como objetivo apartar os ricos dos pobres<sup>35</sup>.

Verificava-se, nesse contexto, a necessidade de uma nova ordem legal, mais justa<sup>36</sup> e democrática, que tornasse explícito o reconhecimento da

propriedade social; mais além, que representasse uma mudança de paradigmas – a qual traria consigo o surgimento dos direitos de efetiva participação popular na tomada de decisões – da integração social e comunitária dos segmentos marginalizados, bem como o direito a uma cidade sustentável. Trata-se, pois, de um processo de reconstrução de valores éticos, o que se faz urgente numa sociedade de riscos<sup>37</sup>.

“A máxima rousseauiana de que todo poder emana do povo e que a favor dele deve ser exercido, ganha concretude quando os cidadãos reivindicam e participam.”<sup>38</sup>

Esse processo de reconstrução, pautado por uma fundamentação ética<sup>39</sup>, será alcançado da melhor forma seguindo os passos da teoria discursiva do direito, quais sejam: a *ação comunicativa*, que se funda numa ética discursiva, que é o processo de interação lingüisticamente mediado, voltado para os interesses emancipatórios da humanidade; o *combate à jurisdicização da vida cotidiana*, que termina sendo fator de dependência do cidadão perante o aparelho burocrático do Estado, culminando, inclusive, no empobrecimento cultural; *remoção dos obstáculos à ampla participação do cidadãos nos processos de decidibilidade jurídica*,<sup>40</sup> buscando a vontade discursiva dos cidadãos, com o objetivo de produzir padrões de desenvolvimento sustentável das cidades, como fundamento da ordem legal. É certo que toda essa pretensão, ou seja, essa virada paradigmática, ainda não aconteceu, em sua integralidade, na prática. Porém, têm-se hoje, com a

<sup>34</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Justiça legal e justiça social: conflitos de propriedade no Recife*. In: ARRUDA FALCÃO, Joaquim de Aguiar (Org.). *Conflito de direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

<sup>35</sup> Para Ricardo Pereira Lira, “diante do assentamento humano na cidade não apenas desordenado, mas iníquo, processando-se esse assentamento sob o domínio da chamada segregação residencial, por força da qual as populações carentes e de baixa renda são destinadas às periferias do espaço urbano, em condições de vida as mais dilacerantes, recebendo as áreas de rendimento mais alto os maiores benefícios líquidos das ações do Estado”. Conclui seu pensamento afirmando que se impõe a implantação de uma nova estrutura legal, fixando os contornos nítidos de uma propriedade urbanística e a implantação de uma séria política de regularização fundiária, com especial atenção dirigida às populações carentes. LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 171.

<sup>36</sup> O ideal é que a justiça social fosse o parâmetro para a resolução dos conflitos de interesses ou de valores, ainda que Kelsen afirme ser este outro problema, por não se saber ao certo o que, efetivamente, seria a verdadeira justiça. KELSEN, Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 2.

<sup>37</sup> Essa expressão é usada por Maurício Leal Dias, reportando-se a Ulrich Beck, sociólogo alemão, que fora assistente de Niklas Luhmann. Explica ele que a sociedade de risco é produto da globalização que vem desintegrando a sociedade, para superar esse dilema é necessário, segundo Beck, multiplicar o direito à informação e à educação ambiental. DIAS, Maurício Leal. *Notas sobre direito urbanístico*. I Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico, 2000, Belo Horizonte. *Anais ...* Belo Horizonte: OAB/MG, 2001.

<sup>38</sup> SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação: cidadania, direito, Estado, município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 128.

<sup>39</sup> Sem fazer apologia ou afirmações categóricas, neste contexto é pertinente citar que, conforme Gioele Solari, Marx superou a propriedade privada e encontrou a solução dos conflitos da sociedade burguesa na sublimação do Estado ético. In: BOBBIO, Norberto. *Estudos sobre Hegel: direito, sociedade civil, Estado*. Trad. Luiz Sérgio Henriques e Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista; Brasiliense, 1995. p. 189.

<sup>40</sup> HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. de Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

Constituição Federal e o Estatuto da Cidade, os elementos jurídicos que possibilitam a efetivação desse anseio social na realidade concreta.

A Constituição Federal, no capítulo que consagrou à política urbana, traçou três pontos principais, que, segundo Edésio Fernandes, constituem um marco para o direito urbanístico brasileiro. São eles: primeiramente a atribuição às autoridades públicas locais da faculdade de promulgar leis reguladoras do uso e desenvolvimento do solo urbano, garantindo o desenvolvimento total das funções sociais da cidade e do bem-estar de seus habitantes, adotando-se a obrigatoriedade do plano-diretor para os municípios com mais de 20.000 habitantes. Um segundo ponto de relevo é a consagração da propriedade como princípio básico da ordem econômica nos artigos 5º, incisos XXII e XXIII; 170 e 182, § 2º da Constituição Federal. Por último, destaca-se o usucapião das áreas urbanas de até 250 m², transcorridos cinco anos de posse pacífica, nos termos do artigo 183.<sup>41</sup>

A grande novidade, e avanço, por conseguinte, é o fato de que pela primeira vez, no Brasil, dotou-se a função social de um significado. Em vez de optar por afirmações retóricas e imprecisas, a Constituição Federal condicionou o atendimento da função social às exigências do plano-diretor. E a lei que regulamenta esse capítulo constitucional referente à política urbana é o Estatuto da Cidade, Lei 10.257. Desse modo, para serem alcançados os objetivos da política urbana de garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e do cumprimento da função social da propriedade e garantir condições dignas de vida urbana, o Poder Público – e nesse passo ressalta-se o Poder Público municipal – deve atender às exigências fundamentais do plano-diretor e às diretrizes previstas no Estatuto da Cidade.<sup>42</sup>

#### 4. LIMITAÇÕES URBANÍSTICAS AO DIREITO DE PROPRIEDADE

##### 4.1. Limitações urbanísticas: conceito, conteúdo, espécies

Como visto, o direito de propriedade não possui mais o caráter dogmático de outrora. Assim, com o passar dos anos e a evolução político-

<sup>41</sup> FERNANDES, Edésio. *Direito e urbanização no Brasil*. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 219.

<sup>42</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. *Estatuto da cidade e o plano diretor – possibilidades de uma nova ordem legal urbana e democrática*. In: OSÓRIO, Leticia Marques (Org.). *Estatuto da cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 78/79.

social, o direito de propriedade passou a ser permeado por restrições e limitações, derrubando, como dito, seu caráter absoluto. Muitos autores, entre eles Jefferson Daibert<sup>43</sup>, pretenderam classificar as limitações do direito de propriedade, o que se afigura num feito quase impossível, devido à sua diversidade. Por ora se esclarece que não se pretende aqui enumerar as limitações e esgotá-las, haja vista que tal seria deveras pretencioso e até mesmo ilusório, devido à grande variedade de limitações que hoje em dia incide sobre a propriedade.

Voltando a Daibert, entende o doutrinador existirem três tipos de restrições<sup>44</sup> ao direito de propriedade: as legais, resultantes da lei, e aqui estariam as limitações constitucionais e administrativas; as jurídicas, resultante do entendimento do direito; e as voluntárias, provenientes da vontade do proprietário, podendo ser esta de duas naturezas, as que limitam pela constituição de um direito real sobre a coisa e as que limitam a faculdade de dispor da coisa ao transmiti-la.<sup>45</sup>

Outra forma de entender as limitações seria a que as divide em limites constitucionais, administrativos, militares, eleitorais, penais e civis. Dessa forma, as principais limitações constitucionais ao absoluto exercício da propriedade são a desapropriação; a determinação de que as jazidas, os recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo e pertencem à União; a instituição do monopólio que afasta a iniciativa privada; e a limitação ao exercício das atividades de comunicação.

As principais limitações administrativas são a proteção ao patrimônio histórico e cultural; as servidões em terrenos lindeiros às jazidas; a preservação da flora e fauna; a observância das normas jurídicas referentes ao zoneamento; a observância das normas jurídicas referentes ao urbanismo; as restrições de emissão de gases e de produtos químicos na atmosfera e nas águas, para proteção do meio ambiente<sup>46</sup>; e a requisição de imóveis durante o período eleitoral, quando o proprietário poderá ter que ceder seu imóvel para

<sup>43</sup> In: CAMPOS, Antônio Macedo de. *Teoria e prática do usucapião*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 51/55.

<sup>44</sup> No magistério de Wilson Rodrigues Alves, as limitações distinguem-se das restrições. Ambas atingem o conteúdo e o exercício do direito dominical. Para esse autor, “as limitações decorrem imediatamente da lei, enquanto as restrições dos negócios jurídicos, dos atos negociais, em que pesem opiniões em contrário”. In: ALVES, Wilson Rodrigues. *Uso nocivo da propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 179.

<sup>45</sup> Idem.; Ibidem.

<sup>46</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 143.

nele funcionarem as mesas receptoras de votos; e as limitações militares e de guerra<sup>47</sup>.

As limitações penais caracterizam-se essencialmente pelo fato de o proprietário não poder utilizar-se da coisa como produto de crime. Daí, com a instauração do inquérito policial, têm-se a apreensão dos instrumentos do crime e todos os objetos relacionados com o ato, os quais, se houver condenação, serão confiscados pela União. Além disso, tem-se a expropriação não-indenizável das glebas onde foram encontradas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. Há que se falar ainda da perda da propriedade dos bens adquiridos com o produto do crime.

As limitações civis ao direito de propriedade são principalmente relacionadas ao direito de vizinhança. Entre as mais comuns, destaca-se a vedação da perturbação da paz ou sossego dos vizinhos; o uso nocivo do bem que comprometa a vida, saúde ou segurança dos mesmos; o escoamento natural das águas; os limites entre os prédios; e os limites do direito de construção, conforme as posturas municipais e o respeito aos vizinhos, bem como da tapagem, ou seja, do levantamento de cerca ou muro em prédio urbano ou rural.

Neste trabalho, pretendeu-se tecer alguns comentários sobre as limitações urbanísticas ao direito de propriedade. Portanto, não são todas as formas de limitação deste direito, as quais, de modo muito rápido, fez-se alusão anteriormente e serão, novamente, abordadas.

#### 4.2. Limitações urbanísticas ao direito de propriedade: o problema da denominação, delimitação do tema e definição

No entender de Toshio Mukai<sup>48</sup>, as limitações urbanísticas constituem-se em espécies do gênero limitações administrativas e decorrem do poder de polícia do Poder Público. Sujeitam-se às regras do direito constitucional e do direito administrativo. O fundamento dessas ingerências administrativas da propriedade privada é a função social desta, garantida constitucionalmente.

Ainda conforme a lição do professor paulista, as limitações urbanísticas só podem advir de lei formal e se classificam em três grupos: as

que impõem obrigações de fazer, as que impõem obrigações de não fazer e as que impõem obrigações de deixar fazer<sup>49</sup>.

Liana Portilho Mattos entende, de forma um pouco diversa, que as limitações urbanísticas se dividem em restrições, servidões e desapropriações urbanísticas. Ela acrescenta, a par dessas três modalidades, a ocupação temporária, a requisição, o parcelamento e a edificação compulsórios. Enquadra, ainda, o tombamento como categoria própria de limitação, ressaltando que existem entendimentos no sentido de que o tombamento seria uma categoria de servidão e outros de que se enquadraria nas restrições.

O que Liana Portilho Mattos chama de restrições, Maria Sylvia Zanella de Pietro<sup>50</sup> denomina limitações administrativas. Na verdade, Di Pietro faz a mesma divisão da autora supracitada, porém altera a denominação de restrições para limitações administrativas. Vê-se, portanto, que há certa dificuldade a ser enfrentada no caso das denominações, já que alguns autores fazem, e outros não, diferenciações entre limitações, restrições, limitações administrativas, limitações urbanísticas, servidões, desapropriações etc.

Com o escopo de esclarecer do que realmente pretende-se tratar, e sem fazer qualquer julgamento sobre os posicionamentos adotados por outros autores, esclarecem-se as denominações que serão empregadas no decorrer deste trabalho. Assim, para efeito do presente, limitações urbanísticas à propriedade seriam o gênero dentro do qual se incluem como principais espécies as limitações administrativas, a servidão administrativa, a ocupação temporária, a requisição administrativa, o parcelamento, a edificação e utilização compulsórios, o tombamento e a desapropriação.

Segue-se, pois, nos tópicos subseqüentes, com o cometimento necessário ao propósito deste estudo, uma breve análise desses institutos.

#### 4.3. Principais espécies de limitações urbanísticas ao direito de propriedade: breve análise conceitual e finalística

As limitações administrativas compreendem o conjunto de restrições impostas à propriedade, de modo a definir a extensão das prerrogativas que possui o proprietário. Assim, expressam os limites do direito de usar, gozar e

<sup>47</sup> GAMA, Ricardo Rodrigues. *Direito das coisas*. São Paulo: Data Juris, 1994. p. 101.

<sup>48</sup> MUKAI, Toshio. *Direito e legislação urbanística no Brasil: história, teoria, prática*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 70.

<sup>49</sup> MUKAI, Toshio. *Direito e legislação urbanística no Brasil: história, teoria, prática*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 71.

<sup>50</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 124.

dispor, em conformidade com a lei. Vê-se que as limitações administrativas apenas conformam o direito de propriedade e não o atingem estruturalmente.

Bielsa<sup>51</sup> aponta as seguintes características das limitações administrativas: impõem obrigação de não fazer ou deixar fazer; só vão até onde exija a necessidade administrativa, uma vez que se deve sacrificar o direito privado somente até o estritamente necessário para o atendimento do interesse público; não geram direito à indenização, por serem genéricas e definidoras do próprio direito de propriedade.

As limitações administrativas à propriedade decorrem de normas gerais e abstratas, dirigidas à coletividade de modo geral, e protegem ou tutelam interesses abstratos. Conforme Di Pietro<sup>52</sup>, as limitações destinam-se a assegurar interesses públicos, como segurança, salubridade, estética e defesa nacional, entre outros. Seriam, pois, exemplos das mesmas as limitações que impõem a adoção de medidas técnicas para a construção de imóveis, visando à sua segurança e mesmo à salubridade pública e às que restringem a altura dos prédios. Termina a autora por definir as limitações administrativas como:

“Medidas de caráter geral, impostas com fundamento no poder de polícia do Estado, gerando para os proprietários obrigações positivas ou negativas, com o fim de condicionar o exercício de propriedade ao bem-estar social.”

Ainda entre as limitações administrativas de uso da propriedade existem, além do plano-diretor, normas de delimitação de zona urbana, traçado urbano, uso e ocupação do solo, zoneamento, loteamento e estética urbana. A servidão administrativa ultrapassa os limites razoáveis de imposição das limitações urbanísticas, num tanto superior às limitações administrativas. São restrições ao uso normal da propriedade impostas a imóveis determinados ou em geral, impostas como ônus real público, ou seja, em prol do interesse público.

Conforme Rafael Bielsa<sup>53</sup>, a servidão administrativa é um direito público real, constituído por uma entidade pública sobre um bem privado, com o objetivo de que este sirva ao uso público, como uma extensão ou

dependência do domínio público. A natureza dessa limitação urbanística é de direito real sobre coisa alheia, instituído, com base em lei, por uma entidade pública ou por seus delegados, em proveito de um serviço público ou de um bem afetado para fim de utilidade pública. As servidões urbanísticas podem ou não gerar direito à indenização, dependendo da intensidade da ação intervencionista estatal. Se a servidão gerar um sacrifício ao proprietário, em benefício de toda a coletividade, ele terá direito à indenização, como forma de compensação pelo maior prejuízo.

A existência dessas servidões está diretamente ligada à da necessidade do Poder Público e à utilidade do prédio serviente. Daí dizer-se que são perpétuas, no sentido de que subsistem enquanto perdurarem a necessidade e a utilidade. A diferença entre limitação administrativa e servidão administrativa é que na primeira a obrigação de não fazer é imposta abstrata e genericamente a toda a coletividade em prol do interesse público, ao passo que na segunda a restrição se faz em favor de determinado bem, afetado a uma utilidade pública. A existência, pois, da coisa dominante na servidão e a não-existência da mesma na limitação é que distingue os dois institutos. A ocupação temporária é a utilização transitória, remunerada ou gratuita, da propriedade privada para fins de interesse público. Exemplo é a utilização de terrenos sem edificações vizinhos de obra pública, necessários à sua realização<sup>54</sup>.

A requisição administrativa, por sua vez, é forma de limitação à propriedade privada e de intervenção estatal no domínio econômico que pode recair sobre bens imóveis ou móveis ou até mesmo sobre serviços. Pode ser utilizadas conforme a necessidade ou o interesse público, em tempo de paz e de guerra<sup>55</sup>.

“Fixando seus elementos característicos, pode-se conceituar a requisição administrativa como ato administrativo unilateral, auto-executório e oneroso, consistente na utilização de bens ou de serviços particulares pela Administração, para atender a necessidades coletivas em tempo de guerra ou em caso de perigo público iminente.”<sup>56</sup>

<sup>51</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. *Ob. Cit.* p. 124.

<sup>52</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. *Ob. Cit.* p. 125/126.

<sup>53</sup> In MUKAI, Toshio. *Op. cit.* p. 78.

<sup>54</sup> Decreto-Lei 3.365, de 21/06/1941; artigo 36.

<sup>55</sup> Vide artigo 22, inciso III, da Constituição Federal.

<sup>56</sup> DI PIETRO. *Ob. cit.* p. 129.

O parcelamento, edificação e utilização compulsórios, já previstos no artigo 182, § 4º da Constituição Federal, vêm agora previstos no Estatuto da Cidade, que determina a criação de lei municipal específica para reger o parcelamento, a edificação e a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo essa lei fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

No § 1º, do artigo 5º do Estatuto da Cidade, encontra-se a prescrição de que se considera subutilizado o imóvel cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano-diretor ou em legislação dele decorrente. Ressalta-se que tal critério aplica-se às glebas passíveis de parcelamento, o que facilita o acesso ao imóvel urbano para fins de moradia, incidindo também sobre a ocupação de lotes com construções para diferentes usos.

Procura-se com essas intervenções otimizar os investimentos públicos realizados e penalizar o uso inadequado, condicionando o direito de propriedade à sua função social. Reflexo dessa intervenção é a ampliação da oferta de imóveis no mercado imobiliário e um menor número de imóveis em situação de ociosidade, abandono e mau aproveitamento. Dessa forma, desestimular-se-á o uso do imóvel urbano para fins de especulação e retenção imobiliárias, tornando o seu aproveitamento justo e socialmente adequado.

O parcelamento, a edificação e a utilização compulsórios são instrumentos de aplicação sucessiva, que têm por escopo coibir o processo de especulação<sup>57</sup> imobiliária nas cidades, dando aos imóveis urbanos ociosos uma destinação em benefício da coletividade. Conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o “imóvel urbano não é mercadoria, que se estoca e se especula, mas um bem individual de expressão social, com seus contornos econômicos sujeitos a definições restritivas de interesses público específico local”<sup>58</sup>.

O tombamento<sup>59</sup> é uma das formas de preservação do patrimônio cultural. “É a declaração pelo poder público, de que determinado bem,

móvel ou imóvel, possui valor histórico, cultural, artístico, turístico, ecológico, paisagístico ou científico e, por isso, há interesse público em protegê-lo.”<sup>60</sup> Importa na inscrição do bem no respectivo Livro do Tombo<sup>61</sup> da repartição federal competente ou nos registros da entidade da federação interessada – município, Estado e Distrito Federal.

A inscrição do bem no Livro do Tombo, que é feita através de um procedimento administrativo, implica restrições parciais ao direito de propriedade do seu titular, à medida que o bem passa a ser considerado de interesse público. Note-se que essas restrições são parciais e, portanto, em regra não geram direito à indenização. O fato de um bem ser tombado não significa estar ele fora do comércio, ser indisponível ou inalienável, mas esse bem sofre restrições em sua utilização e disponibilidade, tendo em vista que passa a estar sujeito a uma série de restrições parciais<sup>62</sup>, como: a obrigação de o proprietário fazer obras de conservação necessárias à preservação do bem ou, se não tiver condições financeiras, comunicar a necessidade ao Poder Público; não poder o proprietário destruir, demolir ou mutilar o bem; o proprietário ter, ainda, que permitir a fiscalização do órgão técnico competente; entre outras restrições.

A desapropriação é a forma extrema de restrição do direito de propriedade, uma vez que se configura como a extinção do direito, advinda de um ato público que gera a transferência do domínio, por força de utilidade ou necessidade pública ou, ainda, por interesse social. Atinge o direito de propriedade em sua substância, por isso sempre gera o dever de indenizar.

“A desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização.”<sup>63</sup>

<sup>57</sup> A retenção especulativa caracteriza-se pela não-utilização do terreno pelo seu proprietário, o qual também não investe e nem utiliza o imóvel, esperando que o seu valor aumente ao longo do tempo, em virtude dos investimentos feitos nas imediações pelo Poder Público e por agentes privados.

<sup>58</sup> In MATTOS, Liana Portilho. *Ob. cit.* p. 68.

<sup>59</sup> Dispôs-se aqui o tombamento como categoria própria dentro do gênero limitações urbanísticas ao direito de propriedade, não se enquadrando nem na classe das limitações administrativas, nem das servidões, conforme orientação da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Op. Cit.* p. 140.

<sup>60</sup> AGUIAR, Joaquim Castro. *Direito da cidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 188/189.

<sup>61</sup> A origem da expressão “Livro do Tombo” provém do direito português, em que tombar significava inscrever, registrar, cadastrar, nos arquivos do Reino, guardados na Torre do Tombo.

<sup>62</sup> As normas gerais sobre tombamento encontram-se previstas no Decreto-Lei 25, de 30/11/1937. A previsão constitucional vem nos artigos 23, III; 24, VII e §§ 1º a 4º; 30, IX; e 216 da Constituição Federal de 1988.

<sup>63</sup> DI PIETRO. *Ob. cit.* p. 151.

A desapropriação por interesse social, que objetiva trazer o bem para gozo, utilização e serventia da comunidade<sup>64</sup>, é uma nova espécie expropriatória, trazida pela Constituição de 1988, no seu artigo 182, § 4º, III, conquista de muitos debates e tentativas de implantá-la, advinda, pois, de tortuoso processo de regulamentação.

Além do Decreto-Lei nº 3.365, de 21/06/1941; das Leis Complementares nº 76, de 06/07/1993, e nº 88, de 23/12/1996, e da Lei nº 4.132, de 10/09/1962; que tratam da desapropriação, ressalta-se a Lei nº 10.257, de 10/07/2001, o Estatuto da Cidade, que, em seu artigo 8º, prescreve que após decorridos cinco anos da cobrança de IPTU – imposto predial e territorial urbano - progressivo<sup>65</sup>, sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, o município poderá proceder à desapropriação do imóvel, mediante o pagamento de indenização em títulos da dívida pública.

A Constituição Federal prevê, conforme se depreende dos artigos 5º, XXIV, e 184, três motivos ensejadores da desapropriação: a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social. Existe necessidade pública quando, para a solução de um problema, é imprescindível incorporar determinado bem ao domínio do Estado. A utilidade pública verifica-se quando a utilização da propriedade é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo. O interesse social relaciona-se com a melhoria das condições de vida da população, a mais equitativa distribuição da riqueza e a atenuação das desigualdades sociais. Ressalta-se que a definição de quais sejam os casos de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social não fica a critério da Administração Pública, uma vez que vem taxativamente expressa em lei. Sempre haverá uma indenização correspondente ao bem desapropriado. Somente em uma hipótese ocorrerá a desapropriação sem indenização: a que se referir a terras onde se cultivem plantas psicotrópicas legalmente proibidas, conforme disposto no artigo 243 da Constituição Federal.

## 5. A FUNÇÃO SOCIAL E AS INGERÊNCIAS ADMINISTRATIVAS NA PROPRIEDADE

### 5.1. A função social como legitimadora

As limitações urbanísticas à propriedade, como o próprio nome indica, são restrições a um direito constitucionalmente garantido. Limitam o direito de propriedade e determinam suas manifestações, ou seja, o uso, a fruição, o gozo e, até mesmo, a disposição do bem. Assim, devem pautar-se na satisfação do bem comum, pois só se justificam diante do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. E é exatamente a determinação desses interesses que deve ser feita conforme os reais anseios da população, visando a uma justa distribuição da terra, redução das desigualdades sociais, promoção da justiça social, preservação ambiental e melhoria das condições de vida. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, portanto, é o que legitima as intervenções urbanísticas na propriedade privada.

Como foi relatado, a instituição da propriedade como um direito individual sem restrições gera a exacerbação do domínio e o desvirtuamento da garantia constitucional.

Neste contexto, trazem-se à colação as idéias de Eros Roberto Grau<sup>66</sup> sobre a distinção entre a função individual e a função social do direito de propriedade:

“Fundamentos distintos justificam propriedade dotada de função individual de propriedade dotada de função social. Encontra justificção, a primeira, na garantia que se reclama de que possa o indivíduo prover a sua subsistência e a de sua família, daí porque concorre para essa justificção a sua origem, acatada quando a ordem jurídica assegura o direito de herança. Já a propriedade dotada de função social é justificada pelos seus fins, seus serviços, sua função.”

### 5.2. A função social como condicionante

À medida que a função social legitima, ou seja, torna aceitáveis legal, moral e juridicamente as limitações urbanísticas ao direito de propriedade, é também a função social que deve condicionar tais intervenções. Isso

<sup>66</sup> In: SAULE JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.* p. 82.

<sup>64</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 4. p. 148.

<sup>65</sup> O IPTU progressivo é um importante instrumento da política urbana, previsto no artigo 7º, do Estatuto da Cidade, Lei 10.257/01, e no artigo 182, § 4º, II, da Constituição Federal, que incidirá sobre a propriedade onde não fora atendida a notificação sobre parcelamento, edificação ou utilização compulsórios. A idéia central deste instituto é punir os proprietários de terrenos cuja ociosidade ou mau aproveitamento acarrete prejuízo à população, com um tributo de valor crescente ano a ano.

significa que as restrições à propriedade só deverão acontecer até o estritamente necessário para o atendimento do bem comum. Já que o fundamento dessas ingerências é a supremacia do interesse público sobre o privado, foge à esfera de abrangência do interesse público a manipulação maquiavélica de institutos segundo o interesse particular de agentes públicos.

Dessa forma, tem-se que o uso e o exercício da propriedade são atingidos pelas limitações urbanísticas, tendo em vista a promoção do interesse público. Condicionar essas intervenções a um interesse público específico, caracterizador de uma função social da propriedade, é a melhor forma de legitimá-las. "A idéia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado."<sup>67</sup>

A política de desenvolvimento urbano estabelecida pelo município deverá ter por meta o atendimento das necessidades básicas da população, principalmente das classes marginalizadas, sob pena de estar em conflito direto com o real escopo de toda a inovação e conquista político-urbanística da Constituição Federal e do Estatuto da Cidade.

Assim, a extensão das limitações ao direito de propriedade deverá ir até onde exigir o interesse público, nenhum passo a mais, sob pena de perder a legitimidade. A ação do poder público que ultrapasse os limites indispensáveis ao alcance do bem-estar social padecerá de inconstitucionalidade<sup>68</sup>.

## 6. CONCLUSÃO

Tendo chegado ao final dessas considerações, verifica-se que o direito de propriedade passou por diversas concepções ao longo dos tempos, estando hoje condicionado ao interesse e bem-estar social.

A função social da propriedade segue, neste contexto, como determinante de sua forma atual, podendo ser entendida como retificação dos desvios tomados pela utilização excessivamente individualista da propriedade, não conciliada com o interesse social; apresenta-se como fator determinante do que é considerado prejudicial à coletividade no exercício do

feixe de poderes decorrentes do direito de propriedade. E isso varia conforme o contexto social que se vive.

No Brasil, a Constituição Federal garante a propriedade privada como um direito fundamental. Porém, condiciona o seu exercício ao cumprimento de sua função social.

Nesta sorte de idéias surgem as limitações urbanísticas à propriedade, as quais são formas de restrições do Poder Público sobre a propriedade privada, que implicam comedimento de um interesse privado em prol do interesse público.

Diante desses fatores, afere-se que o direito de propriedade assumiu uma dimensão pública, muito distante da caracterização absolutista de outrora. O proprietário, além de não utilizar seu direito de forma prejudicial a outrem, deve fazê-lo de forma que beneficie a coletividade. Contudo, o poder do Estado de impor limitações urbanísticas à propriedade não é irrestrito, sob pena de descaracterizar o instituto da propriedade privada, que é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal.

A função social aparece exatamente como baliza dessa dicotomia, qual seja o direito do proprietário de utilizar a sua propriedade de acordo com o seu interesse particular e o dever de utilizá-la conforme o interesse social. A função social alia a existência de ambos os institutos, propriedade privada e limitações urbanísticas à propriedade, delimitando o campo de incidência de cada um e condicionando a propriedade privada a um interesse público sem desnaturá-la.

Na busca da preservação dos ideais da política urbana constitucional, verifica-se que as limitações urbanísticas à propriedade devem ser partes integrantes de um conjunto de medidas adotadas pela política de desenvolvimento urbano, a ser estabelecida pelo município, visando, essencialmente, ao atendimento das necessidades básicas da população, notadamente das classes marginalizadas.

Fundamental, porém, é que essas intervenções estejam permeadas pelo senso de justiça e de inclusão social que norteiam a disciplina constitucional da matéria.

## 7. RESUMO

A propriedade privada é atingida por uma série de limitações urbanísticas, tendo em vista a promoção do interesse público. Para aliar a existência desses dois institutos, quais sejam o direito de propriedade e as limitações urbanísticas à propriedade, sem desnaturá-los, faz-se

<sup>67</sup> ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milão: A. Giuffrè, 1968. v. 4, p. 191. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 107.

<sup>68</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 114.

imprescindível que a atuação do administrador público seja pautada pelo atendimento da função social da propriedade. É a função social que irá legitimar as intervenções administrativas no direito de propriedade, condicionando essas ingerências a um interesse público específico, caracterizador de uma função social da propriedade.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Miguel Reis. LISO, Carlos Henrique. A concessão de direito real de uso na regularização fundiária. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

AGUIAR, Joaquim Castro. *Direito da cidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ALVES, Vilson Rodrigues. *Uso nocivo da propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BEZNOS, Clóvis. *Direito administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BOBBIO, Norberto. *Estudos sobre Hegel: direito, sociedade civil, Estado*. Trad. Luiz Sérgio Henriques e Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Universidade Estadual Paulista; Brasiliense, 1995.

BRASIL. Constituição de República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Dispõe sobre a organização da proteção do patrimônio artístico nacional e dá outras providências. Brasília: DOU, 1º.12.1937.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública. Brasília: DOU, 18.07.1941.

BRASIL. Lei nº 3.0701, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Brasília: DOU, 1º.01.1916.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília: DOU, 11.01.2002.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília: DOU, 11.07.2001.

CAMPOS, Antônio Macedo de. *Teoria e prática do usucapião*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei de desapropriação: Constituição de 1988 e leis ordinárias*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DIAS, Maurício Leal. Notas sobre direito urbanístico. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO URBANÍSTICO, 1, 2000, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: OAB/MG, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERNANDES, Edésio. Direito e urbanização no Brasil. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FERNANDES, Edésio. Direito urbanístico e política urbana no Brasil: uma introdução. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Função social da propriedade na Constituição Federal. *Revista Jurídica In Verbis*, Natal, UFRN/CCSA/Curso de Direito, 1/1, maio/junho, 1995.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Direito das coisas*. São Paulo: Data Juris, 1994.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. de Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOMPARATO, Fábio Konder. *Direitos fundamentais em matéria de propriedade*. [on line]. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo11.htm>> [02.04.2202].

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana*. Petrópolis: Vozes, 2001.

MATTOS, Liana Portilho. *Limitações urbanísticas à propriedade*. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

MUKAI, Toshio. *Direito e legislação urbanística no Brasil: história, teoria, prática*. São Paulo: Saraiva, 1998.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Trad. Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PERALMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 4.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTA MARIA, José Serpa de. *Direitos reais limitados*. Brasília/DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Justiça legal e justiça social: conflitos de propriedade no Recife. In: FALCÃO, Joaquim de Aguiar Arruda (Org.). *Conflito de direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SAULE JÚNIOR, Nelson. Estatuto da cidade e o plano diretor – possibilidades de uma nova ordem legal urbana e democrática. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). *Estatuto da cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação: cidadania, direito, Estado, município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.