

DA SATISFAÇÃO GARANTIDA DO DIREITO DE PROPRIEDADE À OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA DO ESTATUTO DA CIDADE: PRIMEIRA PARTE¹

FROM THE GUARANTEED SATISFACTION OF RIGHT TO PROPERTY TO THE PROGRAMMED OBSOLESCENCE OF THE STATUTE OF THE CITY: PART I

Josué Mastrodi²Suzana Maria Loureiro Silveira³**Resumo**

O estudo realizado propõe afirmar que as normas de direito urbanístico constantes do Estatuto da Cidade determinam a restrição do *uso antissocial* da propriedade privada, a fim transformar a cidade em território de inclusão socioespacial. O direito à cidade não pode ser afirmado enquanto espaços urbanos permanecerem vazios (não utilizados, subutilizados ou superutilizados), portanto, tem-se a restrição ou extinção (em casos de desapropriação) do exercício do direito à propriedade privada que não esteja cumprindo a função social como objetivo deste artigo. A partir do método hipotético dedutivo, a hipótese deste artigo foi desenvolvida no seguinte sentido: à revelia da construção da função social da propriedade (encarado como requisito elementar para o exercício do direito de propriedade), as teorias civilistas resguardam o caráter de exclusividade das propriedades privadas. Uma abordagem a partir da restrição da propriedade privada pela utilização de instrumentos urbanísticos nos permite apontar como e em que medida esses mecanismos limitadores do mau uso (falta de uso, subutilização e superutilização) podem contribuir para que o território urbano não seja constituído por espaços de ociosidade ou superutilização. Numa segunda parte, a ser oportunamente publicado, tratar de duas formas de intervenção pública no espaço da cidade, inclusive no espaço privado, normativamente identificadas como instrumentos jurídicos e urbanísticos constantes do Estatuto da Cidade, a Desapropriação e as Zonas Especiais de Interesse Social.

Palavras-chave: Estatuto da Cidade. Direito à cidade. Direito à propriedade privada. Função Social. Desapropriação. Zonas Especiais de Interesse Social.

Abstract

In this paper we propose to affirm that the norms of urbanistic law contained in Brazilian *Estatuto da Cidade* restrict antisocial uses of private property, in order to transform the city into a territory of socio-spatial inclusion. The right to the city cannot be affirmed while urban spaces remain empty, underused and overused so there is a restriction of the exercise of the right to private property that is not fulfilling the social function as objective of this article. Based on the hypothetical-deductive method, the hypothesis of this article was developed as follows: in the

¹ Esta pesquisa foi desenvolvida com o apoio da Fundação e Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, FAPESP.

² Doutor em filosofia e teoria geral do direito pela Universidade de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito e do programa de pós-graduação stricto sensu em sustentabilidade da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. E-mail: mastrodi@puc-campinas.edu.br.

³ Pós-graduanda em Direito Urbanístico e Ambiental pela PUC-Minas. Aluna Especial da Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP, departamento de Demografia, vinculado ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas - IFCH. Integrante do grupo de pesquisa Direito e Realidade Social. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). E-mail: suzanamsilveira@gmail.com.

absence of the construction of the social function of property (viewed as an elementary requirement for the exercise of the right to property), civilist theories preserve the character of exclusiveness of private properties. An approach based on the restriction of private property by the use of urbanistic tools allows us to point out how and to what extent these mechanisms that limit the misuse (or lack of use), underuse and overuse of private property may contribute for refraining the urban territory from being idle spaces. In Part II of this article, that will be presented in the due course, we discuss on two specific forms of public intervention in the city territory, normatively identified as legal and urbanistic instruments included in the Estatuto da Cidade, the Expropriation and the Special Zones of Social Interest.

Keywords: Estatuto da Cidade. Right to the city. Right to the private property. Social function. Expropriation. Special Zones of Social Interest.

APRESENTAÇÃO DO TRABALHO⁴

Inicialmente, partindo do aspecto socioespacial urbano,⁵ foi traçado como objetivo deste artigo analisar a possibilidade de restringir ou extinguir o exercício do direito de propriedade privada de imóveis urbanos que não cumpram a função social. Como consequência desta limitação ou extinção do domínio privado, identificamos instrumentos urbanísticos previstos no ordenamento jurídico visando à ocupação de imóveis em casos que o legislador federal vinculou a concepção da função social da cidade e da propriedade privada, tratam-se de casos que, seja pelo desuso, subutilização ou superutilização, há o dever de o Administrador Público intervir no imóvel ocioso ou superutilizado.

⁴ O título deste artigo é inspirado na letra da música Terceira do plural, faixa musical do álbum Surfando Karmas & DNA, lançado em 2002 pela banda Engenheiros do Hawaii. O compositor da música, Humberto Gessinger, critica o sistema de produção vigente e a lógica que delinea o padrão de consumo, trazendo, por meio de fatos cotidianos, a demonstração de como somos postos a nos conformar com o que as regras de mercado nos mandam fazer. Para o sentido do trabalho apresentado, existe uma despretenhosa tentativa bem sucedida, seja pela existência de normas jurídicas já positivadas ou pela criação de outras normas, de conferir à propriedade privada proteção em seu mais alto grau, mantendo-lhe sua exclusividade (razão pela qual pontuamos a “satisfação garantida do direito de propriedade”). Com relação à “obsolescência programada do Estatuto da Cidade”, entendemos que, por mais que normas jurídicas venham revestidas de um caráter mais preocupado com a alteração da realidade social, a resistência oriunda das regras de mercado (que entre outras permissões, autorizam que exista uma reserva especulativa) relacionada à proteção de determinados institutos (como é o caso da propriedade privada) ainda é um fator impeditivo a uma efetiva mudança nos espaços urbanos.

⁵ A cidade pode ser estudada a partir de diversos aspectos, como cultural, econômico, social e espacial (esses últimos, isoladamente), porém pelo recorte epistemológico da pesquisa desenvolvida, apresentamos um estudo tendo como base o aspecto socioespacial por abordar questões especificamente voltadas à organização territorial da cidade por meio do seu caráter socialmente incluyente.

Com o advento do Estatuto da Cidade, lei federal que passou a regulamentar a política urbana positivada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB de 1988), o Administrador Público no cumprimento de suas atribuições está vinculado ao princípio da eficiência, o que, em termos de direito urbanísticos e especificamente da proposta deste artigo, tem a ver com ao aplicar a lei de ofício condicionando os imóveis privados urbanos ao cumprimento da função social estabelecida pelas exigências normativas específicas a cada município e descartando os extremos, nocivos ao espaço urbana e impeditivos à função social, identificados pela falta de uso ou pela excessiva utilização do solo – superutilização (casos de especulação imobiliária).

A base normativa desta pesquisa compreende, em especial, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB de 1988) e a Lei nº 10.257 de 2001 – Estatuto da Cidade.

A ideia de se abordar a restrição e a extinção da propriedade privada, a partir do estudo dos instrumentos de direito urbanístico previstos nas normas mencionadas, é apontar como e em que medida tais mecanismos limitadores do mau uso (ou mesmo da falta de uso) dos espaços privados acarreta ociosidade dos espaços da cidade, com a acentuação da segregação socioespacial.

Para realizar o estudo apresentado, tem-se como objetivo específico questionar a definição e implementação dos instrumentos da Desapropriação e das Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS), uma vez que, conjuntamente aplicados, permitem a transformação de espaços urbanos ociosos ou superutilizados em bens de uso comum ou destinados ao interesse social (por exemplo, dotar o espaço privado que descumpriu a função social de equipamentos de infraestrutura voltados à prestação de serviços públicos, por exemplo, construção de creches, unidades de saúde, disposição de transportes coletivos, criação praças e parques voltados para uso coletivo etc.), assim como a destinação de parte do imóvel para construção de moradias de interesse social, o que permite transformar o território urbano segundo a função social da cidade. Antes negociado no mercado, o imóvel agora é parcialmente retirado do mercado para ser oferecido ao convívio de seus moradores.

Ou seja, havendo propriedade privada urbana que não observe a função pela qual foi instituída, nasce a possibilidade (na verdade, nos termos deste artigo, o dever) de o Poder Público estabelecer balizas públicas ao domínio privado da cidade, sendo duas das diversas formas de intervenção do Estado na propriedade privada já previstas em normas positivadas de Direito Urbanístico, os dois instrumentos aqui apresentados, quais sejam: Desapropriação para fins de reforma urbana (sendo considerada uma intervenção de ordem supressiva do domínio

privado) e ZEIS (que representa um instrumento urbanístico de intervenção na propriedade, uma restrição ou limitação ao domínio privado). Além desses dois instrumentos, o artigo também apresenta a discussão acerca da aplicação sucessiva dos instrumentos de Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios e IPTU progressivo no tempo.

A aplicação condicionada e sucessiva dos instrumentos de política urbana descritos até se alcançar a desapropriação representa um período que permite aos proprietários de imóveis ociosos se mantenham em total descumprimento às normas de direito urbanístico. Isso permite que as funções social da propriedade e da cidade sejam totalmente desprezadas pelo proprietário do imóvel urbano por um prazo excessivamente longo. Entendemos que esse prazo pode ser encurtado pela aplicação, pela Administração Pública, de outro instrumento de política urbana voltado ao desenvolvimento do uso dos imóveis urbanos, qual seja, a ZEIS, cuja indução ou regularização determinará os tipos de imóveis a serem construídos, segundo os usos a serem desenvolvidos na zona demarcada.⁶ A ideia, em termos iniciais, é que a ZEIS revela sua importância quando definida em áreas já urbanizadas e inseridas no tecido urbano integrado à cidade.

Para que a função social da cidade e dos imóveis urbanos seja cumprida, é preciso que o imóvel urbano esteja minimamente edificado (o que pode ser observado pelo coeficiente de aproveitamento mínimo)⁷ e em uso, destinado aos fins sociais que o plano diretor condicionar as propriedades privadas. O Estatuto da Cidade determina que primeiramente seja dada ao proprietário a possibilidade de edificação do seu imóvel, isto é, que seja ofertada a oportunidade de construir e cumprir com este mínimo exigível, antes de aplicar quaisquer outros instrumentos (como os indicados como seus sucedâneos, quais sejam, IPTU progressivo e, por último, desapropriação). Caso o proprietário, quando notificado para construir ou edificar em seu imóvel o mínimo exigível por lei, resolva efetivamente cumprir as exigências das normas de direito urbanístico, a função social estará sendo cumprida, não cabendo mais discutir sobre aplicação de outros institutos.

⁶ Não nos preocupamos, neste texto, com desapropriações de lotes edificados, mas exclusivamente com lotes ou glebas sub ou não-utilizados, que formam vazios urbanos e que deveriam exercer função social. Não faz sentido se pensar em desapropriação de casas ou sobrados fechados para fins de reforma urbana.

⁷ Para a prefeitura de São Paulo, por coeficiente mínimo de aproveitamento, podemos entender como a relação que se extrai entre a “área edificada, excluída a área não computável, e a área do lote podendo ser: a) básico, que resulta do potencial construtivo gratuito inerente aos lotes e glebas urbanos; b) máximo, que não pode ser ultrapassado; c) mínimo, abaixo do qual o imóvel poderá ser considerado subutilizado.” Disponível em: <http://gestaourbana.prefeitura.sp.gov.br/novo-pde-coeficiente-de-aproveitamento/> Acesso em 20 de setembro de 2017.

No entanto, existem pretensões por detrás das discussões e decisões políticas que impedem ou repelem a instauração dos mecanismos de intervenção urbana aqui sustentada. Se, por um lado, direitos sociais não são materializados justamente pela falta de definição e implementação dos instrumentos que garantem a concretização desses preceitos de ordem jurídico-urbanística, a materialização desses direitos no âmbito da cidade contraria a lógica do mercado imobiliário, em que a terra urbana possui preço elevado e, portanto, negociado com quem tem condições econômicas de comprá-la e não atribuída a quem precisa de um lugar para viver.

Importa, para a pesquisa, a partir de uma análise crítica, apresentar qual é a *ratio* por detrás da não-aplicação dos instrumentos urbanísticos de intervenção ou de restrição ao domínio privado. Em outras palavras, importa saber o que e quem interfere no planejamento urbano para a não-concretização da função social da propriedade como postulado ou valor social de maior relevo do que o sacralizado direito de propriedade.

Por fim, como o problema da pesquisa se refere à questão da relação entre o direito à moradia e o direito à cidade, procuramos estabelecer um elo entre esses dois postulados a partir do reconhecimento do planejamento urbano como preceito social responsável por determinar ações e programas a serem cumpridos no âmbito das gestões locais.

Desenvolvemos nossa hipótese de pesquisa da seguinte maneira: à revelia da construção da função social da propriedade (para nós, requisito elementar para o exercício do direito de propriedade), a teoria civilista resguarda o caráter de exclusividade das propriedades privadas. Contudo, normas de direito urbanístico, consagradas com a regulamentação da política urbana nacional, devem ser utilizadas pelo Poder Público na restrição do *uso antissocial* da propriedade privada, para transformar a cidade em espaço de integração socioespacial dos indivíduos que nela se encontram. O sentido dado ao termo “antissocial” se refere ao pleno descumprimento das funções sociais da propriedade e da cidade.

Este mau uso ou falta de uso (seja um efetivo não-uso, subutilização ou superutilização) das propriedades privadas urbanas pode ser transformado em efetivo uso do espaço urbano, quando, por exemplo, compreendemos que existem mecanismos de indução ao cumprimento da função social da propriedade (e, diretamente, da cidade, já que é nela que estas propriedades estão localizadas), são mecanismos que têm potencial de conferir aos espaços urbanos ociosos destinação voltada às finalidades sociais para as quais foram instituídas.

A ideia para o desenvolvimento e comprovação da hipótese apresentada está delineada a partir da seguinte indagação: seriam os instrumentos urbanísticos, para fins desse artigo,

Desapropriação e ZEIS, formas ou mecanismos hábeis a restringir o uso antissocial da propriedade urbana privada e transformar o espaço da cidade (ao revelar sua função social)?

Para tanto, este trabalho é estruturado em três seções. De início, trataremos da definição da função social da propriedade urbana. Em seguida, será tratada a função social da cidade. Por fim, falamos especificamente sobre a Desapropriação e sobre a ZEIS. Por força da extensão da pesquisa, entendeu-se por bem dividi-la em dois artigos, totalmente integrados entre si. Este artigo contém, portanto, as premissas fundamentais do estudo sobre a utilização de instrumentos urbanísticos para a promoção do direito à cidade, pela efetivação das funções sociais da propriedade e da cidade. A segunda parte desta pesquisa é apresentada em novo artigo, em que se desenvolve a aplicação da Desapropriação e da ZEIS nos termos estabelecidos na primeira parte da pesquisa.

Por esta oportunidade, gostaríamos de demonstrar nossos agradecimentos aos revisores indicados pelo Conselho Editorial da Revista de Direito da Cidade pelas considerações oferecidas, que representaram uma enorme contribuição à redação deste artigo científico.

DIREITO À PROPRIEDADE: FATOR IMPEDITIVO DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DESENHO DA CIDADE

Do reconhecimento da propriedade como direito – alguns pontos escolhidos

Não pretendemos neste trabalho apresentar o nascimento do direito à propriedade, mas alguns marcos que transformaram o instituto como um dos mais protegidos pelos modernos ordenamentos jurídicos ocidentais.

Estabelecemos como recorte temporal para a compreensão do reconhecimento da propriedade como direito do homem à época da Revolução Francesa.⁸ O contexto histórico escolhido torna-se relevante, pois conforme dissertou Mastrodi (2008, p. 32), o reconhecimento de direitos em normas, isto é, sua positivação, representa um fenômeno oriundo das revoluções liberais que em certa medida refletiu num “engessamento das relações sociais”.

A propriedade privada, declarada como sagrada após a Revolução Francesa, ganhou, a partir da lógica liberal, uma proteção que a construiu como direito absoluto. Nesse aspecto, Mastrodi (2008, p. 56) aponta que os direitos reconhecidos com a Revolução Francesa

⁸ Posteriormente, os direitos do “homem”, passaram a ser denominados como direitos humanos, para abarcar maior número de seus destinatários.

receberam a colocação mais alta na escala de valores da época. Os direitos decorreram da liberdade, passando a serem vistos em seu caráter absoluto, sem que pudessem receber limitações ou modificações em seu conteúdo (MASTRODI, 2008, p. 56).

Nas palavras do referido autor, “reputou-se a tais direitos validade e eficácia jurídica independentemente da atuação de seu titular, bastando aos demais que se abstivessem de interferir” (MASTRODI, 2008, p. 56-57). Na segunda parte desta citação, o que existe é a faculdade de que o titular de um direito pudesse exigir abstenção dos demais indivíduos de sua sociedade.

Nesse contexto, a propriedade é também compreendida como a base de todo e qualquer ordenamento jurídico. Significa dizer que a lógica liberal que estruturou o Direito construiu como verdade a concepção de que a propriedade privada deve ser preservada contra tudo e contra todos (oponibilidade *erga omnes*), a fim de que se mantenha o *status quo* e resguarde a segurança jurídica sempre em favor do proprietário.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, produto da Revolução Francesa, faz menção ao reconhecimento da propriedade enquanto direito. A disposição consta dos seguintes termos:

Art. XVII. A propriedade é um direito inviolável e sagrado, do qual ninguém pode ser privado, salvo quando a necessidade pública, constatada de forma legal e evidente, exigir, havendo a condição de uma indenização justa e prévia. (Tradução livre, texto original: La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité). Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789> Último acesso em 29 de março de 2017.

Justificada em teorias como de John Locke, a propriedade assume tal caráter individualista, sagrado, liberal e absoluto, como ficou em destaque tanto na mencionada Declaração de 1789 como no Código Civil Napoleônico de 1804 em seu artigo 544, *in verbis*:

Art. 544. A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou regulamentos (Tradução livre, texto original: La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements). Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI00006428859&cidTexte=LEGITEXT000006070721> Último acesso em 27 de março de 2017.

Sendo considerado para Locke um direito de ordem natural e divina, o direito à propriedade é pontuado da seguinte forma pelo pensador: “Da mesma forma que Deus, ao dar

a ordem para subjugar as coisas, habilitou o homem a se apropriar delas. A condição da vida humana, que necessita de trabalho e de materiais para serem trabalhados, introduz forçosamente as posses privadas” (LOCKE, 2009, p. 24-25).

A ordem jurídica brasileira, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) qualificou a propriedade como um direito fundamental ao positivizar o direito humano à propriedade pelo reconhecimento de Tratados, Pactos e Declarações Internacionais que remetem a tal tratamento. Traçamos a seguir como a propriedade é tratada e reconhecida como direito em três documentos internacionais oficiais.⁹

Em 2 de maio de 1948, a Organização dos Estados Americanos, com a proclamação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, trouxe a proteção aos direitos humanos à luz do cenário internacional, sendo considerado o primeiro texto internacional voltado à proteção dos direitos humanos (GORZCZEWSKI e DIAS, 2012, p. 260). O texto é dividido, conforme indica o título da declaração, em dois momentos. Em primeiro lugar se apresentam os direitos que aos particulares serão reconhecidos, já o segundo capítulo tem como escopo a constituição de deveres a cargo dos indivíduos. É no capítulo primeiro que se aborda a propriedade, estabelecendo-se o seguinte:

Artigo XXIII. Toda pessoa tem direito à propriedade particular correspondente às necessidades essenciais de uma vida decente, e que contribua a manter a dignidade da pessoa e do lar. (Tradução livre, texto original: Artículo XXIII. Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar). Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/declaracion-americana-derechos-deberes-hombre.pdf> Acesso em 10 de março de 2017.

Em 10 de dezembro de 1948, como uma forma de se internacionalizarem os direitos humanos, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Para Gorzcewski e Dias (2012, p. 246), a Declaração contempla princípios de liberdade e igualdade (compreendidos entre os artigos 3º e 21) bem como o princípio da solidariedade (entre os artigos 22 e 27). Assim, a propriedade privada está retratada nesta Declaração conforme os seguintes termos:

Artigo 17 1.Toda a pessoa, individual ou coletiva, tem direito à propriedade. 2.Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade (Texto original: Article 17 1. Everyone has the right to own

⁹ Sem negar o vasto rol de normas de direitos internacionais que dispõe acerca da temática abordada, o reconhecimento do direito à propriedade e a ratificação pela ordem jurídica brasileira da propriedade tal como se encontra nesses documentos oficiais de Direito Internacional, optamos por elencar três deles, a fim de não fugir do corte epistemológico apresentado neste artigo.

property alone as well as in association with others. 2. No one shall be arbitrarily deprived of his property). Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf Acesso em 29 de março de 2017

A Declaração de 1948 traz apenas a declaração da propriedade enquanto direito. O sujeito detentor deste direito possui a faculdade de exercer o domínio privado sobre o bem, pois o texto dessa Declaração não menciona se a propriedade privada deva servir a qualquer finalidade específica, em que pese já existisse, por utilidade pública, o instituto da desapropriação.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, ratificada no Brasil por meio do Decreto do Executivo nº 678 de 1992, dispõe sobre o direito à propriedade. A redação está disposta da seguinte maneira:

Artigo 21. Direito à Propriedade Privada - 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf Acesso em 10 de março de 2017. Texto original: Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada - 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm Acesso em 10 de março de 2017.

A disposição trazida pelo Pacto conduz à interpretação da possibilidade de indução da propriedade privada à finalidade social ou coletiva, traduzida em seu texto como utilidade pública ou interesse social. No artigo da Convenção (Pacto) reproduzido, há menção apenas ao que reconhecemos como a posse (um dos elementos do direito à propriedade, compreendida pelo uso efetivo) e não aos demais elementos que fazem parte do feixe de poderes responsáveis pela configuração abstrata da propriedade enquanto direito.¹⁰

¹⁰ A respeito da distinção entre propriedade e posse, ver: MASTRODI, Josué e BATISTA, Ana Carolina. Existe um direito fundamental à posse? Estudo sobre a relativização do conceito de propriedade imobiliária urbana em face do direito de moradia. Revista de Direito da Cidade, v.7, n. 4, 2015, p. 1527-1554. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br>. Acesso em 14 de maio de 2017.

Esses textos de Direito Internacional compreendidos pelos Tratados, Convenções e Declarações trazem, com a proteção dos direitos humanos, a propriedade privada como preceito de ordem individual a ser reconhecido e preservado, o que direcionou muitos Estados signatários (inclusive o Brasil) a editar normas que estivessem voltadas à observação das pautas e valores nestes documentos contidos, como é o caso do direito à propriedade.

Dessa forma, a ordem jurídica brasileira constituída com a promulgação da CRFB também passou a caracterizar a propriedade privada tal como um direito fundamental individual,¹¹ prescrito nos artigos 5º, caput e inciso XXII, e 170, inciso II. Tais artigos trazem proteção ao direito à propriedade da seguinte maneira:

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

[...]

- XXII. é garantido o direito de propriedade.
- XXIII. a propriedade atenderá a sua função social;
- XXIV. a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

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

[...]

- II. propriedade privada;

Os dispositivos da CRFB de 1988 reafirmam a proteção à propriedade privada, caracterizando-a como direito fundamental individual. Há de notar o cunho social trazido por esta ordem jurídica, inserindo valores como a observância, para a manutenção e o exercício do direito de propriedade, da função social da propriedade. Nesse sentido, tanto no artigo 5º como

¹¹ É preciso que se pontue a diferença entre as expressões que refletem os “direitos humanos” e os “direitos fundamentais”, estas embora estejam relacionadas entre si e se refiram à proteção à pessoa humana e aos direitos voltados à coletividade bem como às gerações que estão por vir (artigo 225, sobre direito ambiental CRFB de 1988), devem ser entendidos como expressões, embora análogas, distintas. Enquanto os direitos humanos se referem a pautas afeitas à organização do direito internacional público (direito internacional dos direitos humanos), o conteúdo valorativo destes só ingressa na ordem jurídica nacional por meio de sua declaração em textos normativos internos, por meio dos direitos fundamentais, esse respeito conferir KOERNER, André. O papel dos direitos humanos na política democrática, Revista Brasileira de Ciências Sociais - v.18 n.53, p. 146 e 147. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v18n53/18083.pdf>. Acesso em 02 de junho de 2017.

no artigo 170, a propriedade deve servir ao interesse social e à ordem econômica que são finalidades para as quais constitui a propriedade enquanto direito.¹²

Ressalte-se que, para os termos deste artigo, a função social é um elemento condicional para o exercício regular do direito de propriedade.

A função social como condição ao exercício do direito de propriedade

No Brasil, há um histórico constitucional de menções à função social, isso advém inclusive de um movimento de constitucionalismo social inaugurado pelas constituições de Weimar (1919) e Mexicana (1917). A função social pode ser compreendida em primeiro momento como elemento capaz de, ao que fora consagrado na Constituição da República de Weimar, do ano de 1919, determinar que a *propriedade obriga* (*Eigentum verpflichtet*), conforme a seguinte redação:

Artikel 153. Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. [...] Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste. (Tradução livre, texto original: Artigo 153. A propriedade é um direito garantido pela Constituição. [...] A propriedade obriga. Seu uso deve constituir, ao mesmo tempo, um serviço para o mais alto interesse comum.

Tal expressão reflete o que colocaremos a respeito de que não importa o que seja ou a quem pertença, é preciso que sirva à função a qual fora instituída. Isso faz com que o detentor do direito subjetivo de propriedade seja posto em uma posição de inserção da sua propriedade no ambiente social. As normas de direito positivo determinam, aos imóveis situados em áreas urbanas, que seja atribuído uso para que cumpra sua finalidade, inclusive de não edificação, se for o caso de áreas protegidas ambientalmente, e de edificação compulsória se for o caso de áreas urbanas.

Segundo Polido, a função social a que se refere a Constituição de Weimar “estabeleceu garantia e efeitos vinculativos” que o direito à propriedade privada passa a conceber e que se refletiriam na expressão de que “a propriedade obriga” (POLIDO, 2006, p.12). Assegura o autor que, para a Constituição de Weimar, as propriedades poderiam ser desapropriadas sem que houvesse direito à indenização, desde que existisse lei que permitisse a atuação do Estado nesse sentido. Para o autor na concepção desta Constituição, não seria admissível que o

¹² Em que pese a importância da propriedade inserida na discussão sobre ordem econômica, nosso estudo partirá especialmente do que dispõem os artigos 5º, 182 e 183 como também aos seus incisos relativos à propriedade privada imobiliária urbana.

instituto da propriedade recebesse “abordagem individualista, inviolável ou sacralizada”, vez que seu exercício deveria se submeter ao interesse da coletividade (POLIDO, 2006, p. 12).

Ainda fora do âmbito jurídico interno de previsões normativas sobre a função social, a Constituição Mexicana de 1917 estabelece alterações fundamentais na tratativa do exercício do direito de propriedade, dentro do movimento que inaugurava de constitucionalismo social, cuja concepção era inserir nas constituições elementos de direitos tidos como de segunda dimensão ou direito sociais.

Conforme pontua Pinheiro (2006, p. 119), é a Constituição Mexicana de 1917 que dá a partida para esta fase de constitucionalismo social, ao dispor em seu texto, com a mesma carga de dignidade normativa das liberdades individuais, preceitos e valores ligados à igualdade das pessoas. Por exemplo, assegurando aos trabalhadores do campo que se tornasse viável que obtivessem o domínio de terras por meio da redistribuição pelo governo, bem como a obediência à proteção da pequena propriedade rural, garantindo-lhes direitos mínimos relacionados ao direito do trabalho e ao acesso à terra. A respeito do exercício do direito de propriedade, traça as seguintes disposições em seu artigo 27:

Artigo 27. A propriedade de terras e águas dentro dos limites do território nacional corresponde originariamente à Nação, que teve e tem o direito de transmitir o seu domínio a particulares, constituindo, assim, a propriedade privada. As desapropriações só poderão ser realizadas em razão interesse público e mediante indenização. A Nação terá em todo o tempo o direito de impor à propriedade tais limitações particulares ditadas pelo interesse público, assim como regular, em benefício social, o aproveitamento de recursos naturais suscetíveis de apropriação, com o objetivo de fazer uma distribuição equitativa da riqueza pública, cuidar de sua conservação, alcançar o desenvolvimento equilibrado do país e melhorar as condições de vida da população rural e urbana. (Tradução livre, texto original: Artículo 27. La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana.

Ainda nesse sentido, a Constituição Portuguesa de 1976 apresenta uma nova configuração a respeito do tratamento dado à propriedade enquanto um direito humano. Tal

preceito salta do rol dos direitos e liberdades individuais para constar do título relativo aos “Direitos e deveres econômicos, sociais e culturais”, passando a representar o instrumento de ordem econômica voltado à ideia redistributiva. A propriedade é apresentada como princípio da organização e estruturação econômica, social e cultural. O texto constitucional protege a propriedade privada nos seguintes termos:

Artigo 62.º Direito de propriedade privada - 1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição. 2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização.

O artigo a seguir reproduzido, também da Constituição Portuguesa de 1976, detalha questões referentes à habitação e ao urbanismo, definindo não apenas a garantia do direito à moradia (número 1), reconhecido internacionalmente desde 1966 pelo Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em seu artigo 11.1, como também quais são as diretrizes a serem tomadas pelo Estado português para assegurar a promoção de tal direito (número 2). O artigo prescreve ainda (número 4) uma regra sobre a expropriação como mecanismo capaz de satisfazer as finalidades de utilidade pública urbanística, em outras palavras, o exercício do direito à propriedade deve estar condicionado às normas e aos instrumentos de planejamentos urbanos capazes de ordenar o território urbano.

Artigo 65.º Habitação e urbanismo

1. Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar.
2. Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado:
 - a) Programar e executar uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social;
 - b) Promover, em colaboração com as regiões autónomas e com as autarquias locais, a construção de habitações económicas e sociais;
 - c) Estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada;
 - d) Incentivar e apoiar as iniciativas das comunidades locais e das populações, tendentes a resolver os respectivos problemas habitacionais e a fomentar a criação de cooperativas de habitação e a autoconstrução.
3. O Estado adoptará uma política tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o rendimento familiar e de acesso à habitação própria.
4. O Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais definem as regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos, designadamente através de instrumentos de planeamento, no

quadro das leis respeitantes ao ordenamento do território e ao urbanismo, e procedem às expropriações dos solos que se revelem necessárias à satisfação de fins de utilidade pública urbanística.

5. É garantida a participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico e de quaisquer outros instrumentos de planeamento físico do território.

Para Monteiro, ao inscrever a propriedade dentro do título que aborda os direitos e deveres económicos, sociais e culturais, o constituinte português se opôs à tradição liberal, revelando a dimensão social do direito à propriedade e pondo de lado sua dimensão individual que, pela lógica liberal, tinha na propriedade privada “um espaço de liberdade e de autonomia do cidadão frente ao Estado” (MONTEIRO, 2012, p.5).

Monteiro afirma também sobre que o desejo do legislador constituinte foi o de ratificar a “função da instituição”, ao garantir no rol reservado à ordem económica e social que a propriedade privada pudesse ser constituída enquanto direito, bem como que nela fosse possível o livre acesso pelos demais cidadãos. O autor não pretende negar que ainda há espaço para uma dimensão individual no exercício deste direito, ou seja, um espaço de liberdade individual. No entanto, afirma que há um enfraquecimento desta liberdade, isto é, há uma limitação ou relativização da propriedade que a sujeita a restrições maiores às experimentadas pelos direitos individuais (MONTEIRO, 2012, p. 5), tendo em vista sua nova configuração.

De todo modo, não se pode ignorar que no Brasil também há histórico de proteção à propriedade e a condução de seu exercício ao cumprimento da função social. Em sua Constituição de 1934, dispôs no artigo 113, número 17, que a propriedade, preceito assegurado no rol dos *Direitos e Garantias Individuais*, estaria garantida desde que não interferisse no interesse social ou coletivo. Seria o trabalho para a lei posterior regulamentar o dispositivo e traçar em quais situações o direito à propriedade não estaria garantido, porém, tal determinação legal não adveio. De maneira indireta, inicia-se o tracejo da função social como exigência à manutenção da propriedade. Formalmente, a função social já estava instituída, embora materialmente não fora concretizada.

As Constituições de 1937 e 1946 não desenvolveram ou trouxeram mais implicações à propriedade no sentido de estar condicionada à função social. A primeira, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, nada dispõe sobre o cumprimento das finalidades sociais que a propriedade privada deveria observar, resguardando à legislação posterior a regulação do seu conteúdo e limites. Em seu texto aborda o direito à propriedade da seguinte forma “Artigo 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à

segurança individual e à propriedade, [...]”, regra praticamente reproduzida na carta política seguinte e a menção à função social da propriedade fica reservada a momento futuro.

Com relação à Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, o *status* de regresso ou, na melhor das hipóteses, de estagnação com relação ao condicionamento mais direto e efetivo na carta política continuava. Apesar de a Constituição de 1946 ter retomado a linha democrática, também se alinhava à parcela conservadora que se juntara quando da promulgação desta carta política pela Assembleia Nacional Constituinte. Conforme Baleeiro (1997), era um projeto constitucional fadado ao mal estar social ou à defesa dos interesses que compunham a camada social dos proprietários, favorecendo ainda mais a concentração de terras (sejam em áreas rurais ou urbanas), vez que a composição das vozes constituintes reunia alguns (muitos!) titulares de propriedades imobiliárias.¹³ A propriedade privada estava retratada no rol dos direitos e garantias individuais, conforme a seguinte redação:

Artigo. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade. Ainda no texto desta carta política, encontrava-se a menção da propriedade privada ser conduzida de modo a promover o bem-estar social e em seguida na redação do mesmo artigo aborda-se a faculdade de o Estado promover a distribuição justa de propriedades, conforme segue:

Artigo 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no artigo 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. No entanto, não se sabia qual era o rumo que a tais diretrizes constitucionais teriam e nem a serviço de quem estariam voltadas, em razão da conjuntura política que se solidificava com a nova ordem jurídica.

Já em 1964, com a instauração do golpe militar no Brasil, não houve alteração no texto constitucional relativo ao direito de propriedade nem à função social, mas apenas à forma autoritária de governo configurada no Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964 (mantiveram-se as disposições acerca do tratamento da propriedade da Constituição de 1946).

Posteriormente, em 1967, no texto da Constituição da República Federativa do Brasil, a propriedade foi tratada como dentro das disposições relativas aos direitos e garantias individuais. O texto desta Constituição também traz a possibilidade do instituto da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, constando do dispositivo a seguinte redação:

¹³ A composição da Assembleia Nacional Constituinte responsável pela promulgação da Constituição de 1946 pode ser encontrada em <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/assembleia-nacional-constituente-de-1946> Acesso 20 de maio de 2017.

Artigo 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.

[...]

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

Especificamente com relação à ordem econômica, passa-se a discutir a propriedade e sua ligação com a função social, como mostra a redação do artigo 157, inciso III, *in verbis*: Artigo 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade. Esta cláusula passa a constar dentre os princípios da ordem econômica.

Como será mais explicitado no item seguinte, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe inovações e inseriu a política urbana no contexto da carta política, revelando-se como a Constituição brasileira que inaugura tratamento relativo às cidades, prescrevendo que o uso das propriedades privadas estivesse voltado ao cumprimento da função social. A CRFB buscou conciliar propriedade privada, função social da propriedade, função social das cidades e política urbana. Por outro lado, em que pese a menção explícita ao condicionamento da propriedade privada e sua manutenção ao cumprimento da função social, o constituinte reservou a matéria sobre a política urbana a uma posterior regulamentação.

Por sua vez, o ordenamento jurídico infraconstitucional cuidou em garantir preservação e manutenção da propriedade sob um viés mais protecionista e individualista do que a construção da proteção do direito à propriedade pelas Constituições brasileiras, sem qualquer relação com o dever de promover sua função social. Destacou-se uma parte específica no Código Civil de 2002, artigo 1228, definindo-a como sendo um feixe de poderes jurídicos que integram o conteúdo do direito de propriedade; expressos pelo usar, fruir, dispor e custodiar, conforme seguinte texto:

Artigo 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Cumprir ressaltar que o dispositivo mencionado faz alusão à necessidade de o exercício do direito de propriedade ser posto em consonância ao cumprimento das “finalidades econômicas e sociais” bem como a outros aspectos de ordem ambiental, histórica e cultural (cf. parágrafo 1º), talvez buscando alinhar a concepção civilista do direito à propriedade com a idealização do exercício desse direito trazido pelos textos constitucionais.

No entanto, correlacionado ao artigo 1228 do Código Civil está o artigo 1231, que estabelece que a propriedade “presume-se plena e exclusiva”, ou seja, ainda resguardando o caráter de oponibilidade contra todos e individualista para o exercício do direito de propriedade: “Artigo 1.231. A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”.

Nota-se que os mais diversos e tradicionais sistemas normativos, a exemplo da Constituição de Weimar de 1919, da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição Portuguesa de 1976, ao contemplarem a condução do instituto da propriedade como exercício de um direito ao cumprimento da função social, apontam para uma tentativa de limitação ou restrição a este direito, buscando relativizar o conceito de propriedade. Para Mastrodi e Batista (2015, p. 1536), a visão trazida tanto na Constituição de Weimar como na Constituição Mexicana imprime na propriedade uma nova configuração e, em que pese tivesse se mantido como instrumento de garantia da liberdade individual, passou a ser vista (constitucionalmente) como mecanismo de concretização de justiça social.

Com relação ao Código Civil francês de 1804 (Código Napoleônico) e aos Códigos Civis brasileiros de 1916 e 2002, notamos que foram conformados sob a garantia ampla e quase irrestrita da propriedade privada. Enquanto as constituições falavam em função social e na necessidade de alteração da forma como a propriedade deveria passar a ser enxergada (em especial com relação ao tratamento dado ao instituto pela Constituição portuguesa de 1976, ao transformá-la em preceito enquadrado como parte dos Direitos e deveres econômicos, sociais e culturais), as legislações civis, puramente preocupadas com a vida privada, mantiveram proteção do direito de propriedade em seu caráter mais individualista, exclusivo e, portanto, excludente do exercício não-regulado do direito de propriedade.

A compreensão da propriedade privada sempre foi feita a partir de institutos da Teoria Geral do Direito, em que se conceberam os conceitos de sujeito de direitos, de direito subjetivo e de deveres jurídicos como institutos que estabeleceriam as condições para qualquer um ser proprietário e para proteger ou alienar sua propriedade.

A Teoria Geral do Direito, entre os séculos XVIII e XIX, na Europa, foi desenvolvida com o fortalecimento dos ideais iluministas da burguesia revolucionária, isto é, “em sua origem, ela era uma teoria de descrição e justificação de relações sociais privadas que favoreciam os interesses mercantis” (MASTRODI e SILVA, 2012, p. 148), de modo que o Estado servia quase que exclusivamente como forma de manutenção daquele *status quo* favorável aos interesses patrimoniais da nova classe hegemônica.

Toda essa teorização acabou por dar importância muito superior ao conceito de propriedade, em detrimento da relação fática, concreta, havida entre pessoa e o bem de sua titularidade, qual seja, da posse. A propriedade abstrata permaneceu, nas legislações infraconstitucionais, sendo protegida mesmo que não houvesse qualquer posse concreta, qualquer uso do bem por parte de seu proprietário. Algo que, atualmente, contraria frontalmente o postulado da função social da propriedade.

Atualmente, segundo o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, a função social é determinada pela legislação de ordenação urbana, isto dentro do próprio Estatuto da Cidade como também do Plano Diretor, instrumento de política urbana que dispõe sobre cada parcela de zona urbana ou bairro atribuindo-lhes uma vocação, de residência, indústria ou comércio. Nesse sentido, desde o Estatuto da Cidade, com a regulamentação da política urbana trazida pela CRFB que trouxe à discussão algumas formas de intervenção do Estado na propriedade privada, tem-se buscado redelinear a base sobre a qual se amoldava uma proteção absoluta ao direito de propriedade e passou a prescrever que essa proteção deve se subordinar à constatação de que a propriedade cumpra sua função social, sem a qual é plenamente cabível (lícita e legítima) a intervenção estatal no domínio privado. Ou seja, a propriedade não é mais entendida (ou, pelo menos, não deve ser assim compreendida) em seu caráter absoluto, por haver a necessidade do atendimento à função social (MASTRODI, 2014, p. 580-581).

Para explicar o que é função social é preciso considerar a propriedade como um feixe de poderes jurídicos, dentre os quais se inserem o uso, gozo e disposição (em outros tempos, o *abuso* também estaria incluído nesse conceito, segundo o qual havia ampla margem de alienação a cargo do proprietário sobre a sua propriedade, isto é, utilização ampla e irrestrita, como bem entendesse).

Por força da função social, o abuso ou destruição da propriedade foram desautorizados. A propriedade de um bem, que por definição é algo escasso, não deve atender ao interesse exclusivo de seu proprietário, mas atender, de alguma forma, a interesses de ordem pública, interesses coletivos ou difusos. Isto é função social. O proprietário não deve apenas possuir um

bem, mas efetivamente utilizá-lo. No caso de bens de produção, estes devem produzir em vez de ficarem ociosos. No caso de imóveis rurais, devem ser cultivados. No caso de imóveis urbanos, devem se prestar à moradia, ao comércio ou à indústria. Ou seja, o bem permanece no patrimônio do proprietário, porém este deve ser usado, usufruído ou alienado segundo sua função social.

Existem normas de direito público que determinam a sobreposição do interesse público sobre o privado e impõem ao proprietário algumas limitações que significam verdadeiras restrições ao direito de propriedade. Não é mais lícito fazer o que quiser com os próprios bens. Conforme Luciano de Camargo Penteado, a função social da propriedade seria, em outras palavras:

A função social da propriedade é uma cláusula geral que onera as situações jurídicas de direito das coisas, impondo ao titular da mesma o dever de atuar: i) de modo geral, sem ofender fins da comunidade política em que está estabelecido, determinando diferentes obrigações, sujeições e ônus, como situações jurídicas cujo conteúdo é o respeito ao meio ambiente sadio e equilibrado, o patrimônio histórico e cultural, bem como o atender a certos fins transindividuais, como a paz; ii) de modo específico, quando titular de bens de produção, otimizando sua capacidade geradora, a fim de que compartilhe o benefício com a coletividade em que se insere (PENTEADO, 2012, p. 226).

Esta cláusula geral indica uma tentativa, ainda tímida, de se relativizar a característica essencial da propriedade, sua exclusividade. Significa dizer que não é relevante o que seja esta coisa ou a quem pertença, mas o fato de que deve estar condicionada a servir à sua função. Com isso, a posse (uso efetivo, concreto e objetivo do bem) passa a ter relevância em detrimento da propriedade, que deve ser compreendida em função daquele uso e não de modo ideal ou abstrato conforme a Teoria Geral do Direito a consolidou.

Nesse contexto, em que a propriedade é um dos fatores que condicionam a manutenção do estado das coisas e os espaços são escassos, indagamos como produzir espaço público de modo a afirmar o direito à cidade, a torná-lo concreto, partindo do pressuposto que o déficit de espaço público não só pode, como deve ser amparado no princípio de Direito Público da supremacia do interesse público sobre o privado.

Afirmam Mastrodi e Silveira (2016, p. 3) a respeito do processo de urbanização realizado sem qualquer planejamento e de maneira desordenada ter sido responsável pela necessidade de organização de espaços que promovessem a inclusão social e conduzissem a política urbana à minimização da segregação socioespacial, por meio de medidas adotadas pelo

Poder Público. Apesar disso, parcela da população que se concentra em zonas urbanas não foi incluída ou sequer houve preocupação em organizar espaços urbanos aptos à inclusão social.

O direito à cidade não poder ser construído ou afirmado se houver espaços privados que não exerçam função social. Em outras palavras, os chamados espaços urbanos vazios, que podem ser compreendidos como áreas localizadas dentro do território da cidade e que já têm em seu entorno uma composição de serviços e equipamentos públicos que lhes dão capacidade de incluir socialmente as pessoas que estão à margem do entorno urbano. Em sua maioria são imóveis urbanos pertencentes a alguém, mas que estão em desacordo ao uso social da propriedade privada consagrado na CRFB de 1988 e em leis infraconstitucionais de ordenamento e desenvolvimento urbano, a saber, Estatuto da Cidade e planos diretores. Por não cumprirem a função social são áreas ociosas ou subutilizadas ou ainda superutilizadas e que mereceriam destinação tal qual prescrevem as normas de direito urbanístico (MASTRODI e SILVEIRA, 2016, p. 17).

Em outras palavras, a manutenção de espaços vazios servidos por equipamento públicos dificulta a própria compreensão da cidade como preceito ou postulado social a ser reconhecido como direito. Ainda que encarada muitas vezes como pauta valorativa, é a cidade o palco das interações humanas e da inclusão social. Não é razoável que espaços urbanos sejam admitidos vazios frente ao déficit de áreas capazes de promover moradia, trocas de experiências e convivência urbana.

POLÍTICA URBANA: UMA TENTATIVA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DESENHO DA CIDADE

O marco jurídico normativo da política urbana no Brasil foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu Título VII reservado à ordem econômica e financeira, Capítulo II, nos artigos 182 e 183. Nesses dispositivos há a positivação de maneira inaugural no texto da CRFB de 1988 a respeito da gestão do planejamento e desenvolvimento urbano, revelando o papel de protagonista dos municípios com relação à gestão local.

Para tanto, o primeiro passo a ser dado pelos municípios foi a edição dos seus planos diretores que seriam instrumentos normativos de política urbana local trabalhando em conformidade com as diretrizes traçadas a nível federal. Tal previsão no texto constitucional reveste-se de “explícita preocupação em construir um diálogo mais articulado entre as esferas federal e municipal no tocante à legislação urbanística” (MASTRODI e SILVEIRA, 2016, p. 12).

O contexto das discussões sobre a política urbana a insere como objeto de luta e se remonta aos anos de 1960 quando do governo do Presidente João Goulart, momento em que as pressões por movimentos sociais pela Reforma Agrária passam a fazer parte do plano de Reformas de Base por ele lançadas, porém minadas com a instauração do golpe militar entre os anos de 1964 e 1985 (MASTRODI e SILVEIRA. 2016, p. 13). Também faz parte do contexto da busca pela positivação da política urbana, a criação do Movimento Nacional Pela Reforma Urbana em 1985, passa-se a discutir as mudanças estruturais que poderiam ser realizadas em relação à questão fundiária e com isso elaborou-se um projeto de lei que passaria a constar na CRFB de 1988, conforme Mastrodi e Silveira (2016, p. 14), os pontos trazidos pelo projeto de lei versavam entre outros aspectos pela necessidade da inclusão de políticas públicas de habitação, transporte, saneamento básico e ocupação do solo urbano.

Movimentos sociais pelas reforma urbana constituíam-se por moradores de favelas, loteamentos clandestinos, sindicatos e demais grupos da Igreja e da academia. Para Carvalho (2016, p. 17), deve ser atribuído o mérito pela previsão da política urbana no texto da CRFB de 1988 aos envolvidos no Movimento Nacional de Reforma Urbana, suas discussões estavam voltadas à consolidação da função social da propriedade, limitando o uso da propriedade privada urbana que não estivesse em consonância à finalidade a qual fora instituída.

Conforme redação do parágrafo 2º do artigo 182 da CRFB, é pelo instrumento normativo de gestão local, o plano diretor, que serão apresentadas as exigências para o cumprimento da função social. Ou seja, como elemento fundamental para a elaboração de política voltada ao desenvolvimento urbano, é pelo plano diretor que serão prescritas normas voltadas à ordenação do solo consubstanciadas pela observância das funções sociais da cidade e da propriedade.

Ao introduzir a necessidade de criação de legislações locais, na figura do plano diretor, obrigou-se sua edição a todos os municípios que possuíssem mais de vinte mil habitantes (parágrafo 1º do mesmo artigo 182), sendo editado pela Câmara Municipal e considerado, pela CRFB, como mecanismo básico de viabilização da política urbana. Este artigo está redigido nos seguintes termos:

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

§ 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 sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 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 dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

No mesmo sentido do artigo 182 (que é o de reforçar o exercício regular do direito à propriedade privada urbana, nos termos deste artigo, pelo uso efetivo do bem – ou seja, pela sua posse), o artigo 183 aborda sobre o instituto da usucapião especial urbana como forma de aquisição originária da propriedade por aqueles que, transcorridos cinco anos, na posse direta de imóvel localizado em área urbana e não superior a 250 (duzentos e cinquenta) metros quadrados, não sendo proprietários de outro imóvel (seja localizado em área urbana ou rural) e destinado à moradia sua ou da sua família, terá adquirido o domínio do bem. O artigo encontra-se redigido nos seguintes termos:

Artigo. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Esse artigo constitucional apresenta a seguinte situação: existe um imóvel, localizado em área urbana e nele alguém passa a exercer posse direta, ou seja, a ocupar o imóvel (sem oposição do seu proprietário por pelo menos cinco anos). Ao ocupar o imóvel, antes vazio e sem exercer função social (imóvel desocupado, ainda que registrado em nome de alguém, é imóvel ocioso), o novo possuidor (ou ocupante) passa a levar o que antes não se realizava na propriedade possuída (ou ocupada): função social!

Ao permitir que imóveis localizados em áreas urbanas (frise-se: propriedades privadas) não cumpram as exigências da legislação urbanística quanto ao uso regular e adequado dos

espaços urbanos, não se descumpra apenas a função social da propriedade, a função social da cidade é diretamente afetada quando os espaços urbanos são ou não utilizados ou subutilizados para fins alheios aos prescritos no ordenamento urbanístico.¹⁴

A expressão função social da cidade diz respeito, nas palavras de Quinto Jr. a uma associação da “organização do espaço físico como fruto da regulação social” (2003, p. 191). Em outras palavras, deve-se pensar a cidade como um espaço de inclusão dos seus cidadãos, não levando em consideração apenas o fator econômico daqueles que fazem parte do mercado formal da produção capitalista da cidade (QUINTO JR, 2003, p. 191).

Para regulamentar a política de desenvolvimento urbano trazida nos artigos 182 e 183 do texto constitucional, houve a necessidade da edição da Lei Federal nº 10.257/2001, conhecida como Estatuto da Cidade e que dispõe sobre normas de ordem pública e interesse social, estabelecendo diretrizes sobre a regulação do uso da propriedade urbana. A legislação somente entrou em vigência aproximadamente treze anos após a promulgação da CRFB de 1988, isto corresponde a um lapso temporal relevante e que significou pelo menos uma década a mais de ausência de regulamentação acerca do tema.

Ao regulamentar a política urbana, o Estatuto da Cidade inova em aspectos estruturais de gestão dos espaços urbanos, por exemplo, no artigo 2º determina, como objetivo, que a política urbana estará direcionada para o “desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana”, ou seja, normatiza sobre a questão do uso dos espaços urbanos estarem voltados às finalidades sociais a que foram constituídos e estabelece diretrizes (incisos I ao XVIII) sobre como a política urbana deverá estar voltada.

O Estatuto da Cidade também é responsável por inserir no ordenamento jurídico brasileiro instrumentos de política urbana em seu artigo 4º, voltados à instituição de planos estratificados em nacionais regionais e estaduais cujo papel é trabalhar a ordenação do território e visando ao desenvolvimento econômico e social (inciso I); à análise e criação de planos relacionados às regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (inciso II); com relação à legislação de planejamento urbano local, o Estatuto da Cidade, estabelece a necessidade de se pormenorizar e criar planos de gestão locais para atender as especificidades

¹⁴ Um ponto a ser observado é o seguinte: a propriedade enquanto direito subjetivo (assim encarado pela Teoria Geral do Direito) está sujeita às regras prescritas pela legislação civilista, inclusive com relação à responsabilidade civil. O que queremos dizer é que, o Código Civil ao tratar dos atos ilícitos (título III) apresenta o instituto do abuso de direito causado pela ação ou omissão, no exercício em manifesto excesso de um direito. Não exercer a função social da propriedade, para os termos deste artigo, é cometer abuso de direito seja pela omissão em não dar uso ao bem imóvel, seja por seu exercício fora dos limites sociais e econômicos pelos quais o direito está configurado.

de cada município, como pela edição de planos diretores, zoneamento ambiental, planos orçamentários, gestão participativa, entre outros (inciso III); mecanismos de ordem tributária e financeira (inciso IV); instrumentos jurídicos e políticos de intervenção do Estado no território da cidade sobre o livre uso da propriedade privada (inciso V); por fim, traz como instrumento da política urbana o estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV), instrumentos voltados à ideia de impacto ambiental minorado (inciso VI).

No tocante ao condicionamento da propriedade privada ao cumprimento de sua função social, em última análise, descrita pelo seu uso, no Estatuto da Cidade, entre os artigos 5º e 8º há meios de o Poder Público ao conduzir a política urbana, exigir do proprietário a utilização e efetiva destinação do seu bem, inclusive desaprovando a possibilidade de que o imóvel urbano permaneça vazio e reservado às regras especulativas do mercado. Tem-se a presença dos seguintes meios de política interventiva urbana no exercício do direito de propriedade: (i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios (artigo 5º); (ii) imposto predial territorial urbano progressivo no tempo (artigo 7º) e desapropriação com pagamento em títulos (artigo 8º).

Do grupo de artigos legais mencionados, cumpre ressaltar que, em que pese todos trabalhem acerca do exercício do direito de propriedade e a restrição do seu uso pela obrigação em dar finalidade social ao imóvel, a preocupação no presente estudo reside no fato de que os espaços urbanos estejam efetivamente sendo utilizados, não sendo cabível a reserva pelo proprietário de imóveis urbanos (que representam, assim, parcelas do espaço urbano) para (quem sabe) em um futuro se possa retirar desses bens privados valores à custa da infraestrutura urbana. Em outras palavras, não assiste razoabilidade de que se mantenham imóveis urbanos ociosos ou superutilizados (sem servirem à função social a que foram instituídos) por meros interesses de mercado, neste caso, de especulação imobiliária (ou de superutilização do imóvel urbano), o adensamento deve, proporcionalmente, corresponder à infraestrutura urbana que já existe em determinado espaço da cidade, seja com relação ao coeficiente mínimo como ao coeficiente máximo de aproveitamento do solo.

Dos instrumentos de intervenção urbana apresentados, importa ao estudo apresentado neste artigo a análise de duas formas de intervenção urbana no espaço da cidade que são a Desapropriação e as Zonas Especiais de Interesse Social. Não obstante, todos os instrumentos dispostos ao longo do Estatuto da Cidade representam uma possibilidade de mudança real no desenho urbano quando aplicados.

A falta de definição e de aplicação dos instrumentos urbanísticos pelas Administrações Municipais entrega o território urbano às regras do mercado que, ao precificar a terra, determina que todos os direitos relativos ao urbano e à cidade (como é o caso do direito à moradia adequada, do direito à mobilidade urbana, do direito à convivência) sejam transformados em produtos a serem comercializados segundo a lei da oferta e da procura.

Pretendemos, na segunda parte deste trabalho, pôr em destaque a aplicação articulada desses mecanismos existentes – em especial, neste estudo, a Desapropriação e a ZEIS –, e nossa crítica à forma como têm sido aplicados.

A despeito da Lei Federal nº 11.977/2009 que instituiu o Programa Minha Casa, Minha Vida e da Lei Federal nº 13.465/2017¹⁵ que converteu a Medida Provisória nº 759/2016 em lei, as ZEIS são instrumentos cujo conteúdo ainda não é especificamente delimitado. Parece-nos que um dos maiores problemas está no fato de que ela não possui definição normativa precisa. Há definição doutrinária, mas não há, em regra, nos planos diretores, algo além da reprodução das normas federais (Estatuto da Cidade), o que de fato deve ser entendido como ZEIS e como ela deve ser aplicada.

Rolnik et. al. (2011) apresenta alguns dados de resultados obtidos por uma pesquisa feita em 2007 pelo Conselho Federal de Engenharia e Agronomia, que constatou a edição de planos diretores em cerca de 75% dos municípios brasileiros, o que significa dizer que, até o ano de 2006, dos 1.005 de 1.350 municípios pesquisados e que implementaram planos diretores, instituíram o mecanismo das ZEIS em seus textos. Apesar de ter havido adoção pelos planos diretores do instrumento das ZEIS, a Rede de Avaliação e Capacitação para a implementação dos Planos Diretores analisou 524 municípios, em 420 deles há a previsão das ZEIS, no entanto, não se procedeu à demarcação em mapas do instrumento (o que inviabiliza aplicação da intervenção urbana, ou seja, definir sem demarcar as ZEIS impede que o Administrador Público possa efetivamente implementar políticas públicas nesse sentido).

Para Oliveira e Biasotto (2011), o número de municípios que seus planos diretores avançam à delimitação do instrumento não é expressivo, demais elementos que definem parâmetros de viabilização das ZEIS são definidos, de modo que há possibilidade (havendo interesse político e econômico) para a aplicação das ZEIS.

¹⁵ Em seu artigo 18, parágrafo 1º, a Lei entrega para o município a competência de definir o que e quais serão as áreas definidas como ZEIS, segue o texto: “considera-se ZEIS a parcela de área urbana instituída pelo plano diretor ou definida por outra lei municipal, destinada preponderantemente à população de baixa renda e sujeita a regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo”.

No caso da Desapropriação, por exemplo, conforme interpretação literal do texto constitucional (art. 182, § 4º, incisos I a III) e do Estatuto da Cidade, ela só poderia ocorrer depois que o imóvel já tivesse se sujeitado ao Parcelamento, Edificação e Utilização Compulsórios (PEUC) e ao IPTU progressivo no tempo. Em outras palavras, tanto o IPTU progressivo no tempo como o PEUC seriam instrumentos obrigatórios a serem aplicados antes da decretação da desapropriação sancionatória.

Por óbvio, a definição e implementação da maior parte dos instrumentos de política urbana permitem uma real alteração no espaço urbano, e não há por que condicionar a implantação de um instrumento à realização de outros. Isso só é obrigatório em relação à Desapropriação, ao PEUC e ao IPTU progressivo. Nada impede a criação de ZEIS ao mesmo tempo em que se aplica PEUC ou IPTU (como também do consórcio imobiliário, por exemplo, instrumento que não fez parte do recorte da pesquisa realizada, mas que possui relevância na temática em questão).

De todo modo, a promoção do direito à cidade não deve ser tão demorada. Afinal, a CRFB prescreve a função social como condição à garantia do direito de propriedade, de modo que o descumprimento da função social da propriedade é condição suficiente para iniciar toda e qualquer política urbana que, ao fim, pode e deve decretar a desapropriação de imóveis sub ou inutilizados ou superutilizados.

No entanto, até que se proceda a desapropriação, implementar todos os instrumentos possíveis e imagináveis tanto pelo Estatuto da Cidade, plano diretor e leis ou planos de gestão específicos que possam surgir ao longo desse período, representaria mais alguns anos de espaços vazios e ociosos no território urbano (o que deveria ser rechaçado por qualquer política urbana que se promovesse).¹⁶

¹⁶ Façamos um simples cálculo a respeito da aplicação condicionada dos mencionados instrumentos urbanísticos para que se chegue à desapropriação. Primeiro, temos um imóvel urbano que se encontra vazio e ocioso há alguns anos, sendo otimistas, consideremos um tempo de dois anos de ociosidade. Depois de realizada a escolha do imóvel urbano ocioso, o proprietário será notificado para apresentar um plano de atividade que dê ao imóvel utilização ou edificação (se for o caso de imóvel não edificado). A notificação e apresentação de um projeto destinado à área ociosa não ocorre instantaneamente, somemos aos dois anos anteriores mais dois anos de notificação e apresentação de projeto destinado ao imóvel ocioso. Em nossa conta já temos pelo menos quatro anos de espera para que uma propriedade notificada apresente indícios de que vá cumprir sua função social. Conforme CRFB e Estatuto da Cidade, lei específica poderá determinar o prazo e as condições para que se proceda ao PEUC (como consta do art. 182, §4º, inciso I da CRFB e do artigo 5º, caput do Estatuto da Cidade), ou seja, o que acarreta numa nova soma de tempo, pensemos de forma mais otimista e consideremos de seis meses a um ano como prazo estabelecido por lei. Ainda estamos analisando a aplicação do primeiro instrumento previsto (pela ordem sucessiva sugerida para aplicação) na CRFB e no Estatuto da Cidade. Em nossa conta, de quatro anos e meio a cinco anos. Tendo o proprietário descumprido o que está previsto com relação ao PEUC, o

A interpretação literal que impõe desapropriação para fins de reforma urbana apenas depois de aplicação de PEUC e IPTU progressivo atrasa sobremaneira a necessária intervenção no domínio privado para que a função social da propriedade seja aplicada. Pela disposição constitucional, a desapropriação para fins de reforma urbana é o último instrumento a ser aplicado a um imóvel sub ou inutilizado, esta poderia demorar pelo menos uns quatro mandatos, isto sem levar em consideração que cada gestor pode escolher por mudar a política urbana desenvolvida por seu antecessor político. O que inviabiliza o texto constitucional que impõe que as propriedades cumpram sua função social, e que as Administrações Municipais têm o dever de fazer cumprir o dispositivo da Constituição que impõe ao proprietário destinação da sua propriedade a um fim social, sob o risco de experimentar intervenção estatal supressiva do seu imóvel.¹⁷

Contudo, as demais ferramentas trazidas pelo Estatuto da Cidade permitem que a gestão administrativa local: (i) promovam as funções sociais da propriedade e da cidade em todo o território urbano, e (ii) redesenhem o território da cidade com o intuito de incluir socialmente todos os seus moradores e de minimizar a segregação socioespacial. Ao redesenhar o espaço urbano de modo contrário às leis de oferta e procura, o valor de mercado dos imóveis

poder Público poderá determinar a aplicação do IPTU progressivo no tempo, esse mecanismo tem prazo de aplicação de até cinco anos. Nossa conta já contabiliza onze anos e meio ou doze anos de caminhada para se proceder a utilização da desapropriação de imóvel urbano. Onze ou doze anos para possibilitar a implantação de um instrumento de intervenção urbana não se justifica. Nesse período a prefeitura já mudou aproximadamente quatro mandatos. Nesse lapso um novo prefeito que assuma o governo local pode não se interessar pela aplicação do instrumento e optar por realizar a política urbana com outro viés, o próximo gestor dará outro contorno à política urbana local, assim como outros, pois tais escolhas são revestidas pela discricionariedade que o gestor público dispõe para decidir quando e como atuará (trata-se de mérito administrativo, pertencente aquele que ocupa o cargo de gestor público, nos termos das escolhas relacionadas à política urbana local, este gestor é o prefeito).

¹⁷ Em que pese o artigo 182, parágrafo 4º da CRFB, tratar especificamente da desapropriação para fins de reforma urbana (que faz parte do recorte do nosso artigo), o instituto que representa a extinção da propriedade privada possui outros aspectos. Temos em nosso ordenamento jurídico o instituto da desapropriação recaindo tanto em imóveis localizados em áreas rurais como em áreas urbanas. O instituto pode ser classificado em: desapropriação por utilidade pública (Decreto Lei nº 3.365/1941); desapropriação por interesse social (Lei federal nº 4.132/1962); existem as desapropriações tidas como sancionatórias desapropriação para fins de reforma agrária (tem a ver com o latifúndio improdutivo, a indenização não será em dinheiro, mas em títulos da dívida agrária, a legislação que incide é o Estatuto da Terra, Lei nº 4.504/1964 e Lei Complementar nº 76/1993) e a desapropriação para fins de reforma urbana (relaciona-se com os assentamentos de pessoas em imóveis urbanos, sua finalidade é a promoção do direito à moradia, aqui as normas que incidirão são as do Estatuto da Cidade, Lei Federal nº 10.257/2001. É possível desapropriar imóveis urbanos para fins de moradia, em que a declaração de desapropriação será por interesse social. Alguém que é proprietário de imóvel urbano que não serve a sua função social poderá perdê-lo para que seja destinado à finalidade pública de moradia de interesse social. O expropriado receberá títulos da dívida pública do município), e é sobre essa última que este trabalho se preocupou.

sub ou inutilizados ou superutilizados podem sofrer redução substancial, causando nos proprietários interesse por conferir função social aos seus imóveis, ou vendê-los rapidamente, antes que se desvalorizem, a outros, interessados em utilizar tais imóveis segundo sua função social.

CONCLUSÕES PARCIAIS

Afirmamos que a propriedade abstrata não deve mais ter vez no ambiente democrático e constitucional pós-1988. A propriedade privada deve ser protegida como direito fundamental, porém a propriedade obriga, no sentido que seu proprietário deve se submeter ao uso concreto de seus bens conforme os ditames da função social da propriedade.

A Administração Pública, desde o advento do Estatuto da Cidade, tem à disposição instrumentos urbanísticos que devem ser aplicados para intervir no domínio econômico, em especial para transformar os espaços urbanos em espaços de convívio, em espaços conformados ao que se convencionou denominar de direito à cidade.

Na segunda parte deste artigo, a ser oportunamente publicada, retomaremos os referenciais teóricos desenvolvidos nesta primeira parte para tratar especificamente da Desapropriação e da ZEIS como instrumentos urbanísticos hábeis a subordinar toda propriedade imobiliária urbana ociosa, sem uso ou subutilizada, às funções sociais da propriedade e da cidade.

REFERÊNCIAS

Normas e documentos públicos oficiais

BRASIL. **Assembleia Constituinte Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm Acesso em 25 de maio de 2017

_____. **Assembleia Nacional Constituinte, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 04 de junho de 2016.

_____. **Ato Institucional nº 1 de 09 de abril de 1964**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm Acesso em 25 de maio de 2017.

_____. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em 25 de maio de 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm Acesso em 25 de maio de 2017.

____ Congresso Nacional. **Decreto do Poder Executivo nº 679 de 1992, promulgou o Pacto de São José da Costa Rica.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf Acesso em 10 de maio de 2017.

____ CONGRESSO NACIONAL. **Lei nº 10.257/2001, Estatuto da Cidade.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm Acesso em 04 de junho de 2017.

____ CONGRESSO NACIONAL. **Lei nº 10.406/2002, Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em 28 de maio de 2017.

____ CONGRESSO NACIONAL. **Lei Nº 11.124/2005, Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11124.htm. Acesso em 26 de março de 2017.

____ CONGRESSO NACIONAL. **Lei nº 11.977/2009, Programa Minha Casa Minha Vida.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm Acesso em 25 de maio de 2017.

____ CONGRESSO NACIONAL. **Lei nº 6.766 de 1979, Parcelamento do Solo Urbano.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm Acesso em 28 de maio de 2017.

____ **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937.** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm Acesso em 25 de maio de 2017

____ Ministério das Cidades. **Coleção Cadernos Técnicos de Regulamentação e Implementação de Instrumentos do Estatuto da Cidade -- Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios e IPTU progressivo no tempo: Caderno Técnico de Regulamentação e Implementação.** Secretaria Nacional de Acessibilidade e Programas Urbanos, Programa Nacional de Capacitação das Cidades e Universidade Federal do ABC. Brasília, 2015, p. 80. Disponível em: http://www.urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/CT_PEUC_IPTU.pdf Acesso em 19 de setembro de 2017.

DEUTSCHLAND. **Die Verfassung des Deutschen Reiches ("Weimarer Reichsverfassung"), 1919.** Disponível em: <http://www.verfassungen.de/de/de19-33/verf19-i.htm> Último acesso em 26 de maio de 2017

FRANCE. Assemblée Nationale. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789,** Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789> Último acesso em 29 de maio de 2017.

____ Code Civil des Français (Code Civil Napoleon) - **Loi 1804-01-27 promulguée le 6 février 1804,** Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?sessionId=392231FCFE1D6C6FF4946DD293B6EB84.tpdila11v_3?idArticle=LEGIARTI000006428859&cidTexte=LEGITEXT000006070721&ca](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?sessionId=392231FCFE1D6C6FF4946DD293B6EB84.tpdila11v_3?idArticle=LEGIARTI000006428859&cidTexte=LEGITEXT000006070721&ca tegorieLien=id&dateTexte=) tegorieLien=id&dateTexte= Último acesso em 27 de maio de 2017.

IPEA. **Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios e IPTU progressivo no tempo: regulação e aplicação / Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos.** Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL): Ipea, 2015. 321p. (Série pensando o Direito; 56). Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/11/PoD_56_web1.pdf Acesso em 19 de setembro de 2017.

MÉXICO. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.** Disponível em: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf> Último acesso em 25 de maio de 2017.

OEA. Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**. Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/declaracion-americana-derechos-deberes-hombre.pdf> Acesso em 10 de maio de 2017.

_____. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Convencion Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969**. http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm Acesso em 10 de maio de 2017.

PORTUGAL. Assembleia da República. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Acesso em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art65> Acesso em 27 de maio de 2017.

UNITED NATIONS. Office of the high commissioner. **Universal Declaration of Human Rights**. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf Acesso em 29 de maio de 2017.

Livros e artigos

BALEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BAZOLLI, João Aparecido. Parcelamento, Edificação u Utilização Compulsórios (PEUC): Avaliação e Resultados da Aplicação em Palmas-To. **Revista de Direito da Cidade**. vol. 08, nº 4., 2016, p. 1254-1276. ISSN 2317-7721 DOI: 10.12957/rdc.2016.23493 Acesso em 19 de setembro de 2017.

BUENO, Vera Scarpinella. Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios da propriedade urbana. *In.*: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coords.). **Estatuto da cidade – Comentários à Lei Federal n. 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2002

BRUNO FILHO, Fernando Guilherme e DENALDI, Rosana. Parcelamento, edificação e utilização compulsórios: um instrumento (ainda) em construção. **Revista Pós**. Vol. 16 n.26 São Paulo, 2009, p. 34-49. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/posfau/article/viewFile/43638/47260> Acesso em 19 de setembro de 2017.

FROTA, Henrique Botelho. **Aplicação dos instrumentos constitucionais de indução do cumprimento da função social da propriedade urbana: o caso do município de São Paulo**. 2016. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/19909/2/Henrique%20Botelho%20Frota.pdf> Acesso em 19 de setembro de 2019.

GORZCZEWSKI, Clovis, e DIAS Felipe da Veiga. A Imprescindível Contribuição dos Tratados e Cortes Internacionais para os Direitos humanos e fundamentais. **Revista Sequência**, n. 65, p. 241-272, dez. 2012 Disponível em Doi: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n65p241> Acesso em 20 de maio de 2017.

KOERNER, André. O Papel Dos Direitos Humanos Na Política Democrática, **Revista Brasileira De Ciências Sociais** - VOL. 18 Nº. 53, p. 146 e 147. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v18n53/18083.pdf> Acesso em 02 de junho de 2017.

LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Editora Vozes, 2009, p. 24-25

MASTRODI, Josué; SILVA, Marcia Maria Carvalho da. O direito fundamental social à moradia e a teoria geral do direito, 2012, p. 148. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, v. 21, 2012, p. 145-162.

_____. Ponderação de direitos e proporcionalidade das decisões judiciais, **Revista de Direito GV**, 2014, p. 580-581. Disponível em DOI: <HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201424>. Acesso em 8 de junho de 2017.

MASTRODI, Josué e ALVES, Ederson dos Santos. A segurança jurídica da posse como pressuposto do direito fundamental à moradia. **Revista Direito da Cidade**, vol. 09, nº 1. ISSN 2317-7721 Disponível em DOI: 10.12957/rdc.2017.23262. Acesso em 12 de junho de 2017.

MASTRODI, Josué e BATISTA, Ana Carolina. Existe um direito fundamental à posse? Estudo sobre a relativização do conceito de propriedade imobiliária urbana em face do direito de moradia. **Revista de Direito da Cidade**, v.7, n. 4, 2015, p. 1527-1554. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br> Acesso em 14 de maio de 2017.

MASTRODI, Josué e SILVEIRA, Suzana Maria Loureiro. Sobre a promoção do direito à moradia: um estudo à luz da política urbana do município de Campinas, **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 1, 2016, p. 1-28. Disponível em DOI: 10.12957/rdc.2016.18518. Acesso em 13 de junho de 2017.

MONTEIRO, Claudio. A garantia constitucional do direito de propriedade privada e o sacrifício de faculdades urbanísticas. **Cadernos de Justiça Administrativa**, Braga, 91, jan.-fev.2012, p.3-25. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/btca/btca.nsf/305fde3cddf188ab802569660044179b/38681c646274d3b8802579dc004b4045?OpenDocument>. Acesso em 09 de maio de 2017.

OLIVEIRA, F. L. de; Biasotto, R. 2011. O acesso à terra urbanizada nos planos diretores brasileiros. Em: **Os planos diretores municipais pós-Estatuto da Cidade: balanço crítico e perspectivas**, orgs. Santos JR., O. A. dos; Montandon, D. T. Rio de Janeiro: Letra Capital, Observatório das Cidades – IPPUR/UFRJ.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT. 2012.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais - A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, a. 43, n. 169, jan./mar. 2006, p 101-126. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?sequence=2>. Acesso em 28 de maio de 2017.

POLIDO, Fabricio Bertini Pasquot. Ensaio: A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da função social dos direitos proprietários. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 27, 2006. Disponível em:

https://www.academia.edu/4996606/A_Constitui%C3%A7%C3%A3o_de_Weimar_de_1919_e_o_conte%C3%BAdo_normativo_da_fun%C3%A7%C3%A3o_social_dos_direitos_propriet%C3%A1rios_Title_in_english_Weimar_Constitution_of_1919_and_the_legal_scope_of_the_social_function_of_property_rights Acesso em 20 de maio de 2017.

QUINTO JR., Luiz de Pinedo. Nova legislação urbana e os velhos fantasmas. **Revista Estudos Avançados**, v. 17 n. 47, 2003, p. 188. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142003000100011&script=sci_arttext. Acesso em 05 de junho de 2017.

RIBEIRO, Maria de Fátima. O IPTU como instrumento de intervenção no uso e ocupação do solo urbano conforme disposições do Estatuto da Cidade. **Revista Scientia Iuris**. Vol. 5/6, 2002, p. 232-258. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11186/9936> Acesso em 19 de setembro de 2017.

ROLNIK, Raquel e SANTORO, Paula Freire Santoro. **Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS) em Cidades Brasileiras: Trajetória Recente de Implementação de um Instrumento de Política Fundiária**. Disponível em: https://www.lincolninst.edu/sites/default/files/pubfiles/rolnik-wp14rr1po-full_0.pdf Acesso em 20 de setembro de 2017.

ROLNIK, R. CYMBALISTA, Cymbalista, R.; NAKANO, K. Solo urbano e habitação de interesse social: a questão fundiária na política habitacional e urbana do país. **ADVOCEF-Revista de direito**. Porto Alegre, VII (13), 2011, p. 123-158.

ROSSBACH, Anaclaudia et. al. **Estatuto da Cidade: a nova e a velha agenda urbana – uma análise de 15 anos de Lei**. 1ª edição, São Paulo: Cities Alliance, 2016.

SILVEIRA, Suzana Maria Loureiro e MASTRODI, Josué. O que é o objeto “moradia” do Programa Minha Casa, Minha Vida? **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 3, 859-885. DOI: 10.12957/rdc.2016.22506. Acesso em 14 de junho de 2017.

Trabalho enviado em 16 de junho de 2017.

Aceito em 30 de outubro de 2017.