

Função Social da Cidade e da Propriedade Urbana

Maria Etelvina B. Guimaraens¹

Evolução constitucional do direito de propriedade
Constituição de 1988
Estatuto da Cidade e a Função Social
Plano Diretor de Porto Alegre e a Função Social

Evolução Constitucional do Direito de Propriedade

As constituições brasileiras, desde o Império, reservam tratamento especial à propriedade e à sua garantia, tratamento este que vem sofrendo constante evolução, consideradas as condições sociais, políticas e econômicas da sua atualidade.

Desta forma, a Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824, no “*Título 8º - Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros*”, em seu artigo 179, estabelece a garantia direito de propriedade em toda a sua plenitude:

“Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do império, pela maneira seguinte

I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei.

II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade pública.

III. A sua disposição não terá effeito retroactivo.

IV.

...

XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta única excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.”²

Tratamento semelhante foi dado à propriedade na Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil, de 24 de fevereiro de 1891, no “*Título IV- Dos Cidadãos Brasileiros*”, “*SECÇÃO II – Declaração de Direitos*”, no artigo 72:

“Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no paíz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes:

§1º . Ninguém póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, sinão em virtude de Lei.

¹ Maria Etelvina é advogada, assessora jurídica da Prefeitura de Porto Alegre e atualmente é assessora jurídica do Prefeito de Porto Alegre. Atua, desde 1989 na discussão e elaboração de projetos de lei, bem como na sua aplicação, referentes ao uso do solo urbano, em especial sobre o cumprimento da função social da propriedade, parcelamento do solo, áreas especiais de interesse social e solo criado. Foi responsável pelo assessoramento jurídico do Plano Diretor de Desenvolvimento urbano Ambiental, Lei Complementar n. 434/99, de Porto Alegre, RS.

² Transcrição conforme ortografia original, conforme CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. Todas as Constituições do Brasil, 3ª edição, Editora Atlas, 1978, pag. 870/871. Importante salientar que segundo a Constituição do Imperio os direitos consignados no art. 179 não alcançam os escravos, que não são cidadãos nos termos do art. 6º

§2º Todos são iguaes perante a lei.

A Republica não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliarchicos e de conselho.

...

§17. O direito de propriedade mantém-se em toda a plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade publica, mediante indemnização prévia.

As minas pertencentes aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de industria”³

Carlos Maximiliano, em sua obra “Commentarios á Constituição Brasileira”⁴ esclarece:

“444 - O texto constitucional garante, a nacionaes e a estrangeiros, não só a nua propriedade como também o uso. O proprio Governo está impedido de estabelecer sequer a simples servidão, sem indemnização prévia. O Código Civil, fazendo, aliás, expressa referencia ao art. 80 do estatuto supremo, permite, no art.591, que, em caso de perigo imminente, como guerra ou commoção intestina, usem dos bens particulares as autoridades, obrigadas, entretanto, a ressarcir o prejuizo dos detentores posteriormente. A lei ordinaria não póde ficar em desacordo com a fundamental. Esta, effectivamente, no estado de sítio, só impõe restricções quanto às pessoas: cessam, em absoluto, as garantias constitucionaes referentes às cousas, logo desaparece a clausula da indemnização prévia.

...

Antes da independência do Brasil o Decreto de 21 de maio de 1821, ‘ considerando ser uma das bases principaes do pacto social entre homens a segurança dos seus bens, determinou que a ninguem se tomasse cousa alguma contra a vontade do possuidor ou proprietario, fossem quaes fossem as necessidades do Estado, sem que primeiro, de commum acordo, se ajustasse preço que pela Fazenda Real deveria ser pago no momento da entrega’.

...

445 – Só se perde involuntariamente a propriedade, na paz, depois do processo regular para desapropriação por necessidade ou utilidade publica.

Não há dominio privado absoluto, visto que os direitos reaes são mantidos por motivos de ordem social. Desde que à comunidade se torne necessario o que ao individuo pertence, ou o interesse geral exija certas retrições a uma prerrogativa individual, cede o homem compulsoriamente em proveito da colletividade; colhe aliás, elle proprio, as vantagens mediatas do seu constangimento previsto em lei. Não há direitos sem deveres correlativos. O cumprimento destes ‘não destroe aquelles, harmoniza-os; não enfraquece, reforça; não lhes tira a maior utilidade, antes a aumenta e assegura. O particular que se torna util á comunidade, attende á necessidade das cousas e, afinal, serve a si proprio’ ”⁵

Desta forma, a garantia do direito de propriedade em toda a sua plenitude reservava tão somente a possibilidade da ação estatal no interesse público mediante a indenização prévia.

³ Transcrição conforme ortografia original, conforme CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. Todas as Constituições do Brasil, 3ª edição, Editora Atlas, 1978, pag. 804/805.

⁴ MAXIMILIANO, Carlos. Commentarios á Constituição Brasileira, Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, Rio de Janeiro, 1918, pages.719/722 ,então Ministro da Justiça e Negocios Interiores.

⁵ Neste ponto, Carlos Maximiliano cita Miraglia

Importante salientar, ainda, que nesse contexto, a posse já era reconhecida, como enfatizado no decreto citado por Maximiliano. E após, com o advento do Código Civil de 1916 a posse é reconhecida como direito real (art. 485), estabelece a sua defesa através da sua manutenção (art. 499 e segs.) e como forma de aquisição da propriedade (art. 550 a 553), contemplando o atendimento da função social da propriedade.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, porém, traz elementos novos e deixa de consagrar a plenitude da garantia do direito de propriedade, estabelecendo uma importante condição, no Título III, Capítulo II “Dos Direitos e Garantias Individuais” em seu art. 113:

“Art. 113. 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:

- 1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções próprias ou dos países, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.*
- 2) Ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*

...
*17) É garantido o direito de propriedade, **que não poderá ser exercido contra o interesse social ou colectivo, 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 comção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito a indenização ulterior.”⁶ (grifamos)*

Sob a inspiração desta Constituição, de 1934, foi elaborado e o Decreto-lei n.25 de 30 de novembro de 1937 - apesar de editado 20 dias após o advento da Constituição de 37 - que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, a apelidada “Lei de Tombamento”, estabelecendo ao proprietário o dever de preservar o bem tombado, como um dever decorrente da propriedade. Neste dever, neste ônus estabelecido aos proprietários de determinados imóveis, em face do conteúdo que lhes é peculiar, temos senão o primeiro, o instrumento pioneiro de definição da função social da propriedade e da sua necessária adequação. Com efeito, o Decreto-Lei n.25/37 ao estabelecer o dever de preservar o imóvel tombado indica a conduta adequada ao interesse social, o que significa dizer que postura diversa enseja o exercício do direito de propriedade contra o interesse social, repudiado na Constituição de 34.

A Constituição de 1937, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro, restaura a garantia do direito de propriedade no termos anteriores, como se verifica em seu artigo 122, n. 14:

“Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

...
*14 - O direito de propriedade, salvo a **desapropriação por necessidade ou utilidade pública**, mediante indenização prévia. O seu **conteúdo e os seus***

⁶ CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. Todas as Constituições do Brasil, 3ª edição, Editora Atlas, 1978, pag. 550/551. Transcrições conforme ortografia original

limites serão definidos nas leis que lhe regulem o exercício. (redação da Lei Constitucional n 5, 10 de março de 1942)

Suprimindo a condição (função social) da garantia do direito de propriedade inserida na Constituição de 34, devolve, a Constituição de 1937, o tratamento anterior da propriedade.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, mantém o mesmo tratamento consagrado em 37, no que se refere ao direito de propriedade como direito e garantia individual. Com efeito, no Título IV – Da Declaração de Direitos, Capítulo II – Dos Direitos e Garantias Individuais, em seu artigo 141, estabelece:

"Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e 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 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."*⁷

Pontes de Miranda, em seus Comentários à Constituição de 1946, reserva esclarecimentos a cerca deste dispositivo e salienta:

*"4) TRANSFORMAÇÃO DO CONCEITO DE PROPRIEDADE (CONTEÚDO E LIMITES).- A propriedade tem passado, desde o terceiro decênio do século, por transformação profunda, á qual ainda não se habituaram os juristas, propensos à só consulta do Código Civil, em se tratando de direito de propriedade. No §16, propriedade é toda patrimonialidade. O texto decompõe-se em três regras jurídicas, a que correspondem três garantias constitucionais diferentes."*⁸

Ao decompor as garantias constitucionais, o doutrinador identifica a *garantia do direito de propriedade quanto ao sujeito que o tem* – salvo desapropriação mediante indenização prévia -, *que o conteúdo e os limites do direito de propriedade são definidos nas leis*, de modo que só se garante, no §16, a instituição da propriedade, e *que as leis que regulam o conteúdo e os limites do direito de propriedade também lhe regulam o exercício.*

Mas é importante agregar que a Constituição de 1946, quando trata do Título da Ordem Econômica e Social, fortalece a análise de Pontes de Miranda, eis que o artigo 147 dispõe:

"Art. 147. O uso da propriedade está condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art.141 §16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos."

E sobre este dispositivo, salienta Pontes de Miranda na obra citada:

" O que o art. 147, 1ª parte, estabelece é que o uso da propriedade há de ser possível com o bem-estar social; se é contra o bem-estar social, tem de ser desaprovado. O art. 147, 1ª parte, não é, portanto, somente programático. Quem quer

⁷ CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. Todas as Constituições do Brasil, 3ª edição, Editora Atlas, 1978, pag. 251/253.

⁸ MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1946, Tomo V, pags.22 e 23

que sofra prejuízo ppoer exercer alguém o usus, ferindo ou ameaçando o bem-estar soviaal, pode invocar o art. 147, 1ª parte, inclusive para as ações cominatórias.”⁹

Tratamento similar ao direito de propriedade dá a Constituição de 1967, a Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, assegurando-o no capítulo que trata “Dos Direitos e Garantias Individuais”, 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 á propriedade, nos têrmos 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, VI, §1º . Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

O artigo 157 citado insere-se no Título III – Da Ordem Econômica e Social e ressalta a função social da propriedade, no inciso III, como princípio da ordem econômica. O inciso IV insere a harmonia e solidariedade entre os fatores de produção também como princípio e o §1 deste artigo trata da desapropriação de propriedade rural.

Pontes de Miranda, ao comentar o artigo 150 renova seus comentários ao dispositivo de 46 e não faz qualquer observação quanto ao que é acrescentado nesta Carta, qual seja a ressalva ao art. 157. No que tange, porém a este dispositivo, em seus comentários ¹⁰ salienta, a pág. 36:

“Nunca nos esqueça que a Constituição de 1967, na parte econômica, é de inspiração social-democrata. Assim é que deve ser interpretada.”

Ao tratar especificamente do inciso III do artigo 157, ressalta:

“ O direito brasileiro sempre teve limitações ao uso da propriedade. O Código Civil mais as explicitou. Porém uma coisa é o limite ao uso, elaborado milenarmente, ou sob a inspiração de regras entre vizinhos, e outra, o limite que não precisa do elemento conceptual da vizinhança, ou, sequer, da proximidade. Bem-estar social é conceito mais vasto que o de vizinhança, ou de proximidade. Cumpre , porém advertir-se em que esse conceito anão dá arbítrio ao legislador. Não é êle que, a seu talante, enuncia o bem-estar social, limite aos uso da propriedade. O art. 1567-III, não disse que a lei poderia limitar o uso do direito de propriedade, sabe-se até onde vai a sua usabilidade. O que se há de tirar do art. 157, III, é que o uso da propriedade há de ser compossível com o bem-estar social; se é contra o bem-estar social deve ser desaprovado.”

E mais adiante, acrescenta:

*“ **A fortiori**, o legislador, percebendo que as leis penal, civil e administrativa não explicitam, suficientemente, as espécies de ofensa ao bem-estar social, pode e deve explicitá-las. Todavia, a invocação do art. 157,III, não basta para que as regras jurídicas, que ele elabore, escapem ao controle judicial. A intervenção do estado é subordinada à condição de existir, de fato, ainda que **in abstracto**, dano ao bem-estar social. A fundamentação da lei pode mostrá-lo. Se não mostra, tem-se de procurar a **ratio**. Seja como for, pode a Justiça indagar o que é que o legislador considerou ofensa ao bem-estar social e da suficiência dessa alegação para legitimidade da edição de regras*

⁹ MIRANDA, Pontes de. Op.citada, pag. 496.

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967, Tomo V, pags.363/497 e Tomo VI, pags. 36/91

jurídicas. O conceito de bem-estar social é assaz largo, porém serve de pauta constitucional à obra legislativa e está implícito no de 'função social da propriedade'.”¹¹

Legou, portanto, a constituição ao legislador a atribuição de indicar o bem-estar social e a função social da propriedade.

A Emenda Constitucional n.1 promulgada em 17 de outubro de 1969, a Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 153, enfoca a propriedade com uma leve modificação no olhar:

“Art.153. 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 assegurado 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. 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da 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.” (sublinhamos texto acrescentado)¹²

O artigo 161 citado trata da desapropriação de propriedade territorial rural. Note-se que a referência constante do art. 153 deixa de ser a que estabelece os princípios da Ordem Econômica e Social, onde se encontra mantido o princípio da função social da propriedade, e que, portanto, ressaltava a garantia¹³ do direito de propriedade à observância do princípio. Esta sutil alteração rompe a conexão direta anteriormente consagrada entre o disposto no artigo 150 (153 de 69) e o art. 157 (160 de 69), e tem como repercussão a atenuação do princípio constante do art. 160.

Porém, sob a égide desta Constituição temos exemplos de normas que exigiram do proprietário o cumprimento de obrigações que, no nosso entender, se fundam no princípio do cumprimento da função social da propriedade. Exemplo mais significativo é a lei do parcelamento do solo, Lei Federal n. 6766, de 1979, na qual se estabelece o dever de destinar áreas públicas, de uso comum do povo e de uso especial, bem como de implantar equipamentos, como condição para o uso da propriedade sob a forma do parcelamento do solo. O bem-estar social fundamenta tais exigências e decorre das necessidades geradas pelo próprio uso da propriedade.

Constituição de 1988

A nova ordem introduzida pela Constituição da República Federativa do Brasil, a par de reconhecer o Município como ente da federação, desloca o princípio da função social da propriedade para o Título II – Dos Direitos e Garantias Individuais, especificamente para o Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, no artigo 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:

¹¹ MIRANDA, Pontes de. Op.citada, pag. 46 e 47

¹² CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. Op. citadas, pag. 74.

¹³ Este foi o verbo usado em 67, diferentemente de 69, quando foi usado o verbo assegurar.

...

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;”

E mais, para concretizar o cumprimento da função social, tanto no capítulo que trata da Política Urbana como da política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária (Capítulos II e III do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira), indica o responsável para que se faça cumprir esta função social: como previsto no artigo 182, compete ao Município fazer cumprir a função social da propriedade urbana e, como previsto no art. 184, à União, fazer cumprir a função social da propriedade rural, senão vejamos.

Dispõe o artigo 182 da Carta Federal:

*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.***

*§ 1º 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.***

*§ 2º A **propriedade urbana** cumpre a **função social** quando atende às **exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.** (grifamos)*

O planejamento, através do Plano Diretor, que antes já era um importante instrumento para orientar os rumos da cidade, passou a ser indispensável nas grandes cidades, fortalecido com a definição de que o cumprimento da função social da propriedade se dará com o atendimento das condições nele estabelecidas.

Do *caput* do artigo se retiram como referências: (a) definição de uma política de desenvolvimento urbano; (b) o Poder Público municipal como agente executor desta política; (c) o estabelecimento de diretrizes gerais através de lei; (d) a atribuição de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e (e) de garantir o bem-estar dos cidadãos.

Em realidade, a incidência efetiva dos Municípios através do planejamento urbano para fazer cumprir a função social se encontrava, de certa forma, em compasso de espera, aguardando a lei federal invocada que estabelecesse as diretrizes gerais. Não obstante, vários foram os municípios que promoveram, a elaboração de seus planos diretores, observado o disposto na nova ordem constitucional, isto é, como instrumento básico de política de desenvolvimento e de expansão urbana.

No primeiro e segundo parágrafos, são referências importantes: (a) o Plano Diretor como instrumento básico de desenvolvimento e de expansão urbana e (b) a propriedade urbana cumpre a sua função social através do atendimento das exigências fundamentais da cidade expressas no Plano Diretor. Assim, a questão que antes se colocava com relação à necessidade de definição legal e conceituação de bem-estar social, com a finalidade de ser concretizado o atendimento da função social da propriedade, é, agora, superada com a sua identificação através de um instrumento legal específico, o Plano Diretor.

De acordo, pois, com a Carta de 88, a Lei Federal define diretrizes gerais para a política de desenvolvimento urbano a ser executada pelo Poder Público Municipal com vistas a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos cidadãos.¹⁴ No âmbito municipal, o Plano Diretor indicará os usos, a função social da propriedade urbana. O planejamento urbano deve identificar o uso socialmente adequado para as regiões, áreas e imóveis nelas localizados.

Assim, a propriedade urbana cumpre a sua função social ao ser edificada para fins habitacionais, comerciais, industriais etc, em áreas para tal identificadas, bem como cumpre a função social com a preservação de bens ambientais – naturais ou culturais - indicados para tal. Porém a função social, antes de ser uma limitação ao uso da propriedade, condiciona o direito, é elemento intrínseco e não externo. A existência de um bem ambiental protegido em um imóvel implica a observância de condições especiais para o seu uso e o gozo, não aplicáveis aos demais imóveis.

Interessa salientar que a desapropriação, antes regada no direito de propriedade (como ressalva ao direito individual), passa a ser tratada nos capítulos próprios: Da Política Urbana, para imóvel urbano, e Da Política Agrícola e Fundiária e da Reformas Agrária, para imóvel rural. Assim, o §3º do artigo 182 trata da desapropriação de imóvel urbano, resguardando a prévia e justa indenização em dinheiro.

O §4º, por sua vez, apresenta ao administrador municipal um instrumento de indução ao cumprimento da função social, a qual traduz como “adequado aproveitamento” do imóvel, o uso adequado às normas previstas no plano diretor, na leitura integrada ao disposto no §2:

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

I -parcelamento ou edificação compulsórios;

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

III -desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até 10 anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.”¹⁵

Edésio Fernandes, no artigo intitulado “Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil”¹⁶, afirma:

“Em última análise, toda e qualquer lei urbanística ou ambiental implica em materializar o princípio da função social da propriedade, que é sem dúvida o princípio fundamental do Direito Urbanístico e do Direito Ambiental. Trata-se de princípio que já vinha sendo repetido por todas as Constituições brasileiras desde a de 1934, sem que tivesse sido claramente definido em termos conceituais ou devidamente operacionalizado através

¹⁴ A Constituição Federal, ao estabelecer as competências legislativas, deferiu, no artigo 24, I, à União e aos estados a competência para legislar sobre direito urbanístico, âmbito em que se encontram as diretrizes gerais de que trata o artigo 182.

¹⁵ Note-se que neste caso a desapropriação do imóvel não exige prévia indenização em dinheiro, como via de regra, e é assegurado o valor real da indenização, quando o termo utilizado no §3º é “justa indenização”.

¹⁶ FERNADES, Edésio. Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil, in : MATTOS, Liana Portilho de (Org.). Estatuto da Cidade Comentado, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, pg.31/64

da criação de mecanismos e instrumentos constitucionais e legais que permitissem e garantissem o seu cumprimento. Somente a Constituição Federal de 1988 o princípio da função social da propriedade urbana encontrou uma fórmula conceitual consistente, que pode ser assim sintetizada: o direito de propriedade imobiliária urbana é assegurado desde que cumprida sua função social, que por sua vez é aquela determinada pela legislação urbanística, sobretudo no contexto municipal. Cabe ao Governo municipal promover o controle jurídico do processo de desenvolvimento urbano através da formulação de políticas de ordenamento territorial, nas quais os interesses individuais dos proprietários necessariamente coexistem com outros interesses sociais, culturais e ambientais de outros grupos e da cidade como um todo.”

A atribuição do Governo municipal referida pelo jurista e salientada no artigo 182 da Carta Federal é contemplada no artigo 23, incisos III, VI, IX, X (dentre outros) e no artigo 30, incisos I, II e VIII.

O artigo 183, ainda na esteira do atendimento da função social da propriedade como condição para a garantia do direito à propriedade apresenta a usucapião constitucional:

*“Art. 183. Aquele que **possuir como sua área urbana de até 250m², por cinco anos ininterruptos e sem oposição, utilizando-a para a sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio**, desde que não seja proprietários de outro imóvel urbano ou rural.”* (grifamos)

Fica evidente, em todo o texto constitucional a intenção de viabilizar os seus princípios, não se limitando a apresentá-los, mas indicando os responsáveis pela sua implementação e apresenta os instrumentos necessários para tal, os quais, é verdade, aguardavam a edição da lei federal para a sua concretização de forma mais completa, e envolvendo todo o território nacional.

Estatuto da Cidade e a Função Social

A Lei Federal n.10.257, o Estatuto da Cidade que entrou em vigor no dia 10 de outubro de 2001, treze anos após a promulgação da Constituição Federal, editou as diretrizes gerais de que trata o *caput* do artigo 182, e estabeleceu normas gerais de direito urbanístico, nos termos do artigo 24.

Com efeito, o Estatuto, em seu Capítulo I, apresenta seus princípios e diretrizes, e expressamente salienta, no parágrafo único do artigo primeiro, que as suas disposições são *“normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”*.

Essa afirmação, como via de regra as disposições constantes de textos normativos incidentes sobre os bens que tutelam, tem repercussão profunda no tratamento do direito de propriedade e tem o condão de salientar a regulação do direito de propriedade no direito público de forma que o interesse social se sobreponha ao interesse particular quando em conflito, consagrando o princípio da função social da propriedade como condição de sua garantia. Nesse sentido, no mesmo artigo citado, Edésio Fernandes afirma:

*“Culminando um processo de reforma jurídica que começou na década de 1930, o que a Constituição de 88 e o Estatuto da Cidade propõem é exatamente essa mudança de ‘olhar’, isto é, de paradigma conceitual de compreensão e interpretação, substituindo o princípio individualista do código Civil pelo princípio da função social da propriedade – que, diga-se de passagem, encontra-se presente de maneira central nas ordens jurídicas de muitos dos países capitalistas mais avançados”.*¹⁷

O parágrafo único do artigo primeiro, portanto, estabelece um princípio para a aplicação da lei na regulação do direito de propriedade, princípio este balizador da interpretação das diretrizes e da aplicação dos instrumentos de política urbana.

O artigo 2º, *caput*, do Estatuto da Cidade orienta o objetivo da Política Urbana, qual seja, ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, e os incisos elencam as diretrizes que envolvem o planejamento urbano e a gestão municipal. A partir deste dispositivo legal o administrador municipal deverá orientar o planejamento urbano, sendo que qualquer política urbana que não busque o cumprimento da função social – da cidade e da propriedade urbana – está em desacordo com a norma federal e assim sendo, não encontra suporte jurídico.

Quando o Estatuto da Cidade vincula o objetivo da política urbana ao desenvolvimento das funções sociais da cidade, não deixa, também ao alvedrio do administrador a definição do que seja a função social da cidade, mas apresenta, no inciso primeiro do mesmo artigo, o seu *conteúdo*:

“garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;”

Este dispositivo, portanto, enfatiza que a cidade cumpre a sua função social quando disponibiliza ao cidadão o acesso aos bens e serviços identificados. Esta diretriz observa o desenvolvimento sustentável como princípio norteador do desenvolvimento urbano. As demais diretrizes voltadas ao planejamento urbano são orientadas por este princípio e se desdobram orientando o uso da propriedade urbana para o cumprimento da sua função social.

Diretrizes, Instrumentos e a Função Social

Baseadas, portanto, na diretriz contida no inciso I, são estabelecidas as diretrizes que estão, basicamente, relacionadas à gestão e planejamento da cidade. As diretrizes de desenvolvimento urbano encontram ressonância nos instrumentos de política urbana apresentados no artigo 4º, os quais somente poderão ser utilizados para a implementação das diretrizes, do objetivo da política urbana expressado *caput* do art. 2º. É o que ocorre já com o inciso primeiro, cuja diretriz é o direito a cidades sustentáveis, que se relaciona diretamente com os instrumentos apresentados nos incisos I, II e III, quais sejam, planos de ordenamento do território e de desenvolvimento econômico e social (nacional, regionais e estaduais), o planejamento das Regiões Metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões e o planejamento municipal *latu sensu*. Desta forma, a elaboração dos planos de desenvolvimento econômico e social deverá ter como norte o objetivo da política urbana – desenvolver as funções sociais da cidade – e a diretriz da cidade

¹⁷ FERNADES, Edésio. *Op.cit.*

sustentável, *entendido como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.*

O inciso II estabelece como diretriz a gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. A participação da população no planejamento está prevista novamente no inciso XIII, que prevê a *realização de audiências públicas* para a implantação de *empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população.*

O artigo 4º apresenta como instrumentos para a implementação a gestão orçamentária participativa (inciso III, alínea *f*) o referendo, o plebiscito (alínea *s* do inciso III), o Estudo de Impacto Ambiental – EIA - e o Estudo de Impacto de Vizinhança -EIV (inciso IV). Estabelece, ainda como instrumentos à elaboração de plano diretor, plano plurianual, diretrizes orçam. e orçamento anual, planos, programas e projetos setoriais e planos de desenvolvimento econômico e social (alíneas *a, d, e, g e h*).

Ao tratar da “Gestão Democrática da Cidade”, em capítulo específico (Capítulo IV), determina, no artigo 43, a criação de órgãos colegiados de política urbana (inciso I), a realização de debates, audiências e consultas públicas (inciso II), conferências (inciso III), e contempla a iniciativa popular em projetos de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (inciso IV) e, no artigo 44 determina a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas de plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e orçamento como condição para a aprovação legislativa.

No planejamento do desenvolvimento da cidade indica como diretrizes, o artigo 2º, evitar e corrigir distorções decorrentes do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente (inciso IV), a adequação dos equipamentos e serviços aos interesses e necessidades da população e características locais (inciso V), reprovando a utilização inadequada dos imóveis, a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes, o parcelamento, edificação, uso excessivo ou inadequado à infra-estrutura, a instalação de empreendimentos ou atividades geradoras de tráfego sem previsão da infra-estrutura correspondente, a retenção especulativa dos imóveis, a deterioração das áreas urbanizadas, a poluição ou degradação ambiental (inciso VI), estabelece que os padrões de produção e consumo sejam compatíveis com a sustentabilidade ambiental, social e econômica do município e da área de influência (inciso VIII), a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes da urbanização (inciso IX), a recuperação dos investimentos do Poder público de que tenha resultado valorização imobiliária (inciso XI), a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e

construído, patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico (XII), orientando o conteúdo da função social que os imóveis devem cumprir.

Para atingir tais diretrizes, o Estatuto apresenta, no artigo 4º, como instrumentos: a regulação do parcelamento e do uso e ocupação do solo, o zoneamento ambiental, a elaboração de planos, programas e projetos setoriais, plano de desenvolvimento econômico e social (alíneas *b, c, g, h*, do inciso III), bem como a servidão e limitação administrativa, o tombamento, a instituição de unidades de conservação, de zonas especiais de interesse social, o parcelamento, a edificação ou utilização compulsórias, o direito de preempção, a outorga onerosa e a transferência do direito de construir, as operações urbanas consorciadas (alíneas *b, c, e, f, i, m, n, o* e *p* do inciso V), o EIA, o EIV (inciso VI).

A adequação dos instrumentos de política econômica, tributária, financeira e de gastos públicos ao desenvolvimento urbano visando investimentos geradores de bem-estar e fruição geral dos bens é prevista no inciso X. Outra diretriz de gestão que se implementa através da utilização de instrumentos como o iptu, a contribuição de melhoria, os incentivos e benefícios fiscais e financeiros, previstos no artigo 4º, inciso IV.

A regularização fundiária e urbanização para população de baixa renda e normas especiais de urbanização e uso do solo é diretriz prevista no inciso XIV que tem como instrumentos para sua implementação a instituição de zonas especiais de interesse social, concessão de direito real de uso (coletiva ou individual), concessão de uso especial para moradia, a usucapião especial de imóvel urbano, a regularização fundiária e a assistência técnica e jurídica gratuita (alíneas *f, g, h, j, q, e r* do inciso V do art. 4º).

São indicadas, também, diretrizes de procedimento adequadas à Política Urbana, que se consubstanciam na cooperação entre os governos, simplificação da legislação, isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades de urbanização de interesse social (previstas nos incisos III, XV e XVI).

A partir das diretrizes, portanto, o Estatuto da Cidade estabelece, orienta, a definição do conteúdo da função social da cidade e da propriedade urbana, cujo atendimento o planejamento urbano tem como norte. Assim, quando se estabelece um prazo para, compulsoriamente, um imóvel ser destinado ao uso habitacional, por exemplo, sob pena de incidência de progressividade sobre a alíquota do IPTU, o objetivo é exigir o cumprimento de sua função social pois a ociosidade da infra-estrutura, serviços públicos e equipamentos oneram a cidade e contrariam a diretriz do inciso I – cidade sustentável -, e a indução ao uso vai ao encontro das diretrizes constantes dos incisos IV (evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano), VI (evitar a utilização inadequada dos imóveis, uso inadequado em relação a infra-estrutura, e a retenção especulativa de imóvel urbano) e IX (justa distribuição dos benefícios e ônus da urbanização).

Portanto, o planejamento deve definir a função social da propriedade urbana em prol da cidade sustentável, indicando os usos compatíveis, estabelecendo os requisitos e condições para a sua implantação, vedando os usos incompatíveis, evitando a ociosidade predadora, induzindo o desenvolvimento da cidade para regiões, potencializando o uso dos equipamentos e serviços. Esta é a tarefa do plano diretor.

Plano Diretor de Porto Alegre e a Função Social: Princípios, Estratégias e Instrumentos de Política Urbana

O plano diretor, sendo o instrumento de planejamento urbano dos Municípios, deve dar efetividade às diretrizes da política urbana e ao cumprimento da função social da cidade e da propriedade urbana, através dos demais instrumentos previstos na lei federal. Define, assim, o plano diretor, os usos compatíveis e incompatíveis, a capacidade construtiva dos imóveis, a expansão ou a contenção urbana.

O Plano Diretor, segundo o Estatuto da Cidade, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (artigo 40), devendo estabelecer as exigências fundamentais de ordenação da cidade a fim de indicar a função social da propriedade urbana (artigo 39). Para tal, são estabelecidos os requisitos do atendimento às necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, justiça social e desenvolvimento das atividades econômicas.

A seu turno, o Plano Diretor de Porto Alegre – Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental -, aprovado em 1999, pela Lei Complementar n. 434, antes do advento do Estatuto da Cidade, portanto, estabeleceu princípios, estratégias e instrumentos de política urbana.

Os princípios do Desenvolvimento Urbano Ambiental são identificados no artigo 1º:

“Art.1º.A promoção do desenvolvimento no Município de Porto Alegre tem como princípio o cumprimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, nos termos da Lei Orgânica, garantindo”:

I – a gestão democrática, participativa e descentralizada;

II – a promoção da qualidade de vida e do ambiente, reduzindo as desigualdades e a exclusão social;

III – a integração das ações públicas e privadas através de programas e projetos de atuação;

IV – o enriquecimento cultural da cidade pela diversificação, atratividade e competitividade;

V – o fortalecimento do papel do Poder Público na promoção de estratégias de financiamento que possibilitem o cumprimento dos planos, programas e projetos em condições de máxima eficiência;

VI – a articulação das estratégias de desenvolvimento da cidade no contexto regional metropolitano de Porto Alegre;

VII – o fortalecimento da regulação pública sobre o solo urbano mediante a utilização de instrumentos redistributivos de renda urbana e da terra e controle sobre o uso e ocupação do espaço da cidade;

VIII – a integração horizontal entre os órgãos e Conselhos Municipais, promovendo a atuação coordenada no desenvolvimento e aplicação das estratégias e metas do Plano, programas e projetos.”

Com base em tais princípios, foram definidas sete estratégias: Estruturação Urbana, Mobilidade Urbana, Uso do Solo Privado, Qualificação Ambiental, Promoção Econômica, Produção da Cidade e Sistema de Planejamento, sendo identificados em cada uma delas seus objetivos, conceitos e programas.

A proposta do PDDUA contempla a integração das estratégias na ocupação do solo, de forma que a aplicação de uma norma relativa à estratégia do Uso do Solo, esta deve ser interpretada à luz da estratégia de Qualificação Ambiental, Mobilidade Urbana, Produção da Cidade, etc. Assim, quando trata do Uso do Solo Privado, é disciplinados o parcelamento, o uso e a ocupação do solo, através de instrumentos que definem a “distribuição espacial das atividades, a densificação e a configuração da paisagem urbana no que se refere à edificação e ao parcelamento do solo” (art. 11). A aplicação de uma norma não pode colidir com os objetivos e conceitos das demais estratégias. A densificação ou a identificação de determinada atividade não pode prejudicar a qualificação ambiental.

Este conceito resguarda a diretriz da cidade sustentável, na acepção trazido no inciso I. do artigo 2º do Estatuto.

Outro instrumento de política urbana previsto no planejamento municipal é o zoneamento ambiental (artigo 4º, inciso III, alínea “c”). Tal instrumento é previsto no PDDUA na estratégia de Qualificação Ambiental¹⁸.

Para induzir o adequado aproveitamento do solo urbano, o PDDUA, à luz das estratégias, propôs normas de uso e ocupação do solo, bem como indicou importante instrumento de cumprimento da função social da propriedade urbana, qual seja a instituição de Áreas Especiais¹⁹ e através da identificação de Áreas Especiais de Interesse Ambiental, onde é afastado o regime geral e é identificado um regime urbanístico específico, condicionado às suas características e peculiaridades, compatível com a proteção do patrimônio a ser preservado. A identificação de Áreas Especiais de Interesse Ambiental – decorre do necessário cumprimento da função social das propriedades nelas situadas, o qual somente se dará através da sua preservação dos bens protegidos.

O mesmo ocorre com a delimitação de Áreas Especiais de Interesse Social – as Zonas Especiais de Interesse Social previstas no estatuto – em face de que o cumprimento da função social dos imóveis nelas situados se dará através da implantação de empreendimentos voltados à produção de unidades habitacionais de interesse social.

¹⁸ Art. 13 da Lei Complementar 434/99:

“A estratégia de Qualificação Ambiental tem como objetivo geral qualificar o território municipal, através da valorização do Patrimônio Ambiental, promovendo suas potencialidades e garantindo sua perpetuação, e da superação dos conflitos referentes à poluição e degradação do meio ambiente, saneamento e desperdício energético.”

¹⁹ Os artigos 74 a 92 disciplinam as Áreas Especiais de Interesse Institucional, de Interesse Urbanístico (dentre as quais se encontram as Áreas Especiais de Interesse Social - AEIS, as Áreas Urbanas de Ocupação Prioritária – AUOPs, as Áreas de Contenção ao Crescimento Urbano e as Áreas de Revitalização), e as Áreas Especiais de Interesse Ambiental (dentre as quais se encontram as Áreas de Proteção do Ambiente Natural e as Áreas de Interesse Cultural)

A indicação de áreas para edificação e parcelamento do solo se dá em face das condições de infra-estrutura, sendo que a falta de sua utilização ou sub-utilização a tornam ociosa, disto decorrendo um custo social demasiadamente alto para a cidade, caracterizando a retenção especulativa. Este instrumento foi previsto no PDDUA através da instituição das Áreas Urbanas de Ocupação Prioritária – as AUOPs. Com a instituição da AUOP, o uso ou ocupação é compulsória, em prazos estabelecidos em lei, sob pena de progressividade na alíquota do IPTU. Em sentido contrário, prevê o PDDUA a utilização da Área de Contenção ao Crescimento Urbano – ACCRU – em face da ausência de infra-estrutura e de serviços compatíveis com o adensamento. A aplicação deste instrumento se relaciona diretamente com o cumprimento da função social da cidade e da propriedade urbana, visando à implementação das diretrizes constantes dos incisos I, III, IV, V, XII do artigo 2º. do Estatuto.

O uso do Solo Criado, a indicação das áreas da cidade adequadas à sua aplicação, é instrumento de cumprimento da função social porque em tais áreas a infra-estrutura colocada à disposição é ociosa e deve ser otimizada, sendo importante instrumento de recuperação dos investimentos públicos em urbanização, de distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização, diretrizes do Estatuto, constantes nos incisos IX e XI do art. 2º. O instrumento, desta forma, somente pode ser utilizado em áreas ambientalmente favoráveis e compatíveis com o adensamento, sob pena de contrariar as diretrizes do Estatuto e os princípios do PDDUA e mais, de descumprir a função social da propriedade e da cidade.

Poderá ser identificada, por exemplo, a necessidade da utilização dos instrumentos em conjunto, em face do sistema de planejamento integrado que se cria. Assim, uma indicação combinada de parcelamento e/ou edificação compulsória em área identificada como Área Especial de Interesse Social²⁰ indicará que a função social dos imóveis nela situados será o parcelamento ou a edificação em um prazo definido em lei, com a finalidade de produzir unidades habitacionais ou lotes para uso habitacional. A indicação para parcelamento ou edificação do solo em áreas industriais implica no cumprimento da função social através da geração de empregos. A indicação de uma área de renovação, revitalização urbana decorre da degeneração de determinada região, e da necessidade do município intervir para inseri-la novamente na forma desejada.

²⁰ A AEIS contempla áreas ocupadas – onde o objetivo é a manutenção da habitação – e áreas não ocupadas – onde o objetivo é a produção de habitação. De acordo com a situação, a área é identificada como AEIS I, II, III ou IV, nos termos do art. 76 da LC 434/99:

AEIS I - locais onde ocorram assentamentos auto-produzidos em áreas públicas ou privadas. A identificação da AEIS significa que a área é gravada para a Habitação de Interesse Social com vistas a sua regularização. Ou seja, nesta hipótese, a função social do imóvel fica definida e vincula-se à habitação Popular. A regularização, tratando-se de área pública, dá-se mediante concessão de direito real de uso, instrumento previsto na Lei Municipal Complementar n. 242/91 e no Estatuto da Cidade no inciso V, letra “g” do artigo 4º. Em se tratando de área privada, contemplados os requisitos da usucapião, a regularização se dá através da medida judicial cabível.

AEIS II – loteamentos irregulares ou clandestinos, onde a identificação viabiliza o estabelecimento de padrões e regime especial com a finalidade de regularização;

AEIS III – imóveis não edificados, sub-utilizados localizados na Área de Ocupação Intensiva próprios para a implantação de Habitação de Interesse Social. A sua identificação também tem a finalidade de vincular a função social da propriedade nela situada ao atendimento da demanda habitacional.

AEIS IV – áreas ocupadas com fins habitacionais, com a incidência de identificações precárias, não concluídas ou degradadas.

O planejamento, portanto, assume papel essencial para que as cidades cumpram a sua função social e os Municípios, a partir do Estatuto da Cidade, tem o poder-dever de identificar os rumos para o desenvolvimento das cidades, sempre tendo presentes as diretrizes gerais de política urbana previstas no Estatuto da Cidade. A Lei Federal estabelece as regras gerais, com base nas quais a legislação municipal regulará a aplicação dos instrumentos, observado o planejamento e o interesse local. Especial enfoque deve ser dado na lei local no sentido de viabilizar os instrumentos como indutores ao cumprimento da Função Social da Cidade e da Propriedade Urbana.

Como se vê, o Estatuto da Cidade veio a, definitivamente, viabilizar a atuação municipal sobre os vazios urbanos nocivos para fazer cumprir a Função Social da Propriedade Urbana, estabelecendo as regras gerais a partir das quais a lei municipal regulará a atuação do Poder Público Municipal e dos proprietários de imóveis urbanos, tendo como o norte o adequado ordenamento urbano, a qualificação ambiental e o direito à moradia.