

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

SOCORRO BEZERRA DOS SANTOS MACHADO

PROPRIEDADE PRIVADA E FUNÇÃO SOCIAL: O
REGIME JURÍDICO DA PROPRIEDADE URBANA NO
BRASIL

POUSO ALEGRE-MG

2014

SOCORRO BEZERRA DOS SANTOS MACHADO

PROPRIEDADE PRIVADA E FUNÇÃO SOCIAL: O
REGIME JURÍDICO DA PROPRIEDADE URBANA NO
BRASIL

Dissertação, apresentada como exigência parcial para
obtenção do Título de Mestre em Direito ao Programa
de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de
Minas.

Orientador: Professor Dr. Elias Kallás Filho

POUSO ALEGRE-MG

2014

FICHA CATALOGRÁFICA

M149P

MACHADO, Socorro Bezerra dos Santos.

Propriedade Privada e Função Social: O Regime Jurídico da Propriedade Urbana no Brasil.
Pouso Alegre – MG: FDSM, 2014. 113 p.

Orientador: Elias Kallás Filho.

Dissertação – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Mestre em Direito.

1. Propriedade Privada. 2. Função Social. 3. Direitos Fundamentais. I Kallás Filho, Elias. II Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós-graduação em Direito.

CDU -340

SOCORRO BEZERRA DOS SANTOS MACHADO

PROPRIEDADE PRIVADA E FUNÇÃO SOCIAL: O REGIME JURÍDICO DA
PROPRIEDADE URBANA NO BRASIL

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data de aprovação 21/03/2014

Banca examinadora

Prof. Dr. Elias Kallás Filho

Orientador

Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof. Dr. Rivanildo Pereira Diniz

PUC-Minas

Prof^a. Dr^a. Cláudia Mansani Queda Toledo

Faculdade de Direito do Sul de Minas

Pouso Alegre – MG

2014

Se você puser amor naquilo que faz, para fazer os outros felizes, a sua profissão, em qualquer parte, será sempre um rio de bênçãos. (André Luiz)

AGRADECIMENTOS

A Deus pelas bênçãos da oportunidade concedida e capacidade de superação dos obstáculos.

Ao meu esposo e à minha filha pelo amor, incentivo e entendimento dos tantos momentos ausentes.

Ao Prof. Dr. Elias Kallás Filho, orientador, pela disposição e paciência.

Ao Prof. Dr. Renato Maia pela orientação inicial, apoio no desenvolvimento desse trabalho e pela confiança depositada.

Aos demais professores que com suas aulas, contribuíram para o acréscimo de conhecimentos.

Muito obrigada aos amigos e colegas que contribuíram de alguma forma para a conclusão deste trabalho. Em especial: Rubens Alves da Silva, Aline Hadad, Augusto Carvalho, Vanessa Gavião, Désirée, Cristiano e Shirlene.

RESUMO

MACHADO, Socorro Bezerra dos Santos. Propriedade Privada e Função Social: O Regime Jurídico da Propriedade Urbana no Brasil, 2014. 113 p. Dissertação – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-graduação: Mestre em Direito. Pouso Alegre – MG, 2014.

A pesquisa objetiva contextualizar a propriedade privada e a função social da propriedade urbana hodiernamente no ordenamento jurídico brasileiro, verificando a imbricação dos dois institutos, considerados como direito fundamental, e a possibilidade de efetivação desses direitos. O estudo do direito de propriedade continua atraindo pesquisadores, doutrinadores e legisladores diante de sua temática em constante modificação. As modificações políticas e sociais atuaram na formação dos Estados, acarretando mudanças no instituto da propriedade privada que perdeu seu caráter individual e absoluto característico da Modernidade para sujeitar-se à obrigação de cumprir uma função social, característico do Estado Contemporâneo. A Constituição Federal de 1988 atribuiu à propriedade privada e à função social caráter de norma de direito individual fundamental e, diante da sistemática adotada pelo direito constitucional de matriz principiológica, passaram a ser norma de princípio constitucional. Mas o instituto da função social da propriedade traz consigo problemas de efetivação por ser considerado pela doutrina e pelo julgador um conceito fluido e abstrato, necessitando de normatização para sua utilização no caso concreto. A Lei nº 10.257/01, denominada Estatuto da Cidade, veio afastar esse caráter de norma somente constitucional, transformando o instituto em norma positivada, inclusive no nível infraconstitucional. Foram utilizados o método analítico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: 1. Propriedade Privada. 2. Função Social. 3. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

MACHADO, Socorro Bezerra dos Santos. Private Property and Social Function: The Legal Framework of Urban Property in Brazil, 2014. 113 p. Dissertation - School of Law in the South of Minas, Graduate Program: Master of Laws. Pouso Alegre - MG, 2014.

The research aims to contextualize private property and social function of urban property nowadays in the Brazilian legal system, checking the interconnection of the two institutes, considered as an essential right and the possibility to activate these rights. The study of law property continues to attract researchers, jurists and legislators, before its thematic in constant change. The political and social changes acted in the formation of the States, leading to changes in institution of private property that has lost its individual and absolute character characteristic of the Modernity to submit to the obligation to comply a social function, characteristic of the Contemporary State. The Federal Constitution of 1988 attributed to private property and the social function character of essential individual right and before the systematic adopted by the constitutional law of principled matrix, became the standard of constitutional principle. But the institute of social function of property brings problems of effectuation by being considered by the judge and by the doctrine, a fluid and abstract concept, requiring standardization for its use in this case. Law 10.257/01, called the City Statute, came to drive away this character of just a constitutional rule, transforming the institute in positive norms, including the infra-constitutional level. Analytical method and the technique of literature were used.

Key-words: 1. Private Property. 2. Social Function. 3. Essential Rights

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A PROPRIEDADE PRIVADA E A FUNÇÃO SOCIAL	12
1.1. A Propriedade na Modernidade e na Contemporaneidade	13
1.2. Teorias sobre a origem da Propriedade	24
1.3. O Direito de Propriedade	28
1.4. O Direito de Propriedade nas Constituições Brasileiras	32
1.5. A Função Social da Propriedade	36
2. A PROPRIEDADE PRIVADA E A FUNÇÃO SOCIAL COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS	51
2.1. Dos Direitos Naturais do Homem aos Direitos Fundamentais Constitucionais	51
2.2. Princípio da Proporcionalidade e Direito de Propriedade	62
2.3. A Norma de Direito Fundamental.....	67
2.4. A Horizontalização dos Direitos Fundamentais.....	75
2.5. A dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais	76
3. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA E DA CIDADE.....	85
3.1. A Função Social da Propriedade Urbana.....	87
3.2. A Função Social da Cidade	88
3.3. Limitações Impostas pelo Estatuto da Cidade	93
3.4. Efetividade da Função Social da Propriedade	99
3.5. O Regime Jurídico da propriedade	103
CONSIDERAÇÕES FINAIS	109
REFERÊNCIAS	111

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a propriedade privada urbana com destaque para sua função social e, principalmente, sua efetividade, o que exigirá, no tocante à sua instituição e funcionalismo, reflexões de ordem histórico-evolutiva, indicando os aspectos políticos, sociais e jurídicos da propriedade privada na Modernidade e na Contemporaneidade.

O estudo hodierno da propriedade constatará sua concepção de direito individual fundamental, assegurado pela Constituição Federal, como também a prescrição do Código Civil brasileiro nos dispositivos inerentes à propriedade, destacando-se o artigo 1.228 da mencionada Lei nº 10.406/2002 que ressalta no parágrafo 4º a viabilidade de um novo instrumento jurídico instituidor, possivelmente, de um modo de expropriação social ou adquirirá outra denominação apropriada. O referido instituto, por sua função social, inicialmente constituía uma antinomia ideológica e normativa, o que despertou interesse na abordagem mencionada, vista a aparente e inquietante divergência axiológica no que tange ao questionamento entre propriedade privada *versus* função social da propriedade privada.

A presente pesquisa não tem pretensão de esgotar o tema, mas tenciona verificar os principais pontos defendidos pela doutrina, sem aprofundamentos, mas buscando extrair com a pesquisa a importância e a compreensão do direito de propriedade enquanto princípio constitucional, devendo exercer sua função social mediante sua aplicabilidade.

Necessário para a correta compreensão da proposta da presente pesquisa esclarecer que o termo *propriedade* não detém a mesma significação e qualificação do termo *direito de propriedade*. Há distinção entre os termos, sendo o último a expressão do primeiro. Assim, sendo o direito de propriedade, a expressão resultante da propriedade, é costumeiro referir-se à propriedade de forma cumulativa, como expressão *lato*, quando a referência tratar especificamente de propriedade e seus regimes próprios e quando a referência for *stricto sensu*, sobre o direito de propriedade, ou mesmo quando tratar de ambos os aspectos.

A propriedade, ou as propriedades, considerada capítulo relevante do direito, não só do direito econômico como pode ser entendido, em função da Constituição

Federal de 1988 ter protegido tal instituto em capítulo específico para tratar da ordem econômica e financeira, mas de todo o ordenamento jurídico brasileiro, visto que a própria Constituição, de forma inovadora, considerou a propriedade um direito fundamental, atribuindo-lhe uma função social. Trata-se aqui de referenciar a propriedade privada, já que a propriedade pública carrega consigo a funcionalidade, justificado pelo seu objeto e fim de servir aos propósitos dos interesses sociais.

É neste cenário que se extrairá o problema a ser enfrentado na presente pesquisa: a efetivação da função social da propriedade urbana, à luz da Lei nº 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade, que atribuirá um novo regime jurídico para a propriedade urbana.

O desenvolvimento da presente pesquisa ocorrerá em três capítulos, dispostos de maneira descritiva, sobre a propriedade privada e seu respectivo direito, justificando-se sua existência em favor das aspirações sociais, como a liberdade e a igualdade. Referidos capítulos serão assim dispostos:

O capítulo I abordará o caminho histórico da propriedade da modernidade à contemporaneidade, relacionando-a ao desenvolvimento do Estado no paradigma liberal, social e democrático de direito. Apontará as principais teorias que tentam explicar a origem da propriedade privada. Necessário conceituar a propriedade e sua natureza jurídica, assim como, conhecer o desenvolvimento do instituto nas diversas Constituições do Estado brasileiro. Como se verificará, a função social da propriedade não é instituto novo, já se encontra no texto constitucional brasileiro desde a Constituição de 1934, embora seja controversa a sua efetividade, sendo, pois, importante discorrer sobre o instituto. As modificações ocorridas no direito de propriedade gerará um deslocamento do instituto do direito privado para o direito público.

No capítulo II abordar-se-á a propriedade privada e a função social como direitos fundamentais. Serão abordadas as diversas terminologias dos direitos fundamentais e a distinção entre as expressões direitos fundamentais e direitos humanos. O capítulo avançará com o estudo da teoria principiológica das normas constitucionais com apoio nos trabalhos de Robert Alexy, a fim de possibilitar um melhor entendimento do conflito entre os direitos fundamentais.

O capítulo III abordará a propriedade urbana e sua função social, tratará da importância da cidade e seu déficit de efetividade social. A função social da cidade adquire destaque especial a partir da Constituição de 1988 na disposição do artigo 182. A Lei 10.257/01 denominada Estatuto da Cidade virá positivizar o princípio da função social da propriedade, propiciando, na legislação ordinária, a eliminação de qualidade de princípio unicamente constitucional, passando a ser norma jurídica ordinária, passível de plena concretização e imposição, sem perder sua matriz principiológica. O Estatuto estabelecerá diversas limitações à propriedade urbana e regulamentará os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, afastará de vez o debate em torno do regime jurídico da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, como se verá no estudo dos capítulos da lei que tratam sobre o tema.

1. A PROPRIEDADE PRIVADA E A FUNÇÃO SOCIAL

Para abordar a questão do direito de propriedade, faz-se necessário situá-lo de alguma forma no contexto político, econômico, social e histórico, possibilitando o entendimento adequado do seu conteúdo, diante da impossibilidade de se extrair da doutrina um conceito único e absoluto do direito de propriedade que, ao longo do tempo, passou por diversas modificações.

Assim, importante delinear de forma sucinta, um panorama da evolução da noção de propriedade que os autores costumam citar em cinco momentos: Antiguidade clássica, período feudal, Revolução Francesa, Revolução Russa e Contemporaneidade. Entretanto, na presente pesquisa, opta-se por agrupar-se em dois blocos, ou seja, a Modernidade (Estado Liberal) e a Contemporaneidade (Estado Social e Democrático de Direito).

Enfatizando a importância do direito de propriedade nas relações jurídicas, Mattos assim se expressa:

É preciso destacar que o direito de propriedade ocupa um lugar privilegiado nas relações jurídicas, seja entre indivíduos, seja entre entes públicos. Além de ser um direito previsto entre os mais remotos ordenamentos jurídicos de que se tem notícia, a propriedade e, também, uma noção cultural construída e absorvida por todas as pessoas humanas, mesmo que de maneira variada¹.

Para Bessone, a propriedade é considerada um dos primeiros instintos do homem e dos seres em geral que, num primeiro momento, levados por necessidades biológicas, buscaram apropriar-se de coisas que lhes garantissem a subsistência de modo natural. E ainda, a primeira ideia de posse e propriedade nasce da luta pela alimentação e pela subsistência, noção que sofrerá constantes modificações com a inserção do trabalho nas atividades humanas, com a ideia de propriedade móvel, até chegar, hodiernamente, a um conceito mais elaborado - porém, não menos acabado – e complexo de propriedade imobiliária urbana².

Não é errado afirmar que a propriedade nasce baseada numa necessidade social a partir da escassez de bens. Inserida nessa concepção, a propriedade não seria um direito natural, mas um recurso utilizado pelo homem para suprir a necessidade de enfrentar as adversidades de dado momento histórico.

¹ MATTOS, Liana Portilho. *A efetivação da função social da propriedade urbana à luz do estatuto da cidade*. p. 22.

² BESSONE, Darcy. *Direitos reais*; apud MATTOS, Liana Portilho. *A efetividade da função social da propriedade urbana*. p. 22

1.1. A Propriedade Privada na Modernidade e na Contemporaneidade

No século XVII, era o regime monárquico de governo que vigorava na França e em outros países, regime no qual o rei concentrava o poder do Estado podendo instituir e cobrar altos impostos da classe burguesa. Essa alta concentração de poder do monarca culminou na revolução francesa que estabeleceu a soberania do povo, revolução responsável pela separação dos poderes e pelo surgimento do princípio da Legalidade.

A Revolução Francesa nasceu da insatisfação dos detentores de riqueza que embora detivessem posses, não detinham o poder. O movimento adotou como lema a liberdade econômica e a igualdade política, o que acentuava a separação entre o público e o privado.

Esse processo de concentração do poder na figura do soberano pode ser caracterizado por três momentos distintos: no primeiro, uma etapa feudal, num esforço dos reis para legitimarem o poder de direito num poder de fato junto aos vassallos; no segundo, entre os séculos XV e XVI, os reis buscavam criar instituições próprias como os conselhos de funcionários e exércitos; e, no terceiro, compreendidos entre os séculos XVI e XVII, ocorreu uma forma de consolidação dos processos anteriores, levando a racionalização e a burocratização aos níveis mais elevados, definindo os contornos atuais do Estado Moderno.

Nesse terceiro momento, ganham corpo as ideias que inspirariam a Revolução Francesa numa forma de resposta à estrutura social eivada por desigualdades, privilégios e opressão que caracterizam o Estado Absolutista. No contexto político, destaca-se a disputa pelo poder, mantendo-se o rei à custa do grave conflito entre as classes sociais – clero, nobreza e terceiro estado – beneficiando-se de suas diferenças: clero e nobreza gozavam de isenção do pagamento de impostos, enquanto sobre o terceiro estado pesava o encargo de impostos e contribuições de toda sorte a benefício do soberano, clero e nobreza³.

Saliente-se que, nesse momento histórico iniciam-se os direitos da liberdade, sendo os primeiros a constarem dos instrumentos normativos constitucionais que são os direitos civis e políticos, considerados como direitos de primeira geração⁴.

³ MATTOS, L. P. *A efetivação da função social da propriedade urbana à luz do estatuto da cidade*. p. 31.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 563.

Sem adentrar a detalhes históricos, as circunstâncias políticas e sociais que antecederam a revolução transformaram a propriedade numa questão central entre os objetivos revolucionários.

Tal movimento foi fortemente influenciado pelos fisiocratas, defensores da ideia da propriedade como instituição sacrossanta. Segundo Pipes:

A terra era a mais autêntica forma de propriedade, porque apenas a agricultura vinha aumentar a riqueza já existente. O Estado deveria ser governado por proprietários de terras, que eram os únicos de quem se podia dizer que sozinhos possuíam uma pátria: pátria (*patrie*) e patrimônio (*patrimoine*) seriam coisas idênticas⁵.

No período do liberalismo econômico e político, a burguesia tornou-se extremamente privilegiada frente às demais classes da sociedade. Em meados do século XVIII, tem início a revolução industrial, ocorrendo um deslocamento da economia, até então, predominantemente agrícola para a economia industrial, levando a população a concentrar-se nos grandes centros a procura de trabalho.

No liberalismo, o mercado era o deus absoluto. Sendo Adam Smith o expoente dessa fase em virtude de sua teoria que resumia a economia na frase “*Laissez Faire e Laissez Passer*” que traduzida significa: “deixe livre e deixe passar”, com a qual afirmava que as leis econômicas existiam, produziam seus efeitos e passavam. Para Smith o soberano tinha somente três deveres a cumprir, sendo o primeiro a proteção de seu povo da violência e da invasão de outros Estados; o segundo, a proteção, na medida do possível a cada indivíduo da sociedade, da injustiça e da opressão de qualquer outro membro, devendo estabelecer uma adequada administração da justiça; o terceiro dever consistia em erguer e manter certas obras públicas e certas instituições públicas que nunca eram do interesse do indivíduo ou número de indivíduos erguerem e manterem, porque o lucro reembolsaria as despesas para qualquer indivíduo ou de pequenos números de indivíduos, embora possa frequentemente proporcionar mais do que o reembolso a uma sociedade maior.

A igualdade no Estado liberal era apenas formal e, em diversas situações, desproporcional, sendo exemplo a igualdade entre a parte contratante que detinha o capital e a parte contratada que representava a mão-de-obra barata. Mesmo o Estado liberal garantindo igualdade política aos cidadãos, gerava desigualdade

⁵ PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade*. p. 129.

econômica. Pode-se afirmar que no Estado liberal não admitiam-se formas de intervenção na livre iniciativa, assegurando-se a liberdade de empresa, da propriedade privada, dos contratos e do câmbio que representaram liberdades absolutas para esse modelo.

No paradigma do Estado Liberal, a economia submetia-se à lei natural do mercado, em que o indivíduo editava as regras necessárias à regulação das relações comerciais e industriais, regras essas de cunho individualista, não abrangendo a coletividade. Acreditava-se que as trocas deveriam se realizar em extrema liberdade e que uma mão invisível, personificada no mercado, se encarregaria de regular o mercado. Nessa economia, os produtores e consumidores respeitariam as regras e, em razão do equilíbrio entre a oferta e a procura, os preços se estabilizariam sem necessidade de intervenção do Estado.

A Assembleia Nacional Francesa, em 1789, adotou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão consagrando a propriedade como direito sagrado e inviolável, inserindo-o no rol dos direitos naturais e imprescritíveis do homem.

A Constituição Francesa de 1793 seguiu garantindo o direito de propriedade em conformidade com a Declaração de 1789, repetido pelo Código Civil francês de 1804. Nesse Código são esquecidas as limitações remanescentes do período feudal, sendo resgatada a definição romana de propriedade privada, onde a propriedade é o direito de usufruir e dispor de objetos da mais absoluta forma, observando-se que ninguém faça uso dela de maneira proibida por leis ou regulamentações. Ninguém será forçado a desistir de sua propriedade a menos que seja para o bem público e por meio de justa e prévia indenização⁶. O referido dispositivo do Código Civil Francês deu origem a leis e regulamentações que tratavam de restrições ao direito de vizinhança.

Ressalta-se que as constituições liberais não apresentavam normas de ordem econômicas explícitas, algumas, no máximo, regulavam a propriedade privada e a liberdade contratual.

Importante destacar que o Código Civil Francês de 1804 teve forte influência na elaboração do Código Civil Brasileiro de 1916, no qual a noção de propriedade é quase idêntica ao Código Napoleônico. Tal constatação torna-se mais relevante

⁶ PIPES, R. op. cit. p. 66.

quando se compara e destaca-se que “o contexto jurídico, político, social e econômico dos dois países estava longe de guardar semelhanças estreitas, o que causou graves distorções na aplicação do Código Civil Brasileiro”⁷.

A passagem da fórmula liberal do Estado Mínimo para o Estado Social, em sentido mais abrangente, resultou na transformação do perfil do modelo adotado pelo liberalismo clássico, no qual cabia à autoridade pública somente a manutenção da paz e da segurança, limitada tal autoridade pelos impedimentos às liberdades negativas do período. Em meados do século XIX, nota-se uma alteração de rumos e de conteúdos no Estado Liberal, quando este passa a assumir prestações públicas asseguradas ao cidadão como direitos inerentes à cidadania.

No processo de ampliação de atuação positiva do Estado, tem-se a redução das atividades livres do indivíduo em função do crescimento da intervenção e o desaparecimento do Estado Mínimo.

Ainda no século XIX, os movimentos e partidos liberais alteraram a estrutura econômica, social e política da Europa, modificando também a comunidade internacional. Põe-se fim à escravidão, reduz-se a intolerância religiosa, inaugura-se a liberdade de imprensa, discurso e associação, a educação amplia-se; o sufrágio estende-se até sua universalização, embora só se concretize no século XX; Constituições escritas foram elaboradas; o governo representativo consolida-se como modelo de organização política; há a garantia do livre comércio e a eliminação das taxas até então impostas⁸.

As novas demandas sociais dão origem não apenas a um reforço quantitativo na atuação estatal, mas requerem novas estratégias de ação por parte dos entes políticos. Aperfeiçoa-se a atividade prestacional pública como resultado da pressão dos movimentos operários pela regulação das relações produtivas. O Estado passa a intervir, assistindo os desamparados, oficinas públicas são criadas para resolver o desemprego, legisla-se sobre o trabalho de menores, a jornada de trabalho, segurança do trabalho, entre outros.

Nesse período, a liberdade contratual e econômica, símbolos da doutrina econômica liberal – o liberalismo -, é substancialmente reduzida em face da participação do Estado como ator do jogo econômico, atuando no e sobre o domínio

⁷ MATTOS, L. P. *A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do estatuto da cidade*. p. 32.

⁸ STRECK, Lenio Luiz ; MORAIS, José Luís Bolzan. *Ciência política e teoria do Estado*. p. 64.

econômico. Essa atuação, não se limita a somente regularizar ou normatizar as relações de mercado, espraia-se de maneira efetiva e positiva no âmbito da atividade capitalista, seja como agente econômico, seja como parceiro ou como concorrente. Mas a atividade interventiva não se restringirá à esfera financeira, alargar-se-á para vários setores, o que gerará questionamentos sobre o excesso da presença estatal no mercado.

Emerge um novo componente no campo das liberdades. Nas últimas décadas do século XIX, é a justiça social e, por meio das reivindicações igualitárias, iniciando o que se tornará o Estado Social e suas diversas expressões ao longo do século XX e a consolidação das chamadas liberdades positivas.

A ideia de intervenção, considerada uma característica do *Welfare State*, não apresenta-se como novidade no século XX. Embora ocorra uma distinção objetiva entre o papel interventivo contemporâneo – vinculado à ideia de função social – e o assistencial – antes realizado.

O pensamento social surge como oposição à doutrina liberal sustentada pela burguesia no século XVIII e parte do XIX. Esse novo paradigma exige um Estado mais intervencionista que garanta o mínimo existencial como a saúde, a educação e a moradia. Pode-se considerar que seja esse o período em que surge a segunda dimensão dos direitos: econômicos, culturais e sociais, resultado da insatisfação da massa de operários que se insurge contra as condições desumanas de trabalho advindas com a Revolução Industrial e as desigualdades em função da concentração da riqueza nas mãos da burguesia. Tais direitos são introduzidos no constitucionalismo das diversas formas de Estado Social que germinaram por obra da ideologia e do sentimento antiliberal do século XX.

O Estado Social aprofunda-se com o término da primeira guerra mundial, passando a ser titular dos direitos a coletividade e não mais o indivíduo, acarretando uma atuação positiva do Estado.

Diversas Constituições incorporaram os direitos sociais em seu texto, como a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã (Weimar) de 1919, consideradas marcos na elevação da teoria da função social da propriedade à categoria de princípio jurídico constitucional.

As Constituições citadas consagraram que o objetivo da propriedade é satisfazer o bem da coletividade, tendo influenciado fortemente a Constituição Brasileira de 1934. A *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* previa, em seu artigo 27, a distinção entre a propriedade originária, pertencente ao Estado, e a propriedade derivada, pertencente aos particulares. Com efeito, aboliu o caráter absoluto e pleno da propriedade privada, condicionando seu uso ao interesse da coletividade e atendendo aos fundamentos da reforma agrária⁹.

Com a crise do Estado Liberal e a Primeira Guerra Mundial, aflorou-se os ideais antiliberais e os Estados totalitários com práticas que reprimiam as liberdades individuais. O advento da Segunda Guerra Mundial somado aos relatos de violação dos direitos humanos na grande guerra anterior levaram à elaboração, pela Organização das Nações Unidas, da Declaração Universal de Direitos do Homem de 1945, considerada um dos mais importantes documentos da história dos direitos humanos e contempladora do direito à propriedade em seu artigo 17 que diz: “I - Todo o homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. II - Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”.

No Brasil, a proteção do interesse coletivo sobre o individual no que se refere ao direito de propriedade tornou-se relevante a partir da Constituição Federal de 1934, avançando na interpretação doutrinária e jurisprudencial e nas leis infraconstitucionais, como o Estatuto da Terra, até chegar à concepção de propriedade disposta na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002.

O Estado Democrático de Direito estabelece uma delimitação e uma regulamentação das funções do Estado, adotando formas representativas diretamente orientadas para a defesa dos direitos dos cidadãos. Para Pérez Luño, o Estado Democrático de Direito seria uma forma alternativa ao Estado Social: uma organização jurídica, política e de realização econômica, na liberdade com igualdade, dos melhores postulados humanistas do socialismo¹⁰.

Tratando sobre a capacidade transformadora da realidade, nesse paradigma, assevera Streck e Bolzan:

⁹ Artículo 27. La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares constituyendo la propiedad privada.

¹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. p. 230.

O Estado democrático de direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência¹¹.

Os autores indicam os mais importantes princípios do Estado Democrático de Direito, que são¹²:

- a) Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma constituição como instrumento básico de garantia jurídica;
- b) Organização democrática da sociedade;
- c) Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distancia, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade;
- d) Justiça social como mecanismos corretivos das desigualdades;
- e) Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa;
- f) Divisão de poderes ou de funções;
- g) Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência;
- h) Segurança e certeza jurídicas.

O Estado Democrático de Direito teria como característica a capacidade de ultrapassar não só a ordenação do Estado Liberal de Direito, mas também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *Welfare State* neocapitalista – atribuindo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade¹³.

Ressalte-se que o novo paradigma apresentado pelo Estado Democrático de Direito é mais de cunho teleológico em sua normatividade do que na forma de utilização de seus instrumentos e conteúdos, os quais vêm sendo construídos já há algum tempo.

Assim, pode-se sustentar que, como contraposição ao modelo absolutista, o modelo liberal se formaliza como Estado de Direito. Este se afasta da ordenação simplista como Estado legal, passando a estabelecer não somente uma regulação jurídico-normativa, mas sim, uma ordenação calcada em conteúdos determinados.

¹¹ STRECK, L.; Luiz. M. *Ciência política e teoria do Estado*. p. 97-98.

¹² Idem. p. 98-99.

¹³ STRECK, L. Luiz; M. *Ciência política e teoria do Estado*. p. 99.

Como liberal, o Estado de Direito sustenta juridicamente o conteúdo próprio do liberalismo, anuindo com a limitação da ação estatal e tendo a lei como ordem geral e abstrata. Enquanto a efetividade da normatividade é garantida, de forma geral, através da imposição de uma sanção aplicada pelo descumprimento da hipótese normativa. Quando assume sua feição social, o Estado de Direito acrescenta à juridicidade liberal um conteúdo social, vinculando a restrição à atividade estatal a prestações implementadas pelo Estado. A lei assume a característica de instrumento de ação concreta do Estado, sendo o garantidor de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. Observe-se que, em todas as situações, a finalidade é a adaptação à ordem estabelecida¹⁴.

Quando assume o caráter democrático, o Estado de Direito objetiva a igualdade e, já não lhe basta a limitação ou a promoção da atuação estatal, mas tenciona a transformação do *status quo*. A lei surge como forma de transformação da sociedade não mais atrelada à sanção ou à promoção. Seu objetivo passa a ser a reestruturação das relações sociais.

Para Streck e Moraes, é com a noção de Estado de Direito que liberalismo e democracia se interpenetram, possibilitando a redução das divergências econômicas e sociais à unidade formal do sistema legal, principalmente através de uma constituição, no qual deve prevalecer o interesse da maioria. A Constituição passa a ser localizada no ápice de uma pirâmide escalonada, fundamentando a legislação que passa a ser aceita como poder legítimo. A mudança do conceito de Estado de Direito implicará um novo modelo para o Estado e o Direito e essa nova estrutura apresenta duas dicotomias que são absolutista/liberal e Estado Legal/Estado de Direito que vão se instalando em conjunto e estabelecendo o que convencionamos apontar como Estado Moderno, ou seja, um Estado com o centro unificado de tomada e implementação das decisões caracterizado pelo poder soberano incontestável sobre um determinado espaço geográfico – território¹⁵.

Portanto, como dito alhures, um dos objetivos fundamentais do Estado Democrático é a realização da justiça social, assim como encontra-se fundado no princípio da soberania popular, apresentando-se como garantidor dos direitos fundamentais da pessoa humana, além de na sua base encontrar-se o princípio da

¹⁴ STRECK, L. Luiz; M. *Ciência política e teoria do Estado*. p. 100.

¹⁵ STRECK, L. Luiz; M. *Ciência política e teoria do Estado*. p. 101-102.

legalidade. Mas diferente do encontrado nos outros paradigmas igualmente submetidos ao império da lei, no Estado Democrático, a lei busca realizar o princípio da igualdade e da justiça para além da mera formalidade.

Tratando sobre o tema, Silva sustenta que a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito, mas, na verdade, consiste na criação de um novo conceito que, levando em conta os conceitos dos elementos competentes, supera-os na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. [...] O Direito, enriquecido do sentir popular, ajusta-se ao interesse coletivo¹⁶.

Sob a perspectiva e a influência dos princípios democráticos, sofre alterações o conceito de propriedade diante do objetivo de se adequar à nova ordem jurídico-política numa clara mudança de concepção adotada nos paradigmas anteriores. Nesse contexto, já não há lugar para o conceito de direito de propriedade absoluto e sagrado, nem individualista e de gozo irrestrito.

A ideia de uma propriedade funcionalizada, que atendesse não só os interesses de seu detentor, mas que seu exercício também se desse em benefício da coletividade, modificou-se com o passar do tempo. Desde a obra precursora de Santo Tomás de Aquino, a ideia de que a propriedade carecia cumprir uma função social, a fim de ser justa, gradativamente, foi ganhando legitimidade. A evolução da propriedade ocorre no sentido de uma propriedade-direito para uma propriedade-função¹⁷.

Ao longo do século XX, a configuração da propriedade fundiária sofreu significativas mudanças no Brasil. O modelo de propriedade até hoje hegemônico foi dado pelas normas do Código Civil de 1916 que foi inspirado no Código Civil francês de 1804, que consagrou doutrinas individualistas e voluntaristas da propriedade. Necessário ressaltar que, embora feita a opção por inspirar-se no Código Francês, o contexto social e político brasileiro da época era bem diferente do da França. Reforçando, destaca Tepedino que naquele momento, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, especialmente o contratante e o proprietário, os quais

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 119-120.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. p. 25.

aspiravam ao aniquilamento de todos os privilégios feudais para poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade sem restrições ou entraves legais. Essa era filosofia do século XIX, que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil¹⁸.

A Constituição Brasileira de 1934 pela primeira vez previu a necessidade de a propriedade atender a interesses diversos dos do proprietário, posteriormente todas as constituições continham formalmente o princípio da função social da propriedade até chegar a Constituição de 1988 que veio consolidar esse princípio.

Com a crescente sofisticação e especialização do Direito, o tratamento da propriedade imobiliária deixa de ser exclusividade do Direito Civil, passa a transitar entre o Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Ambiental e Direito Urbanístico. É crível verificar uma tendência de publicização do direito de propriedade, que passa a ser identificado como uma “obrigação orientada socialmente”¹⁹.

Apesar do debate de onde situar o direito de propriedade, se no direito público, se no direito privado; no tocante à conformação da propriedade imobiliária urbana, a tendência foi salvaguardá-lo no Direito Civil por meio de algumas normas com restrições ao direito de vizinhança e ao direito de construir. Num segundo momento, coube ao Direito Administrativo ditar as normas de intervenção na propriedade de forma mais severa que a simples relação entre proprietários, passa a relação a ser entre proprietário privado e o Poder Público detentor do monopólio da noção de interesse público.

Nos últimos anos, uma corrente de civilistas, desenvolvendo estudos em temas clássicos, entre eles a propriedade privada, passou a considerar uma perspectiva de interpretação conforme as normas constitucionais trazidas ao ordenamento em 1988. Essa dogmática, marcada pela interpenetração do direito público e do direito privado passou a ser chamada de “Direito Civil Constitucional” que, como sustenta Tepedino, trata-se de uma forma de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, uma releitura do direito civil à luz da Constituição, privilegiando os valores não patrimoniais e, em especial, a dignidade

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. p. 2.

¹⁹ FERNANDES, Edésio; apud MATTOS, Liana Portilho. *A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do estatuto da cidade*. p. 38.

da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva para cuja atenção deve voltar-se a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais²⁰.

Assevera Mattos que o enfoque civilista “puro” ou tradicional ainda tem sido determinante na resolução dos conflitos envolvendo o direito de propriedade imobiliária nos Tribunais pátrios, sendo as decisões pautadas, em grande parte, no direito administrativo e no direito ambiental²¹.

Destarte, afirma Fernandes que os avanços alcançados são significativos se comparados às possibilidades de ação do Estado no controle da propriedade imobiliária e do desenvolvimento urbano, em períodos recentes, quando limitavam-se ao binômio “usucapião/desapropriação”:

Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade de 2001, isto é, do princípio da propriedade individual irrestrita ao princípio das restrições urbanísticas ao direito de propriedade, até chegar no princípio da função social da propriedade e da cidade, a ordem jurídica de controle do desenvolvimento urbano foi totalmente reformada. Nesse contexto, não há mais como negar a autonomia acadêmica e político-institucional do Direito Urbanístico, não só pelas referências explícitas feitas a esse ramo do Direito na Constituição Federal de 1988, mas também pelo fato de que foram claramente cumpridos todos os ‘critérios’ tradicionalmente exigidos para o reconhecimento da autonomia de um ramo do Direito: o Direito Urbanístico tem objeto, princípios, institutos e leis próprias²².

Assim, ao longo do século XX, a propriedade imobiliária foi adquirindo novo perfil para, no século XXI, consolidar-se como um direito-dever, condicionada que está ao cumprimento de uma função que atenda à coletividade e não somente ao proprietário.

Esse rápido estudo histórico da propriedade reforça a impossibilidade de um conceito unívoco de propriedade. Diante de seu caráter multifacetário, é necessário atrelar a propriedade, em cada período, com as circunstâncias que contribuíram para traçar o seu significado.

²⁰ TEPEDINO, G. *Temas de direito civil*. p. 22.

²¹ MATTOS, Liana Portilho. *Limitações urbanísticas à propriedade*. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. p. 55-75.

²² FERNANDES, Edésio. *Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil*. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da Cidade Comentado: Lei 10.257, de 10 de julho de 2001*. p. 60.

1.2. Teorias sobre a origem da propriedade

A teoria da primeira ocupação é atribuída a Grócio²³, tal teoria baseia a origem da propriedade no domínio que o homem estendeu sobre a natureza com a posse original da coisa que, a princípio, não tivesse dono ou fosse *res nullius* (coisa de ninguém).

Essa posse originária traria à coisa valor econômico agregando-se ao patrimônio do primeiro ocupante. A partir da primeira ocupação, ocorrem as transmissões sucessivas através do tempo, infinitamente, com a alteração somente do titular do direito, mantendo a coisa a sua essência original.

Para essa teoria bastaria apenas a materialidade da ocupação original, resultando apenas da vontade de quem primeiramente exerceu a ocupação, despreocupando-se com a circunstância em que ocorreu, se de forma violenta ou não, se com justiça ou não.

Essa teoria, pela ausência de substância jurídica, deixa de ser adjetivada como justificável perante o domínio, faltando-lhe o preceito legal que a organize e a insira como uma das formas de aquisição da propriedade.

A teoria do trabalho tem em John Locke, seu mais conhecido defensor, justifica a propriedade pelo trabalho. Defende que as coisas chegam ao domínio do homem através da transformação ou elaboração da matéria bruta e não somente pela apropriação. Portanto, todos os bens da natureza, inclusive a terra, poderiam ser utilizados por quem aprouvesse fazê-lo, não importando mera apropriação do bem da natureza, mas sua modificação em outro bem.

Diferente da teoria anterior, aqui não basta a simples apropriação original, é necessário que o homem exerça sobre a coisa um trabalho intelectual transformador, para que a coisa possa ser reconhecida como de sua propriedade.

Entretanto, para que o trabalho possa ser considerado fonte de bens, consistindo em título de propriedade, é necessário ao homem dispor de matéria bruta necessária para transformar essa matéria em bens. Se os bens econômicos disponíveis fossem ilimitados, não haveria problema, pois todos poderiam se apropriar deles para realizar o trabalho de transformação. Porém, os bens

²³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. p. 82-83.

econômicos são limitados, gerando a necessidade de se perquirir a que título o pretendo proprietário a detém para realização do trabalho gerador da propriedade.

Outra oposição demonstra que o trabalho é um valor que se acresce ao valor da matéria bruta e, somados, totalizam o valor do bem. Logo, o produto final não resultou apenas do trabalho e, logo, não é o trabalho a única justificação da propriedade sobre esse produto final²⁴.

Planiol refuta essa teoria fundamentando sua crítica no fato de que o salário é a recompensa pelo trabalho e não o bem produzido. Por outro lado, a divisão do trabalho na produção de um determinado bem, geraria grave dificuldade na atribuição da propriedade sobre o bem²⁵.

A refutação de Planiol pode opor-se à teoria marxista, que considera que o salário não retribui integralmente o valor do trabalho, gerando uma diferença chamada por Marx de mais-valia, originária do lucro capitalista.

Na teoria da especificação que, às vezes, confunde-se com a teoria do trabalho, a propriedade é decorrente da produção, através do trabalho, de uma espécie totalmente nova, diferente da matéria bruta. A produção do bem deve ser obra do próprio indivíduo que, utilizando-se de instrumentos pessoais, produziu essa nova espécie.

Diante da polêmica gerada entre a importância do trabalho ou da matéria bruta levantada por essa teoria, o Código Civil Brasileiro, com o intuito de justificar a propriedade, procurou por fim à discussão com o disposto no art. 1.269²⁶ baseando-se no direito romano.

A doutrina majoritária questiona a aceitação dessa teoria em função da preocupação com a aquisição da propriedade diante da impossibilidade de justificar a instituição da propriedade privada²⁷.

A teoria da natureza humana é considerada como a corrente doutrinária mais consistente. Para essa teoria, a propriedade é inerente à natureza humana, tendo a

²⁴ GEORGE, Henry; *apud* COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. *A constitucionalização do direito de propriedade privada*. p. 51.

²⁵ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. *A constitucionalização do direito de propriedade privada*. p. 52.

²⁶ Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10/01/2002), art. 1.269: "Aquele que, trabalhando em matéria-prima em parte alheia, obtiver espécie nova, desta será proprietário, se não se puder restituir à forma anterior".

²⁷ BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*; *apud* COSTA, Cassia Celina Paulo Moreira. *A constitucionalização do direito de propriedade privada*. p. 52.

igreja católica como uma de suas mais fiéis defensoras, encontrando na Bíblia inúmeras referências à atribuição da propriedade da terra ao homem²⁸.

Para tal teoria a aquisição de propriedade é característica natural do homem a ponto de ser indispensável à sua sobrevivência e de se tornar pressuposto de sua liberdade.

O instinto de sobrevivência induz o ser humano a apropriar-se de bens para suprir suas necessidades físicas e morais. Sendo o homem gregário por natureza, tais bens lhe são reconhecidos como direitos protegidos pelo grupo social por meio do sistema jurídico, proteção esta que garante não só a sobrevivência do indivíduo, mas da própria sociedade, que reconhece ser essa atribuição da propriedade individual uma exigência da própria natureza humana.

Para a teoria da natureza humana, a propriedade só existe porque, sem ela, o homem não poderia sobreviver, uma vez que sua natureza exige a apropriação de alguns bens para suprir suas necessidades físicas e morais. Baseado nessa teoria, a partir da Revolução Francesa, o direito de propriedade vem se consagrando nas constituições nacionais, no capítulo dedicado aos direitos fundamentais, a exemplo do disposto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 “I – O fim da sociedade é a felicidade comum. O governo é instituído para garantir ao homem o gozo destes direitos naturais e imprescritíveis. II – Estes direitos são a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade”.

Santo Tomás de Aquino, em sua *Suma Teológica*, ainda no século XIII, defendia a propriedade como um direito natural primário e secundário. Mais tarde essa teoria será adotada pela Igreja, ficando expressa em várias encíclicas papais como a *Rerum Novarum* de Leão XIII (1891), *Quadragesimo Anno*, de Pio XI (1931), *Mater et Magister*, de João XXIII (1961) e *Popularum Progressio*, de Paulo VI (1967).

Considerada pela doutrina como a corrente mais consistente, encontra defesa em Planiol, Ripert, Gustavo Tepedino, Washington de Barros Monteiro, Serpa Lopes e Silvio Rodrigues que entendem ser a propriedade característica natural do homem, sucedânea de sua existência e pressuposto de sua liberdade²⁹.

²⁸ CRETILLA JÚNIOR. José. *Filosofia dos institutos jurídicos*. p.196 e ss.

²⁹ COSTA, C. C. P. M. op. cit p. 54.

Para a teoria individualista ou da personalidade, a propriedade projetaria a extensão da personalidade do proprietário. Mas, para que isso ocorra, exige-se do proprietário a sua constante utilização, fazendo surgir, assim, em relação à coisa, um estado de espírito, uma *affectio*, segundo os romanos. Sem a utilização, a propriedade não tem legitimidade e não merece ser mantida.

A crítica a tal teoria baseia-se no fato de que o homem primitivo não tinha uma noção exata do seu próprio eu. Não possuía consciência de ser dono de qualquer coisa e não desenvolvia apego aos bens.

Por outro lado, o homem atual não desenvolve qualquer relação de afeição em relação aos bens de sua propriedade, exceto em relação a poucos bens, normalmente de uso pessoal, tais como peças de vestuário, livros, itens de coleção, obras de arte e, às vezes, a habitação.

Tratando dessa falta de consciência do “eu” e da noção de sua individualidade no homem primitivo, sustenta COSTA:

Demonstrou a absoluta inexistência da personalidade individual, não tornando possível o acesso à propriedade privada, pois se o homem nesse estágio não se considerava dono de sua própria pessoa, conseqüentemente, não poderia ser proprietário de quaisquer bens, nem, tampouco, apegar-se a eles.

Vista dessa maneira a questão, o proprietário ultrapassaria os limites físico e subjetivo que mantinha com o bem, para desenvolver uma relação mais espiritualizada com o mesmo. Contudo, objetamos ao fato de que esse supra-envolvimento do homem com a coisa que lhe pertence, espiritualizando-a, somente se coaduna com pequenas organizações econômicas, pois, quando tratamos de sociedades industriais, grandes latifúndios, sociedades desenvolvidas e economicamente ativas, não é possível ser criada afeição do homem à coisa, gerando-se exceção apenas a bens de ordem pessoal, tais quais, peças de vestuário ou calçados, livros, peças de coleções, obras de arte e algumas vezes, a habitação³⁰.

A teoria positivista, conhecida como a teoria da lei, corrente promovida por autores como Montesquieu, Hobbes, Benjamin Constant, Mirabeau e Bentham, os quais entendiam ser a propriedade uma concessão do direito positivo, das leis. A propriedade existiria, desse modo, porque a lei assim o quis, estando, portanto, submetida, em seus limites e contornos, à vontade do legislador, que pode alterá-los ao sabor da ordem político-econômica dominante³¹.

Proferindo crítica à teoria da lei, Martins assim observa que, tendo os homens renunciado à sua natural independência para viver sob o regime de leis políticas e

³⁰ COSTA, C. C. P. M. op. cit. p. 56-57.

³¹ MONTEIRO, W. B. *Curso de direito Civil*. p. 83.

tendo renunciado à natural comunidade de bens para viver sob leis civis, com as primeiras conquistaram a liberdade e com as segundas a propriedade. Nascidas juntas, suprimindo-as, toda propriedade desapareceria, porque a acumulação de valores em poder do particular só foi possível quando a primeira, dando um cunho ético ao direito, garantiu na mentalidade dos homens e dos códigos o direito de propriedade³².

Ressalte-se que em alguns países de sistema da *Common Law*, como na Inglaterra, reconhecem o direito de propriedade sem reconhecê-lo numa lei escrita. Por outro lado, a submissão de qualquer direito apenas à ideologia política dominante num determinado momento histórico é fator de considerável insegurança jurídica.

A crítica, em especial, daqueles que defendem uma propriedade vinculada à natureza humana, aponta a fragilidade de uma concepção teórica que sujeita o direito à vontade do legislador, que pode concedê-lo ou suprimi-lo de acordo com suas convicções ideológicas. Para esses críticos, a lei limita-se a reconhecer e a regular o exercício do direito da propriedade, que seria preexistente à lei.

1.3. O Direito de Propriedade

A propriedade tem sido objeto das investigações de historiadores, sociólogos, economistas, políticos e juristas na tentativa de fixar-lhe um conceito, determinar-lhe a origem, caracterizar-lhe os elementos, acompanhar-lhe a evolução, justificá-la ou combatê-la. Portanto, não existe um conceito inflexível do direito de propriedade. Errôneo é considerar um conceito baseado no direito positivo e supor que os lineamentos legais do instituto constituem a cristalização dos princípios em termos permanentes, ou que o estágio atual da propriedade é a última e definitiva fase de seu desenvolvimento, ao contrário, continua modificando-se conforme as injunções econômicas, políticas, sociais e religiosas³³.

Hodiernamente é certo dizer que a propriedade individual, embora exprimindo-se em termos clássicos e usando a mesma terminologia, não conserva conteúdo idêntico ao de suas origens históricas. Reconhece-se ao *dominus* o poder

³² MARTINS, Rodrigo Baptista. *A propriedade e a ética do capitalismo*. p. 61.

³³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. p. 81.

sobre a coisa, é exato que o domínio reúne os mesmos atributos originários – *ius utendi, fruendi et abutendi*. Mas são visíveis que essas faculdades suportam evidentes restrições legais, vislumbrando-se novas noções. São restrições e limitações tendentes a coibir abusos e visando impedir que o exercício do direito de propriedade se transforme em instrumento de dominação. Essa tendência, conforme a corrente que a defende, ora recebe o nome de “humanização” da propriedade, ora de “paternalismo” do direito moderno ou “relativismo” do direito, já outros acreditam que se instala a “socialização” do direito ou socialização da propriedade, mas sem razão essa corrente, pois a propriedade socializada apresenta características próprias com um regime no qual o legislador imprime restrições à utilização das coisas em benefício comum, embora, sem atingir a essência do direito subjetivo, nem subverter a ordem social e a ordem econômica. Outros preconizam a “publicização” do direito de propriedade, na medida em que a ordem da ação individual cede espaço às exigências da ordem pública³⁴.

Não entrando no mérito de defesa das várias correntes, é crível que, embora reconhecendo o direito de propriedade, a ordem jurídica abandonou a passividade que apresentava ante os conflitos de interesses e passou a intervir no propósito de promover o bem comum, uma das finalidades da lei, assim como, de assegurar a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos³⁵.

Para Pereira, ao conceituar propriedade, emergem dúvidas, vista o fato da senhoria sobre a coisa, sua repercussão patrimonial e a projeção das faculdades que encerra, torna difícil um conceito hermético que comporte seus vários aspectos. O Código Civil Brasileiro não dá uma definição de propriedade, prefere enunciar os poderes do proprietário no artigo 1.228. Assim, em termos sucintos, diz-se que “a propriedade é o direito de usar, gozar e dispor da coisa e reivindicá-la de quem injustamente a detenha”³⁶.

O conceito adotado pelo Código Civil, embora sem pruridos de perfeição estilística, define o domínio e analisa os seus elementos. Desde as fontes, tais elementos consistem, no uso, fruição e disposição da coisa. “São os *atributos* ou faculdades inerentes à propriedade”³⁷. Seria errôneo dizer que a propriedade reúne

³⁴ PEREIRA, C. M. S. op. cit. p. 85.

³⁵ Idem. p. 86.

³⁶ PEREIRA, C. M. S. op. cit. p. 90-91.

³⁷ Idem. p. 92.

os **direitos** de usar, gozar e dispor da coisa. A propriedade é que é um direito, compreendendo o poder de agir diversamente em relação à coisa, usando, gozando ou dispondo dela.

Saliente-se que o direito de propriedade era concebido como uma relação entre uma pessoa e uma coisa, sendo de caráter absoluto e imprescritível. Mais tarde, o absurdo dessa teoria foi verificado, primeiro porque entre uma pessoa e uma coisa não pode existir relação jurídica, que só opera-se entre pessoas. À vista dessa crítica, passou-se a entender o direito de propriedade como uma relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um sujeito passivo universal integrado por todas as pessoas, o qual tem o dever de respeitar esse direito, abstraindo-se de violá-lo – e assim o direito de propriedade se revela *um modo de imputação jurídica de uma coisa a um sujeito*.³⁸ Mas essa visão do regime jurídico de propriedade apresenta-se parcial e de cunho civilista, não alcançando a complexidade do tema, que é resultante de um complexo de normas jurídicas de direito público e de direito privado e que pode interessar como relação jurídica, situação jurídica e como instituto jurídico³⁹.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 concebeu ao direito de propriedade caráter absoluto, tal teoria foi sendo superada pela transformação, desde a aplicação da teoria do abuso do direito do sistema de limitações negativas e depois pelas imposições positivas, deveres e ônus, até chegar-se à concepção da propriedade como função social e ao estágio mais avançado da propriedade socialista.

Essa transformação implicou a superação da propriedade como direito natural, “não se há de confundir o direito da propriedade sobre um bem, que é sempre atual, isto é, só existe enquanto é atribuído positivamente a uma pessoa, com a faculdade que tem todo indivíduo de chegar a ser sujeito desse direito, que é potencial”⁴⁰, “não sendo a propriedade senão um direito atual, cuja característica é a faculdade de usar, gozar e dispor de bens fixada na lei”⁴¹. Tal conceito é adotado pelo direito positivo brasileiro que dispõe que a lei assegura ao proprietário o direito

³⁸ BURGOA, Ignacio; apud SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. p. 70.

³⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. p. 70

⁴⁰ BURGOA, Ignacio; apud SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. p. 71.

⁴¹ Idem, ibidem. p. 71.

de usar, gozar e dispor de seus bens (CC, art. 1.228), reiterando o direito institucionalmente garantido pela Constituição.

A confusa doutrina a respeito do tema chegou a admitir que a propriedade privada configura-se sob dois aspectos: a) como direito civil subjetivo e b) como direito público subjetivo. Essa dicotomia fica superada com a concepção de que o princípio da função social (CF, art. 5º, XXIII) é um elemento do regime jurídico da propriedade, sendo, portanto, princípio ordenador da propriedade privada, incidindo no conteúdo do direito de propriedade, impondo-lhe novo conceito. A noção de situação jurídica subjetiva (complexa) passou a ser usada como visão global do instituto, em lugar dos dois conceitos fragmentados. Nessa visão global do instituto resguarda-se o conjunto de faculdades do proprietário dentro da esfera delimitada pela Constituição. E aqui, pode-se falar em direito subjetivo privado (ou civil) do proprietário particular como polo ativo de uma relação jurídica abstrata, em cujo polo passivo se acha todas as demais pessoas a que decorre o dever de respeitar o exercício das três faculdades básicas: uso, gozo e disposição (CC, art. 1.228)⁴².

As normas do direito privado sobre a propriedade privada devem ser compreendidas em conformidade com a disciplina imposta pela Constituição.

A Constituição brasileira, seguindo os ditames da doutrina italiana, estabelece que a propriedade não constitui uma instituição única, mas várias instituições, relacionando-se com os diversos tipos de bens e de titulares, sendo crível falar não em “propriedade”, mas em “propriedades”. A Constituição de 1988 é explícita quando, no artigo 5º, XXII, garante o direito de propriedade, em geral, com a garantia de um conteúdo mínimo, irreduzível sem indenização. Distingue a propriedade urbana (art. 182, § 2º) e a propriedade rural (arts. 184, 185 e 186), dispondo, também, de seus regimes jurídicos próprios.

Comparando o atual conceito de propriedade e sua imbricação com o princípio da função social, considera Tepedino que a propriedade não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente e em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até um certo limite, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. Contrariamente, a determinação do conteúdo da

⁴² SILVA, J. A. *Direito Urbanístico Brasileiro*. p. 72.

propriedade dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais serão regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade. Essa conclusão oferece suporte teórico para a correta compreensão da função social da propriedade, que necessariamente terá uma configuração flexível, devendo-se refutar os apriorismos ideológicos e homenagear o dado normativo. A função social modificar-se-á de estatuto para estatuto em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo⁴³.

Assim, a função social da propriedade foi além das meras limitações administrativas ao direito de propriedade, operando uma transformação radical no esquema individual desse direito, atingindo o próprio conceito de propriedade. Acoplaram-se diversas restrições ao direito de propriedade, entre algumas: a lei de terras, lei do inquilinato, a legislação de parcelamento do solo urbano, a lei de zoneamento, as servidões, o tombamento, a desapropriação, as relações de vizinhança, o condomínio geral, o condomínio edilício, as edificações, a proteção do meio ambiente, todas visando à utilização racional da propriedade urbana.

1.4. O direito de Propriedade nas Constituições Brasileiras

O histórico das Constituições brasileiras permite identificar a preocupação do ordenamento em proteger o direito de propriedade.

A Constituição Política do Império do Brasil foi outorgada em 25 de março de 1824, sendo a primeira constituição brasileira a tratar do direito de propriedade incluindo-o no rol das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, dispondo em seu artigo 179 que:

a inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: Inciso XXII. “é garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle previamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

O dispositivo Legal previa a propriedade como um direito absoluto, excepcionada essa força absoluta pela possibilidade de desapropriação por exigência do bem público, prevendo indenização do valor da propriedade.

⁴³ TEPEDINO, G. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In: MENEZES, Carlos Alberto. (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito*. p. 321-322.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891 não inovou em relação ao texto constitucional anterior, mantendo a propriedade como direito pleno, salvo nos casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, quando, no Título IV, Seção II que trata das Declarações de Direitos, dispõe no seu artigo 72: “a Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: Parágrafo 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934 estabelece importante inovação em relação aos textos anteriores: pela primeira vez, uma constituição brasileira afirma que a propriedade não poderá ser exercida contra o interesse social ou coletivo. No Capítulo II, que trata *Dos Direitos e das Garantias Individuais*, no artigo 113 dispõe:

A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
17. É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

Embora a regulamentação por lei descrita no artigo 113 nunca tenha ocorrido, a Constituição de 1934 apresentou tendência à modificação do capitalismo nascente advinda das Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919).

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937 incluiu em seu texto referência ao conteúdo e ao limite do direito de propriedade por meio de lei que regulasse seu exercício, reconhecendo o caráter não absoluto do direito de propriedade, entretanto não proibiu que esse exercício seja contrário aos interesses sociais e coletivos. A Constituição trata no capítulo dos Direitos e Garantias Individuais e dispõe no artigo 122:

A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
Item 14. O direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia, ou a hipótese prevista no § 2º do art. 166. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas

leis que lhe regularem o exercício. O texto do item 14 foi inserido pela Lei Constitucional nº 5, de 1938 e suspenso pelo Decreto nº 10.358, de 1942.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 trata no Capítulo II *Dos Direitos e das Garantias Individuais* e em seu artigo 141 dispõe:

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

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

O artigo 141 da Constituição de 1946 não altera o direito inviolável da propriedade, resguardando a possibilidade de desapropriação por necessidade e utilidade pública. Entretanto, inclui em seu artigo 147 que “o uso da propriedade será condicionado ao bem estar social. A lei poderá com observância do disposto no artigo 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos”.

O artigo 147 inova substancialmente a previsão normativa do direito de propriedade brasileiro: a propriedade resta condicionada ao bem-estar social e permite-se a justa distribuição da propriedade. O referido artigo tornou-se norma jurídica programática de eficácia limitada.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, pioneiramente, utiliza o termo *função social da propriedade*, demonstrando a necessidade de compatibilização entre os interesses do proprietário e as necessidades da população. Trata no Capítulo IV “Dos Direitos e Garantias Individuais”, dispondo no artigo 150:

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

§ 22 – É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

No título III, que trata *Da Ordem Econômica e Social* dispõe, no artigo 157: “a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social com base nos seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade”.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, repete o texto da constituição anterior em seu artigo 153, entretanto, insere como forma de indenização em caso de desapropriação, o pagamento com títulos da dívida pública, *in verbis*:

§ 22. É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título de dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

No título III, que trata *Da Ordem Econômica e Social*, repete integralmente o texto da Constituição anterior.

Os dois textos constitucionais (1967 e 1969) incluíram a função social da propriedade como princípio de fundamentação da ordem econômica e social, sem classificá-lo como garantia fundamental do cidadão, o que fez a Constituição de 1988.

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, tratando dos Direitos e Garantias Fundamentais, no artigo 5º diz:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Trata, também, no Título *Da Ordem Econômica e Financeira*, dispondo no artigo 170 que:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II – propriedade privada; III – função social da propriedade.

Na atual Constituição, a propriedade privada e a função social da propriedade merecem destaque especial, na medida em que persistem como princípios preponderantes da ordem econômica, também, encontram-se inseridos no contexto dos direitos e garantias fundamentais. Assim, tem-se cláusula pétrea de efeito imediato, não podendo, conseqüentemente, ser alterada ou revogada.

Inova, ainda, ao estender a função social à propriedade urbana, tendo por escopo o desenvolvimento social e o bem-estar dos habitantes das cidades,

dedicando vários artigos à função social da propriedade urbana, tais como 170, III, 182, §2º, além do item XXIII do art. 5º.

A Constituição ainda garante a todos os cidadãos, como preceito fundamental, o direito à moradia (art. 6º, inserto no Título II, do Capítulo II, da CF).

Apesar dos textos constitucionais, em sua maioria, mencionarem a cogência do Poder Público de desapropriar bens particulares, por exigência do bem público, não se confunde com o princípio da função social da propriedade. O poder de desapropriar incide sobre bens que cumpram a sua função social, desde que haja a prévia e justa indenização. A desapropriação não possui natureza jurídica de sanção, pena imposta ao proprietário, configura-se no exercício de um poder estatal que se justifica pela necessidade pública eventualmente existente⁴⁴. A desapropriação é limitação pública do caráter absoluto da propriedade, possibilita a transferência compulsória do domínio privado para o patrimônio do poder público ou de seus órgãos.

A Constituição de 1988 prescreve a denominada desapropriação-sanção, nos artigos 182, III, e 184, aplicáveis somente aos imóveis urbanos e rurais que não estejam cumprindo a função social que lhes caberia. Para essa espécie de desapropriação, o pagamento da indenização será efetuado em títulos públicos e não em pecúnia.

1.5. A função social da propriedade

A afirmação do instituto da função social da propriedade é relativamente recente, vale lembrar que a ideia é antiga, e, embora a *Summa Theologica* de Santo Tomás de Aquino não pregasse exatamente a adoção de uma propriedade coletiva, tendo suas ideias levado séculos para serem absorvidas, é o pensamento tomista considerado o precursor da teoria da função social da propriedade.

A dificuldade com o instituto “função social” inicia-se com o significado das palavras. Segundo Houaiss, “função” significa “papel a ser desempenhado, uso, serventia”⁴⁵. Enquanto o vocábulo “função” vem do latim *functio*, *functionis*, que quer

⁴⁴ GONDINHO, André Osorio. *Função social da propriedade*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito constitucional*. p. 407.

⁴⁵ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa*.

dizer trabalho, exercício, cumprimento, execução, liga-se ao verbo latino *fungi*, que significa cumprir, executar, desempenhar uma função⁴⁶.

Dessarte, se a função é a satisfação de uma necessidade, tem-se a ideia de função pública como a satisfação de necessidades públicas, ou mais propriamente de interesse público, sendo a função social a satisfação das necessidades sociais ou da coletividade. Abandonando a concepção de que a propriedade tratava-se de um direito subjetivo, foi Duguit quem considerou a propriedade como uma função.

A ideia de função (social, socialista) é amplamente aceita no contexto socialista, existindo a propriedade para assegurar o desenvolvimento do Estado socialista e o alcance do bem comum. Podendo-se afirmar que a defesa da concepção funcional exclusiva só obtém guarida junto à teoria socialista. “Não é possível ignorar o direito subjetivo à propriedade. Mas também é igualmente inadmissível apenas admitir o direito subjetivo, como excludente da função social, nos tempos atuais”⁴⁷.

Embora não se possa considerar a propriedade como um direito subjetivo em termos liberais, é patente que esse direito permanece, embora com conteúdo diverso, tendo a propriedade que atender o interesse social. A propriedade continua sendo assegurada como direito individual, como dispõe expressamente as declarações de direitos e a Constituição Federal.

Não pode a propriedade ser considerada meramente uma função e não um direito, assim sendo, não haveria falar em indenização no caso de desapropriação. O direito à indenização, assegurado ao proprietário demonstra a característica de direito individual, e, uma vez violado, reverte em perdas e danos.

O modelo capitalista de produção tem na propriedade privada seu elemento primordial, assim como é inafastável da concepção de democracia hodiernamente existente.

Até a Constituição de 1988, não havia uma preocupação em precisar qual seria o regime social aplicável à propriedade na área urbana, apenas a propriedade de solo rural dispunha da preocupação constitucional.

⁴⁶ MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a constituição federal de 1988*. p. 81.

⁴⁷ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. p. 153.

As necessidades sociais e econômicas impostas pela evolução dos tempos atingiram o direito subjetivo de propriedade, apresentando paulatinas limitações ao caráter absoluto da propriedade.

Para Josserand, a evolução social e econômica que se precipitou colocou a prova o absolutismo do direito de propriedade, abrindo-lhe novas fronteiras, passando a propriedade a ser concebida, ordenada e exercida em face do bem-estar da coletividade, criou a teoria do abuso do direito, que se configura sempre que se verifica um desvio de utilização em relação à sua função principal⁴⁸.

O exercício efetivo do direito de propriedade sofre múltiplas limitações nas suas principais faculdades de usar, gozar ou fruir e dispor, mas é necessário salientar que com nenhuma dessas restrições, confunde-se o princípio da função social da propriedade que não surge como mero limite ao exercício do direito de propriedade, mas como princípio básico que incide no conteúdo do direito, fazendo parte de sua estrutura. A função social não foi erigida com o escopo de transformar a propriedade em um ônus para seu titular, mas sim com o objetivo de sua utilização conforme sua destinação original, devendo ser aplicada segundo o princípio da razoabilidade⁴⁹.

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 à satisfação das necessidades comuns de uma coletividade. No decorrer dos tempos, a propriedade veio sendo submetida a diversas limitações impostas pela lei ao exercício do poder que o proprietário detém sobre a coisa⁵⁰.

Como precursor no mundo jurídico da necessidade de sistematizar mudanças no conceito individualista de propriedade, Duguit asseverou que a propriedade é para todo o possuidor de uma riqueza o dever, de ordem objetiva, de empregar a riqueza que possui para manter e aumentar a interdependência social. Tendo todo o indivíduo a obrigação de cumprir na sociedade uma certa função em razão direta do

⁴⁸ JOSSEAND, Louis; apud MALUF, Adriana C. R. Freitas Dabus. *Limitações urbanas ao direito de propriedade*. p. 56

⁴⁹ GIORDANI, José Acir Lessa. *Propriedade imóvel: seu conceito, sua garantia e sua função social na nova ordem constitucional*. p. 50.

⁵⁰ GOMES, Orlando. *Evolução contemporânea do direito de propriedade*. p. 14.

lugar que nela ocupa. A propriedade não seria, assim, o direito subjetivo do proprietário: mas função social do detentor da riqueza⁵¹.

As limitações aos poderes do proprietário surgem em função dos interesses da sociedade, que afirma o caráter eminentemente social da propriedade, considerando sua origem e sua finalidade.

A partir do término da primeira guerra toma dimensão a ideia da função social da propriedade, passando a fazer parte do corpo das novas constituições como princípio fundamental de direito. Na atualidade, a jurisprudência e a doutrina entendem que a propriedade está investida de uma predominante função social, harmonizando o interesse individual e social. Para Harada, a função social foi inserida como princípio constitucional de ordem econômica fundada na valorização do trabalho livre e na livre iniciativa, com o objetivo de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames desse princípio em relação às propriedades urbana e rural⁵².

“A propriedade atenderá a sua função social” dispõe o art. 5º, XXIII, da CF para a propriedade em geral, sendo tal disposição suficiente para que toda forma de propriedade fosse atingida por este princípio constitucional. Mas a Constituição foi mais além e de forma explícita, reafirmou a instituição da propriedade privada e sua função social como princípios da ordem econômica (art. 170, II e III), assim como inscreveu o princípio da função social da propriedade, com conteúdo definido em relação às propriedades urbana e rural, sem olvidar das sanções para a inobservância (arts. 182, 184 e 186).

Para Silva, “o princípio da função social da propriedade tem sido mal definido na doutrina brasileira, obscurecido, não raro, pela confusão que dele se faz com os sistemas de limitação da propriedade”. Não se devem confundir, entretanto, limitações que tratam do respeito ao exercício do direito do proprietário com a função social que interfere com a estrutura do direito em si.

A propriedade sempre teve sua função social, quem demonstrou isso foi Karl Renner, segundo o qual a função social da propriedade se modifica com as mudanças na relação de produção⁵³. A Constituição brasileira, ao estabelecer

⁵¹ DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. p. 45-49.

⁵² HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. p. 27.

⁵³ RENNER, Karl; apud SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 282.

expressamente que “a propriedade atenderá a sua função social”, mas principalmente quando o reputou princípio da ordem econômica, não estava somente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus em relação à propriedade privada, mas adotando um princípio transformador da propriedade capitalista, sem socializá-la. Tal princípio condiciona a propriedade como um todo, não apenas seu exercício, possibilitando ao legislador entender os modos de aquisição da propriedade em geral ou com tipos mais específicos, assim como seu uso, gozo e disposição.

Sobre o princípio disposto na Constituição Federal diz Sundfeld:

Como se vê, ao acolher o princípio da função social da propriedade o constituinte pretendeu imprimir-lhe uma certa significação pública, vale dizer, pretendeu trazer ao direito privado algo até então tido por exclusivo do direito público: o condicionamento do poder a uma finalidade. Não se trata de extinguir a propriedade privada, mas de vinculá-la a interesses outros que não os exclusivos do proprietário. [...] Importa notar que, como consequência da submissão da propriedade, ou do proprietário, a objetivos sociais – evidentemente obrigatórios – criam-se verdadeiros deveres⁵⁴.

A norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, portanto de aplicabilidade imediata, como o são todos os princípios constitucionais. Para Silva, a norma tem plena eficácia, interferindo com a estrutura e o conceito da propriedade, valendo como regra que fundamenta o novo regime jurídico da propriedade, transformando-a numa instituição de Direito Público, especialmente, mas, para o autor, nem a doutrina, nem a jurisprudência percebeu seu alcance, nem há lhe dado aplicação adequada como se nada houvesse mudado⁵⁵.

É com essa concepção que o intérprete deve entender as normas constitucionais que fundamentam o regime jurídico da propriedade, ou seja, garantindo-a enquanto atende a sua função social. Enfim, a função social manifesta-se na própria configuração estrutural do direito de propriedade, apresentando-se como elemento qualificador na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens, onde se conclui que o direito de propriedade não pode mais ser tido como um direito individual. Modificou sua natureza, a inserção do princípio da função social, sem, no entanto, impedir a existência do instituto.

⁵⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Função social da propriedade*. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Temas de direito urbanístico* 1. p. 5

⁵⁵ SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 282-283.

O princípio da função social não autoriza suprimir, pela via legislativa, a instituição da propriedade privada, assim como não autoriza esvaziar a propriedade de seu conteúdo essencial mínimo, sem indenização, sendo este assegurado pela norma de sua garantia⁵⁶.

É certo que o direito de propriedade não mais se reveste do caráter absoluto e intangível de outrora. Na atualidade, está sujeito a várias limitações, impostas em razão do interesse público e do interesse privado. Disposições constitucionais, administrativas, militares, penais e civis restringem seu exercício sendo praticamente impossível a completa enumeração de todas as restrições⁵⁷. Dentre as mais importantes, podem ser indicadas as seguintes:

Restrições Constitucionais – o direito de propriedade é garantido pela Constituição Federal que também impõe a subordinação da propriedade à sua função social, expressão considerada de conteúdo vago, mas que pode ser interpretada como a subordinação do direito individual ao interesse coletivo. Dispõe a Constituição sobre a desapropriação por necessidade ou utilidade pública e por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Prevê a utilização da propriedade particular em caso de perigo iminente, assegurado o pagamento da competente indenização. No artigo 176, preceitua que as jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O parágrafo primeiro acrescenta que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de que trata o caput do artigo somente serão efetuados mediante autorização ou concessão da União.

Prevê ainda a desapropriação do imóvel urbano não edificado, inadequadamente aproveitado ou subutilizado e permite à União desapropriar o imóvel rural que não esteja cumprindo a função social, destinando-o à reforma agrária.

Restrições administrativas – são as restrições em maior número. O Decreto-lei n. 25, de 30-11-1937 que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, em seu artigo 17, prescreve que as coisas tombadas não poderão ser, em certos casos, destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização da

⁵⁶ SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*. p. 75.

⁵⁷ MONTEIRO, W. B. *Curso de direito civil: Direito das coisas*. p. 92.

autoridade competente, reparadas, pintadas ou restauradas. No artigo 18 preceitua-se que, sem a mesma autorização, não será possível, na vizinhança de coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes. A referida lei assegura ainda à União, ao Estado e ao Município o direito de preferência, em caso de alienação onerosa. É competência do judiciário decidir se a coisa tombada tem ou não valor histórico e artístico, em caso afirmativo, persiste o tombamento com as devidas restrições.

O direito de construir apresenta muitas limitações. As normas edilícias e de zoneamento fixam usos e construções permitidos em cada região da cidade, prescreve recuos, coeficiente de aproveitamento, a implantação no lote, área máxima de edificação, gabaritos de altura. A ingerência do Estado no direito de propriedade apresenta-se na exigência de licença prévia para edificação.

O Código de Minas, o Código Florestal, o Código de Caça e o Código de Pesca introduziram sensíveis limitações ao direito de propriedade. O Código de Mineração dispõe a respeito da ocupação dos terrenos vizinhos às jazidas e da constituição compulsória das servidões. O Código Florestal faculta a declaração de que florestas particulares sejam consideradas como de interesse do patrimônio florestal, sujeitando-se a restrições. Idênticas restrições são encontradas no Código de Caça e no Código de Pesca.

Aos proprietários urbanos impõem-se limitações por motivos estéticos, urbanísticos e higiênicos. O Decreto-lei nº 8.938/46, em seu artigo 29, proíbe, dentro das zonas urbanas, mocambos, palhoças, casas de taipa e congêneres. O artigo 36 dispõe que os terrenos baldios devem ser convenientemente fechados e mantidos limpos e capinados, sendo obrigatória a remoção ou o soterramento de resíduos putrescíveis.

O Decreto-lei nº 7.917/45, tratando sobre a zona de proteção aos aeroportos, dispõe que, dentro do setor de aproximação das aeronaves, as edificações, instalações, torres, chaminés, reservatórios, linhas de transmissão, telegráficas ou telefônicas, postes, mastreações, culturas, ou outros quaisquer obstáculos, não podem exceder a determinada altura. Os obstáculos que interferirem na zona de proteção já existentes, ao ser aprovado um projeto ou iniciada a construção do aeroporto, serão desapropriados e demolidos, mediante processo regular.

O Código Brasileiro de Aeronáutica afirma que “o Brasil exerce completa e exclusiva soberania sobre o espaço aéreo acima do seu território e mar territorial”.

O Decreto-lei nº 4.238/42 determina que as fábricas de fogos se localizem somente nas zonas rurais. Existem várias disposições sobre construções, como *zoneamento*, medidas de higiene domiciliar, previsões sanitárias, em que se lobrigam restrições ao direito de propriedade⁵⁸.

Limitações de natureza militar – dentre as mais importantes temos o Decreto-lei nº 4.812/42, modificado pelo Decreto-lei nº 5.451/43, que dispõe sobre requisição de móveis e imóveis necessários às forças armadas, e à defesa passiva da população; Decreto-lei nº 6.430/44, prevê sobre transações de terras particulares na faixa de cento e cinquenta quilômetros ao longo da fronteira do território nacional, assim como, trata das alienações, transferências por enfiteuse (art. 2.038 do CC/2002), anticrese, usufruto e transferência de posse, que só serão permitidos a estrangeiros desde que a sua área não ultrapasse de dois mil hectares; Decreto-lei nº 3.437/41, prescreve providências sobre aforamentos de terrenos e sobre a construção de edifícios em zonas fortificadas, vedando sua reconstrução nas proximidades dos terrenos das fortificações, dentro dos limites enunciados pelos artigos 1º e 2º; Decreto-lei nº 4.008/42, dispõe sobre requisição de bens destinados ao transporte aéreo; Lei nº 6.634/79, dispõe sobre faixa de fronteira; Lei nº 5.130/66, dispõe sobre as zonas indispensáveis à defesa do país e dá outras providências.

Limitações decorrentes das leis eleitorais – dispõe o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65) sobre importante restrição ao direito de propriedade, em seu artigo 135, parágrafo 3º, preceitua que a propriedade particular deve ser cedida obrigatória e gratuitamente para o funcionamento das mesas receptoras nos dias de eleição. A desobediência constituirá infração eleitoral.

Restrições da lei penal – a condenação resulta para o sentenciado, como efeito da condenação, além das demais sanções, a perda em favor da União, dos instrumentos do crime, do produto ou de outro bem ou valor que constitua proveito auferido com a prática do fato criminoso⁵⁹. A Constituição Federal prevê a desapropriação, sem qualquer indenização ao proprietário, de qualquer gleba onde se encontrem culturas ilegais de plantas psicotrópicas. Ocorre o mesmo na

⁵⁸ MONTEIRO, W. B. *Curso de direito civil*. p. 95.

⁵⁹ Código Penal Brasileiro, art. 91, II, a e b; Lei n. 7.209/84.

apreensão de todo bem de valor econômico em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Restrições da lei civil – são inúmeras e dentre as principais pode-se citar: as restrições do direito de vizinhança, as servidões prediais, as disposições protetoras da família, como as que impossibilitam doações do cônjuge adúltero ao seu cúmplice, as que cominam pena de nulidade para a doação de todos os bens, sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.

Assinale-se que são inúmeras as limitações e restrições ao direito de propriedade, as aqui citadas são para exemplificar as modificações sofridas ao longo do tempo, abandonando o conceito de direito absoluto, sagrado e intangível. Substitui-se a propriedade de base individualista por uma propriedade de finalidade social.

O direito de propriedade surge numa moderna concepção com a sua função social determinada, geradora de trabalho e de empregos, apta a produzir novas riquezas e a contribuir para o bem geral da nação, eliminando a propriedade estéril e improdutiva⁶⁰.

Hodiernamente, assevera a doutrina a existência de um conflito entre o público e o privado, mas esclarece que já houve uma “era da ordem”, na qual a esfera do direito público estava diferenciada da esfera do direito privado, de forma que era perfeitamente possível o desenvolvimento de uma dogmática baseada em ambas as esferas de forma independente. As fontes eram autônomas e únicas: o direito público era tratado na Constituição e o direito privado nos Códigos Civil e Comercial, ambas as esferas continham pressupostos claros e princípios autônomos, assim como mantinham autossuficiência e não necessitavam uma da outra⁶¹.

Na atualidade evidencia-se certa desordem na fronteira de ambas as esferas, fronteira que se tornou móvel e em numerosos temas apresenta casos confusos, permeada por problemas e princípios que erigem um novo sistema comunicativo entre o público e o privado.

Lorenzetti enfatiza que a razão fundamental para essa certa confusão nas fronteiras de ambos os direitos foram as mudanças havidas nos pressupostos que

⁶⁰ MONTEIRO, W. B. *Curso de direito civil*. p. 97.

⁶¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos do direito*. p. 39.

deram origem à separação entre os direitos e aponta alguns exemplos, que chama de conceitos centrais como *imperium* e igualdade, o direito baseia-se na premissa de um Estado forte, dotado de império, sendo suas decisões inatacáveis e em sentido contrário, no direito privado existem sujeitos em situação paritária que têm relações horizontais, entretanto, atualmente, reconhece-se que no plano privado existem desigualdades entre os indivíduos, talvez mais intensas do que as antes existentes com relação ao Estado. Por isso é que destaca-se, cada vez mais, a norma imperativa em direito privado, que se impõe aos particulares em assuntos sensíveis ao interesse público em campos como o econômico, na proteção dos indivíduos e na coordenação das ações privadas; lei e contrato, a lei é elemento identificado no âmbito do direito público, já o contrato é considerado próprio do direito privado. No entanto, as decisões públicas seguem nas suas negociações critérios de base contratualista, enquanto ocorre na ordem privada o incremento da regulação heterônoma de condutas com fundamento na ordem pública; justiça distributiva e justiça comutativa, é normal considerar-se que no âmbito do direito público predomina a justiça distributiva com a adequada repartição de privilégios e gravames, reservando a cada um o que lhe é de direito; no direito privado, predomina a justiça comutativa regulando o intercâmbio e propondo que o valor das coisas, objeto de troca, sejam equivalentes, mas é certo que atualmente pode-se perceber no direito privado o efeito distributivo das normas jurídicas e seu aparecimento nas decisões judiciais; as fontes autônomas têm sido elemento distintivo nessa mistura entre as esferas. Na Constituição predomina o direito público, enquanto o Código Civil e o Comercial regem o direito privado. O movimento dos direitos humanos e a inserção do direito privado na Constituição influenciaram o estreitamento da relação entre os direitos, sendo a maioria das decisões referenciadas na Constituição. O direito público tem incorporado elementos privatistas, como ocorre na prestação dos serviços públicos oferecidos aos consumidores, os contratos administrativos, a tipificação dos delitos econômicos, dentre outros. “Este fenômeno revela um pluralismo de fontes muito complexo, no qual se relacionam as fontes tradicionais do direito público e do direito privado”⁶².

O direito público tem passado por diversas modificações, muitas delas em função do permanente diálogo entre a sociedade e o direito. No âmbito da Constituição, é possível notar que o estatuto do poder está mudando, especialmente

⁶² LORENZETTI, R. L. op. cit. p. 39-40.

no que diz ao controle das decisões das maiorias, à noção de democracia intermediária permanente, consentindo a atuação contínua dos cidadãos, como também o aumento dos controles pelo Poder Judiciário por meio das questões que se afastem da apreciação judicial; o estatuto do cidadão tem recebido a contribuição dos direitos fundamentais, direitos que revolucionaram os textos constitucionais; foram transformados em temas de primeira ordem a interpretação constitucional e o sistema de fontes; o multiculturalismo e a diversidade culminaram numa reinterpretção das normas constitucionais.

Entretanto, a supremacia das normas constitucionais não acarreta dúvidas. “A Constituição ocupa o lugar mais alto na hierarquia das fontes, precedendo na ordem, [...] as leis ordinárias (e, portanto os códigos, que são leis ordinárias, incluindo o Código Civil)”⁶³.

Porém, considerando-se o sistema jurídico de um país, onde, historicamente, o desrespeito às normas constitucionais se fez costumeiro, levando ao abandono das normas constitucionais como fonte de direito, tratar sobre o direito civil constitucional, à primeira vista aparenta desnecessário, mas diante do panorama histórico-jurídico pátrio, considera-se de relevo trazer o tema para estudo.

Barroso, tratando sobre a efetividade das normas constitucionais, assinala que na verdade a preocupação com o cumprimento da Constituição, com a realização prática de seus comandos e com sua efetividade, naturalmente incorporou-se à prática jurídica brasileira após 1988. Passando a fazer parte da pré-compreensão do tema, como se houvésssemos descoberto o óbvio após longa procura. Continua o autor, a Constituição, liberta da tutela indevida do regime militar, adquiriu força normativa e foi alçada, mesmo que tardiamente, a centralidade do sistema jurídico como fundamento e filtro de toda legislação infraconstitucional. Sua supremacia, antes apenas formal, adentra a vida e as instituições brasileiras⁶⁴.

O direito constitucional afasta-se da ciência política e acerca-se das necessidades humanas e diante de sua agora inquestionável supremacia, o esforço interpretativo da doutrina identificou a necessidade de: a) uma releitura de conceitos e institutos jurídicos clássicos (como o direito de propriedade e o contrato), b) elaborar e desenvolver novas categorias jurídicas (não mais neutras e indiferentes, mas presentes na vida social, por exemplo, o reconhecimento da união civil entre

⁶³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. p. 4-5.

⁶⁴ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. p. 10.

pessoas do mesmo sexo) e c) uma estreita interação entre os diferentes campos da ciência jurídica (a superação da dicotomia do direito)⁶⁵.

A codificação de 1916 de concepções individualista e voluntarista, nascido sob influência do Código Napoleônico e do BGB alemão, estava isento da incidência de normas constitucionais. Cabia ao direito constitucional cuidar da organização política e administrativa do Estado, reservada a tarefa de disciplinar as relações privadas ao Código Civil. Naquele momento, a legislação civil almejava o aniquilamento dos privilégios feudais, exaltando os valores da Revolução Francesa de liberdade, igualdade e fraternidade. Havia a necessidade de se afirmar valores individualistas, possibilitando o acesso aos bens de consumo, conferindo feição patrimonialista à legislação privada. A preocupação da legislação civil era regular, sob o aspecto formal, a atuação dos sujeitos de direito (o contratante, o proprietário, o marido e o testador) em todas as suas dimensões. Resumindo a codificação de 1916 pretendia consagrar-se como verdadeira “constituição do direito público”⁶⁶.

Esse quadro de individualismo começa a ser revertido, gradativamente, na Europa no início do século XX, chegando ao Brasil por volta da década de 1930, por meio de diferentes fenômenos, como a intervenção do Estado na economia e a restrição da autonomia privada, também chamada de dirigismo contratual. Continuando as modificações no processo legislativo civil, inicia-se a formação de microssistemas jurídicos levando a quebra do caráter fechado e monolítico do direito civil. Esse fenômeno é conhecido como a *descodificação do direito civil*⁶⁷, retirando matérias inteiras da esfera do Código Civil, passando-as a disciplina em diplomas legais específicos, v.g., o Estatuto da Mulher Casada, a Lei nº 4.591/64 regulando as incorporações e condomínios, a Lei nº 6.515/73 tratando dos registros públicos, dentre outros.

Completa-se a crise nas fontes normativas do Direito Civil quando agrega-se o conjunto de normas supranacionais formado pelos tratados, convenções e pactos internacionais, assim como regulamentos regionais de mercado, considerando normas humanitárias que foram acolhidas pelo sistema jurídico brasileiro⁶⁸.

⁶⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito Civil: parte geral e LINDB*, p. 63.

⁶⁶ FARIAS, C.C; ROSENVALD. N. op. cit. p. 64.

⁶⁷ Sobre a teoria dos microssistemas ver a obra de Ricardo Luis Lorenzetti. *Teoria da decisão judicial: fundamentos do direito*.

⁶⁸ FARIAS, C. C; ROSENVALD. N. op. cit., p. 65.

Essa desconstrução do sistema monolítico do Código Civil oriundo do *welfare state* que exige um direito mais próximo dos questionamentos da vida moderna, mereceu a advertência de Orlando Gomes:

O Código Civil foi o estatuto orgânico da vida privada, elaborado para dar solução a todos os problemas da vida de relação aos particulares. Não é mais, a olhos vistos. Perdeu, com efeito, a generalidade e completude. Suponho que jamais conseguirá recuperá-las. [...] A menos que se dê outro sentido ao vocábulo Código, não há como salvá-lo⁶⁹.

Com as mudanças ocorridas na legislação civil, houve uma migração dos princípios gerais e regras pertencentes às instituições privadas para o texto constitucional que assumiu o papel reunificador do sistema, demarcando os limites da autonomia privada, da propriedade, do controle de bens, da proteção dos núcleos familiares, dentre outros.

Perde o Código Civil, em definitivo, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, pouco a pouco, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao arbítrio da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado passam a fazer parte da nova ordem pública constitucional. E o próprio Código Civil, por meio da legislação extracodificada, transfere sua preocupação central, que já não se volta em grande monta para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos oriundos⁷⁰.

Esse novo sistema de normas e princípios, disposto a regular a vida privada, relativamente à proteção da pessoa, em suas várias esferas fundamentais, reunidos pela Constituição, define-se como Direito Civil Constitucional. Definindo o novo sistema Arce Y Florez-Valdez destaca ser:

O sistema de normas e princípios normativos institucionais integrados na Constituição, relativo à proteção da pessoa e nas suas dimensões fundamentais familiar e patrimonial, na ordem de sua relações jurídicas privadas gerais⁷¹.

Ressalte-se que a constitucionalização do direito civil não implica em estabelecer limites externos à atividade privada, vai além, impondo uma releitura dos institutos fundamentais do direito civil, em razão da reforma interna de seu conteúdo. Pode-se dizer que trata-se de alteração na estrutura intrínseca dos institutos e

⁶⁹ GOMES, Orlando. *A caminho dos microssistemas*. In: *Novos temas de direito civil*. p. 45 e 50.

⁷⁰ TEPEDINO, G. *Temas de direito civil*. p. 7.

⁷¹ JOAQUÍN ARCE Y FLOREZ VALDEZ; apud FARIAS, Cristiano Chaves de. op. cit. p. 67.

conceitos fundamentais do direito civil. Com base no sistema, faz-se necessário compreender a estrutura interna da norma, o seu conteúdo, a partir dos preceitos constitucionais, alterando, quando preciso, suas consequências e contornos, adequando-os à perspectiva constitucional.

Considere-se o exemplo da propriedade privada, entendê-la em face da legalidade constitucional, principalmente da regra dos artigos 5º e 170, significa reconhecer a existência de novo conteúdo, afirmado pela função social como propulsora. Diferente seria afirmar que a Constituição teria simplesmente imposto limites externos à propriedade privada, que se manteria com o mesmo conteúdo. Assim “a função social não é apenas um limite do direito de propriedade, mas integra o próprio conteúdo desse direito”⁷².

Necessário reforçar que não se pode tomar a expressão Direito Civil Constitucional como simples adjetivação, advirta-se que os adjetivos não devem significar a superposição de elementos exógenos do direito público sobre conceitos estratificados, deve possibilitar uma interpenetração do direito público e privado de maneira a reelaborar a dogmática do direito civil⁷³.

A expressão Direito Civil Constitucional quer destacar a necessidade de uma releitura do Direito Civil, redefinindo, a partir de fundamentos principiológicos constitucionais, as categorias jurídicas civilistas, ou seja, de uma nova tábua axiológica fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), solidariedade social (art. 3º, III) e na igualdade substancial (arts. 3º e 5º). Portanto, é certo que a Constituição promoveu uma alteração interna, transformando a estrutura e o conteúdo das categorias jurídicas civis e, não somente, impondo limites externos.

Atente-se, por fim, diz Farias, para a impossibilidade de confundir o chamado Direito Civil Constitucional com o movimento chamado publicização do Direito Civil. Apesar de uma proximidade conceitual aparente, não se pode conceber que o movimento de constitucionalização do Direito Civil, por vias transversas, implicaria conferir caráter de ordem pública a certas normas de interesse privado. A constitucionalização do Direito Civil não afetou a natureza privada da norma do referido direito. Porém, atualmente, possível é constatar situações nas quais o legislador opta por publicizar relações jurídicas basicamente privadas, através da

⁷² DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. *O direito de vizinhança*. p. 46.

⁷³ TEPEDINO, G. *Temas de Direito Civil*. p. 22.

interferência estatal, com o propósito de reequilibrá-las, eliminando desigualdades fáticas provenientes das diversas posições das partes. Considerada como um verdadeiro dirigismo contratual por parte do poder público. Portanto, enquanto a constitucionalização do direito civil implica a migração das regras e princípios fundamentais do direito privado para a sede constitucional, sem modificar a natureza privada da norma jurídica, a publicização do direito civil resulta de uma interferência do Estado em determinadas relações privadas, com o escopo de nivelar a posição das partes, evitando, por exemplo, que a superioridade econômica de uma das partes prejudique a diversa, conferindo assim uma certa dose de caráter público a uma relação de natureza estritamente privada⁷⁴.

⁷⁴ FARIAS, C. C. op. cit., p. 70.

2. A PROPRIEDADE PRIVADA E A FUNÇÃO SOCIAL COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para contextualizar a propriedade privada e a função social da propriedade dentro da dinâmica dos direitos fundamentais, assim como suas características de princípios constitucionais, faz-se necessário breve estudo da teoria dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais para melhor compreensão do tema.

2.1. Dos direitos naturais do homem aos direitos fundamentais constitucionais

A expressão, direitos fundamentais não é a única existente no direito constitucional e nas constituições a nomear tais direitos. São várias as expressões como: liberdades individuais, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos humanos, direitos constitucionais, direitos públicos subjetivos, direitos da pessoa humana, direitos naturais e direitos subjetivos. Algumas dessas expressões são utilizadas pela Constituição Federal brasileira⁷⁵.

Importante ressaltar a distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, diante da confusão entre os dois termos às vezes encontrada na doutrina. Tal confusão não será de todo inaceitável se considerado o critério adotado, ou seja, considerando o uso indistinto dos termos designando o mesmo conceito e conteúdo. De certa forma, não há dúvidas de que os direitos fundamentais são também direitos humanos, no tocante de que seu titular sempre será o ser humano, mesmo que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). Se este motivo fosse o único, o uso do termo “direitos humanos” seria de uso obrigatório, não sendo neste argumento que encontra-se a justificativa da distinção.

Para Sarlet, em que pese a utilização de ambos os termos comumente usados como sinônimos, a explicação procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para os direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, já a expressão “direitos humanos” tem relação com o direito internacional, referindo-se

⁷⁵ DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. O referido autor afirma tratar-se de lamentável a utilização de certas terminologias pela Constituição Federal, especialmente porque as várias expressões adquiriram significados diferentes na história constitucional mundial e porque o emprego de uma expressão pela Constituição pode gerar argumentos sistemáticos contra ou a favor da tutela de certos direitos.

às posições jurídicas reconhecidas ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, como também aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, revelando um inequívoco caráter supranacional⁷⁶.

Assevera Sarlet, abalizado no entendimento de Pérez Luño, que o critério mais adequado para a distinção entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que a expressão “direitos humanos” se revelou com contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, estes apresentam sentido mais preciso e restrito, na medida em que se constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, portanto tratam-se de direitos delimitados espacial e temporalmente, devendo-se sua denominação ao caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito⁷⁷.

A perspectiva histórica ou genética assume importância não apenas como instrumento hermenêutico, mas também pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é igualmente uma história que desemboca no aparecimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de existir consistem no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.

Somente com o reconhecimento e consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que se destaca a problemática das denominadas “gerações” (ou dimensões) dos direitos fundamentais, visto que encontram-se atreladas às transformações surgidas pelo reconhecimento de necessidades básicas, em razão da evolução do Estado Liberal (Estado formal de direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático de Direito), assim como pelas mudanças advindas do processo de industrialização e seus reflexos, pelo impacto tecnológico e científico, pelo processo de descolonização e tantos outros fatores direta ou indiretamente relevantes que poderiam ser considerados. Ficando subentendida a ideia de que a primeira geração ou dimensão dos direitos

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 33-34.

⁷⁷ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion* apud SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 34-35.

fundamentais é aquela que determinou o reconhecimento de seu *status* constitucional material e formal⁷⁸.

A influência das doutrinas jusnaturalistas é de suma importância para o posterior reconhecimento dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII, em especial a partir do século XVI. A ideia da existência de postulados de cunho supra positivo, deriva da idade média, por orientarem e limitarem o poder, atuando como critérios de legitimidade do exercício do poder. Pode-se considerar relevante o pensamento de Santo Tomás de Aquino que, além da concepção cristã de igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, respectivamente formadas pelo direito natural como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, defendendo que a desobediência dos governantes ao direito natural poderia, em casos extremos, justificar o direito de resistência da população. O valor fundamental da dignidade humana assumiu particular importância no pensamento tomista⁷⁹.

A partir do século XVI, especialmente nos séculos XVII e XVIII, a doutrina jusnaturalista, de forma especial por meio das teorias contratualistas, atinge seu ponto máximo de desenvolvimento. Paralelamente, desenvolve-se o processo de laicização do direito natural atingindo seu apogeu no iluminismo de inspiração jusracionalista. Já no século XVII, a ideia de direitos naturais inalienáveis do homem e da submissão da autoridade aos ditames do direito natural encontrou eco no humanismo racionalista de Hugo Grócio, Samuel Pufendorf, John Milton e Thomas Hobbes. Enquanto Milton reivindicou o reconhecimento dos direitos de autodeterminação do homem, de tolerância religiosa, da liberdade de manifestação oral e de imprensa, assim como a extinção da censura, na sua teoria, Hobbes, atribuiu ao homem a titularidade de determinados direitos naturais que, porém, somente alcançavam validade no estado de natureza, no mais, encontrava-se à disposição do soberano. Asseverou-se que foi na Inglaterra do século XVII que a concepção contratualista da sociedade e a ideia de direitos naturais do homem adquiriram particular relevo, não somente no plano teórico, mas também nas diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas dessa época⁸⁰.

⁷⁸ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 40.

⁷⁹ Idem. p. 41-42.

⁸⁰ Idem. p. 41 e ss.

Não se pode olvidar a importância da obra de Jonh Locke que, no século XVII, foi o primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, até mesmo aos detentores do poder, baseando-se no contrato social. Ressalte-se que para Locke apenas os cidadãos (e proprietários, que identifica ambas as situações) poderiam utilizar-se do direito de resistência, apresentando-se como verdadeiros sujeitos e não meros objetos do governo. Saliente-se que Locke, assim como já havia feito Hobbes, desenvolveu com mais afinco a concepção contratualista de que homens têm o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade, demonstrando que a relação autoridade-liberdade se funda na autovinculação dos governados, sendo lançadas, a partir daí, as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, que deu origem ao constitucionalismo e ao reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites ao poder do Estado⁸¹.

O processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos, tais como reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII foi seguido, na esfera do direito positivo, de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados como os antecedentes dos direitos fundamentais. O primeiro documento é a *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado na Inglaterra, em 1215, pelo Rei João Sem-Terra e pelos barões e bispos ingleses, embora esse documento fosse para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, em princípio, excluindo a população do acesso aos “direitos” contidos no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis, como *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia de propriedade⁸².

De relevância para o nascimento dos direitos fundamentais foi a Reforma Protestante que culminou na reivindicação e ao gradativo reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países da Europa. Contribuiu, também, a Reforma na consolidação dos modernos Estados nacionais e do absolutismo monárquico que foram condição para as revoluções burguesas do século XVIII, assim como, influenciou o pensamento filosófico, conduzindo a uma

⁸¹ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 44.

⁸² Idem. p. 44-45.

laicização do direito natural e a elaboração da teoria do individualismo liberal burguês⁸³.

São documentos importantes como precursores dos direitos fundamentais as declarações inglesas do século XVII, como a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689. Nesses documentos, os direitos e liberdades reconhecidos aos cidadãos ingleses surgem como enunciações gerais de direito costumeiro, como resultado da progressiva limitação do poder monárquico e da afirmação do Parlamento perante os monarcas ingleses.

Embora a controvérsia doutrinária sobre a origem dos direitos fundamentais, em face da Declaração dos Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdades legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. A Declaração dos Direitos do Povo da Virgínia dispõe sobre a supremacia normativa e a garantia de sua justiciabilidade por meio da Suprema Corte e do controle judicial de constitucionalidade, sendo os direitos naturais do homem, pela primeira vez, acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, mesmo considerando que o *status* constitucional formal só se deu com a incorporação de uma declaração de direitos à Constituição de 1791, mais precisamente quando a Suprema Corte afirmou na prática a supremacia normativa.

Também de grande importância é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, originada da revolução que culminou com a queda do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França. Tanto a declaração francesa quanto as declarações americanas caracterizavam-se pela inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano, direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis a todos os homens e não somente aos pertencentes a uma casta ou estamento.

Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam⁸⁴.

Além dessa acepção *lata*, o autor lança uma ainda mais restrita que os “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”⁸⁵.

⁸³ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 41-42

⁸⁴ HESSE, Konrad; apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 560.

Já Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização dos direitos fundamentais. Sendo que no primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Enquanto no segundo, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam na Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança, sendo imutáveis ou pelo menos de difícil mudança, ou seja, direitos exclusivamente alteráveis mediante lei de emenda constitucional⁸⁵. Do ponto de vista material, o autor assegura que os direitos fundamentais variam de acordo com a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra.

A vinculação dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos conduzem ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana, tendo a universalidade seu marco inicial na Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

Desde o reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no concernente ao seu conteúdo, quanto à sua titularidade, eficácia e efetividade.

Nesse contexto, os direitos fundamentais passaram a manifestar-se na esfera constitucional em três gerações sucessivas⁸⁷, traduzindo um processo cumulativo e qualitativo, tendo por escopo uma nova universalidade: a universalidade material e concreta em substituição à universalidade abstrata, contida no jusnaturalismo do século XVIII.

Entretanto, mesmo diante da controvérsia terminológica, se gerações ou dimensões, a ideia que norteia a concepção das três (ou quatro) dimensões dos direitos fundamentais são de total convergência, no sentido do seu reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas de cunho liberal-burguês. Tais direitos encontram-se em constante transformação, ocasionando a recepção nos textos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas

⁸⁵ HESSE, Konrad; apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 560. Esse trabalho seguirá a corrente que considera os direitos fundamentais segundo a tese defendida pelo referido autor.

⁸⁶ SCHMITT, Carl; apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 561.

⁸⁷ Este trabalho cita a teoria das gerações dos direitos fundamentais de Paulo Bonavides que ressalta ser necessário dirimir eventual equívoco de linguagem quanto ao vocábulo “dimensão” que substitui com larga vantagem o termo “geração”, caso este último venha a induzir somente a uma sucessão cronológica, gerando uma caducidade das gerações antecedentes, o que não seria adequado. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 571-572.

posições jurídicas de conteúdo tão diverso quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim, é certo que a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta somente para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma sua unidade e indivisibilidade na esfera do direito constitucional interno, e de modo especial na esfera do moderno “Direito Internacional dos Direitos Humanos”⁸⁸.

Na doutrina, predomina a classificação dos direitos fundamentais em três dimensões, considerados também, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade.

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, sendo os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, que são os direitos civis e políticos, considerados sob o prisma histórico como a fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. Referidos direitos, já encontram-se consolidados na sua projeção de universalidade formal, “não havendo Constituição digna desse nome que não os reconheça em toda sua extensão”⁸⁹.

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado, traduzindo-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade característica. São direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Os direitos da segunda geração são considerados os direitos sociais, culturais e econômicos englobando os direitos coletivos ou de coletividades, foram introduzidos no constitucionalismo das mais diversas formas de Estado social, resultado da ideologia antiliberal do século XX.

Essa geração de direitos, como os da primeira geração, tem forte cunho ideológico. Inicialmente foram proclamados nas constituições marxistas e de maneira mais efetiva nas constituições do segundo pós-guerra. Citados direitos passaram por um ciclo de baixa normatividade ou de eficácia duvidosa, em virtude

⁸⁸ SARLET, I. W. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. p. 50-51.

⁸⁹ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. p. 563.

de sua natureza de direitos que obrigam o Estado a determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por carência ou limitação de meios e recursos⁹⁰.

Nesse período, por sua questionada juridicidade foram esses direitos remetidos a denominada esfera programática, diferente do que ocorria com as garantias processuais atribuídas aos direitos da liberdade. A seguir, enfrentaram a crise de observância e execução, essa em seu fim, desde que as Constituições passaram a adotar o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Considerando o caráter justiciáveis dos direitos da segunda geração, assevera Bonavides:

Que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma⁹¹.

Com efeito, a noção de que apenas os direitos da liberdade eram de aplicabilidade imediata, adotada em todos os sistemas jurídicos, já não se adota aos direitos sociais, culturais e econômicos que passaram a constar no texto da Constituição sob a forma de direitos e garantias fundamentais.

A alta carga de teor humanístico e universalidade contribuíram para a solidificação dos direitos da terceira geração no fim do século XX, enquanto direitos que não se destinam exclusivamente a proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Estado. Têm por destinatário o gênero humano e emergiram da reflexão sobre temas inerentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade⁹².

Bonavides, citando Karel Vasak, salienta que essa dimensão de direitos se assenta sobre a fraternidade e já identifica cinco direitos como da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Ressalta, porém, que outros direitos podem surgir e alargar o círculo à medida que o processo universalista se desenvolver⁹³.

⁹⁰ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. p. 564.

⁹¹ Idem. p. 565.

⁹² Idem. p. 569.

⁹³ Idem. Ibidem.

O autor cita, ainda, Etienne-R. Mbaya ao qual atribui a formulação do chamado “direito ao desenvolvimento” que usa para caracterizar os direitos da terceira geração a palavra “solidariedade” (grifo nosso).

Para Mbaya, o direito ao desenvolvimento diz respeito tanto a Estados como a indivíduos e relativamente aos indivíduos se traduz na pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada⁹⁴.

Para Bonavides, os direitos da quarta geração correspondem à última fase de institucionalização do Estado social tendo como fator de introdução na esfera jurídica a globalização política⁹⁵.

Os direitos da quarta geração correspondem ao direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Tais direitos compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos, legitimando e possibilitando a globalização política⁹⁶.

Canotilho divide as funções dos direitos fundamentais em função de defesa ou de liberdade; função de prestação social; função de proteção perante terceiros e função de não discriminação.

Portanto, os direitos fundamentais cumprem a função de **direito de defesa** dos cidadãos quando sob dupla perspectiva: a) prescrevem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo textualmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; b) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir dos poderes públicos certas omissões, evitando agressões lesivas por parte de tais poderes (liberdade negativa). Já os direitos à prestações significam, em sentido estrito, o direito do particular a obter serviços por meio do Estado, como saúde, educação e segurança social. Outra importante função dos direitos fundamentais, de destaque na doutrina, é a chamada função de não discriminação. A doutrina, partindo do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade consagrados na constituição, considera como função básica e primária

⁹⁴ MBAYA, Etienne-R. Menschenrechte im Nord-Sued Verhaeltnis; apud BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. p. 570.

⁹⁵ Essa dimensão da globalização dos direitos fundamentais, defendida por Bonavides, está longe de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno e internacional, não passando de justa e saudável esperança em relação a um futuro melhor para a humanidade. Essa a opinião de SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 57.

⁹⁶ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. p. 572.

dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate seus cidadãos fundamentalmente iguais. Tal função difunde-se sobre os demais direitos. Aplicando-se aos direitos, liberdades e garantias pessoais, assim como aos direitos de participação política e aos direitos dos trabalhadores⁹⁷.

Os direitos fundamentais cumprem diversas funções na sociedade e na ordem jurídica. Essa multiplicidade de funções propicia que a estrutura dos direitos fundamentais não seja unívoca, o que dá margem a classificações úteis a compreensão do conteúdo e da eficácia dos vários direitos⁹⁸.

O estudo dos direitos fundamentais demonstra que partes substanciais da teoria dos status constituem os conhecimentos sedimentados no âmbito dos direitos fundamentais, o que aponta significativo valor, considerando-se o campo controverso de estudo do tema.

Jellinek diferenciava quatro *status*: o *status* passivo ou *status subiectionis*, o *status* negativo ou *status libertatis*, o *status* positivo ou *status civitatis* e o *status* ativo ou *status* da cidadania ativa.

No fim do século XIX, Jellinek desenvolveu a teoria dos quatro status em que o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado em situações de direitos e deveres.

O indivíduo pode achar-se em situação de subordinação aos Poderes Públicos, na posição de detentor de deveres em relação ao Estado, que tem a competência para vincular o indivíduo por meio de mandamentos e proibições. Este *status* é conhecido como *status subiectionis* ou *status* passivo.

O fato de o homem ter sua personalidade exige que desfrute de um espaço de liberdade com relação a ingerência do Estado. Impõe-se que os homens gozem de âmbito de ação livre do império dos Poderes Públicos. Este *status* é chamado de negativo.

Em outras situações, o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente, realizando prestações. O indivíduo se acha em situação de pretender que o Estado aja em seu favor. Sendo seu *status* positivo ou *status civitatis*.

⁹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 373-376.

⁹⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p. 156.

No quarto status, que Jellinek denomina de ativo, o indivíduo desfruta da possibilidade para influir sobre a formação da vontade do Estado, sendo exemplo, o direito de voto, no qual o indivíduo exerce seus direitos políticos.

A partir dessa teoria, que ao longo do tempo foi recebendo aperfeiçoamentos, extraiu-se as principais espécies de direitos fundamentais que são os direitos de defesa ou direitos de liberdade e direitos a prestações ou direitos cívicos, acrescentando-se a essas duas espécies a dos direitos de participação⁹⁹.

Os direitos de defesa caracterizam-se por cominar ao Estado um dever de abstenção, um dever de não interferência, de não intromissão na esfera de autodeterminação do indivíduo. Esses direitos têm o escopo de limitar a ação do Estado. Destinam-se a evitar a ingerência do Estado sobre os bens protegidos - como liberdade, propriedade - e fundamentam a pretensão de reparo por danos eventualmente sofridos¹⁰⁰.

No nosso ordenamento jurídico, esses direitos de defesa estão contidos, principalmente no artigo 5º da Constituição Federal. Tais direitos vedam interferências estatais na esfera da liberdade dos indivíduos, constituindo-se, sob esse prisma, normas de competência negativa para os Poderes Públicos, sendo o Estado obrigado a não interferir no exercício de liberdade do indivíduo, nem material, nem juridicamente.

Os direitos fundamentais no seu aspecto de defesa podem se expressar pela pretensão da não eliminação de certas posições jurídicas. O direito fundamental tem como efeito a proibição do Estado eliminar certas posições jurídicas concretas, como exemplo a proibição que se extinga o direito de propriedade de quem adquiriu um bem em consonância com as normas então vigentes. Atua, também, como proibição a que o Estado retire posições jurídicas em abstrato, como a possibilidade de transmissão de propriedade de determinados bens. Tratando sobre o tema Branco aduz que no ordenamento brasileiro, essa função de impedimento tende a configurar um direito fundamental específico que nominamos como garantia do direito adquirido, ato jurídico perfeito e segurança jurídica, ou se confunde com o direito ao livre ajuizamento de ações¹⁰¹.

⁹⁹ BRANCO, P. G. G. op. cit. p. 157.

¹⁰⁰ Idem. p. 157-158.

¹⁰¹ Idem. p. 158.

Na ordem jurídica, deve conter o remédio a afronta ao direito de defesa com força para compelir o Estado a se abster de práticas incompatíveis com os direitos fundamentais ou a anular ato que haja praticado. O princípio da responsabilidade civil do Estado permite que a ofensa a direito fundamental enseje a compensação pecuniária.

As normas que preveem o direito de defesa, quanto a sua estrutura, são auto-executáveis. Mesmo que contenham expressões vagas e abertas, não devem obstar a sua aplicação, sendo na maioria dos casos, seu conteúdo determinado por via hermenêutica, incumbindo precipuamente ao judiciário, referida tarefa¹⁰².

Enquanto os direitos de defesa oferecem proteção ao indivíduo contra uma ação considerada como imprópria do Estado, os direitos a prestação pressupõem que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades. São direitos que se efetivam pela intervenção do Estado.

Enquanto os direitos de defesa asseguram as liberdades, os direitos de prestação buscam oferecer as condições indispensáveis a fruição dessas liberdades.

Os direitos de prestação caracterizam-se por ser uma prestação positiva, e não uma omissão, correspondendo a uma obrigação de fazer ou de dar numa relação jurídica.

Os direitos fundamentais de participação, por alguns, são situados entre os direitos de defesa ou dos direitos à prestação. Essa categoria seria constituída pelos direitos de participação dos cidadãos na formação da vontade do país, correspondendo aos direitos políticos constantes da Constituição Federal¹⁰³.

2.2. Princípio da proporcionalidade e direito de propriedade

A adoção de uma teoria para os direitos fundamentais e a sistemática principiológica adotada pelo novo Constitucionalismo pós-Segunda Guerra fez com que o Tribunal Constitucional Alemão passasse a utilizar em sua jurisprudência o princípio da proporcionalidade, inclusive nas decisões que envolviam o direito de propriedade, o que veio a influenciar as decisões do judiciário brasileiro.

¹⁰² BRANCO, P. G. G. op. cit. p. 159.

¹⁰³ Idem p. 167.

Segundo Mendes, a firme jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) assegura a observância do princípio da proporcionalidade na definição do conteúdo e imposição de limitações ao direito de propriedade. Para esse entendimento, obriga-se o legislador a concretizar um modelo social baseado de um lado, no reconhecimento do direito a propriedade privada e, de outro, no princípio da função social. Mendes, citando decisão da Corte Constitucional alemã, mas, perfeitamente aplicável ao direito brasileiro, que considera dever do legislador contemplar igualmente os dois elementos que estão numa relação dialética - a liberdade constitucionalmente assegurada e o princípio da função social -, cabendo-lhe a tarefa de assegurar uma relação equilibrada entre esses dois elementos dentro da ordem jurídica¹⁰⁴.

Entende o Tribunal Constitucional Federal alemão que a Constituição autoriza o legislador a concretizar o princípio da função social, entretanto não deve restringir a liberdade além do estritamente necessário, embora não descurando da concretização do princípio da função social da propriedade¹⁰⁵.

O Tribunal alemão considera que o legislador dispõe de poder de conformação da matéria, mas, mesmo assim, procura sistematizar a aplicação do princípio da proporcionalidade, estabelecendo disposições a serem observadas:

- a) O legislador deve considerar as peculiaridades do bem ou valor patrimonial, objeto da proteção constitucional;
- b) O legislador deve considerar o significado do bem para o proprietário;
- c) O legislador deve assegurar uma compensação financeira ao proprietário em caso de grave restrição à própria substância do direito de propriedade;
- d) Se possível, deve o legislador atenuar o impacto decorrente da mudança de sistemas mediante a utilização de disposições transitórias, evitando as situações traumáticas de difícil superação¹⁰⁶.

O reconhecimento da importância dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados trouxe para o judiciário um desafio para suas decisões: a colisão entre os direitos fundamentais. Esse novo desafio obrigou a teoria do direito a estudar as formas de colisão e a buscar formas para resolução desses conflitos.

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. p. 68-69.

¹⁰⁵ Idem. op. cit. p. 69.

¹⁰⁶ Idem. Ibidem.

Portanto, considera-se em colisão os direitos individuais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diversos titulares. Mas a colisão pode igualmente ocorrer de conflito entre direitos individuais do titular e bens jurídicos da sociedade¹⁰⁷.

A autêntica colisão ocorre quando um direito individual afeta diretamente a esfera de proteção de outro direito individual e tratando-se de direitos submetidos à reserva legal expressa, cabe ao legislador determinar os limites adequados, assegurando o exercício pacífico de faculdades eventualmente conflitantes.

A doutrina aponta a colisão de direitos em sentido estrito ou em sentido amplo. As colisões em sentido estrito tratam-se apenas de conflitos entre os direitos fundamentais, já as de sentido amplo envolvem os direitos fundamentais e outros princípios que tenham por objetivo a proteção de interesses da sociedade.

Citando os tipos de colisões entre os direitos fundamentais, Mendes afirma poder-se referir a direitos fundamentais idênticos ou a direitos fundamentais diversos.

Assevera o autor que a colisão de direitos fundamentais idênticos pode apresentar-se sob quatro tipos básicos, sendo: a) colisão de direito fundamental enquanto direito liberal de defesa; b) colisão de direito de defesa de caráter liberal e o direito de proteção; c) colisão do caráter negativo de um direito com o caráter positivo desse mesmo direito e d) colisão entre o aspecto jurídico de um direito fundamental e o seu aspecto fático. Nas colisões entre direitos fundamentais diversos, o exemplo mais relevante trata-se da colisão entre a liberdade de opinião, de imprensa ou liberdade artística, de um lado; e do outro, o direito à honra, à privacidade e à intimidade.

Continuando o autor menciona as colisões em sentido amplo, envolvendo direitos fundamentais e outros valores constitucionalmente relevantes como é comum ocorrer entre o direito de propriedade e interesses coletivos¹⁰⁸.

Para Mendes, embaraçosa é a questão referente ao direito ou bem que há de prevalecer no caso de colisão autêntica. Mesmo que não se possa negar que a

¹⁰⁷ MENDES, G. F. op. cit. p. 77. Assinala o autor a necessidade de a ideia de conflito e colisão comportar temperamentos, pois "nem tudo que se pratica no suposto exercício de determinado direito encontra abrigo no seu âmbito de proteção".

¹⁰⁸ Idem. p. 78-79.

unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, levando a uma desfiguração da Constituição como um complexo normativo unitário e harmônico. Para o autor, uma valoração hierárquica diferenciada de direitos individuais seria admissível em casos especialíssimos¹⁰⁹.

No direito alemão, o postulado da dignidade da pessoa humana integra os princípios fundamentais da ordem constitucional, balizando todas as demais disposições constitucionais, da mesma forma têm-se como inquestionável que o direito à vida tem precedência sobre os demais direitos individuais, por tratar-se de pressuposto para o exercício de outros direitos¹¹⁰.

Assevera Mendes que se o constituinte distinguiu os direitos individuais submetidos à reserva legal expressa de outros direitos não submetidos a esse regime, é que vislumbrou perigo de colisão nos primeiros e impossibilidade de ocorrência nos últimos. Porém, isso não significa que, identificado o conflito, deva a questão permanecer sem resolução. Diz o autor que não se deve utilizar do pretexto de pretensa colisão para limitar direitos insuscetíveis, em princípio, de restrição. Por isso, a excepcionalidade de limitação decorrente de eventual colisão entre direitos constitucionais. A cláusula de imutabilidade de determinados princípios servirá de baliza para evitar que, mediante esforço hermenêutico, se reduza, drasticamente, o âmbito de proteção de determinados direitos¹¹¹.

Citando a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, afirma Mendes que a Corte, expressamente, reconheceu que:

Tendo em vista a unidade da constituição e a defesa da ordem global de valores por ela pretendida, a colisão entre direitos individuais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional pode legitimar, em casos excepcionais, a imposição de limitações a direitos individuais não submetidos explicitamente a restrição legal expressa¹¹².

O Tribunal não se restringe a proceder uma simplificada ponderação entre princípios conflitantes, atribuindo-lhe precedência ao de maior hierarquia e significado, mesmo porque, dificilmente se estabelece uma hierarquia precisa entre direitos individuais e outros valores constitucionalmente contemplados. Ao efetuar o

¹⁰⁹ MENDES, G. F. op. cit. p. 80.

¹¹⁰ Idem. Ibidem.

¹¹¹ Bodo Pieroth e Bernhard Schlink; apud MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 239.

¹¹² BVerfGE, 28, 243 (261).

juízo de ponderação entre os valores em conflito, o Tribunal analisa as circunstâncias específicas de cada caso.

A tentativa de sistematização da jurisprudência demonstra a orientação por uma “ponderação de bens em vista do caso concreto”, ou seja, de uma ponderação que leve em consideração todas as peculiaridades do caso em apreço¹¹³.

A limitação dos direitos fundamentais é tema principal da dogmática dos direitos fundamentais e, provavelmente, do direito constitucional. Portanto, definir o âmbito de proteção apresenta-se como pressuposto primário para a análise de qualquer direito fundamental. Por vezes, o exercício dos direitos pode dar margem a diversos conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Por isso, a importância de se definir o âmbito ou núcleo de proteção e, se necessário, fixar-se as restrições ou limitações a esses direitos¹¹⁴.

Para Mendes, certos direitos fundamentais, como o direito de propriedade e o direito à proteção judiciária, são dotados de âmbito de proteção estritamente normativo. Nesses casos, o legislador não se limita e prescrever restrições a eventual direito, cabe-lhe definir, em determinada medida, a amplitude e a conformação desses direitos individuais¹¹⁵.

Para o autor, quanto mais amplo o *âmbito de proteção* de um direito fundamental, mais facilmente qualifica-se qualquer ato do Estado como *restrição*. Ao inverso, quanto mais restrito for o *âmbito de proteção*, menor será a probabilidade de configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo¹¹⁶.

No campo dos direitos individuais, a ideia de restrição é trivial. Além do princípio geral da reserva legal, disposto no artigo 5º, II, a Constituição expressamente refere-se à possibilidade de restrições legais a direitos nos incisos XII (inviolabilidade do sigilo postal, telegráfico, telefônico e de dados), XIII (liberdade de exercício profissional) e XV (liberdade de locomoção).

Utiliza-se o constituinte de diversas expressões para indicar as restrições, como: “nos termos da lei” (art. 5º, VI e XV), “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” (art. 5º, XII), “atendidas as qualificações profissionais que a lei

¹¹³ MENDES, G. F. op. cit. p. 240.

¹¹⁴ Idem. p. 192.

¹¹⁵ Idem. p. 192-193.

¹¹⁶ Idem. p. 193.

estabelecer” (art. 5º, XIII), “salvo nas hipóteses previstas em lei” (art. 5º, LVIII). Em outras ocasiões o texto constitucional faz referência a um conceito jurídico indeterminado, que deve balizar a conformação de certo direito. É o que acontece com a cláusula da “função social” (art. 5º, XXIII).

Tais normas possibilitam a limitação ou a restrição das posições abrangidas pelo âmbito de proteção de determinado direito fundamental. Assevere-se que a norma constitucional que submete certos direitos à reserva legal restritiva contém, ao mesmo tempo, a) uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção, e b) uma norma de autorização de restrições, que dá permissão ao legislador de limitar o âmbito de proteção constitucionalmente assegurado¹¹⁷.

Ressalte-se que nem todas as normas referentes a direitos fundamentais destinam-se a restringir ou limitar poderes ou faculdades. Por vezes, destinam-se a completar, densificar e concretizar o direito. É o que se observa, em regra, na disciplina ordinária do direito de propriedade material e intelectual (CF, art. 5º, XXII), que sem pressuposta existência das normas de direito privado relativas a esse direito, não haveria como se cogitar de uma efetiva garantia constitucional a esse direito.

2.3. A norma de direito fundamental

Ao longo da pesquisa, afirma-se que o direito a propriedade e a função social da propriedade são normas textualmente insculpidas no texto constitucional, assim como, que são direitos fundamentais, tendo em vista a inserção dos referidos direitos no Título II da Constituição Federal, que trata “Dos direitos e garantias fundamentais”, e no Capítulo I, onde está inserido o artigo 5º que dispõe “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, sendo seus incisos considerados normas de aplicação imediata e muitos deles considerados princípios constitucionais. Por isso, a importância do estudo dos conceitos de norma, regra e princípio.

Necessário iniciar-se com o conceito de norma que é considerado um dos conceitos fundamentais da Ciência do Direito, talvez o mais fundamental dos conceitos. Mas isso não significa que a utilização do termo “norma” seja exclusividade da Ciência do Direito. A palavra norma, assim como outras a ela

¹¹⁷ MENDES, G. op. cit. p. 194-195.

relacionadas, como “regra”, “mandamento” ou “preceito”, são de uso comum às diversas ciências ou mesmo ao uso coloquial na linguagem¹¹⁸.

O conceito de norma como conceito fundamental da Ciência do Direito é objeto de infinitas discussões. “Toda definição desse conceito implica decisões sobre o objeto e o método da disciplina, ou seja, sobre seu próprio caráter”¹¹⁹.

Para Alexy, a fundamentação do que se defende variará conforme o entendimento de norma como o “sentido (objetivo) de um ato pelo qual se ordena ou se permite e, especialmente, se autoriza uma conduta”¹²⁰. Para o autor é necessário que se busque um modelo de norma que seja sólido suficientemente para construir a base das análises que se deve seguir e de outro lado, que seja frágil para que se compatibilize com o maior número possível de decisões. Conclui o autor que essas exigências são satisfeitas por um modelo semântico que se compatibilize com as mais variadas teorias sobre validade.

O ponto de partida do conceito do modelo semântico de norma está na diferenciação entre norma e enunciado normativo. Um exemplo de enunciado normativo, segundo Alexy, seria o seguinte: “Nenhum alemão pode ser extraditado” (art. 16, § 2º, 1, da Constituição alemã). Esse enunciado expressa a norma de que é proibida a extradição de um alemão. Uma norma é o significado de um enunciado normativo¹²¹.

A importância de se diferenciar enunciado normativo e norma dá-se pelo fato de que uma mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos. A forma de se reconhecer que esses enunciados expressam normas são expressões contidas como “proibido” ou “não podem”, entretanto as normas podem ser expressas sem a utilização de tais termos. Como exemplo o autor cita o Código Penal alemão no seu § 223, 1: “quem causar lesão corporal a alguém ou danos à sua saúde será punido com três anos de prisão ou com multa em dinheiro”. Nesse enunciado, a percepção é que não se diz que algo é, mas que algo deve ser¹²². Ressalte-se que normas podem ser também expressas sem a utilização de

¹¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 51.

¹¹⁹ Idem. op. cit. p. 52.

¹²⁰ Kelsen, Hans; apud ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 52.

¹²¹ ALEXY, R. op. cit. p. 53-54.

¹²² Idem. p. 54.

enunciados, como é exemplo as luzes dos semáforos e as placas de sinalização de trânsito.

Tal situação deixa patente que o conceito de norma é um conceito primário em face do conceito de enunciado normativo. É recomendável que os critérios para identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não no do enunciado normativo¹²³.

A relação entre enunciado normativo e norma equivale à relação entre enunciado afirmativo e afirmação. Costuma-se identificar a diferença entre enunciados normativos e normas de um lado, e enunciado afirmativo e afirmação de outro. Pelo fato de afirmações e enunciados afirmativos é possível dizer que eles são verdadeiros ou falsos, enquanto as normas e os enunciados normativos não permitem essa possibilidade. Sendo suficiente para compreender essa diferenciação dizer que os enunciados afirmativos expressam que algo é, enquanto os enunciados normativos expressam que algo é devido, proibido, etc.

A questão do que vem a ser norma de direitos fundamentais pode ser formulada de forma abstrata ou concreta. Formulada de maneira abstrata se indaga por quais critérios uma norma, mesmo não pertencendo a um ordenamento jurídico ou a uma constituição, pode ser considerada como uma norma de direito fundamental. Já formulada de maneira concreta quando se questiona que normas de determinado ordenamento jurídico ou de uma determinada Constituição são normas de direito fundamental e quais normas não são.

Afirma a doutrina pátria que o judiciário utiliza nas suas decisões a teoria das regras e princípios, mas baseia-se especialmente na teoria de Robert Alexy, que explana-se de forma resumida, mas necessária para a compreensão do estudo.

Para o autor, a distinção entre regras e princípios é a mais importante para a teoria dos direitos fundamentais. Essa distinção seria a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais na dogmática dos direitos fundamentais. Sem essa distinção não haveria uma teoria adequada sob as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória para as colisões, assim como não haveria uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Referida distinção é

¹²³ ALEXY, R. op. cit. p. 54.

considerada elemento fundamental não somente na dogmática jurídica dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. Facilita a resolução de problemas, como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a divisão de competências entre tribunal constitucional e parlamento. A distinção entre regras e princípios constitui, portanto, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais, assim como é considerada um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais¹²⁴.

A distinção entre regras e princípios não é recente. Mas, embora, sua longevidade e sua utilização frequente não impedem a falta de clareza e a polêmica. Aduz Alexy que “há uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos, a delimitação em relação a outras coisas – como os valores – é obscura e a terminologia vacilante”¹²⁵.

Frequentemente, não são regra e princípio, mas norma e princípio que são contrapostos. Regras e princípios se reúnem sob o mesmo conceito de norma, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Para Alexy, princípios e regras são razões para juízos concretos de dever-ser, mesmo que de espécies bem diferente, a distinção se dá entre duas espécies de normas¹²⁶.

São vários os critérios para se distinguir regras e princípios, sendo o mais utilizado o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, já o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.

Alexy cita outros critérios de distinção como a determinação dos casos de aplicação, a forma de seu surgimento, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência a ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica¹²⁷.

¹²⁴ ALEXY, R. op. cit. p. 85.

¹²⁵ Idem. p. 87.

¹²⁶ Idem. Ibidem.

¹²⁷ Idem. p. 88.

O ponto categórico na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado, sempre que possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Para Alexy, princípios são *mandamentos de otimização*, caracterizados por sua satisfação em graus variados e pelo fato de sua satisfação não depender somente das possibilidades fáticas, mas igualmente depender das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pela colisão entre regras e princípios. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Regras contêm *determinações* no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Portanto, a distinção entre regras e princípios é qualitativa e não gradativa. “Toda norma é uma regra ou um princípio”¹²⁸.

Para melhor entendimento e comparação, expõe-se o pensamento em relação ao tema de Dworkin. Para o autor, a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Esses dois conjuntos de padrões levam a decisões particulares em função da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas diferenciam-se quanto a natureza da orientação que oferecem. As regras são normas jurídicas do direito positivo, ou seja, as normas jurídicas escritas, que atribuem direitos e obrigações são normas jurídicas que obrigam, proíbem ou facultam algo. Enquanto a aplicação das regras é questão de tudo-ou-nada. Segundo seus fatos estipulados, uma regra é válida, e neste caso deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso não deve ser aceita.

Para Dworkin, a regra pode ter exceções, mas quando as tiver, deve ser enumerada, sob o risco de ser impreciso e incompleto seu enunciado. Teoricamente todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais explícitas, mas completo será o enunciado da regra¹²⁹.

Para o autor, “princípio” é um padrão que deve ser observado, mesmo quando não promova ou assegure uma situação econômica, política ou social

¹²⁸ ALEXY, R. op. cit. p. 91. Assevera o autor que a distinção apresentada assemelha-se à proposta por Dworkin, embora dela diferencie-se em um ponto importante: a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 40.

considerada desejável, mas por ser uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade¹³⁰.

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não possuem, ou seja, a dimensão do peso ou importância. Então, quando princípios colidem, aquele que resolverá o conflito deverá levar em conta a força relativa de cada um. Esta força não será medida de forma exata e o resultado se, um princípio ou uma política particular é mais importante que outra será sempre motivo de controvérsias. Essa dimensão é parte integrante do conceito de princípio, sendo possível perguntar que peso tem ou quão importante é o princípio¹³¹.

As regras não possuem essa dimensão. Na concepção do autor, é cediço dizer que as regras são funcionalmente importantes ou não. Assim, uma regra jurídica por ser mais importante que outra vista desempenhar um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas se duas regras são parte de um mesmo sistema, não se pode dizer que uma é mais importante que outra, portanto, se duas regras entram em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua maior importância. Assim, se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. Recorrendo a considerações que vão além das próprias regras, deve ser tomada a decisão de qual das regras é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada.

Asseverando sobre a resolução dos conflitos entre as regras, aduz Dworkin:

Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes¹³².

Afirma o autor que, às vezes, regras ou princípios podem exercer papéis semelhantes, e a diferença entre os dois reduz-se praticamente a uma questão de forma. Então, quando o enunciado de uma regra contém palavras abertas ou conceitos discricionários como “razoável”, “injusto”, “significativo”, “função social”, “boa fé”, isso faz com que sua aplicação possa necessitar do uso de argumentos de princípios. Os princípios são, assim, convicções que vão além das regras jurídicas. Mais do que um “trunfo” ou “carta na manga” para resolução de casos difíceis no

¹³⁰ DWORKIN, R. op. cit. p. 36.

¹³¹ Idem. p. 42-43.

¹³² Idem. p. 43.

nível das regras, os princípios instituem os fundamentos para a justificação adequada de uma decisão jurídica.

Quando observa-se os casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras é que a diferença entre regras e princípios apresenta-se com maior clareza:

Comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. E elas se distinguem pela forma de solução do conflito¹³³.

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se houver a introdução, em umas das regras, de cláusula de exceção que extinga o conflito, ou se uma das regras for declarada inválida, e sendo declarada inválida deve ser retirada do ordenamento jurídico. Diferente do conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é gradativo. Ou a norma jurídica é válida, ou não é.

Não existe um critério para determinar qual das regras deve ser considerada inválida quando não for possível a aplicação da cláusula de exceção. Referido dilema pode ser resolvido por meio da aplicação de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, sendo possível, também, a classificação conforme a importância da regra em conflito. Sendo fundamental que a decisão paute-se sobre validade.

A forma de solução das colisões entre princípios é bastante diversa da solução de conflitos entre regras. Se dois princípios colidem, situação que ocorre quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, é permitido, um dos princípios terá que ceder. Porém, isso não significa que o princípio cedente deva ser declarado inválido, tampouco que nele seja inserida uma cláusula de exceção. Ocorre é que um dos princípios tem precedência sobre o outro sob determinadas condições. A questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta se as condições forem diversas. Isso significa que nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e os princípios com maior peso têm precedência. Na dimensão da validade ocorrem os conflitos entre regras, enquanto as colisões entre princípios ocorrem na dimensão de peso, não olvidando que somente princípios válidos podem colidir¹³⁴.

¹³³ ALEXY, R. op. cit. p. 91-92.

¹³⁴ Idem. p. 93-94.

Vale ressaltar que entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade há uma estreita conexão, na qual a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Essa conexão entre a natureza dos princípios e a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito) decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzida dessa natureza¹³⁵.

Para Alexy, princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência do sopesamento, deriva da relativização em face das possibilidades jurídicas. Prossegue o autor asseverando que quando uma norma de direito fundamental com característica de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Torna-se necessário um sopesamento baseado na lei de colisão para se chegar a uma decisão¹³⁶. Considerando que a aplicação de princípios válidos, se aplicáveis, é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica na necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Significando que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é dedutível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais¹³⁷.

Conclui Alexy que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas, enquanto as máximas de necessidade e adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas¹³⁸.

¹³⁵ ALEXY, R. op. cit. p. 116-117.

¹³⁶ Idem. p. 117. Diz o autor que a máxima da proporcionalidade é frequentemente denominada "princípio da proporcionalidade". Porém, neste caso, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Tampouco, pode-se dizer que elas às vezes, tenham ou não, precedência. Na verdade, se indaga é se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. Para o autor as três máximas parciais devem ser consideradas como regras.

¹³⁷ Idem. p. 117-118.

¹³⁸ Idem. p. 118.

2.4. A horizontalização dos direitos fundamentais

Da constitucionalização do direito civil e do direito privado como um todo decorre o reconhecimento da aplicação dos direitos fundamentais inclusive nas relações privadas.

Os direitos fundamentais constituem garantias constitucionais universais, e por tal constituição, não se pode restringir seu uso às relações de direito público sob o risco de transformar o direito civil em um ramo da ciência jurídica isenta da incidência das normas constitucionais. E mais, não se pode imaginar que, nas relações privadas, as partes possam atentar contra os direitos fundamentais.

Essa capacidade dos direitos fundamentais não serem oponíveis apenas aos poderes públicos, mas que seus efeitos irradiem no âmbito das relações particulares, permitindo ao particular buscar na Constituição um direito ou uma garantia fundamental para opô-lo a outro igual é chamado de eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

Na Alemanha, os doutrinadores e a jurisprudência sustentaram, após a Segunda Guerra Mundial, que os direitos fundamentais produzem, além do efeito vertical, um efeito horizontal, que na doutrina alemã é conhecido como *Drittwirkung*, significa literalmente “efeito perante terceiros”, isto é, vinculação de sujeitos de direito além do Estado. Em determinadas situações, vinculam-se particulares que podem ser invocados perante os tribunais para que decidam os conflitos havidos entre as partes¹³⁹.

Sarlet, lançando considerações sobre a vinculação das pessoas privadas aos direitos fundamentais e salientando que o assunto ainda necessita de devido enfrentamento pelo direito brasileiro, ressalta que, verifica-se um dissenso com a terminologia apropriada, sendo expressivas as críticas em relação às expressões mais conhecidas, como é o caso da *Drittwirkung* (eficácia em relação a terceiros ou eficácia externa) do direito alemão, como também da expressão eficácia horizontal, considerando que em relação ao primeiro termo, não estaria em causa verdadeiramente um terceiro nível de eficácia, levando em conta que os direitos ou

¹³⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. p. 98. Tratando sobre o tema o autor argumenta que prefere a tradução “efeito horizontal” porque evita uma confusão frequentemente feita no direito constitucional: não se trata do grau e do modo de aplicação da norma na realidade social, que analisa a sociologia jurídica com o conceito de eficácia. Trata-se do efeito de vinculação ou de vínculo que os direitos fundamentais devem produzir enquanto normas de dever ser, mesmo quando a norma carece de eficácia social, não sendo respeitada na prática.

operam nas relações indivíduo-Estado ou na esfera das relações das pessoas privadas entre si, já a expressão eficácia horizontal não consubstancia as situações de manifesta desigualdade de poder entre indivíduos e portadores de dever social, que, no que diz respeito com o exercício de poder e imposição da vontade em detrimento da outra parte da relação jurídico-privada, assumem feições manifestamente verticalizadas, no sentido de similares com as relações entre particulares e o poder público. Por tais razões, Sarlet afirma ser mais apropriado falar-se de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ou da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares¹⁴⁰.

Hodiernamente é possível afirmar que nas relações privadas o respeito às garantias fundamentais constitucionais são condição de validade. Os exemplos trazidos pela doutrina informam o caso da impossibilidade de uma associação excluir seu membro por condutas inconvenientes e prejudiciais à associação como um todo, como também a possibilidade de aplicação de multa ao condômino antissocial¹⁴¹, tais situações devem ser precedidas do direito a ampla defesa e ao contraditório, conforme a garantia do artigo 5º, LV da Constituição.

2.5. A dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

Para melhor compreensão, o estudo da teoria dos direitos fundamentais divide os direitos em dimensões, ou seja, a dimensão subjetiva e objetiva, que explana-se a seguir.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais apresenta a capacidade desses direitos de, em maior ou menor escala, ensejarem uma pretensão para a adoção de dado comportamento ou se apresenta no poder da vontade de produzir efeitos sobre algumas relações jurídicas.

Considerada a dimensão de maior importância dos direitos fundamentais, essa convive com a dimensão objetiva, mantendo uma relação de remissão e de complemento recíproco¹⁴².

¹⁴⁰ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 354.

¹⁴¹ Os exemplos trazem as possibilidades de aplicação dos artigos 57 e 1.337 do Código Civil, respectivamente. As questões foram julgadas pelo STF, Ac. 2ª T., RE 201.819/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.05, DJU 27.10.06, p. 64.

¹⁴² BRANCO, P. G. G. op. cit. p. 167.

A dimensão objetiva é resultado do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Tais direitos formam a essência do Estado de direito democrático atuando como balizador do poder e como norte para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais positivam. Esse fato possibilita a influência dos direitos fundamentais sobre todo o ordenamento jurídico, norteando a ação de todos os poderes constituídos.

Os direitos fundamentais transcendem a perspectiva das garantias individuais, para atingir o patamar de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo, formando a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático¹⁴³.

A dimensão objetiva faz com que o direito fundamental não seja visto sob uma perspectiva individualista, mas que o bem por ela tutelado seja visto como um direito a ser preservado e fomentado.

Nesse sentido, a perspectiva objetiva possibilita até restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em benefício de seus próprios titulares ou de bens diversos constitucionalmente valiosos¹⁴⁴.

Um das consequências importantes da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está em ensejar um dever de proteção pelo Estado aos direitos fundamentais contra agressões dos próprios Poderes Públicos, vindas de particulares ou de outros Estados. Esse dever de proteção associa-se, sobretudo, mas não exclusivamente, aos direitos à vida, à liberdade e à integridade física, podendo o Estado adotar medidas, até de ordem penal, com o objetivo de proteção dos direitos fundamentais.

O aspecto objetivo dos direitos fundamentais acarreta-lhe uma eficácia irradiante, convertendo-os em diretriz para a interpretação e aplicação de normas dos demais ramos do direito. A dimensão objetiva propicia a discussão sobre a

¹⁴³ BRANCO, P. G. G. op. cit. p. 167

¹⁴⁴ Idem. Ibidem.

eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, e eficácia desses direitos na esfera privada, no âmbito dos relacionamentos particulares¹⁴⁵.

A questão da denominada eficácia dos direitos fundamentais fez surgir uma corrente de estudiosos do direito que admite a eficácia privada ou horizontal desses direitos, já que além de vincularem todos os poderes públicos, os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, ou seja, no âmbito das relações jurídicas entre os particulares¹⁴⁶.

Sarlet, tratando sobre o tema, assevera que mesmo nos países onde a Constituição dispõe sobre o postulado da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, como é exemplo o direito português, não revela seu *modus vinculandi*, ou seja, sua amplitude e intensidade¹⁴⁷.

Considerando os casos em que se apresenta de forma indiscutível uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais torna-se questionável a forma desta vinculação (se direta ou indireta), o problema ganha maior relevância quando se trata de direitos fundamentais nos quais a vinculação não transparece de forma clara. Não olvide-se, ainda, que o constituinte brasileiro não previu expressamente uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais.

O marco inicial do reconhecimento de eficácia aos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que diferentemente do Estado clássico e liberal do Direito, em que os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinha como objetivo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma separação entre Estado e sociedade, entre o público e privado, os direitos fundamentais vinculavam-se somente nas relações entre indivíduos e o Estado, no Estado social de Direito não somente o Estado aumentou suas atividades e funções, mas a sociedade, também, passou a participar ativamente do exercício do poder, passando a liberdade individual a carecer não apenas de proteção contra os poderes públicos, mas igualmente contra os mais fortes no âmbito da sociedade, ou seja, diante dos

¹⁴⁵ Entretanto, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais não deve ser tão acentuada, a ponto de se perturbar a sua função asseguradora das liberdades individuais, em face de interesses até contrastantes da coletividade, aduz QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*; apud BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. p. 169.

¹⁴⁶ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 353.

¹⁴⁷ Idem. p. 354-355.

detentores de poder social e econômico, considerada esta, a esfera na qual as liberdades se encontram mais efetivamente ameaçadas¹⁴⁸.

É nesse paradigma que assume relevância a dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, de acordo com esse paradigma são expressos determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também deve promover e zelar pelo seu respeito, de forma ativa, sendo o devedor de uma proteção global dos direitos fundamentais. Mesmo a doutrina tende a reconduzir o desenvolvimento da noção de vinculação também dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento da sua dimensão objetiva, deixando de considerá-los como simples direitos subjetivos do indivíduo diante do Estado. Para Sarlet, é necessário reconhecer a lição de Vieira de Andrade que destaca os dois aspectos principais e concorrentes do problema, que são a constatação de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam relativamente a toda ordem jurídica, incluindo a privada, assim como a necessidade de se protegerem os particulares contra atos atentatórios aos direitos fundamentais advindos de outros indivíduos ou entidades particulares¹⁴⁹.

Diante das hipóteses em que a vinculação direta (imediata) dos particulares resulta indiscutivelmente do enunciado da norma de direito fundamental, a forma como se dá essa vinculação é motivo de controvérsia na doutrina, oscilando entre a corrente que defende a tese da eficácia mediata (indireta) e os que sustentam uma vinculação imediata (direta). De acordo com a primeira corrente, que baseia-se no publicista alemão Dürig, os direitos fundamentais, precipuamente direitos de defesa contra o Estado, somente poderiam ser aplicados no âmbito das relações entre particulares após um processo de transmutação, caracterizado pela aplicação, interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais pelo direito privado. Para a segunda corrente, capitaneada por Nipperdey e Leisner, uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento com o qual, por serem os direitos fundamentais constituídos de normas de valor válidas para todo o ordenamento jurídico (princípio da unidade da ordem jurídica) e da força

¹⁴⁸ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 355-356.

¹⁴⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976* ; apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 356.

normativa da Constituição, não se pode concordar que o direito privado funcione à margem da ordem constitucional¹⁵⁰.

Sem que se entre no mérito destas concepções e das variantes apresentadas pela doutrina constitucional, é possível verificar uma convergência de opiniões quanto ao fato de que também na esfera privada ocorrem situações de desigualdade advindas de um maior ou menor poder social, razão pela qual não podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, entretanto, deve-se zelar pelo equilíbrio entre estes valores e os princípios da autonomia privada e da liberdade de negócios, que não podem ser destruídas. Neste contexto, sustentou-se acertadamente que em qualquer caso e independente da maneira pela qual se dá a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (se de forma direta ou indireta), verifica-se entre as normas constitucionais e o direito privado, não uma lacuna, mas uma relação baseada num continuo fluir, de maneira que ao aplicar-se uma norma de direito privado, aplica-se a própria Constituição. Por essa razão, o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais constitui-se, em verdade, um problema de conciliação dos direitos fundamentais com os princípios basilares do direito privado¹⁵¹.

Assevera Sarlet, a inexistência de soluções uniformes nesta problemática, já que a eficácia direta ou indireta somente pode ser aferida baseada no caso concreto, dependendo, em princípio, da existência de uma norma de direito privado e da forma como esta dispõe sobre as relações entre particulares, devendo-se observar as seguintes hipóteses: a) pode-se sustentar que a concretização de determinadas normas de direitos fundamentais por meio do legislador ordinário deriva de uma aplicação indireta da Constituição na esfera das relações privadas, em face de uma aplicação mediada pelo legislador, que, na edição das normas de direito privado, deve cumprir e aplicar os preceitos relacionados aos direitos fundamentais; b) uma aplicação indireta da Constituição é também verificada quando o legislador ordinário estabeleceu cláusulas gerais e conceitos indeterminados que devem ser preenchidos pelos valores constitucionais, em especial os conceitos contidos nas normas de direito fundamental. Por fim, estar-se

¹⁵⁰ SARLET, I. G. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 357.

¹⁵¹ Idem. p. 357-358.

diante da aplicação direta da Constituição quando da inexistência de lei ordinária concretizadora, da inexistência de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados aplicáveis à espécie ou até mesmo quando o seu campo de aplicação apresentar-se mais restrito do que as normas constitucionais¹⁵².

Na doutrina, distinguem-se duas correntes, no que tange aos destinatários da vinculação dos direitos fundamentais na esfera privada, que são: as relações (manifestamente desiguais) que se estabelecem entre o indivíduo e os detentores de poder social, assim como as relações entre os particulares em geral, caracterizadas por virtual igualdade, situadas fora das relações de poder. Quanto ao defendido pela primeira corrente, existe relativo consenso em se transportarem diretamente os princípios relativos à eficácia vinculante dos direitos fundamentais para a esfera privada, já que se cuida, sem dúvida, de relações desiguais de poder, semelhantes as que ocorrem entre os particulares e os poderes públicos. Quanto à intensidade a doutrina majoritária sustenta, que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, quando tratem-se de detentores de poder social, será igual àquela que verifica-se no caso dos órgãos estatais. Diversamente, quando se trata de relações igualitárias, o problema revela-se de difícil solução, com acentuada controvérsia nesta seara¹⁵³.

Em alguns aspectos dessa seara é possível vislumbrar certo consenso. Em relação à perspectiva jurídica-objetiva dos direitos fundamentais, reconhece-se que Estado e particulares encontram-se vinculados por um dever geral de respeito, tal situação é comumente identificada como uma eficácia externa dos direitos fundamentais, em que os particulares assumem a posição de terceiros relativamente à relação indivíduo-poder, nos quais está em jogo determinado direito fundamental. Fora da relação indivíduo-poder, isto é, em situações onde os particulares encontram-se em relativa condição de igualdade, deverá, segundo os defensores dessa corrente, prevalecer o princípio da liberdade, acatando-se uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada somente nos casos em que a dignidade da pessoa humana encontrar-se sob ameaça ou da ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal¹⁵⁴.

¹⁵² SARLET, I. G. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 358.

¹⁵³ Idem. p. 358-359.

¹⁵⁴ Idem. p. 359.

Tratando sobre o que os alemães denominam de eficácia irradiante, que ocorre mesmo nas relações entre particulares, sendo possível sustentar ao menos uma eficácia mediata (ou indireta) dos direitos fundamentais, podendo ser reconduzida à perspectiva jurídico-objetiva dos referidos direitos. Significa, em síntese, que as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, impondo-se às normas privadas (infraconstitucionais), uma interpretação conforme os ditames axiológicos existentes nas normas de direitos fundamentais, o que geralmente acontece quando da aplicação de conceitos indeterminados e cláusulas gerais do direito privado.

O direito constitucional positivo brasileiro inclina-se, opondo-se a doutrina e jurisprudência alemã, ao adotar uma necessária vinculação direta (imediata) dos particulares aos direitos fundamentais (excetuando os que têm por destinatários o poder público), reconhecendo que o modo pelo qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais em face das relações jurídicas entre particulares não é uniforme e requer soluções diferenciadas. O presente entendimento justifica-se, em especial, pela previsão expressa da aplicabilidade direta (imediata) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, o que por sua vez, segundo Sarlet:

Não se contrapõe ao fato de que, no âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópicosistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando uma solução norteadada pela ponderação de valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um¹⁵⁵.

É tarefa da doutrina jurídica e dos tribunais determinar os limites que possibilitem o exercício harmônico dos direitos fundamentais quando em colisão, mesmo que essa tarefa proporcione dificuldades, especialmente para estabelecer critérios para a solução da colisão apresentada.

Ocorre a colisão entre direitos fundamentais quando, *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular¹⁵⁶.

¹⁵⁵ SARLET, I. G. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 361.

¹⁵⁶ STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. p. 139.

Frequentemente, a imprensa divulga notícias sobre a invasão de áreas urbanas por famílias de sem-teto e alguns desses casos tomam projeção nacional¹⁵⁷. Nessa situação, tem-se claramente a colisão entre o direito fundamental à propriedade e a função social da propriedade, que tem como um de seus pressupostos o direito à moradia (art. 6º, CF). A resolução da colisão entre os citados direitos fundamentais agrava-se, diante do conceito da norma constitucional da função social da propriedade, considerado um conceito fluido e abstrato, o que traz dificuldade para sua aplicação no caso concreto¹⁵⁸.

Nesse tipo de colisão entre os dois direitos supracitados, geralmente, cabe ao Poder Judiciário a decisão final e para que a decisão seja juridicamente correta há a necessidade de justificar, isto é, fundamentar a limitação do direito em conflito. Para resolução, uma das principais ferramentas utilizadas para decidir sobre casos de conflito é o *critério da proporcionalidade*.

Para entender-se o uso do sopesamento ou ponderação como método de solução de colisão entre princípios faz-se necessário entender a referida lei.

Alexy em sua lei de sopesamento/ponderação aduz que quanto maior for o grau de insatisfação ou afetação de um direito ou princípio, maior deve ser a importância de satisfazer o princípio conflitante. Essa avaliação comporta três estágios. No primeiro, busca-se apurar o grau de não satisfação ou de detrimento ao princípio que tende a ser relegado no caso concreto. A seguir afere-se a importância de satisfazer o princípio que tende a prevalecer. Por último, apura-se se a importância de satisfazer um dos princípios justifica a afetação ou não-satisfação a ser atribuída ao outro princípio colidente¹⁵⁹.

O juízo de ponderação a ser exercido adere ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não exista meio diverso menos danoso para alcançar o resultado almejado e que seja proporcional em sentido estrito, ou seja, que o sacrifício imposto ao preterido não seja superior ao benefício que se obtenha com a solução. O juízo

¹⁵⁷ Exemplo do caso conhecido como “Pinheirinho”, quando em janeiro de 2011 a polícia, com autorização judicial, desocupou área no município de S. José dos Campos – SP, onde viviam cerca de cinco mil pessoas que ali habitavam desde 2004.

¹⁵⁸ A terceira parte da pesquisa tenta aclarar o conceito de função social da propriedade urbana e sua efetivação baseada na Lei 10.257/01 – Estatuto da Cidade.

¹⁵⁹ ALEXY, R. op. cit. p. 594.

de ponderação refere-se ao último teste do princípio da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito).

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA E DA CIDADE

A Constituição brasileira de 1988 dispõe no seu artigo 3º os objetivos fundamentais da República, no inciso I do referido artigo, prevê: construir uma sociedade livre, justa e solidária. Mas, quando observa-se as condições de vida e bem-estar dos habitantes das principais cidades brasileiras, é crível afirmar que a construção dessa sonhada sociedade humanamente privilegiada não chegou a transpor sua base. Várias são as razões para essa constatação, mas uma em especial será aqui analisada: a da inacessibilidade da propriedade fundiária para a maioria da população, considerada um bem de produção.

A tônica maior do problema constitui-se na máxima econômica de que as necessidades humanas são ilimitadas, crescentes na medida de seu processo de desenvolvimento civilizatório, ao mesmo tempo em que os recursos são finitos e sua reprodução não ocorre na mesma velocidade com que as necessidades aumentam ou se renovam. Esse descompasso gera conflitos dos mais diversos e nas mais diversas classes e grupos que formam a sociedade, como resultado de sua busca incessante por melhorias no âmbito cultural, político e econômico na tentativa de chegar àquilo que Ayres Britto chama de “supremo bem da vida”: a felicidade. Sustentando que:

Essa procura comum da felicidade tem na propriedade o seu principal elemento de propulsão, ou ponto de convergência. A propriedade é o grande divisor de águas da sociedade que, no caso brasileiro, se marca por uma microminoria de proprietários e uma macrominoria de não proprietários; marca essa que se aprofunda ainda mais quanto à propriedade dos bens de produção. Quem deles é dono, vive de bem para ótimo em todos os planos. Quem não o é, vive de regular para péssimo. Daí se conclui que o tema propriedade é decisivo para sinalizar a qualidade de vida das pessoas¹⁶⁰.

Para que a felicidade e a propriedade não sejam palavras associadas somente em anúncios publicitários imobiliários, necessário se faz um desenvolvimento urbano (social, econômico e cultural), visando a atender os ditames da justiça social e da solidariedade¹⁶¹ dispostos na Constituição. E para as cidades, se coloca o grande desafio de obter êxito, mobilizando e sensibilizando a sociedade para que assuma seu papel na reversão do processo de segregação econômica, cultural, social, territorial e política. Sendo certo que a trajetória da reação do ser

¹⁶⁰ BRITTO, Carlos Ayres. *Direito de propriedade: o novo e sempre velho perfil constitucional da propriedade*. p. 44-51.

¹⁶¹ Aqui compreendida como o vínculo que une o indivíduo à vida, aos interesses e às responsabilidades do grupo social, da nação ou da humanidade.

humano dá-se pela atuação cidadã ativa no cenário político e na tomada de decisões que o afetem diretamente, baseados nos dois princípios fundamentais consagrados no direito brasileiro: o da igualdade e o da liberdade¹⁶².

A Constituição brasileira de 1988 declara, também, que são direitos fundamentais do indivíduo a propriedade, a igualdade e a liberdade, estabelecendo ainda, que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito. Entretanto, embora tenha o constituinte brasileiro, formalizado a ordenação do Estado brasileiro, incorporando os princípios acima citados, é fato que ainda há uma enorme lacuna entre a norma e a realidade fática, condenando grande parcela da população brasileira a viver ao largo da mínima dimensão desses direitos. Um dos fatores que se pode apontar para a dificuldade de efetivação dos direitos de igualdade e liberdade com o direito de propriedade é a pouca acuidade do constituinte, ontem, e dos governantes, hoje, com a tutela do poder aquisitivo dos assalariados que são condenados a ficar do lado de fora da porta de acesso à propriedade, sem oportunidades para amealhar o excedente pecuniário que lhes permitiria adquirir um pedaço de chão¹⁶³.

Sem a disseminação da propriedade pelo maior número possível de pessoas e sem a obrigatoriedade que ela cumpra, de fato, a sua função social o resultado é “a mais avara concentração de bens, de renda e de prestígio comunitário, gerando uma inafastável desigualdade na base das relações sociais”¹⁶⁴.

Nesse sentido, conclui Mattos que as ideias de propriedade e liberdade, propriedade e igualdade, estão ligadas umbilicalmente e, em conjunto constituem o núcleo de uma noção concreta – e não meramente formal – de democracia. Acrescenta que não há liberdade real sem igualdade de condições de desenvolvimento humano, assim como não há igualdade sem liberdade e que num eventual embate entre esses dois valores, a igualdade será sempre o pressuposto da liberdade e do regime democrático, e não o contrário¹⁶⁵.

¹⁶² MATTOS, Liana Portilho. *Estatuto da cidade: em busca da dignidade humana perdida*. In. *Evolução do direito urbanístico* II. p. 72.

¹⁶³ BRITTO, C. A. op. cit. p. 44-51.

¹⁶⁴ BRITTO, C. A. op. cit. p. 44-51.

¹⁶⁵ MATTOS, L. P. *Estatuto da cidade: em busca da dignidade humana perdida*. p. 73.

3.1. A função social da propriedade urbana

A propriedade urbana atende sua função social, quando atende as funções urbanísticas presentes no Estatuto da Cidade e no Plano Diretor, que são principalmente: a habitação, o trabalho, a recreação e a circulação dos homens dentro do espaço urbano, constituindo um equilíbrio entre o interesse público e privado, orientando a utilização do bem no sentido de viabilizar uma qualidade de vida satisfatória para toda a coletividade visando ao desenvolvimento pleno de sua personalidade. Cabe à propriedade urbana desempenhar papel específico na configuração das cidades, visando a proteção do meio ambiente, que encontra-se disposto nos artigos 170, VI, e 225 da Constituição Federal, estabelecendo formas de controle e proteção ambiental além de determinar áreas especiais de proteção ambiental.

A Constituição atual prescreve em seu artigo 182:

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal mediante lei específica para a 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 e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

A Constituição permite tal fiscalização do uso da propriedade, embora exija que: a) se trate de propriedade urbana; b) esteja incluída na área do plano diretor; c) se trate de solo não edificado subutilizado ou não utilizado (mesmo edificado).

Na busca do uso adequado do solo urbano, a Constituição, desde que constatadas as condições citadas, permite sucessivamente as seguintes medidas: 1ª) parcelamento ou edificação compulsória; 2ª) imposto progressivo no tempo; 3ª) desapropriação. Tais modalidades apresentam-se como nítida intervenção estatal na propriedade privada.

A medida mais rigorosa e penosa, ou seja, a perda da propriedade ocorre como última alternativa, sendo necessário que o Poder Público esgote as medidas menos radicais até chegar à desapropriação.

O parcelamento ou loteamento do terreno urbano, citado, implica na divisão física do imóvel consoante o interesse público municipal.

A edificação compulsória é a imposição de que o proprietário arque com as despesas de construção forçada de edifício em sua propriedade.

O imposto progressivo significa a possibilidade de o poder municipal, sempre por meio de lei, estabelecer alíquotas diferenciadas no tempo, com a sua majoração sucessiva, porém, obedecendo a certo limite.

Quanto à desapropriação, é de observar que, embora reconhecendo o direito à indenização do proprietário, o certo é que o pagamento, neste caso, admite seja feito mediante títulos da dívida pública, com prazo de resgate máximo de até dez anos, em parcelas sempre anuais, iguais e sucessivas.

Portanto, o direito à propriedade urbana deve ser exercitado, observando as circunstâncias sócio-econômico-urbanístico-sanitário-ambientais que lhe impõe normas limitadoras, visando à conciliação de interesses de ordem privada, social e pública, abandonando de vez o caráter absoluto que deu lugar a abusos prejudiciais aos recursos naturais e culturais, ocasionando seu esgotamento e destruição, provocando graves problemas ao equilíbrio ecológico e social do planeta¹⁶⁶.

3.2. A função social da cidade

Para entender a função social da cidade faz-se necessário abordar sua formação histórica, sem, entretanto, aprofundar-se no estudo da cidade por tratar-se de tema complexo.

Pode-se estudar a cidade sob diversos aspectos, seja sob o aspecto histórico, em que a história universal espelha a história das cidades; seja sob o aspecto geográfico, sob a ótica que a natureza prepara o espaço e o homem organiza-o para a satisfação das suas necessidades e anseios; seja sob o aspecto econômico que atrela o desenvolvimento dos núcleos urbanos ao desenvolvimento do comércio e da indústria, assim como pode ser estudada sob o aspecto político, sociológico ou arquitetônico.

Infere-se que a cidade, no decorrer de sua evolução histórica, assumiu diversos matizes. De forma ilustrativa pode-se observar que a *polis* grega difere-se

¹⁶⁶ MALUF, Adriana C. R. F. Dabus. *Limitações urbanas ao direito de propriedade*. p. 61.

da cidade medieval, assim como uma cidade-templo como Pequim diferencia-se de uma metrópole comercial como Nova Iorque.

No decorrer dos tempos, foram formando-se os primeiros núcleos populacionais que deram origem à formação das cidades da maneira pela qual se conhece atualmente. A cidade manifesta-se como espaço físico e filosófico, cenário onde irá se desenrolar os movimentos sociais e humanos e que, se estruturada num ambiente ou mesmo num espaço favorável, funcionará como agente viabilizador da vida de seus habitantes¹⁶⁷.

Concebe-se que a construção do espaço urbano encontra-se ligada à história da sociedade, sendo três as etapas principais da formação da cidade, intimamente ligadas aos níveis de organização humana em seus diferentes períodos: o período pré-urbano, que se delineia a partir dos primórdios da civilização, o período marcado pelo surgimento da sociedade pré-industrial e o terceiro associado a uma organização humana complexa, com o avanço da tecnologia, que surge na figura da cidade industrial moderna¹⁶⁸.

No Brasil, o desenvolvimento urbano, inicialmente, vincula-se à política de ocupação e povoamento da colônia no intuito de garantir a rentabilidade e a defesa. A instituição do regime de capitanias hereditárias e sesmarias conferiram aos capitães donatários o direito de usufruto sobre as terras, sendo sucedido pela ocupação primária, consolidada em função da posse e da moradia habitual. Aduz Silva que no período colonial, os núcleos urbanos ou vilarejos foram resultado de ações das autoridades que vislumbravam a necessidade da urbanização e não da criação espontânea da massa populacional, sendo a formação das cidades e vilas ato de iniciativa oficial¹⁶⁹.

Até meados da década de 1930, o planejamento e a organização das cidades não faziam parte da pauta de problemas mais urgentes dos legisladores brasileiros, somente veio a ocupar a pauta com o processo de industrialização do país que cominou com um grande fluxo de pessoas para as cidades tornando necessária a implantação do urbanismo no Brasil. As necessidades surgidas obrigaram o legislador pátrio a preocupar-se com as cidades e, em 1937, o Decreto-lei nº 58

¹⁶⁷ LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*. p. 3.

¹⁶⁸ SJOBERG, Gideon; apud MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. op. cit. p. 64.

¹⁶⁹ SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*. p. 21.

referiu-se à propriedade urbana pela primeira vez, com o objetivo de trazer segurança jurídica para as transações imobiliárias já que regulava o parcelamento do solo.

Na década de 1940, as cidades brasileiras eram vistas pela população como a possibilidade de avanço e modernidade em relação ao campo, que até aquele momento representava a base da economia do Brasil colonial. Entretanto, a partir da década de 1990, à cidade passa-se a associar: a violência, a poluição, a marginalidade, o tráfego caótico, entre outros males.

O intenso desenvolvimento econômico do país foi acompanhado de um processo desordenado de urbanização das cidades, o alto adensamento populacional oriundo do êxodo rural foi responsável pela formação das regiões metropolitanas das grandes cidades, geralmente pela ocupação do solo urbano de forma irracional e ilegal, impondo condições de vida precárias aos seus habitantes que se estendem até a atualidade.

Asseverando sobre o processo desordenado de urbanização no Brasil e suas consequências para as cidades, aduz Osório:

O processo intensivo de urbanização brasileira [...], introduziu no espaço urbano a dramática realidade da pobreza e da desigualdades sociais, transformando-o em local de expressão e reprodução de injustiças sociais. Iniciada no período em que se verificou o fim do processo de expansão acelerada do crescimento econômico, o processo de urbanização brasileira possibilitou a consolidação e expansão da industrialização mediante a exclusão social de uma imensa maioria da população, mal acomodada no subemprego e nos cinturões de pobreza urbanos. A ausência de planejamento urbano para as cidades, ou melhor, para uma significativa porção do território das cidades, intensificou o crescimento das periferias, principalmente metropolitanas, e a consolidação de um mercado imobiliário restritivo e especulativo¹⁷⁰.

O padrão de crescimento urbano no Brasil foi produto da intervenção do Estado, por meio de suas políticas públicas e tentativas de planejamento. Também desempenhou papel importante neste processo a legislação urbanística ao prescrever uma concepção de planejamento e desenvolvimento urbano que visava a higienização e embelezamento de partes das cidades, geralmente em regiões onde a população já dispunha de acesso às oportunidades de crescimento e à qualidade de vida. Tal visão não considerou a imensa maioria da população que vive em condições urbanísticas precárias e desfavoráveis quanto ao acesso às

¹⁷⁰ OSÓRIO, Letícia Marques. *Diretrizes gerais in Estatuto da cidade comentado: Lei n. 10.257/01*. Liana Portilho Mattos (Org.). p. 67-68.

oportunidades de trabalho, cultura ou lazer. Esse modelo de desenvolvimento urbano resultou na segregação e na diferenciação hierárquica dos espaços, às quais se somou um diferencial de preço para o mercado imobiliário e a extensão da cidade cada vez mais em direção à periferia, local de acomodação preferida da população de baixa renda, que não dispõe de condições de arcar com o preço alto da terra e pela infraestrutura disponível nas áreas mais centrais. Outra consequência desse modelo são as áreas de preservação ambiental degradadas, cuja responsabilidade cabe ao Estado quando elege essas áreas para o implemento de habitação de interesse social¹⁷¹.

O constituinte de 1988, preocupado com a política urbana, diante desse incremento social da urbanização brasileira, traçou normas sobre o panorama da propriedade imóvel, buscando a efetivação da função social da propriedade e das cidades, valorizando as atividades básicas em benefício da coletividade.

No disposto do artigo 5º, XXIII da Constituição Federal, a propriedade urbana cumpre sua função social quando propicia a ordenação das cidades, enquanto lugar adequado à convivência e desenvolvimento social, conforme os dispositivos constitucionais e os planos urbanísticos. Assim, pode a cidade atuar como otimizador das potencialidades da personalidade corroborado pela vida digna e plena dos seus habitantes, desde que encontre ambiente e espaço favoráveis.

A função social da cidade recebe destaque especial a partir da Constituição de 1988, na disposição do artigo 182, estabelecendo que a política de desenvolvimento urbano, a ser executada pelo poder público municipal, obedecerá diretrizes gerais fixadas em lei, tendo por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. No parágrafo primeiro, institui que o Plano Diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. Analisando o custo social do modelo de desenvolvimento, atua o poder público, dimensionando as prioridades federais, estaduais e municipais no que tange às políticas de gestão dos interesses públicos¹⁷².

Diante da obrigação da União em fixar as diretrizes para o desenvolvimento urbano, em 10 de julho de 2001, foi promulgada a Lei 10.257, denominada Estatuto

¹⁷¹ OSÓRIO, Letícia Marques. Op. cit. p. 68.

¹⁷² MALUF, Adriana C. R. Freitas Dabus. op. cit. p. 67.

da Cidade, visando regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelecendo diretrizes gerais para a política urbana.

Importante ressaltar que o Estatuto da Cidade veio por fim ao argumento de que a função social da propriedade carecia de efetividade por ser um princípio constitucional, não sendo uma “norma” capaz de produzir os efeitos que lhe são típicos, especialmente o de obrigar uma conduta cominando uma sanção. O Estatuto veio positivar o princípio da função social da propriedade, também na legislação ordinária, retirou sua qualidade de princípio unicamente constitucional, passando a ser norma jurídica ordinária, passível de plena concretização e imposição, sem perder sua matriz principiológica¹⁷³.

Elencam-se entre as funções sociais da cidade, a habitação, o trabalho, a mobilidade, o lazer, todas visando a integração dos seres humanos, seu crescimento intelectual e cultural num ambiente sustentável e ecologicamente equilibrado. Em busca desta finalidade, a norma constitucional impõe diretrizes para a edificação, utilização do imóvel urbano, ao saneamento ambiental, para a proteção do patrimônio natural e cultural da coletividade, prevendo sanções sucessivas nos casos de infração, que tem seu limite máximo na desapropriação do bem.

Tratando sobre a concretização da função social da cidade, aduz Gesta Leal que tal princípio precisa ser condizente com os demais, assim como aos objetivos fundamentais do Estado, presentes na Constituição, o que significa pressupor o exercício da cidadania maximizando a realização da justiça social, por meio da atuação do poder público, do mercado e da sociedade. O planejamento urbanístico intervém, na forma de um conjunto de medidas integradas para resolver e evitar os problemas das cidades, englobando desde a disposição das ruas, o sistema de fornecimento de água e esgoto, a instituição de áreas verdes preservadas, além da determinação de zonas para a implantação de indústrias, hospitais, comércio e serviços¹⁷⁴.

Asseverando sobre a manifestação vital da cidade, leciona Maluf:

A cidade mergulha as suas raízes nos costumes e hábitos de seus habitantes, sua manifestação vital tem por expressão máxima a natureza humana, donde se abstrai que os elementos estruturais que a constituem, como as edificações, a composição arquitetônica, o traçado de suas ruas e

¹⁷³ MATTOS, Liana Portilho. *A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do estatuto da cidade. Temas e Ideias*. p. 91.

¹⁷⁴ LEAL, R. G. op. cit. p. 40-41.

praças, o desenho de seus edifícios públicos, e todo o mobiliário urbano em geral obedecem às necessidades profundas da comunidade, a circunstâncias espirituais de toda ordem, além das condições surgidas do meio físico, clima e paisagem. Afinal, é na cidade que as pessoas constroem seus vínculos de afetividade e de identidade, travando com seus pares relações de integração ou afastamento cotidianos¹⁷⁵.

As cidades sustentáveis são definidas no novo panorama legislativo como aquelas que se desenvolvem de forma coesa, ordenada, sem degradação, possibilitando uma vida digna para todos. Para que a cidade cumpra sua função social, conforme dispõe o artigo 182, parágrafo 4º, da Constituição, o administrador público pode utilizar-se de programas previamente estabelecidos de ordenação das cidades por meio dos instrumentos urbanísticos que possibilitam tal desiderato.

Chega-se à conclusão de que cada estrutura urbana é única, dotada de peculiaridades que formam a gênese da cidade, moldando a sociedade que a habita. Hodiernamente, o desenvolvimento sustentável que proporcione uma sobrevivência harmônica para toda a coletividade, de forma abrangente, constitui a concretização da função social da cidade.

Finaliza-se citando o conceito moderno e amplo de cidade destacado por Goitia que diz ser a aglomeração humana fundada num solo convertido em pátria, cujas estruturas internas e externas se constituem e desenvolvem por obra da história, para satisfazer e exprimir as aspirações da vida coletiva, não só a que nelas se desenvolve, mas também da humanidade em geral¹⁷⁶.

3.3. Limitações impostas pelo Estatuto da Cidade

Para que as cidades atinjam sua função social, entregando a sua população os elementos básicos para seu bem-estar, como habitação, trabalho, recreação e mobilidade, assim como possa seu desenvolvimento ocorrer de forma coesa, ordenada, sem degradação, possibilitando uma vida digna para todos como prevê o ordenamento constitucional, cabia ao legislador a regulamentação desses preceitos que se deu pela Lei 10.257, de 10.7.2001, intitulada Estatuto da Cidade, que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, prescrevendo diretrizes gerais para a política urbana.

¹⁷⁵ MALUF, Adriana C. R. Freitas Dabus. op. cit. 68.

¹⁷⁶ GOITIA, Fernando Chueca. *Breve história do urbanismo*. p. 14-38-39.

O Estatuto fornece uma base instrumental a ser utilizada em matéria urbanística, como assevera Medauar, na esfera municipal, buscando o melhor ordenamento do espaço urbano, em observância estrita da proteção ambiental, da busca de soluções para os difíceis problemas sociais típicos das cidades grandes, entre os quais a moradia, o saneamento básico, a mobilidade e os transportes urbanos. Aduz a autora que o Estatuto estabelece várias limitações à propriedade urbana, entre as quais a preocupação com o equilíbrio ambiental, fator condicionante da propriedade privada, considerando o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito assegurado constitucionalmente. A questão ambiental encontra-se ligada intimamente ao desenvolvimento urbano pois, como sabido, os grandes centros urbanos são acometidos por graves problemas relativos ao meio ambiente, tais como a poluição do ar, da água, a poluição visual, sonora, problemas originados, em grande parte, pela ausência de preservação de áreas verdes e áreas destinadas ao lazer¹⁷⁷.

Estabelece o Estatuto normas de ordem pública e interesse social, sendo as principais limitações ao direito de propriedade dispostas no artigo 39 e seguintes, que cuidam do Plano Diretor.

Para Silva, a função urbanística é primordialmente exercida no âmbito municipal, por meio dos planos de desenvolvimento urbano, em forma de planos diretores, que instituem regras para o desenvolvimento físico das cidades, vilas e demais núcleos urbanos do Município¹⁷⁸.

O Plano Diretor consubstancia a vida na cidade, buscando ordenar seu crescimento, evitar conflitos sociais, planejar seu desenvolvimento habitacional, comercial e industrial, recuperar áreas deterioradas, instituindo vias de tráfego que facilitem a circulação de veículos, por fim, busca dirigir os destinos do município, com o escopo de criar condições para uma cidade sustentável¹⁷⁹.

À luz do artigo 182, parágrafos 1º, 2º e 4º, da Constituição Federal, o plano diretor assume a função de instrumento básico da política urbana do Município, objetivando ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

¹⁷⁷ MEDAUAR, Odete. *Estatuto da cidade: comentários*. p. 17-20.

¹⁷⁸ SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*. p. 95-96.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Comentários ao estatuto da cidade*. p. 130-131.

O citado parágrafo primeiro dispõe que: “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”.

Portanto, a política urbana deve-se valer obrigatoriamente de um plano previamente estabelecido, que é o plano diretor. Tal plano tem caráter facultativo para as cidades com população inferior a vinte mil habitantes, sendo obrigatório para as demais. Para as cidades que não possuem plano diretor, as constituições estaduais prescrevem que os municípios devem elaborar diretrizes gerais para a ocupação do território, por meio de leis que garantam as funções sociais da propriedade e da própria cidade¹⁸⁰.

O parágrafo segundo, do artigo 182 da Constituição, dispõe: “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

Resta claro que o legislador indica que a função social da propriedade urbana somente estará atendida se houver obediência às disposições contidas no plano diretor, considerado o instrumento básico pelo qual os municípios definirão suas metas a serem alcançadas, suas regras básicas, suas diretrizes e normas de desenvolvimento urbano.

Diante do descumprimento das deliberações ali contidas, sujeita-se o proprietário à penalidades, tais como: o parcelamento e utilização compulsórios, o IPTU progressivo, culminando com a desapropriação mediante pagamento em títulos da dívida pública.

A regra do artigo 182, parágrafo 4º, da Constituição dispõe que:

É facultado ao Poder Público municipal mediante lei específica para a 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 sucessiva 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 e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Enfatiza o parágrafo 4º a necessidade de existência de uma lei específica, para a área incluída no plano diretor, para exigir do proprietário a utilização da sua

¹⁸⁰ LEAL, R. G. op. cit. p. 161.

propriedade de acordo com o plano diretor, sendo a Lei 10.257/2001 responsável por estabelecer diretrizes gerais da política urbana e, nos seus artigos 39 a 42, dar destaque ao plano diretor.

No artigo 39, o legislador ratifica as funções constitucionais do plano diretor, ressaltando suas diretrizes gerais e interesses precípuos.

O artigo 40, parágrafo 1º, traz como inovação a inclusão do processo de planejamento municipal nas leis orçamentárias do Município, submetendo o seu plano plurianual – planejamento para toda a gestão do administrador - ao legislativo, no primeiro ano de seu mandato; o parágrafo 2º impõe que o plano diretor deve englobar o território do Município como um todo, não apenas o perímetro urbano, para que a cidade não venha a ser prejudicada em seu desenvolvimento pela formação de novos núcleos urbanos que tendem a se desenvolver em sua periferia, provenientes das áreas de expansão urbana; o parágrafo 3º, prevê a periodicidade da revisão do plano diretor, pelo menos a cada dez anos, para evitar o desordenamento urbano; o parágrafo 4º valoriza a gestão democrática na elaboração, fiscalização e implementação do plano diretor, por meio de audiências públicas e debates com os diversos setores da população, a publicidade dos documentos e informações produzidas.

No artigo 41, tem-se a imposição do plano diretor para as cidades que contem com mais de vinte mil habitantes, que sejam integrantes das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou áreas de especial interesse turístico, assim como, as que estejam inseridas em áreas de influência de empreendimentos com significativo impacto ambiental a nível regional ou nacional.

O artigo 42 traz o conteúdo mínimo que deve constar dos planos diretores, assim como, as regras específicas para seu acompanhamento e controle.

O artigo 50 do Estatuto da Cidade comina aos Municípios com mais de vinte mil habitantes, além das outras supracitadas referências, que não possuem plano diretor que o façam no prazo de cinco anos.

O plano diretor, como instrumento básico da política urbana, apresenta objetivos gerais e específicos. Entre os objetivos gerais, encontra-se a ordenação dos espaços habitáveis, implementando a vida nas cidades. Entre os objetivos específicos, estes abrangem a reurbanização de um bairro, o alargamento de via

pública específica, a construção de casas populares, a construção de rede de esgotos, o zoneamento, o arruamento, o loteamento, entre outros. O processo de planejamento das diretrizes municipais é vital para o desenvolvimento urbano, devendo a prefeitura elaborar planos estritamente adequados à realidade do Município, considerando as reais necessidades de sua população; os planos devem ser exequíveis, ou seja, passíveis de serem executados pela prefeitura diante dos recursos financeiros, técnicos e humanos disponíveis; deve visar a harmonia das realidades rurais e urbanas do Município, realizando um desenvolvimento local coeso; importante levar em consideração a realidade regional e o acesso às informações disponíveis de modo a assegurar a participação efetiva da população em todas as fases do planejamento municipal, como disposto no artigo 29, X, da Constituição Federal. Para Silva, a aceitabilidade, a exequibilidade, a viabilidade e a sensibilidade são importantes elementos caracterizadores de um bom plano diretor¹⁸¹.

Preleciona o autor que “a ordenação do solo municipal é sem dúvida o aspecto fundamental do plano diretor, dado que é nele que se manifesta o fundamental da competência dos Municípios no sistema constitucional brasileiro”¹⁸² sendo que os elementos constitutivos dos Municípios abrangem as propriedades públicas e privadas. As primeiras asseguram à população as mais diversas formas de assistência e as últimas constituem as propriedades onde efetivamente a população vai habitar ou desenvolver alguma atividade produtiva.

No que tange à propriedade privada, as normas do plano diretor fixam os limites e o âmbito de sua aplicação, ponderam o impacto das novas construções no meio ambiente e no tráfego, buscam a persecução da função social da propriedade e, de forma mais ampla, a função da própria cidade, no escopo em que ordena o desenho desta, o traçado de suas ruas, a distribuição das edificações, a valorização da memória popular, integrando os setores físico, econômico, social e administrativo, determinando os objetivos a ser alcançados, o prazo para tal alcance, as atividades a serem desenvolvidas e por qual órgão competente, procurando evitar o uso inadequado dos imóveis urbanos.

¹⁸¹ SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*. p. 132-134.

¹⁸² Idem. *Ibidem*.

Quando aprovado o plano diretor pela Câmara Municipal e criada a lei específica para a área nele incluída, torna-se norma jurídica, prescrevendo regras que o proprietário deverá obedecer, diante das exigências do Poder Público, promovendo a melhor utilização da propriedade urbana, sob pena de incidir nas sanções do artigo 182, § 4º da Constituição Federal.

Como forma de intervenção na propriedade imobiliária urbana, o plano diretor é uma espécie de restrição urbanística, face o seu caráter de lei geral e abstrata aplicada a toda a coletividade¹⁸³.

Para Silva, as limitações à propriedade privada operam imediatamente, seja quanto às obrigações de não fazer, como exemplo a regra *non aedificandi*, no que tange às áreas não edificáveis, seja quanto às obrigações de fazer, como na definição de área em que o Poder Público Municipal, mediante lei específica, poderá exigir, nos termos de lei federal, que o proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado promova seu adequado aproveitamento, sob pena de parcelamento ou edificação compulsórios¹⁸⁴.

Assim, o Estatuto da Cidade estabelece as diretrizes gerais para a política urbana, para a administração das cidades, buscando, dentro do possível, tornar a cidade um modelo sustentável, ou seja, passível de fornecer aos seus habitantes condições adequadas de habitabilidade, possibilitando-lhes uma vida digna, com acesso aos bens indispensáveis ao bem-estar como a moradia, o saneamento básico, o transporte, a educação, o lazer, a memória popular. Nesse intuito, o Estatuto limita, por meio de seus instrumentos urbanísticos, a liberdade de atuar do particular em benefício da coletividade impondo-lhes limitações ao uso da propriedade.

O Plano Diretor, por outro lado, apresenta-se como instrumento basilar, por meio do qual os objetivos preconizados pela administração serão concretizados. Atualmente, seria impossível imaginar o desenvolvimento das cidades e por consequência, o seu crescimento, sem um instrumento de planejamento prévio que lhe sirva de norte.

¹⁸³ MATTOS, Liana Portilho. *Limitações urbanísticas à propriedade*. In: *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. p. 69.

¹⁸⁴ SILVA, J. A. *Direito urbanístico brasileiro*. p. 141-142.

3.4. Efetividade da função social da propriedade

A função social da propriedade, embora de origem remota, como já afirmado nesse estudo, ainda encontra, nos dias atuais obstáculos e opositores de variadas ordens, que tentam dificultar ou impedir a sua difusão e efetiva aplicação.

No texto constitucional de 1988, o constituinte inclui no artigo 5º, XXII, o direito de propriedade entre os direitos fundamentais, “é garantido o direito de propriedade”, para, em seguida, no mesmo artigo no inciso XXIII, afirmar o princípio da função social da propriedade: “a propriedade atenderá a sua função social”¹⁸⁵.

A função social da propriedade, além da norma contida no inciso XXIII do artigo 5º da Constituição, foi tratada no Título VII que trata da ordem econômica e financeira. O Capítulo I, do Título VII, dispõe sobre os princípios gerais da atividade econômica e no artigo 170, III, o constituinte consagra a função social da propriedade como um dos princípios norteadores da própria atividade econômica. No capítulo II do mesmo Título VII, um capítulo exclusivo é dedicado à Política Urbana contendo os artigos 182 e 183.

Mattos salienta que até a edição da Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, que veio regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição, o princípio da função social da propriedade não tenha sido integralmente compreendido pelas diferentes esferas responsáveis pela sua eficácia, sendo certo que a Constituição de 1988 não se limitou a repetir o antigo *slogan* usado nas Constituições anteriores e que nada de concreto traziam. Ao contrário, o constituinte relacionou a função social e propriedade, impondo um novo paradigma para a questão, substituindo e sepultando o estabelecido no Código Civil de 1916¹⁸⁶.

Para compreender o sentido atual da função social da propriedade, necessário se faz entender que a ideia jurídica de função é sempre a de uma atividade cujos efeitos benéficos se projetam para além do universo dos interesses secundários do seu exercente¹⁸⁷. A função social da propriedade modifica a configuração estrutural da propriedade, passa a ser elemento qualificador dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens imóveis. Passa a propriedade a ser

¹⁸⁵ Para MATTOS, Liana Portilho, “se o constituinte tivesse congregado esses dois dispositivos em um único inciso, unindo o primeiro ao segundo pela condicional ‘desde que’, muitas interpretações propositadamente equivocadas, sobre esse inafastável condicionamento do direito de propriedade à uma função social, teriam sido evitadas”. *Estatuto da cidade – em busca da dignidade humana perdida*. p. 74.

¹⁸⁶ MATTOS, L. P. *Estatuto da cidade: em busca da dignidade humana perdida*. op. cit., p. 75.

¹⁸⁷ BRITTO, op. cit., p. 49.

um direito limitado, passível de ser plenamente exercitado se houver uma destinação, ou uma função, que beneficie socialmente a comunidade na qual ela esteja inserida. O direito de propriedade passa a ser visto sob um novo prisma, no qual a legislação urbanística – especialmente o Estatuto da Cidade – é que condiciona aquele direito, estabelecendo, por meio de suas normas, os requisitos para o seu reconhecimento e para o seu exercício¹⁸⁸.

A função social da propriedade é um princípio constitucional com contornos de norma legal. Sendo aqui sua efetividade abordada sob o enfoque jurídico. A eficácia jurídica seria a capacidade da norma legal produzir os efeitos perseguidos por seus mandamentos, ou seja, regular as situações previstas em seu conteúdo¹⁸⁹.

A eficácia social estaria mais próxima, neste caso, da conformidade de uma situação fática a uma determinada norma jurídica, ou seja, sua aplicação e a produção dos resultados pretendidos¹⁹⁰.

A efetividade da função social da propriedade seria a capacidade deste princípio ser aplicado concretamente nos conflitos jurídicos sobre a questão. Sendo que a efetividade da função social ainda encontra diversas barreiras, das mais diversas. Uma dessas barreiras é a tese que a função social da propriedade representa mero princípio constitucional, cujos seus defensores pautam-se na teoria ultrapassada de que os princípios não dispõem de força normativa, sendo inaptos para a aplicação no caso concreto. A inclusão do princípio da função social da propriedade no Estatuto da Cidade conferiu ao princípio contorno de norma jurídica ordinária, ultrapassando referida barreira. Outra barreira é que o conceito de função social da propriedade é muito abstrato, dando espaço para as mais diversas interpretações, dificultando sua aplicação ao caso concreto. Tal argumento não procede, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro abriga conceitos plurissignificativos como “boa-fé” e “interesse público”.

Na prática faz-se necessário que não se conceda a uma norma jurídica limites estanques para sua atuação, deixando essa delimitação para o momento da

¹⁸⁸ MATTOS, L. P. *Estatuto da cidade: em busca da dignidade humana perdida*. p.75.

¹⁸⁹ BLANC, Priscila Ferreira. *Plano diretor urbano & função social da propriedade*. p. 48

¹⁹⁰ Idem. *Ibidem*.

aplicação da lei. Com esses conceitos mais “fluidos”, o legislador possibilita sobrevivência maior à norma¹⁹¹.

O estatuto da Cidade veio trazer uma contribuição jurídica na busca da harmonia e solidariedade social entre as classes proprietárias e não-proprietárias. Suas normas foram elaboradas para minimizar os conflitos existentes entre os setores mais oprimidos da sociedade civil, o Estado e as classes beneficiárias ou produtoras da desigualdade e da desordem nas cidades brasileiras. Essa contribuição explicita sua importância quando se constata a disposição do Estatuto na ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana como o objetivo da política urbana, assegurando como direito de todos, o acesso à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações¹⁹².

Para melhor entendimento das normas que efetivam a função social da propriedade por meio do Estatuto da Cidade, faz-se necessário assinalar a configuração jurídica dos municípios brasileiros a partir da Constituição de 1988.

Seguindo uma tendência verificada globalmente, fortaleceu-se no Brasil o poder local, de maneira nunca vista anteriormente, com a elevação dos municípios à mesma condição jurídica dos estados federados e da União, e com a disposição específica de competências, textualmente na Constituição¹⁹³.

Considerando que essa deficiência da estrutura federativa brasileira foi “consertada” tardiamente, diante das décadas de abandono a que se submeteram as cidades brasileiras, é correto afirmar que a responsabilidade constitucional pela condução da política urbana somente coube efetivamente aos municípios brasileiros, assim como aos munícipes, a partir de 1988.

Mattos, tratando do esforço feito pelos setores participativos da sociedade civil para inserir um capítulo que tratasse sobre política urbana na Constituição de 1988, diz que tal esforço tem que:

Ser entendido, dentro de um contexto mais amplo de ajustamento da federação brasileira a moldes diversos dos consagrados nos textos constitucionais anteriores, pelos quais os municípios brasileiros não tinham

¹⁹¹ BLANC. P. F. op. cit., p. 51.

¹⁹² Lei 10.257/2001, art. 2º.

¹⁹³ MATTOS, L. P. *Estudo da cidade: em busca da dignidade humana perdida*. p. 76.

o *status* de “entes federativos”, e consequentemente não tinham autonomia financeira, nem administrativa, nem organizacional. Além disso, os deveres e competências dos nossos municípios, em matéria de promoção e execução de políticas públicas, eram bem menores que as atualmente consagradas no texto constitucional vigente¹⁹⁴.

Destarte, resta patente que os municípios brasileiros foram prestigiados pelo constituinte de 1988, e por meio do tratamento normativo dispensado, asseverou que a cidade é o *locus* privilegiado para o desenvolvimento das relações humanas e local onde se faz concreta a garantia do bem-estar de seus moradores.

A inserção de um capítulo que tratasse exclusivamente de política urbana não foi dádiva de um constituinte consciente, mas do esforço de setores da sociedade civil organizada diante da necessidade dos municípios serem dotados de instrumentos que os auxiliassem no serviço de ordenamento do solo urbano. Porém, é nesse contexto que merece análise as disposições contidas nos artigos 182 e 183 da Constituição.

Grupos contrários à aprovação da reforma urbana, também, atuaram junto aos constituintes, para comprometer a eficácia das normas contidas no capítulo da política urbana que restou comprometido pela edição da lei prevista no *caput* do artigo 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”.

Embora em número pequeno, as normas constitucionais que tratam da política urbana, representam um progresso no até então tratamento dado ao direito de propriedade, diante da textual atribuição de competência ao município para executar sua própria política de desenvolvimento urbano, organizar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, sem olvidar que as cidades com mais de vinte mil habitantes passaram a obrigar-se a aprovar seu plano diretor, instrumento básico consagrado à política de desenvolvimento e expansão urbana.

A função social da propriedade passa a ser normatizada ao se dispor que a *propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor* (§ 2º, do art. 182),

¹⁹⁴ MATTOS, L. P. *Estudo da cidade: em busca da dignidade humana perdida*. p. 76.

transferindo a definição do seu conteúdo para uma lei destinada a ser aplicada pelos Municípios.

3.5. O regime jurídico da propriedade

Considerando que a Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana e dando outras providências, já não há mais espaço para divergências acerca do regime jurídico da propriedade no ordenamento brasileiro.

Se sob a égide do Código Civil de 1916 as normas reforçavam o caráter individualista e absolutista da propriedade, enquanto a Constituição de 1988 reiterou a função social como um requisito da essência do direito de propriedade, o Estatuto da Cidade veio consolidar, em definitivo, o novo regime jurídico da propriedade¹⁹⁵.

A confirmação desse novo regime jurídico é encontrada nas normas do Estatuto da Cidade, dispostas nos seus cinco capítulos: diretrizes gerais (Capítulo I); instrumentos da política urbana (Capítulo II); plano diretor (Capítulo III); gestão democrática da cidade (Capítulo IV) e disposições gerais (Capítulo V). As normas dispostas nos referidos capítulos – todas de ordem pública e interesse social – regulam o uso da propriedade urbana em função do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, do equilíbrio ambiental, às vezes conformando, limitando ou ampliando a dimensão do exercício do direito de propriedade. A nova configuração do regime jurídico apresenta-se, especialmente, nas normas contidas nas diretrizes gerais e nos instrumentos de política urbana.

A função social da propriedade recebe destaque especial no primeiro capítulo da lei, sendo posta como o objetivo a ser alcançado pela política urbana. Pode-se asseverar que o Estatuto da Cidade nasceu para regulamentar e delinear o regime da propriedade urbana e da função social a que a propriedade deve se submeter, equipando os Municípios brasileiros de instrumentos jurídico-urbanísticos para a gestão de suas cidades.

Tratando dos instrumentos da política urbana, o Estatuto em seu Capítulo II distribui em doze seções, alguns dos instrumentos que serão utilizados para alcançar os objetivos definidos nos artigos 1º e 2º. Na primeira seção, o longo artigo

¹⁹⁵ MATTOS, L. P. *Estatuto da cidade: em busca da dignidade humana perdida*. p. 78.

4º informa, genericamente, esses instrumentos, e nas seções subsequentes, alguns recebem tratamento mais minudenciado, objetivando planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões; planejamento municipal (plano diretor; disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; zoneamento ambiental; plano plurianual; diretrizes orçamentárias e orçamento anual; gestão orçamentária participativa; planos, programas e projetos setoriais; planos de desenvolvimento econômico e social); institutos tributários e financeiros (impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana; contribuição de melhoria; incentivos e benefícios fiscais e financeiros); institutos jurídicos e políticos (desapropriação; servidão administrativa; limitações administrativas; tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano; instituição de unidades de conservação; instituição de zonas especiais de interesse social; concessão de direito real de uso; concessão de uso especial para fins de moradia; parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; usucapião especial de imóvel urbano; direito de superfície; direito de preempção; outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; transferência do direito de construir; operações urbanas consorciadas; regularização fundiária; assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos; referendo popular e plebiscito); estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).

Os instrumentos genericamente dispostos no artigo 4º do Estatuto da Cidade são os instrumentos do artigo 182 da Constituição, quais sejam: parcelamento, edificação ou utilização compulsórios (inciso I, § 4º); imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo (inciso II, § 4º) e desapropriação com pagamento em títulos (inciso III, § 4º). Como dito alhures, apesar de previstos no ordenamento brasileiro desde a Constituição de 1988, o entendimento predominante nas decisões dos tribunais era de que tais dispositivos constitucionais eram inaplicáveis, pela necessidade de uma regulamentação específica por meio de lei federal. O Estatuto da Cidade veio conferir tratamento a esses instrumentos urbanísticos, regulamentando-os em suas seções II (artigos 5º e 6º), III (artigo 7º) e IV (artigo 8º).

Mattos destaca que, embora as críticas apresentadas a forma como esses instrumentos restaram regulamentados pelo Estatuto, especialmente a

discricionariedade do poder público na sua aplicação, excessiva benevolência para com o “mau proprietário”, lentidão na aplicação da sanção da desapropriação urbana etc., fato é que, finalmente o Município, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, poderá exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, seu aproveitamento adequado, sob pena de incidir seu imóvel nos dispostos instrumentos do artigo 182 da Constituição¹⁹⁶.

Se o Município optar por aplicar o instrumento do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, o proprietário terá um prazo, previamente estabelecido por lei, contado do recebimento da notificação, para dar adequada destinação ao terreno ocioso que não esteja atendendo a uma função que beneficie socialmente a cidade, muito embora tenha à disposição benfeitorias públicas. Caso o proprietário, mesmo após o recebimento da notificação antes mencionada, quede-se inerte quanto ao cumprimento da obrigação imposta pelo poder público, o Município passa a poder elevar a alíquota do imposto predial e territorial urbano de forma progressiva no tempo, com o objetivo de coibir a ociosidade do imóvel. Para o proprietário renitente, que nenhuma providência tomou ao ser notificado para parcelar, edificar ou utilizar e ao ter a alíquota do IPTU do imóvel elevado progressivamente, resta ao poder público, por decisão última, a desapropriação do imóvel, mediante pagamento com títulos da dívida pública, resgatáveis em até dez anos.

Além de tratar dos instrumentos do artigo 182 da Constituição, o Estatuto cuida, ainda no Capítulo II, de itens que têm como objetivo a regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, como: a usucapião especial de imóvel urbano (seção V, artigos 9º a 14) e a concessão de uso especial para fins de moradia (artigos 15 a 20, da seção VI). O instrumento da concessão de direito real de uso, constante do artigo 7º do Decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, foi mencionado expressamente no artigo 4º do Estatuto da Cidade.

Cabe ressaltar que os instrumentos constantes do Capítulo II que mais interesse desperta são: o direito de superfície, outorga onerosa do direito de construir, operações urbanas consorciadas, transferência do direito de construir, direito de preempção e estudo de impacto de vizinhança. Esses instrumentos

¹⁹⁶ MATTOS, L. P. *Estatuto da cidade: em busca da dignidade humana perdida*. p. 79.

possuem características específicas e apresentam potencialidades para a gestão das cidades dentro dos objetivos almejados pelo Estatuto da Cidade.

A *outorga onerosa do direito de construir*¹⁹⁷ - conhecido, também, como *solo criado*, permite que o plano diretor fixe áreas onde o direito de construir possa ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico estabelecido. Para tanto, o beneficiário deverá oferecer uma contrapartida ao poder público, devendo as condições estar prescritas previamente em lei municipal. Sendo os recursos arrecadados pelo Município, com a adoção desse instrumento, utilizados na busca das finalidades previstas nos incisos do artigo 26¹⁹⁸, com validade nas áreas do direito de preempção.

As *operações urbanas consorciadas*¹⁹⁹ - consistem num conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Município, visando transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental em determinada área da cidade. A utilização desse instrumento possibilita uma flexibilização na gestão das cidades, mediante parcerias entre proprietários, investidores privados, usuários, moradores e o poder público.

A *transferência do direito de construir*²⁰⁰ - permite que o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, exerça em outro local – ou aliene, se preferir – o seu direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente. Para valer-se desse instrumento o imóvel deve ser considerado necessário para fins de implantação de equipamentos urbanos e comunitários ou de preservação por interesse histórico, ambiental paisagístico, social ou cultural ou servir a programa de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social. Para Mattos, a utilização da transferência do direito de construir é considerada uma forma de se atender ao

¹⁹⁷ Lei 10.257/2001, artigos 28 a 31 da seção IX.

¹⁹⁸ Lei 10.257/2001, art. 26. O direito de preempção será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para:

I – regularização fundiária;

II – execução de programas e projetos habitacionais de interesse social;

III – constituição de reserva fundiária;

IV – ordenamento e direcionamento da expansão urbana;

V – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;

VI – criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes;

VII – criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental;

VIII – proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico;

Parágrafo único. A lei municipal prevista no § 1º do art. 25 desta Lei deverá enquadrar cada área em que incidirá o direito de preempção em uma ou mais das finalidades enumeradas por este artigo.

¹⁹⁹ Lei 10.257/2001, artigos 32 a 34 da seção X.

²⁰⁰ Lei 10.257/2001, artigo 35 da seção XI.

interesse coletivo, sem que o proprietário do imóvel assumira sozinho, os prejuízos advindos de tal procedimento. A autora sustenta que a utilização desse instrumento pode ser entendido, em certa medida, com o princípio da justa distribuição dos ônus e benefícios decorrentes do processo de urbanização, considerada uma diretriz geral da moderna política urbana²⁰¹.

*O estudo de impacto de vizinhança*²⁰² prevê que os aspectos negativos e positivos de qualquer empreendimento novo e atividades privadas ou públicas, em área urbana, serão contemplados, mediante a elaboração de um estudo prévio de impacto que servirá de requisito para que o proprietário obtenha as licenças ou as autorizações de construção, ampliação ou funcionamento que competem ao Município. O estudo de impacto de vizinhança (EIV) deverá conter um estudo mínimo que trate das questões relacionadas ao adensamento populacional da área e suas proximidades, equipamentos urbanos e comunitários, uso e ocupação do solo, valorização imobiliária, geração de tráfego e demanda por transporte público, ventilação e iluminação, paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Não se pode negar que o Estatuto da Cidade deu uma significativa contribuição para o intérprete, com os elementos para preencher o conceito de função social da propriedade. Embora tenha repetido a fórmula constitucional que remete ao plano diretor a definição das exigências concretas para o cumprimento da função social da propriedade urbana, o Estatuto trouxe uma gama de normas que auxiliam o aplicador da lei e os gestores públicos a determinarem e a concretizarem o referido conceito.

O Estatuto da Cidade apresenta quatro importantes inovações: a consolidação de um novo marco jurídico-político em relação a propriedade urbana que deve orientar a formulação de normas de Direito Urbanístico; a instituição e regulamentação de instrumentos que vão garantir uma urbanização socialmente justa e incluyente pelos Municípios; a garantia da gestão democrática das cidades pelos agentes que a produzem, constroem e utilizam; e a regulamentação dos instrumentos de regularização fundiária dos assentamentos informais existentes em áreas urbanas municipais. Importante ressaltar que o conjunto de diretrizes e instrumentos do Estatuto passa a orientar a ação do Poder Público, do mercado

²⁰¹ MATTOS, L. P. *Estatuto da cidade: em busca da dignidade humana perdida*. p. 81.

²⁰² Lei 10.257/2001, artigos 36 a 38 da seção XII.

imobiliário e da sociedade, em sintonia com os critérios econômicos, sociais e ambientais a serem observados no processo de planejamento urbano. A efetiva materialização em leis municipais, necessárias à efetivação da função social da cidade e da propriedade e alguns instrumentos relativos a regularização fundiária, assim como políticas públicas dependerá do empenho conjunto dos agentes da sociedade brasileira ²⁰³.

A função social da propriedade, em especial a urbana, deixa de ser somente um conceito abstrato para tornar-se norma regulamentada, coibindo o mau gestor de se escusar de sua responsabilidade perante os munícipes, de lhes oferecer uma cidade coesa, organizada, ecologicamente equilibrada, onde a habitação seja motivo de bem-estar.

A utilização dos instrumentos oferecidos pelo Estatuto da Cidade e pelo Plano Diretor podem, ainda, não serem usados como deveriam ou como a população gostaria, mas já permitem a possibilidade de cobrança por parte dos habitantes aos gestores das cidades, da efetivação desses instrumentos, inclusive lhes permitindo o questionamento junto ao judiciário para exigir-lhe o cumprimento.

Reconhece-se que os instrumentos aqui citados, ainda atuam insipidamente na efetividade da função social da propriedade urbana, mas espera-se que aos poucos, haja um amadurecimento da população que passe a utilizar-se desses instrumentos disponíveis para exigir um ambiente mais salubre para habitar e que lhe ofereça bem-estar.

²⁰³ OSÓRIO, Letícia Marques. *Diretrizes gerais* in *Estatuto da cidade comentado: lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001*. Liana Portilho Mattos (Org.). p. 69-70-78.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de propriedade que adquire seu caráter individual e absoluto como forma de proteção contra um regime de poder absolutista vai, ao longo do tempo e conforme o desenvolvimento político-social do Estado, agregando uma função social que passa a ser exigida por uma sociedade não mais individual, mas coletivista e preocupada com o todo. O Direito é obrigado a acompanhar esse desenvolvimento e as normas de direito privado, antes dispostas exclusivamente no código civil, chegam à Constituição e passam a ser matéria de ordem pública, na qual os particulares já não detêm autonomia absoluta, mas têm seu direito limitado pelo poder público no intuito de beneficiar a comunidade de maneira mais ampla.

O constitucionalismo contemporâneo, especialmente no pós Segunda Guerra, vem acompanhado de uma nova sistemática que concede à Constituição uma supremacia antes nunca experimentada e as normas ali dispostas alcançam plenitude. É nessa esteira que os direitos fundamentais ganham projeção, como forma de proteção contra governos autoritários e passam a ser dispostos textualmente nas Constituições. Assim acontece com a propriedade privada, esta com seu lugar assegurado no texto constitucional desde a modernidade, mas a função social, também, assegura esse lugar. No direito brasileiro, a função social, que já se encontrava nos textos constitucionais de países como México e Alemanha desde o início do século XX, passa a ser textualizada, talvez para não ficar a parte das constituições europeias, mas sem efetividade.

No Brasil, durante a segunda metade do século XX, ocorre um êxodo da população do campo para as cidades que se apresentam como a possibilidade de mudança de vida diante da possibilidade de trabalho e bem-estar. Mas, esse adensamento populacional nas cidades brasileiras tomam proporções inesperadas que o Estado não havia se preparado para enfrentar. E nas cidades, surgem os problemas: falta moradia, trabalho, a violência atinge níveis incontroláveis, o meio ambiente se ressentido. É nesse contexto que os setores da sociedade civil se unem para cobrar do governo a apresentação de programas que venham resolver ou minimizar os problemas das cidades. O constituinte de 1988 viu-se obrigado a responder a esses apelos da sociedade civil e, não só a propriedade privada, mas a função social passa a ter destaque no texto constitucional, ainda que tenha deixado sua efetivação a cargo de futura lei. Durante o interregno da promulgação da

Constituição e a publicação da Lei nº 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade, o ordenamento jurídico manteve uma postura temerosa na utilização da função social da propriedade como uma norma jurídica de efetividade plena, alegando a necessidade de sua regulamentação que só veio ocorrer com a publicação da citada lei.

Destarte, a regulamentação dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal pela Lei nº 10.257/2001 atribui à função social da propriedade a capacidade de modificar a configuração estrutural da propriedade, passando a ser elemento qualificador dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens imóveis e ainda recebe, no primeiro capítulo da lei, a incumbência de objetivo a ser alcançado pela política urbana. Os instrumentos apresentados pela lei como forma de efetividade da função social urbana recebem críticas pelo seu teor de discricionariedade concedido ao poder público, entretanto, é fato que as exigências para a efetivação da função social da propriedade urbana encontram-se legalizadas e com possibilidade de sanções nas normas constantes dos artigos da Lei nº 10.257/2001 que veio consolidar um novo regime jurídico da propriedade, em que a função social deixa de ser norma de caráter estritamente constitucional para tornar-se, também, norma de direito infraconstitucional, facilitando sua utilização pelo ordenamento jurídico que já não pode se esquivar sob o pretexto de falta de regulamentação do instituto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BERTAN, José Neure. *Propriedade privada & função social*. Curitiba: Juruá, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BLANC, Priscila Ferreira. *Plano diretor urbano & função social da propriedade*. Curitiba: Juruá, 2011.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Direito de propriedade: o novo e sempre velho perfil constitucional da propriedade*. Revista de direito público, nº 91, julho/setembro de 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. *A constitucionalização do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Filosofia dos institutos jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. *O direito de vizinhança*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2012.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009. (Coleção a obra- prima de cada autor; 267).
- FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direitos Reais*. 8 ed. atual. ampl. Salvador: Juspodivm, 2012.
- FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- FERNANDES, Edésio. *Evolução do direito urbanístico II*. Heloisa Soares de Moura Costa... [et al]. – Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2006.
- GOITIA, Fernando Chueca. *Breve história do urbanismo*. 5. ed. Lisboa: Presença, 2003.
- HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Série métodos em direito; v. 1)

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos do direito*. Tradução Bruno Miragem. Notas e revisão da tradução Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Limitações urbanas ao direito de propriedade*. São Paulo: Atlas, 2010.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade; de acordo com o código civil de 2002 e com o estatuto da cidade*. 3. ed. atual. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MATTOS, Liana Portilho. *A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do estatuto da cidade*. Rio de Janeiro: Temas & Ideias, 2003.

_____. *Nova ordem jurídico-urbanística: função social da propriedade na prática dos tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Estudo da cidade: em busca da dignidade humana perdida in Evolução do direito urbanístico II*. – Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2006.

MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade Comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

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

MATTOS, Liana Portilho. *Estatuto da cidade – em busca da dignidade humana perdida*. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Evolução do direito urbanístico II*. Heloisa Soares de Moura Costa. [et al]. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Estatuto da cidade: comentários*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. ampl. - São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. atual. rev. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. *Curso de direito civil, v. 3: Direito das coisas*. 38. ed. atual. rev. Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Comentários ao estatuto da cidade*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6 ed. Buenos Aires: Tecnos, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade*. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2001.

PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira. *Função social da propriedade urbana e o plano diretor*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. atual. ampl. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. atual. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 6 ed. atual. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Função social da propriedade*. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Temas de direito urbanístico 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. atual. rev. São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

_____. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In: *Temas de direito civil*. 4. ed. atual. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Direitos humanos e relações jurídicas privadas*. In: *Temas de direito civil*. 4. ed. atual. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Os direitos reais no novo código civil*. In: *Temas de Direito Civil*, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais*. In: *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Gustavo Tepedino (org.). São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In: MENEZES, Carlos Alberto. (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.