

# FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

CARLOS ARI SUNDFELD

1.1 Introdução. 1.2 O direito e a função social da propriedade. 1.3 Função social e limitações administrativas. 1.4 Aspectos do regime jurídico da propriedade-função: 1.4.1 O princípio da função social não autoriza a suprimir a propriedade privada. 1.4.2 A utilização da propriedade na realização de interesses sociais merece proteção do Direito, mesmo contra o proprietário. 1.4.3 O princípio da função social é fundamento para a imposição do dever de utilizar a propriedade. 1.4.4 A função social é um dos fundamentos de legitimação da propriedade. 1.5 Conclusões. 1.6 Bibliografia.

## 1.1 Introdução

Como estão relacionados o Direito Administrativo e o princípio da função social da propriedade?

No passado, certamente houve quem julgasse que a propriedade seria questão própria e exclusiva do Direito Civil, mesmo porque uma das garantias individuais seria a da inviolabilidade do domínio, de modo que o Estado dele não cuidaria senão ao disciplinar relações privadas. A idéia não resistiu à evolução do Estado, que tratou de opor limites à propriedade para condicioná-la ao uso coletivo. O poder de polícia — hoje tão combatido, e com justa razão, como noção essencial ao Direito Administrativo — tornou-se então o instrumento de intervenção do Estado na propriedade.

Mas o intervencionismo cresceu, respondendo a uma multiplicidade de fatores e objetivos, e com ele a necessidade de novos instrumentos, aptos a enfrentar essa nova realidade. As Constituições passaram a abrigar capítulos sobre a ordem econômica e social, em que se fixam princípios norteadores do que deve ser a sociedade. Jus-

tiça social, valorização do trabalho, contenção do poder econômico: princípios dispostos a contrariar a própria natureza das relações econômicas ou, ao menos, o estágio atual delas. É compreensível que, adotado um modelo de combate ao autoritarismo privado, em que se deveria cercear e dirigir a ação de grupos econômicos privados, se prestigiasse novamente o Estado, única entidade em condições de enfrentar com vantagem o poder econômico.

Seria inevitável que uma tal tendência viesse a atingir a questão da propriedade, já que ela é o cerne do modelo capitalista. Se os movimentos sociais que influíram sobre as Constituições modernas pretendiam — como pretendem — construir uma ordem social diferente, como conseqüência de uma nova ordenação econômica, certamente estavam visando à instituição da propriedade, posto que toda mudança substancial terá de atingi-la, conformando-a a novos objetivos.

Surge, assim, o princípio da função social da propriedade, representando um compromisso entre a ordem liberal e a ordem socializante, de maneira a incorporar à primeira certos ingredientes da segunda.

Seu reflexo há de se fazer sentir sobre toda ordenação econômica do país, já que feito princípio fundamental dela, e, assim, sobre as múltiplas *propriedades* conhecidas: a pública, a privada, a dos bens de consumo, a dos bens de produção, a agrícola, a industrial, a urbana, a rural, a das marcas de indústria e comércio, a literária, a artística, a científica. É evidente, contudo, que o reflexo será muito diverso em cada uma delas que, afinal, têm pouco de comum. Não existe, e isto é certo, uma única instituição da propriedade, mas várias e muito diferenciadas, seja por sua regulamentação, seja pela importância dos bens sobre os quais incidem, aspectos um e outro intimamente relacionados.

É certo também que a abrangência — sobretudo no universo legislativo — do reflexo do princípio da função social será determinada pelo estágio de exigência da própria sociedade (e este varia no tempo e no espaço), porque a fórmula consagrada na Constituição é suficientemente lata para admitir uma interpretação variada e construtiva.

Por isto não é leve a tarefa de quem se dispuser a tratar do conteúdo jurídico do princípio da função social da propriedade. Há muitas etapas, inclusive pré-jurídicas, a vencer: o estado atual do modelo econômico, a indefinição do papel estatal, a emergência

contínua de novos conflitos sociais, tudo a tornar ainda pantanoso o terreno fático sobre o qual se constróem os modelos legislativos. A solidificação desse terreno fará nascer, então, múltiplos problemas de ordem científica, consistentes na adaptação de uma Ciência do Direito criada para descrever um mundo de normas que se alterou e se altera profundamente. Será inevitável o questionamento, de resto imemorial, sobre a dualidade Direito Privado-Direito Público. Será necessário repensar o Direito Administrativo, ao menos para compreender as novas formas de ação e intervenção do Estado.

Não obstante, é lícito e útil, em Ciência, especular. E já se tem material fértil para tanto: o chamado Direito Urbanístico progride rapidamente, ao influxo do crescimento das cidades e de seus problemas. Nesta área circunscrevemos nossa meditação.

## 1.2 O direito e a função social da propriedade

Parecem idéias contraditórias: a garantia de um direito individual de propriedade e o estabelecimento de uma função social. A contradição, porém, não é jurídica, mas apenas histórica e ideológica.

De fato, a noção mais tradicional de propriedade é aquela que a concebe como um poder do indivíduo consubstanciado na liberdade de o proprietário, autonomamente, determinar a sorte do objeto submetido à sua vontade.

Léon Duguit, em sua célebre obra *Les Transformations du Droit Privé depuis le Code Napoléon*, onde reuniu uma série de conferências realizadas na Argentina em 1911, dedicou um dos capítulos ao tema "La propriété-fonction sociale", criticando esta noção individualista e metafísica de propriedade e propugnando por uma propriedade-função social. Segundo ele, os Códigos baseados no princípio individualista e civilista fundavam sua idéia de propriedade em duas preocupações: a de legitimar a apropriação, sem qualquer consideração sobre seu fundamento, e a de proteger a afetação da riqueza a uma finalidade meramente individual.<sup>1</sup> Daí por que o direito de propriedade tornou-se a expressão por excelência da autonomia da vontade humana, da soberania do indivíduo.<sup>2</sup>

Em conseqüência, tendo o proprietário o direito de usar, gozar e dispor da coisa, teria o direito de, ao inverso, não usar, não go-

1. Ob. cit., p. 151.

2. Idem, p. 153.

zar, não dispor, deixando as terras sem cultivo, os terrenos urbanos sem construção, as casas sem locação. Afinal, o direito de propriedade era absoluto.<sup>3</sup>

Propriedade, liberdade e a concepção civilista de autonomia da vontade eram noções coerentes, talhadas para garantir um modelo econômico e uma conseqüente necessidade prática: a de proteger o indivíduo contra o excessivo poder do Estado, permitindo-lhe o desempenho, totalmente autônomo, de sua atividade. É preciso perceber que o conceito de propriedade não nasceu com esta conotação individualista, tanto que já existia antes dela. Foi, em verdade, adaptado a ela, seguindo uma tendência do Direito Privado da época.

Interessante que, quando a doutrina jurídica se preocupou em formular os princípios básicos da atividade estatal, regulada pelo Direito Administrativo, procurou idéias que se opusessem àquelas de propriedade, liberdade e autonomia da vontade. Ruy Cirne Lima, por exemplo, notável jurista, em páginas insuperáveis, depois de demonstrar ser a relação de administração "a relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente" a ela opôs a noção de propriedade, nos seguintes termos: "Na Administração o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade".<sup>4</sup>

{Celso Antônio Bandeira de Mello} em precioso estudo sobre o ato administrativo, realizou cotejo entre as características do ato de Direito Civil e as do ato administrativo, arrolando como particularidades do primeiro a autonomia da vontade e a busca de interesses individuais, que se contrapõem ao dever, à função estatal, para atingimento de finalidades públicas, presentes no ato administrativo.<sup>5</sup> Assim sendo, o proprietário praticaria atos com base na *autonomia* que é reconhecida à sua vontade, para atingir *interesses individuais*. Já o Administrador Público praticaria atos no exercício de um dever (de uma *função*) para realizar *interesses públicos* definidos em lei.

O Direito Privado e, nele, a propriedade, foram construídos em torno de uma noção de liberdade altamente individualista, descomprometida com uma preocupação coletiva e social, que seria exclusiva do Estado. Por isto a dificuldade de os estudiosos encaixarem como um dos seus ramos o Direito do Trabalho que, apesar de regular as relações de pessoas privadas, abriga certa consciência coletiva.

3. Idem, *ibidem*.

4. *Princípios de Direito Administrativo*, p. 51.

5. *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*, pp. 13 e 14.

Para substituir a concepção de propriedade como o poder exclusivo da vontade do titular sobre a coisa, em coerência com uma nova visão da liberdade, Duguit, em sua precitada obra, propôs a propriedade-função social, justificando-a: "Todo indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade uma certa função, na razão direta do lugar que nela ocupa. Ora, o detentor da riqueza, pelo próprio fato de deter a riqueza, pode cumprir uma certa missão que só ele pode cumprir. Somente ele pode aumentar a riqueza geral, assegurar a satisfação de necessidades gerais, fazendo valer o capital que detém. Está, em consequência, socialmente obrigado a cumprir esta missão e só será socialmente protegido se cumpri-la e na medida em que o fizer. A propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário; é a função social do detentor da riqueza".<sup>6</sup>

Função é conceito que se opõe ao de autonomia da vontade, tal qual concebido no Direito Civil. Santi Romano escreveu: "As funções (*officia, numera*) são os poderes que se exercem não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo. Deles se encontra exemplos mesmo no Direito Privado (o pátrio-poder, o ofício do executor testamentário, do tutor etc), mas no Direito Público sua figura é predominante".<sup>7</sup> No mesmo sentido, Renato Alessi define a função estatal como o poder enquanto dirigido a uma finalidade de interesse coletivo e cujo exercício constitui um dever jurídico.<sup>8</sup>

Como se vê, ao acolher o princípio da função social da propriedade, o Constituinte pretendeu imprimir-lhe uma certa significação pública, vale dizer, pretendeu trazer ao Direito Privado algo até então tido por exclusivo do Direito Público: o condicionamento do poder a uma finalidade. Não se trata de extinguir a propriedade privada, mas de vinculá-la a interesses outros que não os exclusivos do proprietário. Assim como a imposição de deveres inderrogáveis ao empregador, no interesse do empregado, não faz dele um ente público, também a função social não desnatura o proprietário nem a propriedade: apenas lhe impõe cereamentos diferenciados.

Importa notar que, como consequência da submissão da propriedade, ou do proprietário, a objetivos sociais — evidentemente obrigatórios — criam-se verdadeiros deveres.

6. Ob. cit., p. 158.

7. *Princípios de Direito Constitucional Geral*, p. 145.

8. *Principi di Diritto Amministrativo*, p. 3.

Trata-se de alteração radical na compreensão da propriedade, que sempre foi tida como mero *poder*, como direito subjetivo. Entretanto, a afirmação de que são inconciliáveis, as idéias de direito subjetivo e função, é meramente ideológica. Eros Grau bem demonstrou sua improcedência: “Ser titular de um direito subjetivo é estar autorizado pelo ordenamento jurídico a praticar ou não praticar um ato — isto é, a transformar em ato a potência, ou seja, a aptidão para a prática de tal ato. A transformação da faculdade em ato, quando juridicamente autorizada — e aí o direito subjetivo — deve ser exercida dentro dos limites da autorização. Daí parecer-me equívoca a afirmação de tal contradição dogmática. Pode o Direito, coerentemente, introduzir como elementos integrantes da autorização, a alguém para o exercício de uma faculdade, inúmeros requisitos, inclusive criando obrigações e ônus para o titular do direito subjetivo”.<sup>9</sup>

Ora, se estiver legitimado a apropriar-se de algo, há o indivíduo, obrigatoriamente, de cumprir os interesses sociais que possibilitaram tal legitimação. Para cumpri-los, deve assumir um papel ativo, colocando em atividade a riqueza de que é detentor, em benefício da coletividade.

Assim sendo, pode e deve o ordenamento jurídico impor ao proprietário *obrigações de fazer*<sup>10</sup> consistentes na própria utilização da coisa em prol da sociedade.

Já se pode perceber, a esta altura, que a propriedade-função implica a superação do dualismo clássico Direito Privado-Direito Público, posto que:

9. *Elementos de Direito Econômico*, p. 119.

10. Eros Grau ensina: “Interpretadas, em seu conjunto, as contemplações, como princípios constitucionais, do desenvolvimento e da justiça social, da *função social da propriedade* e do pleno emprego, daí extraímos a conclusão de que a vigente ordem constitucional não apenas justifica a afirmação da configuração da propriedade — dos bens de produção — como um poder-dever, mas também autoriza a afirmação de que a função social da propriedade pode e deve expressar-se na imposição de comportamentos positivos ao proprietário e dá suporte à tese da configuração deste como *proprietário-empendedor*” (ob. cit., p. 127). José Afonso da Silva, no mesmo sentido, endossou lição de Fiorella D’Angelo: “(...) a função social mesma acaba por posicionar-se como elemento qualificante da situação jurídica considerada, manifestando-se, conforme as hipóteses, seja como atribuição de determinadas faculdades, seja como condição de exercício de faculdades atribuídas, seja como obrigação de exercitar determinadas faculdades de acordo com modalidades preestabelecidas” (*Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 96).

- a) à relação jurídica de propriedade imprime-se uma finalidade pública e, portanto, cogente;
- b) a idéia de autonomia da vontade na utilização da coisa é substituída pela de função.

### 1.3 Função social e limitações administrativas

Cabe explicitar aqui algo que está subjacente às conclusões obtidas, mas que não se tem devidamente percebido na doutrina: o princípio da função social não é o fundamento das clássicas limitações administrativas à propriedade (Poder de Polícia).<sup>11</sup>

Autores da maior suposição têm, mesmo inconscientemente, incorrido no equívoco.<sup>12</sup> Contudo, há vários argumentos, todos ponderáveis, contra esta visão.

Não só a propriedade, como também a liberdade, pode ser condicionada pela atividade da *Administração Pública à qual comumente se denomina Polícia Administrativa*. Não há, na Constituição, nenhuma previsão específica a respeito de uma função social da liberdade e nem por isto se entende que o Estado não possa limitá-la. A razão é simples: o fundamento das limitações administrativas sempre foi encontrado na supremacia geral do Poder Público frente aos cidadãos, sem necessidade de disposição constitucional específica. Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que "o Poder de Polícia descansa na *supremacia geral* da Administração Pública; isto é, na condição que esta desfruta, em relação aos administrados, indistintamente, de superioridade, pelo fato de satisfazer, como expressão de um dos poderes do Estado, interesses públicos".<sup>13</sup> Clóvis Beznos, por sua vez,

11. "(...) ao estabelecer expressamente a regra da função social da propriedade como um princípio da ordem econômica e social, vale dizer, da constituição econômica brasileira, com o fim de realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, a Constituição Federal (art. 160, III) não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus da propriedade privada. Estes são externos ao direito de propriedade, vinculantes simplesmente da atividade do proprietário, pelo que interferem tão-só com o exercício desse direito, e que, em grande parte, senão sempre, se explicam pela simples atuação do poder de polícia (...)" (José Afonso da Silva, ob. cit., p. 95).

12. Citem-se, a guisa de exemplo: Adilson Abreu Dallari (*RDP* 59-60/90), Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967...*, t. VI/47), Marco Aurélio Greco ("A poluição diante do Direito brasileiro", *RDP* 34/95) e o próprio José Afonso da Silva (ob. cit., pp. 106 a 291).

13. *Elementos de Direito Administrativo*, p. 168.

afirmando ser a Polícia Administrativa um “elemento entrópico negativo” do sistema jurídico, aponta o próprio art. 153, § 2.º, da Carta Magna (“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), como seu fundamento.<sup>14</sup>

Ora, se nunca se impugnou o poder de o Estado limitar a propriedade, adequando-a ao interesse público, mesmo quando esta era tida apenas por direito individual absoluto, por que achar agora que as limitações baseiam-se no princípio da função social?

A preocupação não é acadêmica, como poderia parecer, ante a constatação de que, seja qual for seu fundamento, são admissíveis em nosso mundo jurídico as limitações administrativas à propriedade.

Ocorre que, tomada a função social neste sentido equivocado, *impedida está a apreensão do verdadeiro conteúdo do princípio, de maneira que este permanece incompreendido e, sobretudo, inaplicado.*

Tal fato tem, como muita coisa em relação à propriedade, um condicionante poderoso. É que, assimilada e dissimulada a noção de função social no antigo conceito de limitação administrativa, é dizer, de Poder de Polícia, nada se altera no regime jurídico da propriedade. Eros Grau, com felicidade, discorreu a respeito: “Não há grandes dificuldades para a compreensão do conúbio poder e dever — isto é, entre direito e função — enquanto concebemos a função social como princípio gerador da imposição de *limites negativos* ao comportamento do proprietário. Isto porque gravitamos, então, no interior de um universo de limitações análogas às manifestações de *poder de polícia*, coerentes com a ideologia do Estado Liberal. Até então, como expressão da imposição de restrições no exercício da propriedade, a função social, nas suas manifestações exteriores, não é senão mera projeção do poder de polícia. Este é coerente e inteiramente adequado à ideologia do Estado Liberal”.<sup>15</sup>

Pense-se em uma hipótese extrema; imaginemos que uma emenda constitucional suprimisse o n. III do art. 160 da Carta Magna. Por acaso se sustentaria, nesta hipótese, que o direito de propriedade, ou seu exercício, ter-se-ia tornado ilimitável? Por acaso se diria que o Município estaria impedido de estabelecer um zoneamento? Ouvir-se-ia a afirmação de que o Estado haveria de ficar inerte ante a poluição industrial? Obviamente não!

14. *Poder de Polícia*, pp. 67/68.

15. Ob. cit., p. 121.

Ora, a Carta Constitucional outorga às pessoas políticas *competências cujo exercício implica ingerências várias sobre a propriedade, para compatibilizá-la com a vida social. Em nome da defesa e proteção da saúde, União e Estados criam limitações* (CF, art. 8.º, XVII, "c" e parágrafo único). Em razão de seu peculiar interesse (CF, art. 15, II), o Município impõe limitações.

Além disso, ao legislar sobre Direito Civil e, em conseqüência, sobre a propriedade (art. 8.º, XVII, "b"), a União nada mais faz que restringir ou condicionar a propriedade, cujo conceito é meta-jurídico.

Alguma dificuldade poderia surgir, ainda na eventualidade de uma emenda suprimir o princípio da função social. A questão seria a de saber se a propriedade, mesmo assim, poderia ser limitada ou condicionada em nome do desenvolvimento e da justiça social, previstos no *caput* do art. 160.

A resposta seria, sem qualquer sombra de dúvida, positiva. Em nossa ordem econômica, a propriedade é componente fundamental, razão por que seu regime jurídico deve permitir a realização dos objetivos arrolados no Título III da Constituição. Ao definir o direito de propriedade, o legislador federal deveria estar atento à implementação do desenvolvimento e da justiça. O Município, também, em nome do desenvolvimento urbano, poderia impedir este ou aquele uso, se fossem inconvivalentes com aquele.

Em suma, se o Constituinte não tivesse criado uma função social, fabricando uma noção nova, *isto não impediria que, sempre dentro da antiga concepção de direito de propriedade, se procurasse atingir os objetivos da Ordem Econômica e Social*. O problema seria outro: o da eficácia dos meios à mão do legislador. Portanto, só se pode concluir que o princípio da função social é um novó instrumento /que, conjugado aos normalmente admitidos (as limitações, as desapropriações, as servidões etc.), possibilitam a obtenção de uma ordem econômica e social que realize o desenvolvimento com justiça social.

Portanto, daqui para a frente, quando quiserem relacionar as múltiplas ingerências possíveis na propriedade, os doutrinadores deverão incluir, a par das já conhecidas, aquelas fundadas no princípio da função social, explicando que todas as ingerências, por exigência constitucional, têm por objetivo, de uma forma ou de outra, o desenvolvimento e a justiça. Nem todas, contudo, têm fundamento na referida função social.

Cumpra aduzir, ao cabo deste tópico, uma palavra sobre o problema das limitações impostas em decorrência do exercício do chamado Poder de Polícia e o tipo de obrigações que delas resultam aos particulares.

Doutores de muitas luzes têm defendido a idéia de que o Poder de Polícia tem um sentido negativo. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, afirma que ele “é negativo no sentido de que através dele o Poder Público não pretende uma atuação do particular, pretende uma abstenção. Por meio dele não exige nunca um *facere*, mas um *non facere*”.<sup>16</sup> Clóvis Beznos<sup>17</sup> e Celso Bastos<sup>18</sup> acompanharam-no nessa posição.

Não concordamos com tal colocação, seguindo, aliás a brilhante Prof.<sup>a</sup> Lúcia Valle Figueiredo,<sup>19</sup> que critica, ademais e com razão, a própria noção de Polícia, que se confunde com a própria função administrativa. O que caracteriza a Polícia Administrativa, como entendida tradicionalmente, é a atividade de limitar e condicionar a liberdade e a propriedade, para adequá-las aos objetivos públicos.

Tanto é possível limitar uma propriedade impedindo a construção de mais de 10 andares (obrigação de não fazer), como condicionando o exercício do direito de construir à instalação de aparelhos contra incêndio (obrigação de fazer). A limitação, em outras palavras, tanto pode traduzir uma proibição como uma exigência de obrigação de fazer.

O que nos parece exato é que o *fazer* característico das limitações não é o objetivo da Administração. Esta não quer o próprio ato praticado. Embora taxando-as de *aparentes* obrigações de fazer — com o que não concordamos — Celso Antônio Bandeira de Mello bem expôs essa questão, *verbis*: “Às vezes, no Poder de Polícia, há aparentemente obrigação de fazer. Por exemplo: *exibir* planta para licenciamento de construção; *fazer* exame de habilitação para motorista; *colocar* equipamento contra incêndio nos prédios. É *mera aparência* de obrigação de fazer. O Poder Público *não quer* estes atos. Quer, sim, *evitar* que as atividades ou situações *pretendidas pelos particulares* sejam efetuadas de maneira *perigosa ou nociva*, o que ocorreria, se realizadas fora destas condições”.<sup>20</sup>

16. Ob. cit., p. 170.

17. Ob. cit., p. 79.

18. “Repartição constitucional da competência para o exercício do Poder de Polícia”, RDP 16/174.

19. *Disciplina Urbanística da Propriedade*, p. 7.

20. Ob. cit., p. 171.

Parece-nos que as hipóteses tratam de obrigações de fazer, isto é, de atos positivos, não de uma abstenção de ação. Entretanto, o que as caracteriza é que o fazer é *mera condição*, cujo implemento abre a oportunidade do exercício de um direito. Assim, para servir refeições, o comerciante deve *afixar* tabela de preços na porta do estabelecimento; para sair à rua com seu veículo, o motorista deve *usar* o cinto de segurança; para vender iogurte, o industrial deve *imprimir* seu prazo de validade na embalagem.

O que o Poder Público quer é que o direito só seja exercido após o implemento da condição. Daí por que o fazer é *limitação* ao exercício do direito.

Sempre se aceitou normalmente a imposição de obrigação de fazer ao proprietário, como condição para o exercício do direito de propriedade. São exemplos: a obrigação de construir muro, de limpar o terreno, aprovar planta, de instalar extintor de incêndio.

Do que nunca se cogitou, porque incompatível com a propriedade individualista, foi *da imposição da obrigação de utilizar o imóvel, isto é, obrigação de exercer o direito em benefício de um interesse social. E é justamente tal tipo de obrigação que se deve impor com fundamento na função social.*

Percebe-se que o fazer, nas duas hipóteses, tem um caráter distinto. No primeiro caso, o das limitações, trata-se de *condição para o exercício de direito*. No segundo (função social), trata-se de *dever de exercitar* o mesmo direito.

Não fosse estreito o objetivo deste trabalho, enquadraria aqui questionar da utilidade do conceito de Poder de Polícia, aduzindo às críticas que já lhe foram feitas por autores importantes, mais uma: não seria noção por demais estrita, gerando a falsa impressão de que a ingerência ordinária da Administração na propriedade só seria possível se visasse a *condicionar* seu exercício, não, porém, se pretendesse obrigar ao próprio exercício dos poderes do domínio? A função social parece ser mais um indicativo da inadequação da teoria do Poder de Polícia para sistematizar a atividade estatal moderna.

#### 1.4 Aspectos do regime jurídico da propriedade-função

A par de assegurar a propriedade como direito individual, erigindo uma paliçada intransponível pelo Estado, salvo o caso de desapropriação (art. 153, § 22), a Constituição nacional, ao tratar da Ordem Econômica e Social, dispõe, em seu art. 160:

“Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

“I — liberdade de iniciativa;

“II — valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

“III — função social da propriedade;

“IV — harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;

“V — repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros; e

“VI — expansão das oportunidades de emprego produtivo.”

O dispositivo em estudo tem profundas implicações no regime que, obedecida a garantia contida no art. 153, § 22, o legislador deve criar para a propriedade. Isto não só porque há disposição expressa sobre uma função que a propriedade deve realizar, mas porque o objeto de normação constitucional é, nesse passo, a ordem econômica. E é sabido que a instituição da propriedade responde, sobretudo, a uma necessidade econômica. Trata-se de instrumento básico da ordenação econômica capitalista, pois é, em parte, baseado nela, que os particulares participam na produção de desenvolvimento.

Ao estabelecer que espécie de ordenação econômica a sociedade brasileira deve implementar, o Constituinte está, em consequência, definindo qual o valor a ser realizado pela propriedade. Não é só, contudo. Prevendo expressamente uma função social, a Lei Magna traçou ao proprietário<sup>21</sup> um papel específico no caminho necessário à concretização do valor eleito.

O *caput* do art. 160 estabelece que a ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social.

São, portanto, o *desenvolvimento* e a *justiça social* os objetivos a serem alcançados. “Registre-se que, embora o artigo fale em desenvolvimento nacional e justiça social, não privilegiou o primeiro

21. “A fim de que possamos mais fluentemente compreender a idéia de propriedade-função social, cumpre observar ainda que não é a coisa objeto da propriedade que tem a função, mas, sim, o titular da propriedade. Em termos, quem cumpre ou deve cumprir a função social é o proprietário da coisa” (Eros Grau, *Elementos de Direito Econômico*, p. 119).

(desenvolvimento), em relação à segunda, pelo fato de havê-lo mencionado antes. Pelo contrário, a conclusão deverá ser outra, já que os princípios arrolados privilegiam a justiça social. Vale dizer: a Carta impõe desenvolvimento que se faça com atenção àqueles ditames de justiça. Este é o *modelo de desenvolvimento* proposto na Lei Máxima. E imposto.”<sup>22</sup>

A propriedade, como elemento fundamental da ordem econômica, há de servir à conquista de um desenvolvimento que realize a justiça social. Conseqüentemente, o regime jurídico que lhe for traçado deve ensejar o desenvolvimento e favorecer um modelo social que seja o da justa distribuição da riqueza.

O regime jurídico da propriedade há de ser tecido pelo legislador, que é o destinatário básico das disposições constitucionais em comento, como uma síntese da função individual e da função social, previstas sucessivamente nos arts. 153, § 22, e 160, III, da Constituição. A nosso ver, tal síntese bem poderia ser traduzida pelas seguintes idéias:

- a) o princípio da função social não autoriza a supressão da propriedade privada;
- b) a utilização da propriedade na realização de interesses sociais merece proteção do Direito, mesmo contra o proprietário;
- c) o princípio da função social é fundamento para a imposição do dever de utilizar a propriedade;
- d) a função social é um dos fundamentos de legitimação da propriedade.

#### *1.4.1 O princípio da função social não autoriza a suprimir a propriedade privada*

A função, já o demonstramos, não significa a extinção do direito subjetivo. Em matéria de propriedade, há a convivência necessária de ambos. Daí não haver fundamento lógico para sustentar-se que a propriedade privada extinguiu-se.

Ao contrário, por força da própria vontade constitucional, esta deve prosseguir existindo, gozando, ademais, de preferência em relação à propriedade pública (CF, arts. 160, I, e 170).

22. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social”, RDP 57-58/246.

Em suma, fica vedada ao Estado a supressão da propriedade privada por via legislativa, conforme salientado por José Afonso da Silva.<sup>23</sup>

O princípio da função social também não justifica a violação do direito de propriedade titularizado, em concreto, por um particular.<sup>24</sup> Por isto não se pode, sem desapropriação, esvaziar a propriedade de seu conteúdo essencial mínimo.

Aliás, convém abrir uma explicação sobre o *sentido* da propriedade-função.

Não se trata de uma carta branca em favor do Estado, para que invista contra os particulares, em nome da realização de desenvolvimento com justiça. Antes, ao contrário, a finalidade mais profunda da alteração na concepção tradicional da propriedade é justamente preservá-la.

É sabido que, por força da evolução dos problemas sociais, o Estado tem alargado, quase ao infinito, a abrangência de sua ação. Em parte porque, se outrora foi necessário proteger-se o indivíduo contra o Estado, hoje isso não basta: é preciso defender os indivíduos contra o poder econômico dos próprios particulares, para atingir-se um estágio de igualdade substancial, e não apenas formal.

Não se pode, porém, nessa nova cruzada, permitir que o Poder Público acabe por sufocar os indivíduos, retirando todos os poderes que lhes foram outorgados pelas Constituições liberais.

A solução encontrada foi a de atribuir aos particulares uma função quase pública; o que lhes aumenta os ônus, mas lhes preserva a liberdade. Realizando o proprietário um papel algo próximo daquele desempenhado pelo Estado, garante que este não tenha de assumir uma função que, de outro modo, terminaria em suas mãos.

Juridicamente, devemos observar, na esteira de Duguit,<sup>25</sup> que a propriedade individual continua protegida, inclusive contra o Poder Público, só que o direito positivo passa a proteger a liberdade de o detentor da riqueza preencher a função social que lhe incumbe.

Se é verdade que a propriedade individual não pode ser extinta sem mais, quer abstrata, quer concretamente, importa saber qual é o conteúdo mínimo da atual idéia de propriedade.

23. Ob. cit., p. 96.

24. Idem, ibidem.

25. Ob. cit., p. 160.

A instituição da propriedade responde à necessidade econômica de afetar determinados bens à realização de fins individuais ou sociais.

Para que haja tal afetação de modo eficiente, as pessoas hão de estar autorizadas a *apropriarem-se* dos bens, *utilizando-os* de acordo com as finalidades pretendidas, autorizadas ou impostas.

No modelo econômico baseado na propriedade, a apropriação, para conseqüente utilização do bem, é fundamental. Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de os homens desfrutarem das coisas que lhe são oferecidas, como também desfrutá-las de uma específica forma: com exclusividade.

Necessário que outros não possam, concomitantemente, tomar do bem, destinando-o a diferente finalidade, o que viria elidir o emprego que o sujeito anterior pretendia.

O bem haverá, em conseqüência, de estar submetido, *com exclusividade*, ao sujeito.

A relação de propriedade tem o condão de afastar terceiros da mesma relação, à qual só poderão ser admitidos por vontade do titular.

Assim sendo, analisado o direito de propriedade como *garantia* constitucional do indivíduo contra o Estado, e contra os demais indivíduos, *é do conteúdo do direito a idéia de exclusividade*. Tem ele o direito de possuir algo com a exclusão de terceiros.

Nessa conformidade, lei municipal que autorizasse transeuntes a trafegar por um terreno particular, lei federal que facultasse ao vizinho realizar suas plantações no imóvel lindeiro, implicariam agravo ao direito, à medida que, afastando a exclusividade, tornariam sem objeto a apropriação.

Justamente por elidirem, mesmo que restritamente, a exclusividade, é que as servidões configuram diminuição da esfera jurídica do proprietário,<sup>26</sup> razão por que, em sendo públicas, submetem-se a processo expropriatório, com prévia e justa indenização (CF, art. 153, § 22) e, em sendo particulares, ao processo judicial de instituição de servidão (CC, arts. 559 a 562), que também reclama ressarcimento.

Corolário do poder de apropriar-se de uma coisa, e conseqüência dele, é a possibilidade de reivindicá-lo de terceiro, que injusta-

26. Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Servidão Administrativa*, 1978, p. 21 e Adilson Abreu Dallari, 'Servidões administrativas', *RDP* 59-60/98.

mente o detenha. Fosse impossível retomar o bem, nula seria a garantia à exclusividade.

Em sentido amplo, utilizar um bem é destiná-lo a uma finalidade. A utilização compreende os poderes de dispor da coisa, usá-la ou dela gozar. *Dispor* de um bem do qual se é proprietário significa aliená-lo, consumi-lo ou gravá-lo de ônus, como a hipoteca, o usufruto. *Usar* é retirar as utilidades que, sem oneração, alienação, destruição ou alteração na substância, a coisa pode oferecer. Usa-se um imóvel para moradia, para instalação de negócio industrial ou comercial etc. Finalmente, *gozar* é perceber os rendimentos que o bem pode proporcionar, como o aluguel.

De logo se percebe que a apropriação de algo visa à sua utilização, vale dizer, *sua afetação a uma finalidade*. Inútil a detença de algo que, sob nenhuma forma, se pode utilizar.

Impossibilitada a utilização, a propriedade estará esvaziada de seu conteúdo lógico.

Por esse motivo, na regulamentação do direito constitucionalmente assegurado, o legislador tem como limite a garantia da utilização do bem. Poderá diminuir, restringir, dificultar esta possibilidade. Não poderá, entretanto, impedi-la, ou reduzi-la à insignificância.

Resta saber, então, quando estará impossibilitada a utilização.

Celso Antônio Bandeira de Mello aponta a idéia da *funcionalidade da utilização*: o direito estaria sacrificado quando não se pudesse dar ao bem uma utilização funcional, entendendo-se por "funcionalidade a aptidão natural do bem em conjugação com a destinação social que cumpre, segundo o contexto em que esteja inserido. É isto que o Direito quer proteger quando consagra, constitucionalmente, o direito de propriedade".<sup>27</sup>

Em outras palavras, qualquer restrição tem como limite a viabilidade prática e econômica da utilização: proibida esta, atingido estará o direito. Assim, a proibição de construir em terreno urbano, por impedir o *uso* viável, ofende a garantia constitucional. Uma lei que proibisse os locadores de receberem aluguel pela cessão do bem a terceiros, ou que o fixasse em valor insignificante, implicaria cassação da faculdade do gozo. Norma que impedisse, por cinco anos, a alienação de apartamentos residenciais, poderia ou não gerar agravo ao direito de propriedade, conforme fosse a destinação social do bem.

27. "Natureza jurídica do zoneamento — Efeitos", RDP 61/39.

Uma empresa construtora que, ao término de uma edificação, fosse apanhada por tal disposição ver-se-ia impedida de dar uma utilização funcional à coisa, posto que, para ela, utilizar significa exatamente dispor. Não obstante, o proprietário que residisse no apartamento, em tese, nenhum reclamo poderia opor, já que, em seu caso, o emprego normal do bem não estaria impedido.

#### 1.4.2 *A utilização da propriedade na realização de interesses sociais merece proteção do Direito, mesmo contra o proprietário*

Se uma coisa vem cumprindo a função social a que se destina — no Direito Urbanístico, basicamente a habitação, o trabalho, a recreação — segue-se que o direito deve proteger tal situação, estabilizando-a.

Se um locatário, por exemplo, durante longos anos, utiliza um imóvel para exploração do comércio, enfim, para a realização de um trabalho, que gera riquezas, produz empregos e serve à cidade, torna-se imperiosa a manutenção da locação. É possível que o proprietário não pretenda a continuidade da relação, por motivos pessoais, mas a ordem jurídica tem de proteger, sobretudo, a função social do bem. Por isso, o emprego da coisa na realização de interesses sociais há de ser garantido, protegido, mesmo contra o próprio proprietário.<sup>28</sup>

A idéia não é recente. A renovação compulsória de locações comerciais, por exemplo, está prevista há mais de 50 anos, pelo Dec. 24.150, de 20.4.34. Porém, se esta proteção era aconselhável (e aceitável) sob os regimes constitucionais anteriores, passou a ser imposta pela Carta vigente, razão por que tornou-se obrigatória e, portanto, exigível.

Várias são as espécies de garantias que o direito objetivo vem ofertando, ou pode (e deve) ofertar, àquele que realiza a função social. Citem-se como exemplos:

1. A renovação compulsória da locação de imóveis comerciais prevista no Dec. 24.150/34.

2. A prorrogação dos contratos de locação residenciais por prazo indeterminado, impedindo sua rescisão pelo locador, salvo nas hipó-

28. Alberto do Amaral Júnior ("Propriedade ou impropriedade?", RDP 68/337-344) salienta que "a propriedade deve ser produtiva, e a finalidade do direito consiste em lhe emprestar a devida proteção", citando exemplos que, em parte, aproveitamos no texto.

teses em que se possa presumir que outra (ou melhor) destinação, socialmente útil, seja dada ao imóvel (Lei 6.649/79, art. 52).

3. O direito de preferência à aquisição do imóvel ao inquilino, para que este prossiga na sua utilização (Lei 6.649/79, art. 24).

4. A contenção, pela lei, dos aumentos de aluguéis, permitindo aos locatários a permanência na locação, desde que assegurado rendimento razoável ao proprietário.

#### *1.4.3 O princípio da função social é fundamento para a imposição do dever de utilizar a propriedade*

Já se disse, no transcorrer deste estudo, que a realização legislativa do princípio da função social pode se dar pela imposição de *obrigações de fazer*, consistentes no próprio exercício do direito, no caso, utilização da propriedade.

Em conseqüência, pode o Estado insurgir-se contra um proprietário de terreno urbano que se negue a usá-lo, seja para edificação, seja para atividade econômica compatível com contexto urbano em que esteja inserido.

Múltiplos são os meios dos quais pode se valer o Poder Público nesse intento. Em coerência com a exposição feita, segundo a qual utilizar um imóvel significa usar, gozar ou dispor, elencamos, a título de exemplo, os seguintes instrumentos:

1. Obrigação de o loteador levar adiante o loteamento já registrado, mesmo contra sua vontade. Está prevista no art. 23, § 1.º, da Lei 6.766/79, que permite à Prefeitura ou ao Estado, opor-se ao cancelamento de registro de loteamento “se disto resultar inconveniente comprovado para o desenvolvimento urbano”.

2. Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios. Foram cogitados no art. 29 do Projeto de Lei 775/83 (Lei de Desenvolvimento Urbano), nos seguintes termos: “Art. 29. Lei Municipal, baseada em plano de uso do solo, para assegurar o aproveitamento do equipamento urbano existente, poderá determinar o parcelamento, a edificação ou utilização compulsórios de terreno vago, fixando as áreas, condições e prazos para sua execução”.<sup>29</sup>

3. Alienação compulsória a ser imposta aos proprietários que se recusem a dar utilização socialmente útil a seu imóvel. A medida

29. Eros Grau comenta o projeto, sob o ângulo da função social, e defende os instrumentos aqui elencados (vide *Direito Urbano*, pp. 117 e ss.)

já tem sido prevista, com finalidade diversa, para bens de consumo (v.g., excedentes de produção ou de safras, como as de café)<sup>30</sup> e parece-nos admissível para bens de produção, inclusive a propriedade imobiliária.

Há de se tomar, não obstante, alguns cuidados na aplicação dessas medidas. É que o proprietário não pode ser obrigado a desempenhar uma função no interesse exclusivo da sociedade. Se bem que tenha o dever — e, portanto, o poder — de utilizar a coisa para a satisfação de necessidades coletivas, não pode ser privado do poder de fazê-lo em vista de necessidades individuais. Não pode o Estado, por exemplo, exigir de um proprietário que instale em seu terreno uma praça de esportes onde a vizinhança realize seu lazer, se este uso nenhum interesse pode suscitar para ele. Uma tal exigência esbarraria, basicamente, em dois obstáculos. Em primeiro lugar, no princípio da isonomia, por força do qual não se pode lançar exclusivamente em um indivíduo, os ônus decorrentes do atendimento das necessidades coletivas. Em segundo, a função social não é título para que o Poder Público se desonere de deveres seus, lançando-os aos particulares.

Outra advertência necessária é quanto à amplitude da faculdade estatal de impor a utilização compulsória do imóvel. Não nos parece aceitável, salvo em casos excepcionais, que o Poder Público indique ao possuidor *exatamente* qual a utilização a ser dada, determinando, por hipótese, que se instale um açougue ou que se construa prédio residencial de alto padrão. O meio mais adequado de impor a utilização é o estabelecimento de zonas de uso, onde haja a previsão de usos (genéricos) possíveis, facultada ao administrado, dentre eles, a escolha daquele que melhor atenda seu interesse pessoal. A obrigação seria, então, de instalar estabelecimento comercial ou construir imóvel residencial.

Parece-nos que, exatamente neste ponto, reside uma das diferenças capitais entre a função pública exercida pelo Estado e a função social atribuída ao proprietário particular. Se é possível, até mesmo aconselhável, que as funções públicas tenham alto teor de vinculação, remanescendo pouco ou nada a ser completado pela vontade do administrador, cremos que a vinculação absoluta não é possível, quando

30. Cf. Sérgio de Andréa Ferreira, *O Direito de Propriedade e as Limitações e Ingerências Administrativas*, p. 119.

se trate da função do proprietário, que tem a garantia constitucional da liberdade.

Obedecidos tais limites e outros decorrentes do regime constitucional, que a doutrina pouco a pouco enunciará com clareza, a aplicação da função social será de imensa valia para a ordenação do crescimento das cidades.

#### 1.4.4 *A função social é um dos fundamentos de legitimação da propriedade*

O proprietário que não utiliza a coisa, deixando de cumprir a função social a ele atribuída por ser detentor da riqueza, *não pode se opor ao reconhecimento a terceiro, que dê cumprimento a tal função, de direito de propriedade sobre o mesmo bem*. Em outras palavras, o cumprimento, por alguém, da função de proprietário, pode legitimá-lo como tal.<sup>31</sup>

Nada existe de novo a propósito, já que é imemorial a instituição do usucapião,<sup>32</sup> consagrado em nosso direito positivo (citem-se, por exemplo, no Código Civil, os arts. 550 a 553, além da Lei 6.969/81).

A novidade contida no princípio da função social, ainda mais se conjugado com o da justiça social (art. 160, *caput*) e com o disposto no art. 171 da CF, parece ser a impossibilidade de se impedir a aquisição de direito sobre um imóvel por quem o utilize adequadamente, contra os interesses de quem deixa sem aproveitamento sua propriedade. Ora, se o Poder Público, sendo proprietário de terrenos urbanos, não os utiliza, não está cumprindo a função social a ele atribuída. Em decorrência, o particular que exerça tal ofício há de ver seu direito à propriedade declarado pelo Judiciário.

Ainda quanto à legitimidade da propriedade, Celso Antônio Bandeira de Mello faz importante observação, muito ligada à questão da justiça social. “O art. 160, III, decide que a propriedade terá *função social*. Por idênticas razões, os cidadãos atingidos por atos do Poder Público que façam — como muitas vezes fazem — *tábula rasa* deste cânone, poderão invocá-lo para obstar atos agressivos ao comando em pauta. Havendo, como há, largos tratos de terras públicas devolutas sem qualquer utilização por decênios, é inconstitucional legitimar, por este ou por aquele meio, pessoas ou empresas abonadas, na posse

31. No mesmo sentido, José Afonso da Silva, ob. cit., p. 97.

32. Vide, sobre usucapião e função social (propriedade dinâmica), Eros Grau, ob. cit., p. 122.

ou propriedade delas, sempre que isto implique desalojar modestos posseiros que ali residam.”<sup>33</sup>

### 1.5 Conclusões

1. O princípio da função social da propriedade tem conteúdo maleável, podendo adaptar-se às exigências da sociedade e às características das múltiplas “propriedades” conhecidas em nosso Direito.

2. Ao acolher o princípio da função social da propriedade, o Constituinte pretendeu imprimir-lhe uma certa significação pública, trazendo ao Direito Privado algo até então tido por exclusivo do Direito Público: o condicionamento do poder a uma finalidade.

3. O princípio da função social da propriedade não é o fundamento das limitações administrativas, e, sim, um novo instrumento, que autoriza a imposição de obrigação de fazer ao proprietário, consiste na própria utilização do bem.

4. O princípio da função social não autoriza a supressão da propriedade privada, cujo conteúdo mínimo continua garantido como direito individual e se expressa nas faculdades de detença exclusiva da coisa e de utilização economicamente viável.

5. A utilização da propriedade na realização de interesses sociais merece proteção do Direito, mesmo contra o proprietário.

6. A função social é um dos fundamentos de legitimação da propriedade.

### 1.6 Bibliografia

- ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. 2.<sup>a</sup> ed., v. I, Milão, Dott A. Giuffrè, 1971.
- AMARAL JUNIOR, Alberto do. “Propriedade ou impropriedade?”. *RDP* 68/337-344.
- BASTOS, Celso. “Repartição constitucional da competência para o exercício do Poder de Polícia”. *RDP* 16/174.
- BEZDOS, Clóvis. *Poder de Polícia*. São Paulo, Ed. RT, 1979.
- DALLARI, Adilson de Abreu. ‘Servidões administrativas’. *RDP* 59-60/98.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidão Administrativa*. São Paulo, Ed. RT, 1978.
- DUGUIT, Léon. *Les Transformations Générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon*. 19.<sup>a</sup> ed., Paris, Librairie Félix Alcan, 1920.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. *O Direito de Propriedade e as Limitações e Ingerências Administrativas*. São Paulo, Ed. RT, 1980.

33. “Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social”, *RDP* 57-58/250.

- FIGUEIREDO, Lúcia Valle de. *Disciplina Urbanística da Propriedade*. São Paulo, Ed. RT, 1980.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito Urbano*. São Paulo, Ed. RT, 1983.
- . *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo, Ed. RT, 1981.
- GRECO, Marco Aurélio. "A poluição diante do Direito brasileiro". *RDP* 34/95.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 5.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Ed. RT, 1982.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*. São Paulo, Ed. RT, 1981.
- . "Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social". *RDP* 57-58/246-250.
- . *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo, Ed. RT, 1980.
- . "Natureza jurídica do zoneamento — Efeitos". *RDP* 61/39.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. t. VI, São Paulo, Ed. RT, 1968.
- SANTI ROMANO. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Trad. de Maria Helena Diniz. São Paulo, Ed. RT, 1977.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo, Ed. RT, 1981.