

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA E OS LIMITES
AO LEGISLADOR MUNICIPAL**

*THE SOCIAL FUNCTION OF URBAN REAL ESTATE PROPERTY AND THE LIMITS TO
THE MUNICIPAL LEGISLATOR*

Carlos Araújo Leonetti

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, com estágio em doutoramento na Harvard University (EUA). Procurador da Fazenda Nacional aposentado. Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Santa Catarina (Brasil).
E-mail: cleonetti37@gmail.com.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0736021393594455>.

David Gomes Pontes

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professor na Faculdade Luciano Feijão - FLF. Defensor Público Estadual no Ceará desde 2008, Ceará (Brasil).
E-mail: davidgpontes@yahoo.com.br.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2217250820399583>.

Submissão: 28.08.2017.

Aprovação: 24.07.2018.

RESUMO

Este artigo estuda os limites ao legislador municipal na elaboração da política urbana destinada ao cumprimento da função social da propriedade. A propriedade privada, historicamente ilimitada, incorporou à sua estrutura a função social, devendo todo proprietário atendê-la. A política urbana municipal está diretamente associada ao princípio da função social, sujeitando o proprietário descumpridor a sanções. O legislador municipal, ao regulá-la, possui limites, devendo respeitar a essência do direito de propriedade.

Adotou-se o método de abordagem indutivo, e o de procedimento, o monográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Função social da propriedade. Política urbana. Limites.

ABSTRACT

This article studies the limits to the municipal legislator in the elaboration of the urban policy destined to the fulfillment of the social function of the property. Private property, historically unlimited, has incorporated into its structure the social function, and every owner must attend

to it. Municipal urban policy is directly linked to the principle of social function, subjecting the missing owner to sanctions. The municipal legislator, when regulating it, has limits, having to respect the essence of the property right.

It was adopted the inductive method of approach and the monographic method of procedure.

KEYWORDS: *Social Function of property. Urban Policy. Limits.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo, tendo por tema a política urbana municipal, visa proceder a uma reflexão acerca dos limites à atuação legislativa municipal quando da disciplina de tal assunto. Esta abordagem adota como problemática a definição destes limites, tolhendo-se a liberdade ou o poder criador do legislador.

Justifica-se a presente pesquisa no fato de que a política urbana municipal, a qual é de extrema relevância para o ideal desenvolvimento das cidades, não deve ter o condão de sujeitar ilimitadamente os proprietários de imóveis.

A função social da propriedade passou a fazer parte da estrutura do direito de propriedade, condicionando-o. Todavia, deve-se ter em mente que tal princípio, apesar de obrigar o proprietário, não retirou deste a faculdade de gozar de seu direito, a fim de satisfazer também a seus interesses pessoais, dentro do que a norma o permite. Sujeitam-se ao cumprimento de tal princípio todas as espécies de propriedade, variando apenas o conteúdo essencial de cada uma delas a ser resguardado ao seu titular.

A Constituição Federal possibilitou aos Municípios regular a sua política urbana por meio da elaboração de plano diretor, ao qual cabe conceituar a função social da propriedade. Esta sujeita os proprietários à obrigação de, pelo gozo de seu direito, atender aos anseios da coletividade, expressados pela sua efetiva participação no processo legislativo por meio das audiências públicas. Por sua vez, o descumprimento deste princípio sujeitará o proprietário faltoso à aplicação de sanções constitucionalmente previstas, condicionadas à edição de outras normas municipais complementares do plano diretor.

O processo legislativo para confecção do plano diretor deve se sujeitar a limites, de natureza tanto formal quanto material. Condiciona-se, como dito, à efetiva participação popular, não sendo, porém, a população e nem a Casa Legislativa Municipal livre para impor ao proprietário obrigações que atentem contra a própria natureza do direito de propriedade, a ponto de esvaziá-lo.

Por fim, a confecção deste artigo deu-se pela utilização do método indutivo de

abordagem. Procedeu-se, em sua redação, com o emprego do método monográfico, utilizando-se de pesquisas realizadas por meio da análise de documentação indireta, no caso pesquisa bibliográfica.

1 DA PROPRIEDADE PRIVADA: PERFIL NORMATIVO ATUAL

O direito de propriedade, desde a Antiguidade até o período atual, passou por variações em sua estrutura e em sua conceituação. Muito relevantes foram as contribuições da civilização romana para o referido instituto, advindo dela, para parcela considerável da doutrina, a noção de que a propriedade detinha a característica de “um direito absoluto e exclusivo”, conforme ensinamentos de Bertan (2009, p. 33-34).

Histórica, pois, é a obrigação de respeito ao direito individual de propriedade, cuja concepção primitiva assegurava ao proprietário o direito de livremente usufruir de seu patrimônio, conforme já registrado por Pufendorf:

Tendo-se estabelecido entre os Homens a Propriedade de Coisas, surgem naturalmente os seguintes Deveres. TODO Homem é obrigado a tolerar que outro, que não seja um Inimigo declarado, desfrute sossegadamente de quaisquer Coisas que sejam suas [...]. (PUFENDORF, 2007, p. 209).

No âmbito do direito brasileiro atual, a Constituição Federal de 1988¹ assegura a existência do direito de propriedade como um direito fundamental, associando-o imediatamente a uma função social. Essa condição de direito fundamental conferida ao direito de propriedade tem, para a doutrina, uma dupla função, registrada por Fornerolli nos seguintes termos:

Os direitos fundamentais encontram-se encapsulados. Essa cápsula que serve de carapaça envolve os direitos fundamentais exercendo dupla função: uma negativa e outra positiva. No desempenho da primeira função, manifesta-se impedindo que o legislador adote determinadas medidas ou comportamentos. Na ordem positiva, estabelece ao legislador uma vinculação ativa. Isso quer dizer que a limitação atua dualmente. Num primeiro momento,

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...];

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

[...].

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

[...];

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

[...].

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA E OS LIMITES AO
LEGISLADOR MUNICIPAL

inibe atuações legislativas que impeçam o exercício e mitiguem a substância do direito; e, num segundo, impele ao legislador que adote medidas necessárias para assegurar a efetividade do direito a que se refere. (FORNEROLLI, 2014, p. 188-189).

Há a necessidade, portanto, de que o exercício do direito de propriedade, regulado que deve ser pelo Estado, seja assegurado, preservando-se o mesmo de intervenções que o desnaturem, muito embora possa vir a sofrer restrições em razão da necessidade de respeito ao princípio da função social da propriedade, o que constitui justamente o objeto de estudo do presente trabalho e será mais adiante pormenorizado.

Já a previsão do princípio da função social da propriedade no capítulo constitucional que trata da ordem econômica reflete a ideia de que a função social deve ser atingida não apenas no que diz respeito ao exercício da propriedade imobiliária, mas também de outras formas de propriedade, como, por exemplo, a propriedade industrial ou até mesmo a propriedade imaterial. Essa é a opinião de Leonetti, ao afirmar que:

O texto do art. 5º da Carta atual leva, inexoravelmente, a nosso ver, às seguintes conclusões:

[...];

c) a expressão ‘propriedade’, nos art. 5º e 170, da Constituição, é utilizada em sentido amplo, de forma a englobar a titularidade de quaisquer bens ou direitos do particular, sejam de natureza corpórea, ou não; [...]. (LEONETTI, 1999, p. 21).

Observa-se que a Constituição Federal, ao prever mais de uma espécie de propriedade, abriu margem a que, infraconstitucionalmente, existam estatutos jurídicos diversos para cada uma delas, os quais, segundo Perlingieri, não poderão esvaziá-las; porém, deles poderão decorrer, obviamente, vários conteúdos mínimos ao aludido direito, de acordo com as regras estabelecidas para cada um dos tipos de propriedade constitucionalmente previstos. (PERLINGIERI, 1999, p. 231).

Entende Bertan que a propriedade privada, através da Constituição Federal de 1988, passou a constituir verdadeiro direito fundamental do ser humano, não se podendo admitir que referido direito seja confiscado pelo Estado, com a tentativa de “coletivização da propriedade privada”. (BERTAN, 2009, p. 123-126). O pensamento do citado autor é ainda no sentido de que somente a propriedade que cumpre com sua função social deve obter a tutela jurídica necessária à repulsa de comportamentos atentatórios à mesma, opinião referendada por Leonetti, que vai além ao afirmar que o princípio da função social da propriedade passou a integrar o próprio direito em si. Eis a opinião deste autor:

Assim, a partir da Constituição de 1988, toda forma de propriedade no Brasil está impregnada do princípio da função social da propriedade. Ou seja: o constituinte de 1988 fez com que o princípio da função social da propriedade

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA E OS LIMITES AO LEGISLADOR MUNICIPAL

passasse a integrar o próprio desenho, a estrutura mesmo, do direito à propriedade privada, condicionando este ao cumprimento daquele. Em outras palavras, a partir da CF/88, apenas a propriedade privada que cumpra sua função social faz jus à proteção jurídica; daí a extraordinária importância da inovação constitucional. (LEONETTI, 1999, p. 19).

Grau, por sua vez, ao estudar o instituto da propriedade, observa-a em dois momentos, que ele qualifica de estático e dinâmico. No primeiro deles, afirma o autor citado que a propriedade, “como expressão da situação jurídica do proprietário, [...] é direito subjetivo. No segundo, porém, quando vista e regulada em seu dinamismo, a propriedade é função”. (GRAU, 2015, p. 243-245). Explicando em que consiste cada um destes momentos, afirma ainda o referido autor:

Além do direito (poder), porém, fundado na relação de pertinência, que respeita ao momento estático da propriedade, há que se considerar seu momento dinâmico, de utilização. Assim, é ela função (dever) – isto é, é instrumento de uma função – quando vista e entendida como atividade. (GRAU, 2015, p. 243-245).

Tendo por base tal diferenciação é que afirma ainda Grau que o fundamento para manutenção do direito de propriedade estaria, pois, “no seu uso ou posse, isto é, no momento dinâmico, e não no momento estático da propriedade”. (GRAU, 2015, p. 243-245). De tal reflexão é que se pode concluir que da função social da propriedade decorrem ao proprietário não apenas deveres negativos, corporificados na obrigação de não causar danos a outrem, mas também um fazer, ou seja, o de exercer o direito “em benefício de outrem”. Para Moreira, a imposição de limites ao proprietário quando do exercício de seu direito, a fim de dar cumprimento ao princípio da função social da propriedade, não enfraquece o direito de propriedade, mas, sim, o garante, como expõe em seu pensamento o citado autor:

A noção do Direito e da norma, como forma expressa mais elevada do ordenamento social, ou como ordenação de valores estáveis, como a propriedade, é compatível com a de liberdade, ideal de grandeza e perfeição. O Direito, pela lei, pode limitar a liberdade de cada um na medida necessária à proteção da liberdade de todos, porém, não a suprime, porque precisamente ao limitá-la, e quando a limita, a garante. Do mesmo modo, quando a lei concilia o direito de propriedade com as exigências do bem comum, longe de mostrar-se inimiga do proprietário, presta-lhe apoio e impede que a posse particular dos bens gere desvantagens e venha, assim, a arruinar-se; não oprime a propriedade, mas defende-a; não a enfraquece, mas reforça-a, pois que ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua propriedade. (MOREIRA, 1986, p. 53-54).

Essa função social hodiernamente exigida ao proprietário quando da fruição de seu direito é concebida pela doutrina, segundo Garea como inerente ao próprio conteúdo do direito de propriedade. Para o referido autor, este direito não surge mais como um direito ilimitado, para só ser limitado quando o interesse da coletividade o reclamar; ao contrário, tal

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA E OS LIMITES AO LEGISLADOR MUNICIPAL

direito já não surge mais para o seu detentor como ilimitado, já nascendo condicionado ao interesse social, variando tal condicionamento, como já registrado acima no pensamento de Perlingieri, de acordo com o tipo de propriedade regulado. (GAREA, 1995, p. 288).

Essa exigência, esse condicionamento ao cumprimento da função social da propriedade, é que faz com que a doutrina, a exemplo da opinião de Leonetti já transcrita acima, entenda que somente a propriedade que atenda ao referido princípio gozará de proteção jurisdicional. (LEONETTI, 2011, p. 19).

O cumprimento da função social da propriedade, como visto, passou a permear o exercício do direito de propriedade como um todo, não apenas a imobiliária; porém, no que pertine à política urbana a ser desenvolvida pelos Municípios, o assunto recebeu da Constituição Federal um tratamento específico, sobre o qual discorreremos a seguir.

2 DA POLÍTICA URBANA A SER BUSCADA POR MEIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A Constituição Federal, em seu art. 30, inciso VIII, atribuiu aos Municípios a obrigação de “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

Em consonância com tal dispositivo, a Lei Maior, ao tratar da ordem econômica e financeira, reservou um capítulo específico (Capítulo II do Título VII) para dispor sobre a política urbana a ser desenvolvida pelos Municípios, a qual tem por objetivo, para Pinto, tutelar “imediatamente o meio ambiente artificial para tutelar-se mediatamente a vida humana”. (PINTO, 2012, p. 7).

A organização da política urbana, segundo a Lei Maior, deve ser feita por meio da elaboração do plano diretor, norma que, segundo Ribeiro:

[...] constitui o instrumento pelo qual se efetiva o processo de planejamento urbanístico local. Demonstra ser um instrumento potencializador da demanda por proteção ambiental, uma vez que normatiza a atuação estatal junto com a comunidade na ordenação de um meio ambiente urbano equilibrado e saudável promovendo a qualidade de vida no meio ambiente urbano. (RIBEIRO, 2002, p. 461-462).

Observa-se, pois, que o planejamento é essencial ao bom desenvolvimento de qualquer Município, que deve se dar aliado aos anseios da população, haja vista a obrigação legal de que esta participe ativamente da elaboração do plano diretor (art. 2º, II, e art. 40, § 4º, I, da Lei nº 10.257/01²); a despeito disso, a Constituição Federal, em seu art. 182, § 1º, somente

² Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA E OS LIMITES AO
LEGISLADOR MUNICIPAL

torna obrigatória a edição de plano diretor a Municípios com população superior a 20.000 (vinte mil) habitantes. O Estatuto da Cidade é que acaba por ampliar o rol de Municípios obrigados a editá-lo ao regular o assunto em seu art. 41³, dispositivo que tem sua constitucionalidade discutida por Fiorillo e Ferreira ao afirmarem:

Destarte, devemos reconhecer desde logo que, diante da imposição estabelecida pela Carta Magna de obrigar somente as cidades com mais de 20.000 habitantes a ter plano diretor (art. 182, § 1º), não pode a Lei 10.257/2001 obrigar a utilização do instrumento ora comentado por parte das cidades em decorrência de outras hipóteses, como aquelas apontadas nos incisos II, III, IV e V do art. 41. (FIORILLO; FERREIRA, 2014, p. 183).

A concretização da política urbana perpassa necessariamente pela noção de função social da propriedade, conceituação que, pela Constituição, em seu art. 182, § 2º, foi confiada ao plano diretor de cada um dos Municípios, haja vista tratar-se ela de um conceito jurídico aberto, opinião que é compartilhada pela doutrina nacional, como nos ensina Deboni: “[...] a expressão *funzione sociale* deixa uma margem de indeterminação, visto que é uma autêntica cláusula geral. Assim, cabe ao legislador ordinário disciplinar a propriedade em busca da *funzione sociale*”. (DEBONI, 2011, p. 91).

Com relação ao conteúdo aberto do princípio da função social da propriedade, pode-se mencionar também o ensinamento de Fernandes, a qual, embora afirme inexistir precisão quanto à conceituação do que se deva entender por função social da propriedade, reconhece-a como sendo um poder-dever, com incidência sobre os particulares e o Estado, como se observa a seguir:

Quanto ao conceito deste princípio, entende-se que o mesmo é dinâmico, variável no tempo e no espaço, e para que se possa ter o sentido exato do que

[...];

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; [...].

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

[...]

§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; [...].

³ Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades:

I – com mais de vinte mil habitantes;

II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;

III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4o do art. 182 da Constituição Federal;

IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico;

V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

VI - incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA E OS LIMITES AO LEGISLADOR MUNICIPAL

é função social, ter-se-á que considerar o momento em que é feita a sua interpretação. De toda sorte, a propriedade passou a ter uma significação pública, diretamente ligada aos direitos sociais previstos na Constituição Federal, só podendo ser exercida desde que em consonância com os preceitos que enunciam estes direitos.

[...].

A função social da propriedade é um poder-dever que subordina tanto o indivíduo quanto o Estado à sua observância, impondo a estes não só atos omissivos ou negativos, como também atos positivos. (FERNANDES, 2005, p. 63).

Ainda acerca do conceito de função social da propriedade, deve-se fazer uma pequena ressalva quando se está a tratar da propriedade imobiliária urbana. Parcela da doutrina defende o entendimento de que a Constituição Federal, em seu art. 182, § 2º, confere exclusivamente aos Municípios a competência de definir o que se deve entender por função social da propriedade urbana, a partir do que cada um deles fizer constar em seu plano diretor, retirando, pois, do Poder Judiciário a liberdade de analisar axiologicamente o atendimento (ou não) ao princípio da função social da propriedade diante do caso concreto. Assim, segundo Moreira, “[...]a definição da função social da propriedade imobiliária urbana fica ao encargo de cada Município, através de seu plano diretor”. (MOREIRA, 2014, p. 30). Portanto, tendo o Brasil atualmente 5.570 (cinco mil, quinhentos e setenta) Municípios, segundo a Resolução nº 02, de 29 de junho de 2017, do IBGE⁴, seria possível que se tivesse para cada um deles um conceito diverso de função social da propriedade imobiliária urbana. Fornerolli, ao opinar quanto à atuação do Poder Judiciário em discussões relacionadas ao princípio da função social da propriedade, faz também tal ressalva e corrobora com o posicionamento acima referido ao afirmar:

A especificação da função social para a propriedade urbana, cabe recordar, trata-se de uma reserva legal absoluta, como já verificado, pois a Constituição exige que o disciplinamento da matéria seja categorizado, razão pela qual não pode ser regulado senão por lei. Neste caso, não cabe ao Poder Judiciário, em tema regido por esse postulado constitucional – entenda-se, reserva de lei – atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito do sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento.

[...].

Logo, é a lei que, de forma abstrata e geral, deve disciplinar em quais casos a propriedade urbana cumpre ou não sua função social, não cabendo ao Poder Judiciário, na ausência dela, estabelecer para um caso específico essa difícil e subjetiva inteligência do equilíbrio entre o interesse privado e o social. (FORNEROLLI, 2014, p. 220).

⁴ Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/areaterritorial/pdf/DOU_30_06_2017.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2017.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA E OS LIMITES AO LEGISLADOR MUNICIPAL

Assim, no que diz respeito à propriedade imobiliária urbana, somente ao legislador municipal compete afirmar quando estará um determinado imóvel a cumprir ou não com a função social que dele se espera.

Tamanha foi a relevância que o legislador constituinte deu à política urbana que dotou o administrador público municipal de instrumentos destinados “a forçar o proprietário a atribuir a seu bem de raiz destinação condizente com o interesse social urbano, devidamente estabelecida no Plano Diretor”, como frisa Maluf (2011, p. 103). Tais instrumentos, previstos no art. 182, § 4^o, da Constituição são o parcelamento ou edificação compulsórios, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública.

A aplicação de tais institutos, porém, conforme registra o texto constitucional e na opinião de Monteiro (2014, p. 94-95), demanda a edição de pelo menos 2 (duas) normas municipais, no caso o plano diretor e lei(s) municipal(is) específica(s), encarregada(s) de indicar as áreas contidas no plano diretor sujeita(s) aos mesmos. Trata-se, pois, como afirma Cardoso (2002, p. 370), de verdadeira norma de eficácia contida.

Monteiro ressalta também a importância do plano diretor para o desenvolvimento municipal e, principalmente, para a utilização dos instrumentos de política urbana referidos, afirmando que:

É papel do plano diretor planejar a ocupação da cidade. Como lei fundamental para a composição dos diversos aspectos envolvidos na expectativa de uma vida urbana saudável, o plano diretor é o responsável por fixar o perfil da cidade. Deve indicar as áreas em que, no caso de ser dada destinação diversa daquela querida por ele, todo o conjunto estará comprometido. Isto é, cabe ao plano diretor indicar as áreas em que o não cumprimento dos objetivos por ele previstos compromete todo o planejamento urbano por ele realizado, justificando, portanto, a sanção na hipótese de descumprimento. (MONTEIRO, 2014, p. 95).

Tais instrumentos de política urbana visam, pois, concretizar a política urbana traçada no plano diretor, tendo por objeto primordial, para Fornerolli, “[...] a ocupação dos vazios das

⁵ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§ 4^o É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA E OS LIMITES AO LEGISLADOR MUNICIPAL

idades, a plena edificação dos terrenos situados em locais já dotados de aparelhamento urbano, como é o caso de ruas, serviço de saneamento básico, luz, água, atendimento por transporte coletivo e outros, sem, contudo, possibilitar risco ao meio ambiente”. (FORNEROLLI, 2014, p. 262).

3 DOS LIMITES À ATUAÇÃO DO LEGISLADOR MUNICIPAL QUANDO DA REGULAMENTAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A propriedade em seu perfil atual superou a outrora característica absolutista que lhe fora conferida no período pós-Revolução Francesa, sendo fato, como afirma Coase (1960, p. 37), que hodiernamente “os direitos do proprietário não são ilimitados. [...]. Um sistema em que os direitos dos indivíduos fossem ilimitados seria um sistema em que não haveria direitos a serem adquiridos.”. Gierke partilha de pensamento semelhante acerca da necessidade de limitação ao direito de propriedade, ao afirmar que “[...] es un error peligroso el que la propiedad sea completamente absoluta, igual a sí misma y completamente independiente de la naturaleza de su objeto. Desde luego, la *propiedad inmueble*, en su contenido, es *a priori* más limitada que la propiedad mueble”. (GIERKE, 2015, p. 19).

Essa necessidade de limitação ao direito de propriedade, no que diz respeito à propriedade imobiliária, resta corporificada por meio da obrigação constitucional de que o proprietário faça com que seu bem atenda à sua função social, muito embora também possa ser demonstrada, por exemplo, com as limitações administrativas. A regulamentação da função social da propriedade urbana acaba por atingir principalmente, dentre as faculdades do proprietário, a de gozo de seu imóvel, posto que visa disciplinar o uso ideal a ser dado a este de acordo com os anseios da população e os projetos que a municipalidade tem, como bem ressalta Fornerolli:

Nada obstante, observando o acento da função social como peça esquelética da propriedade, diagnostica-se uma que atua com maior atividade: o gozo, que, como gênero, abarca uso. É nessa faculdade que a função social, sobremaneira, incide. Observe-se que é no exercício dessa faculdade que o proprietário elege, atento à lei, o específico gozo e os possíveis destinos que visa dar ao bem. (FORNEROLLI, 2014, p. 196).

A Constituição Federal, em seu art. 182, § 2º, no que pertine ao cumprimento da função social da propriedade imobiliária urbana, conferiu ao plano diretor o papel de expressar as “exigências fundamentais de ordenação da cidade” necessárias para que seja ela atendida. Compete, pois, ao legislador local a elaboração de referida norma legal, obrigatória

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA E OS LIMITES AO LEGISLADOR MUNICIPAL

para Municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes (art. 182, § 1º, da C.F./88) e que tem por objetivo que disciplinar a política urbana local.

Para atender ao seu desiderato, o plano diretor, tido como “instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana” (art. 40, *caput*, da Lei nº 10.257/01), deve ser editado com ampla participação popular, a ser alcançada através da “promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade” (art. 40, § 4º, inciso I, da Lei nº 10.257/01). Essa participação popular, para Pilati, faz com que a propriedade imobiliária urbana seja classificada por ele de especial, caracterizada pelo seguinte fato:

[...]. Seu conteúdo já não é definido exclusivamente pelo regime jurídico do direito comum codificado, como reza o paradigma da propriedade moderna; é a comunidade municipal, mediante lei e instrumentos participativos e democráticos, ou seja, pelo pluralismo jurídico, quem define o conteúdo específico de uso e gozo do solo na dimensão social e também particular, por consequência. Pluralismo que expressa conciliação de todos os interesses comunitários: particulares, públicos, ambientais, coletivos – e que positivados no plano diretor vão definir o exato conteúdo de direito de cada unidade e o modelo de cidade. (PILATI, 2013, p. 50).

A participação popular que permeia a atual propriedade imobiliária urbana tem por objetivo, justamente, fazer com que o Município se guie pelos anseios do povo, respeitando à vontade deste. Devem prevalecer na regulamentação da política urbana municipal, pois, políticas públicas voltadas ao pleno desenvolvimento da cidade, de acordo com as escolhas dos cidadãos, e que não devem, obviamente, excluir ou marginalizar os pobres e suas humildes habitações. Aquela opinião é corroborada por Calvo San José⁶, ao afirmar que:

Es la propia sociedad y en virtud de sus necesidades la encargada, por medio de la Ley, de establecer cuales serán las utilidades del derecho que deban cederse a la sociedad y cuales pueden permanecer en interés privado. La función social, por una parte, delimitará el contenido esencial del derecho privado pero, a su vez, está delimitada por dos causas: la de utilidad pública y la de interés social. (CALVO SAN JOSÉ, 2000, p. 121).

Para Sundfeld, o art. 2º, inciso XIV, do Estatuto da Cidade⁷ impôs ao legislador municipal a obrigação de planejar a urbanização local respeitando às divergências socioeconômicas da população, decorrendo daí relevante mudança de percepção, por

⁶ Em tradução livre, temos: “É a própria sociedade e em virtude de suas necessidades a encarregada, por meio da Lei, de estabelecer quais serão as utilidades do direito que devam ceder à sociedade e quais podem permanecer no interesse privado. A função social, por uma parte, delimitará o conteúdo essencial do direito privado, porém, por sua vez, está delimitada por duas causas: a de utilidade pública e a de interesse social.”

⁷ Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

[...];

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais; [...].

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA E OS LIMITES AO LEGISLADOR MUNICIPAL

exemplo, sobre as ocupações populares:

[...]. Até então a incompatibilidade entre as ocupações populares e a *ordem urbanística ideal* tinha como consequência a ilegalidade daquelas (sendo a superação desse estado um dever dos responsáveis pela irregularidade – isto é, dos próprios ocupantes). Com o Estatuto a equação se inverte: a legislação deve servir não para impor um ideal idílico de urbanismo, mas para construir um urbanismo a partir dos dados da vida real. Desse modo, o descompasso entre a situação efetiva das ocupações populares e a regulação urbanística terá como consequência a ilegalidade desta última, e não o contrário. (SUNDFELD, 2014, p. 61).

Observa-se, pois, um primeiro limite à atuação do legislador municipal ao traçar as diretrizes para o cumprimento da função social da propriedade imobiliária urbana na necessidade de efetiva participação popular para a elaboração do plano diretor.

Há de se registrar, obviamente, que a participação popular não dá carta branca ao legislador para positivar qualquer tipo de exigência, devendo existir, pois, limites materiais à norma que vá reger a política urbana municipal. De antemão, cumpre ter a consciência, como afirma Porto (2014, p. 211), de que os artigos 5º, inciso XXII, e 170, inciso II, da Constituição Federal alçaram a propriedade privada à condição de “direito fundamental de garantia”. Da mesma forma, a reboque, “a função social da propriedade foi incluída entre os direitos e garantias individuais e coletivos, adquirindo o *status* de cláusula pétrea, na forma do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição”, como afirma Fraga (2008, p. 106). Portanto, não poderá o legislador, como diz Garea (1995, p. 260), ao concretizar o princípio da função social da propriedade em uma disposição normativa, esvaziar o direito de propriedade, limitando-o de forma abusiva.

Em sua obra, Garea prossegue seu discurso tentando estabelecer um conteúdo essencial à propriedade privada, utilizando-se, para tanto, de duas teorias, no caso a “teoria de la reconocibilidad” e a “teoria de la jurisprudencia de intereses”. Para o autor, a primeira delas “se trata de verificar si un específico derecho regulado por el legislador resulta subsumible o se puede ajustar al tipo abstracto dominical [...]”⁸, podendo-se com base na mesma afirmar que:

[...], la esencia de la propiedad privada no se identifica en función de un *quantum* de facultades. Para averiguar si un específico derecho encaja en el tipo abstracto dominical no ha de atenderse al mayor o menor número de facultades que puedan ser detraídas por el legislador, sino a cuáles han sido sustraídas legislativamente. Es perfectamente posible que extrayendo un gran número de facultades dominicales no se atente en lo más mínimo a la identidad esencial de un específico derecho de propiedad, pero es igualmente factible que sustrayendo una sola de ellas se pueda considerar que el

⁸ Em tradução livre, temos: “Trata-se de verificar se um específico direito regulado pelo legislador resulta subsumível ou pode se ajustar ao tipo dominial abstrato.”

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA E OS LIMITES AO
LEGISLADOR MUNICIPAL

concreto derecho regulado legislativamente ya no es reflejo de la fisionomia abstracta.⁹ (GAREA, 1995, p. 527 e 532).

Com relação à teoria da jurisprudência de interesses, Garea (1995, p. 532), citando a Sentença 11/1981 do Tribunal Constitucional da Espanha, explica-a afirmando inicialmente que o conteúdo essencial da propriedade privada é formado por “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles resulten concreta y efectivamente protegidos.”¹⁰. Assim, para a referida teoria, explica Garea¹¹ que:

A la función social le compete la labor de señalar las directrices generales que orientan al propietario en la utilización del poder que se le confiere como consecuencia de su titularidad, pero en ningún caso las exigencias derivadas de este principio constitucional podrán justificar la imposición de limitaciones tan amplias que conviertan a la propiedad privada en un poder única y exclusivamente dirigible a la consecución de intereses ajenos y no propios. Si así fuera, el dominio dejaría de ser un derecho subjetivo para transformarse en una potestad o función y el propietario se convertiría en un mero funcionario gestor de intereses ajenos.

La propiedad privada se caracteriza porque en ella el “deber” representa el aspecto complementario del “poder” y es una consecuencia derivada del derecho que se posee: se debe porque se puede. Pero esta ecuación no ha de ser invertida en sus términos. Siempre que nos hallemos ante una figura jurídica en la que podamos afirmar que se puede porque se debe, que las facultades que se reconocen al titular son consecuencia de las obligaciones que se le imponen, no estaremos en condiciones de calificar a esa figura como un derecho subjetivo perteneciente al tipo dominical. (GAREA, (1995, p. 538).

⁹Em tradução livre, temos: “[...], a essência da propriedade privada não se identifica em função de um *quantum* de faculdades. Para averiguar se um específico direito se encaixa no tipo abstrato dominial não há de atender-se ao maior ou menor número de faculdades que possam ser detraídas pelo legislador, senão a quais tenham sido subtraídas legislativamente. É perfeitamente possível que extraindo um grande número de faculdades dominiais não se atente infimamente à identidade essencial de um específico direito de propriedade, porém é igualmente factível que subtraindo uma só delas se possa considerar que o concreto direito regulado legislativamente já não é o reflexo da fisionomia dominial abstrata.”

¹⁰Em tradução livre, temos: “[...] aquela parte do conteúdo do direito que é absolutamente necessária para que os interesses jurídicamente protegíveis resultem concreta e efetivamente protegidos.”

¹¹Em tradução livre, temos: “À função social compete a missão de assinalar as diretrizes gerais que orientam ao proprietário na utilização do poder que lhe é conferido como consequência de sua titularidade, porém em nenhum caso as exigências derivadas deste princípio constitucional poderão justificar a imposição de limites tão amplos que convertam a propriedade privada em um poder única e exclusivamente dirigível à consecução de interesses alheios e não próprios. Se assim fosse, o domínio deixaria de ser um direito subjetivo para transformar-se em uma potestade ou função, e o proprietário se converteria em um mero funcionário gestor de interesses alheios.

A propriedade privada caracteriza-se porque nela o “dever” representa o aspecto complementar do “poder” e é uma consequência derivada do direito que se possui: se deve porque se pode. Porém esta equação não há de ser invertida em seus termos. Sempre que nos achemos ante uma figura jurídica na qual possamos afirmar que se pode porque se deve, que as faculdades que reconhecem ao titular são consequência das obrigações que se lhe impõem, não estaremos em condições de qualificar a essa figura como um direito subjetivo pertencente ao tipo dominial.”

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA E OS LIMITES AO LEGISLADOR MUNICIPAL

Essa, inclusive, é a crítica que parcela da doutrina faz ao pensamento de Duguit¹², quando este afirma que “la propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza.” (DUGUIT, 2007, p. 215). Para tais críticos, quando Duguit afirma que a propriedade privada é uma função, estaria ele limitando o proprietário a um funcionário, que exerceria a propriedade tendo por base apenas interesses alheios, e não os seus próprios interesses.

Portanto, para Garea, a limitação ao exercício do direito de propriedade em razão do cumprimento da função social da propriedade não pode subtrair àquelas faculdades que impeçam o próprio reconhecimento do direito de propriedade como tal (teoria do reconhecimento), bem como não o pode limitar a ponto de retirar o interesse do proprietário no seu exercício (teoria da jurisprudência do interesse).

Tais limites, assim, recaem sobre o legislador municipal quando da elaboração do plano diretor, a fim de que sua atuação, ou seja, a sua disciplina acerca da função social da propriedade imobiliária urbana, não venha a atentar tão profundamente contra o direito de propriedade.

A doutrina nacional, na pessoa de Fornerolli, ainda ressalta a necessidade de que todas as limitações passíveis de serem impostas aos proprietários de bens imóveis urbanos se deem através de lei, sujeitando-se a matéria, para que o administrador público municipal possa se valer dos instrumentos de política urbana previstos no art. 182, § 4º, da Constituição, a uma trílice legalidade, prevista na Lei Maior nos seguintes moldes:

- a. a primeira, por meio do Estatuto da Cidade, no afã de editar diretrizes gerais, para disciplinar a política de desenvolvimento urbano, com o fim de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (CRFB, art. 182, *caput*);
- b. a segunda, ao exigir que o plano diretor do Município, como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, seja aprovado pela Câmara Municipal, que é o Parlamento municipal (CRFB, art. 182, § 1º); e
- c. a terceira, ao estabelecer a necessidade de lei específica para áreas incluídas no plano diretor, para o fim de o Poder Público municipal exercer sua faculdade, observando as diretrizes traçadas na legislação federal e municipal (alíneas *a* e *b*), de exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova o adequado aproveitamento do solo urbano, sob a possibilidade de serem aplicadas sanções civis (CRFB, art. 182, § 4º). (FORNEROLLI, 2014, p. 220-221).

Por fim, frise-se que os limites ao direito de propriedade eventualmente estabelecidos pela legislação local em razão da função social da propriedade não são considerados

¹² Em tradução livre, temos: “A propriedade não é, pois, o direito subjetivo do proprietário; é a função social do detentor da riqueza.”

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA E OS LIMITES AO LEGISLADOR MUNICIPAL

imutáveis, podendo, para Calvo San José (2000, p. 150), haver sua alteração em razão da variação dos interesses urbanísticos locais, sem que disso decorra qualquer direito à indenização. Portanto, há a possibilidade de agravamento da situação do proprietário, como, por exemplo, redução do percentual de ocupação de imóveis, sem que isso lhe confira qualquer direito à reparação por danos.

CONCLUSÃO

A propriedade privada, historicamente tida como ilimitada, ao longo do tempo incorporou à sua estrutura a necessidade de respeito ao princípio da função social, estando tal obrigação constitucionalmente positivada. Deve tal princípio ser respeitado pelas mais diversas formas de propriedades.

A política urbana municipal foi associada pelo constituinte ao cumprimento de tal princípio. O seu desrespeito, tendo por base o disposto no plano diretor, confere ao administrador público a possibilidade de intervir sobre o gozo de tal direito através da aplicação de instrumentos de política urbana que possuem natureza sancionatória.

Deve-se, todavia, fazer a ressalva de que a regulamentação da matéria pelo parlamento municipal não é livre, sujeitando-se à incidência de limites, tanto formais quanto materiais, destinando-se estes últimos a preservar a essência do direito de propriedade.

REFERÊNCIAS

BERTAN, José Neure. *Propriedade privada & Função Social*. Curitiba : Juruá Editora, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jul. 2001.

CALVO SAN JOSÉ, María José. *La función social de la propiedad y su proyección en el sistema de compensación urbanística*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2000.

CARDOSO, Laís Vieira. Aplicabilidade da progressividade nas alíquotas do IPTU. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). *IPTU – Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

COASE, Ronald H. *O problema do custo social*. Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. 1960. Disponível em <http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA E OS LIMITES AO
LEGISLADOR MUNICIPAL

- DEBONI, Giuliano. *Propriedade privada: do caráter absoluto à função social e ambiental: sistemas jurídicos italiano e brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.
- DUGUIT, León. *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*. Traducción de Adolfo Posada, Ramón Jaén y Carlos G. Posada. Granada: Editorial Comares, 2007.
- FERNANDES, Cintia Estefania. *IPTU - Texto e Contexto*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Estatuto da Cidade comentado: Lei N. 10.257/2001 – Lei do Meio Ambiente Artificial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FORNEROLLI, Luiz Antônio Zanini. *A Função Social e a Propriedade Imóvel Privada: O aproveitamento adequado do solo urbano*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.
- FRAGA, Henrique Rocha. *IPTU: O imposto predial e territorial urbano e o princípio da progressividade*. São Paulo: IOB, 2008.
- GAREA, Rafael Colina. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*. La Coruña: Universidad de La Coruña, 1995.
- GIERKE, Otto von. *La función social del Derecho Privado y otros estudios*. Traducción de José M. Navarro de Palencia. Granada: Editorial Comares, 2015.
- LEONETTI, Carlos Araújo. Função social da propriedade: mito ou realidade. *Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí, ano V, n. 8, p. 17-26, abr. 1999.
- _____. O IPTU Progressivo no tempo e os princípios da função social da propriedade e da preservação do meio ambiente. *Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*. Tubarão, v. 1, n. 2, p. 9-22, jan./jun. 2011.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade: de acordo com o novo Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MONTEIRO, Vera. Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios da propriedade urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MOREIRA, Aroldo. *A propriedade sob diferentes conceitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- MOREIRA, Mariana. A história do Estatuto da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Resolução n° 02, de 29 de junho de 2017*. Disponível em:
<http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/areaterritorial/pdf/DOU_30_06_2017.pdf>.
Acesso em: 05 ago. 2017.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA E OS LIMITES AO
LEGISLADOR MUNICIPAL

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 231.

PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PINTO, Keziah Alessandra Vianna Silva. IPTU: política urbana e aspectos constitucionais. Campinas: Alínea, 2012.

PORTO, Antônio José Maristrello. Análise Econômica da Responsabilidade Civil. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do Direito Natural*. Tradução de Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

RIBEIRO, Maria de Fátima. O IPTU como instrumento de intervenção no uso e ocupação do solo urbano conforme disposições do Estatuto da Cidade. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). *IPTU – Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.