

A função social da cidade e da propriedade privada urbana como propriedades de funções¹

Jacques Távora Alfonsin

Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1963). Especialização em Direito Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1984), especialização em Direito Civil das Obrigações pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1986), especialização em Análise Social da Violência pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1997). Mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2002) e aperfeiçoamento em Agente de Segurança Penitenciária pela Escola Penitenciária (1970). Atualmente é Professor Horista da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, por eleição do organização não governamental Acesso Cidadania e Direitos Humanos e associado do Associação Americana de Juristas Secção do Rio Grande do Sul.

Sumário: Introdução – **1** Poderes do proprietário de imóvel, em sua peculiar situação relativamente ao entorno urbanístico. Possível “gradação de eficácia de tais poderes” – **2** A propriedade privada urbana e sua compatibilidade (ou incompatibilidade?) com as funções sociais da cidade, aqui identificadas com o “bem coletivo” – **3** A propriedade privada urbana e sua compatibilidade ou incompatibilidade com a satisfação da necessidade vital de morar dos não proprietários, satisfação essa aqui identificada como a principal função social da cidade – Conclusão – Referências

Na divulgada concepção de Samuelson, uma economia é chamada a responder três questões fundamentais. Haverá que resolver os problemas de saber *que* bens produzir, *como* os produzir e *para quem* os produzir. Às duas primeiras questões, os critérios de eficiência permitem dar resposta, embora não fixem uma solução única. Por tabela, essa resposta vem a determinar uma certa distribuição dos bens entre os agentes econômicos, mas, eventualmente, ela será inaceitável à luz de qualquer critério de justa repartição. Por seu turno, estes critérios visam proporcionar uma solução para a última daquelas questões. Reflexamente, tal solução impõe uma resposta aos dois primeiros problemas, não sendo de excluir que esta seja inteiramente insatisfatória. Eis, pois, o dilema entre a eficiência e a justiça social.²

¹ Este artigo foi publicado originalmente no Livro *Direito à moradia e Segurança da Posse e o Estatuto da Cidade. Diretrizes, Instrumentos e Processos de Gestão*, organizado por Betania Alfonsin e Edésio Fernandes, publicado em 2004 pela Editora Fórum. Pela importância das reflexões apresentadas e atualidade da temática, optou-se por republicar o texto original, seguindo o objetivo desta seção Baú do Direito Urbanístico de visitar artigos relevantes.

² SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 141, grifos do autor.

Introdução

Este apontamento procura colocar em debate questão relacionada com dois “sentidos” da palavra propriedade, naquilo em que eles possam gerar efeitos sobre o solo urbano, considerada a possível relação dialética que possa existir entre as funções sociais da cidade e as funções sociais das propriedades privadas nela situadas.

As “referências” de tais sentidos, porém, como abaixo se poderá verificar, são bem diferentes. Espera-se contribuir, talvez, com todo o esforço hermenêutico que se tem desenvolvido no país para garantir ao princípio constitucional da função social das cidades e do direito de propriedade urbana os efeitos político-jurídicos que dele esperam todas as vítimas do histórico desrespeito com que o mesmo princípio tem sido tratado.

É que, do ponto de vista da eficácia de tais efeitos, a partir da forma de distribuição do espaço urbano como ela se dá hoje, aqui no Brasil, confrontada com o nosso ordenamento jurídico, particularmente aquele expresso na Constituição Federal, no Estatuto da Cidade e no novo Código Civil, correm o risco de não serem alcançados, na hipótese de a interpretação de tudo quanto está implicado em tais funções ficar reduzida ao puro raciocínio técnico que, diante da expressão mesma função social, ignora o conteúdo axiológico do “social” da função e da “função” do social.

O que aí parece um mero jogo de palavras tenta denunciar como imprópria, no mínimo, uma postura ideológica corriqueira, em matéria de interpretação de princípios, particularmente esse da função social, avessa a valores sem os quais aqueles nunca chegam a “princípios” nada – passe a redundância – limitados a um papel que, em vez de legitimar o exercício de um direito na concretude fática das suas consequências – às vezes trágicas – sobre outras pessoas e sobre o território das cidades, legitima a sua ineficácia, quase sempre reduzida à intenção, promessa ou programa, não tanto pela vagueza do seu enunciado, mas, muito mais, pela estreiteza daquela cultura privatista que entende como “normal” sua forma de ver “sujeitos de direito” e “coisas” de forma conceitual e abstrata.

Tal cultura é incapaz de superar a aparente contradição existente entre o direito-poder de alguém que está autorizado a excluir do território desse poder todas as outras pessoas (*erga omnes*, dimensão quantitativa) e um poder-dever de somente exercer aquele direito-poder *sob a condição de incluir* o interesse e, ou, os direitos alheios (dimensão qualitativa).³

³ Inspirados em Eduardo Novoa Monreal e outros juristas, já nos dedicamos ao desembaraço dessa difícil questão, em estudo anterior, *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia* (Porto Alegre, Sérgio Fabris, 2003), cuja complexidade, se não for enfrentada com

Daí chamar-se o direito de propriedade, como o fazem vários juristas, de um “direito-função”.

Assim, a palavra “propriedade” vai ser usada aqui com um duplo sentido: primeiro, o de direito real, cuja referência não ignore a capacidade que esse direito tem de violar direitos alheios; segundo, um sentido de adequação (coisa apropriada para um determinado fim) de uma função capaz de, senão impedir de todo, pelo menos inibir ao máximo aquela violação.

Desse modo, evita-se que o possessivo “da” – como quando se diz função social “da” cidade ou “da” propriedade (aqui entendida como direito) –, inviabilize a mensuração da “propriedade” (aqui entendida como adequação tanto da cidade como do direito de propriedade privada aos seus fins legais e justos), justamente para evitar-se que a interpretação do “social” da função não fique cerceada pela interpretação da “função” do social. Como se esse tipo de função, ao contrário de qualquer outra, não “funcionasse” (!), ou seja, não gerasse adequados deveres e responsabilidades impostos em favor da garantia e alcance dos seus resultados em favor daqueles “todos” excluídos do objeto da propriedade privada.

Uma advertência prévia, porém, deve ser feita desde logo. Esse esforço interpretativo não guarda nenhuma ilusão quanto aos conhecidos limites do ordenamento jurídico capitalista, relativamente à eficácia que ele reconheça aos direitos humanos fundamentais frente à propriedade privada, como condição de eficácia da função social da última. Por mais dura que seja a crítica de Marilena Chauí, por exemplo, quando ela examina os efeitos jurídicos do direito de propriedade, sua lição deve ser lembrada aqui, para que tudo o mais que se segue neste apontamento, não seja visto como divergência ao seu pensamento, mas sim como uma tentativa a mais de descobrir-se, no próprio exercício desse direito, alguma chance jurídica de ele não gerar tantos malefícios:

vivemos em sociedades onde esse direito não pode, por natureza e por definição, ser cumprido nem respeitado. Mais do que isso: em nossas sociedades, a lei e o Estado, que devem proteger a propriedade privada, porque essa é um direito do homem e do cidadão, só poderão defendê-la contra os sem-propriedade, de forma que a defesa do direito de alguns significa a coerção, a opressão, a repressão e a violência sobre outros, no caso, sobre a maioria. Em outras palavras, a partir do momento em que a propriedade privada é definida como um direito que, abstratamente, é de todos e, concretamente, exclui desse direito a maioria, a exclusão faz com que a propriedade privada se ache ameaçada, e não será casual que o *crime* (violação

um cuidado maior, ou pode desaguar na negação do direito subjetivo, como o próprio Leon Duguit entendia a propriedade como função social, ou pode cair na maliciosa armadilha ideológica que, queira-se ou não, serve de desculpa para neutralizar a possibilidade de a função (instrumento) alcançar sua finalidade (resultado).

do direito) em nossa sociedade seja preferencial e primordialmente definido como crime contra a propriedade (...) Assim, somos forçados a reconhecer que as declarações modernas dos direitos humanos tragam consigo a violência e produzam o medo. São fonte de medo, em lugar de serem fonte de emancipação.⁴

Diante desse realismo cru, vale a pena continuar estudando a função social do direito de propriedade, pois o desafio está em demonstrar que essa realidade se deve, em boa parte pelo menos, ao descumprimento de uma função que ele, historicamente, *não respeita!*

Partindo da aparente contradição exclusão-inclusão, acima enunciada, tem-se de responder à pergunta-chave desse debate: É possível entender-se a função social como inserida em direitos de cujo objeto os mesmos somente podem excluir pessoas, de forma indeterminada, *sob a condição de incluir interesses e, ou, direitos alheios, como dever próprio e de forma determinada?*

Pelo sim, pelo não e pelo talvez, há de se encontrar explicação e justificativa, o que, por si só, demonstra a dureza da terra em que estamos arando.

Para sustentar o sim ou, quando menos, o talvez, escolhemos três caminhos que estão abaixo separados, mas todos convergindo na mesma direção.

Primeiro, examinar-se-á a extensão do poder jurídico do direito de propriedade, para reafirmar que a exigência de ele respeitar sua função social decorre do fato de que o mesmo não só se exerce sobre coisas, no caso, imóveis urbanos, como sobre pessoas, no caso, toda uma multidão de não proprietários, conforme a advertência de Chauí acima transcrita, os quais, dependendo da obediência ou não do proprietário à dita função, estão legitimados a se adjudicar, justamente, *ao mesmo espaço urbano titulado por aquele direito.*

Depois, estudar-se-á o chamado “bem coletivo”, o “bem-estar dos cidadãos”, como referência obrigatória do exercício do direito de propriedade privada urbana, já em consonância com o disposto no *caput* do art. 182 da CF e o seu parágrafo 2º, além do art. 1º, parágrafo único do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001).

Finalmente, examinar-se-ão as necessidades vitais alheias ao do proprietário urbano, cuja satisfação traduz direitos humanos fundamentais de não proprietários – particularmente o da moradia, segundo o art. 6º, *caput* da CF, na redação que ao mesmo deu a Emenda Constitucional nº 26/2000, e, igualmente, o art. 39 do Estatuto da Cidade – que correm o risco de serem inviabilizados, no caso de descumprimento da função social desse direito.

Como se observa, esses três caminhos dirigem-se a um “território” urbano, no qual o espaço “apropriado” pelo direito de propriedade não se constitua num

⁴ *Direitos humanos e medo.* São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 25, grifo da autora.

espaço inapropriado à dignidade humana de todos os cidadãos que ali residam; que eles possam viver em harmonia tanto pessoal quanto territorial com ela, o que implica dizer que, não raro, em matéria de solo urbano, a chamada autonomia privada está, mesmo, é “privada” de autonomia, se essa for entendida, como acontece frequentemente com a chamada liberdade de iniciativa, sob chave de leitura exclusivamente econômica.⁵

1 Poderes do proprietário de imóvel, em sua peculiar situação relativamente ao entorno urbanístico. Possível “gradação de eficácia de tais poderes”

Não há dúvida sobre o fato de que o tratamento jurídico do solo rural, destinado à produção vegetal e à criação de animais, é bem diferente do solo urbano. O que não se pode deixar de considerar, entretanto, é que o suporte físico de ambos, a terra, contém potencialidades indispensáveis à vida, e à vida de todas as pessoas, não somente a dos proprietários, coisa que frequentemente escapa à cogitação dos intérpretes das leis e dos fatos:

O solo é incomensurável em seu valor, tanto para os particulares como para o povo em seu conjunto. Nele se radicam a fonte de alimentação das gentes, as riquezas criadoras dos instrumentos elementares para a satisfação das incontáveis necessidades vitais, e todo sistema habitacional dos seres humanos. Dele se extraem as substâncias curativas e de fortalecimento, as possibilidades inesgotáveis de recreio e lazer e, sobretudo, nele se exerce, basicamente, a liberdade essencial do homem de ir e vir. O solo é toda a hipótese e possibilidade de vida.⁶

Encarado sob o ponto de vista do poder jurídico atribuído ao direito de propriedade, ninguém põe em dúvida a extraordinária capacidade que esse direito tem de inviabilizar aqueles destinos, por permitir uma concentração aleatória de espaço urbano na mão de quem maior poder econômico tiver para tanto. Assim, quando a um tal poder impõe-se um vínculo social, não necessariamente interessante ao seu titular, justamente no sentido de garantir tais destinos em favor de terceiros necessitados, a dificuldade em ultrapassar-se a lembrada antinomia exclusão-inclusão parece poder ser superada (?), justamente pelo exame dos graus de poderes jurídicos que, em cada um daqueles termos, o direito reconhece.

⁵ Veja-se, adiante, no rumo da conclusão deste apontamento, a diferença entre “*oikonomia*” e *crematística*”.

⁶ HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Tratado de derecho civil: derechos reales*. Madri, 1955, *In*: CHALUB, Melhim Namem. *Propriedade imobiliária, função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.1.

Quando se diz “o direito reconhece”, pode-se esquecer que a própria aplicação do ordenamento jurídico, em matéria de propriedade privada de terra, frequentemente ignora os limites da sua própria “politização de poder”, supervalorizando um grau de eficácia que ele, de fato, nem tem, como Nyklas Luhmann adverte, com mais um oportuno realismo:

Na medida em que um sistema político é diferenciado, mostra-se que ele possui outro poder além de si – primeiramente o de outras sociedades, outros sistemas políticos, mas também o da propriedade da terra e mais tarde, sobretudo, o poder financeiro.⁷

“Outro poder além de si.” Tomando posição inspirada na comparação de algumas lições antigas com outras mais recentes que, embora conscientes daqueles “limites de politização do poder”, refletem a possibilidade de o direito de propriedade privada urbana se adequar à sua própria função e à função das cidades, tentar-se-á enfrentar o problema dos conflitos que nascem entre esses poderes.

1.1 Os direitos como linhas em movimento que se cruzam, de acordo com a intensidade de poder que os conforma

Usando uma imagem física muito ao seu estilo, afirma Pontes de Miranda que os direitos se movimentam, lançam-se como linhas que demarcam as sociedades e os lugares onde elas vivem: “Todo o direito subjetivo é linha que se lança em certa direção. Até onde pode ir, ou até onde não pode ir, previsto pela lei, o seu conteúdo ou o seu exercício, dizem-nos as regras limitativas, que são regras que *configuram*, que traçam a estrutura dos direitos e da sua exercitação. O conteúdo dessas regras são as *limitações*. Aqui, principalmente nos interessam as limitações ao conteúdo. O domínio não é ilimitável. A lei mesma estabelece limitações. Nem é irrestringível”.⁸

Independentemente da insuficiência histórica de ordenamento jurídico cobrir todas as lacunas, independentemente do debate que se trava sobre a diferença entre as limitações administrativas (cuja imposição cabe ao Estado) e a função social da propriedade (dever ou obrigação do proprietário), se tais linhas representarem os poderes dos proprietários privados, pode-se dizer que a velocidade do seu movimento e a extensão que elas podem percorrer estão definidas, quando menos do ponto de vista da sua “qualidade” jurídica, pelo que a Constituição Federal chama de “pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade” e da garantia do “bem-estar de seus habitantes” (art. 182 da CF).

⁷ *Poder*. Tradução de Martine Creusot de Rezende Martins: Brasília, UNB, 1985, p. 76.

⁸ *Tratado de Direito Privado*, v.11. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 18.

A mesma Constituição, agora seguida pelo Estatuto da Cidade e pelo novo Código Civil, tratou de fornecer alguns instrumentos legais e referências tipicamente externas ao direito de propriedade privada, cuja aplicação traduzisse essas duas finalidades (Plano diretor, sanções diversas ao desuso e abandono dos imóveis urbanos, IPTU progressivo, edificação e parcelamento compulsórios, desapropriação paga em títulos da dívida pública, prazo de usucapião reduzido, inclusive para ser usado de forma coletiva, etc...).

O princípio constitucional da função social da propriedade urbana, nesse quadro, pode bem significar o ponto de intercessão dessas linhas jurídicas que se cruzam, não havendo como se afastar, portanto, a perspectiva de possíveis conflitos político-jurídicos pela escolha que o intérprete das leis e dos fatos fizer, com competência para isso, sobre a prevalência, ou não, de uma linha sobre outra, isso não pode ser feito sem reexaminar-se, como abaixo pretende-se fazer, o tratamento até aqui dispensado ao chamado direito adquirido de propriedade privada sobre solo.

Contudo, o que precisa ficar assente desde agora é o fato de que, examinados em detalhe os arts. 182 e 183 da CF, com todos os seus parágrafos, bem como todos os instrumentos de disciplina do solo urbano baixados com o novo Estatuto da Cidade e o novo Código Civil, é impossível deixar-se de constatar que o solo urbano sob domínio privado está todo ele direcionado, hoje, para fins transcendentais ao titulado por aquele direito, *pelos quais é responsável o proprietário*, independentemente das muitas limitações administrativas a que está sujeito esse direito hoje, algumas delas acima lembradas.⁹

Quando e onde tais fins, decorrentes da função social do direito de propriedade privada urbana, temperam o poder “quantitativo” do seu titular para excluir, em favor do dever “qualitativo” de incluir interesses e direitos de não proprietários e das funções sociais da cidade, convergentes sobre o próprio objeto do direito de propriedade, é coisa que exige análise mais atenta aos lugares e aos modos pelos quais esse direito exprime gozo e exercício.

Essa exigência, que poderia parecer completamente dispensável por sua obviedade, tem amargado histórica desconsideração, quem sabe até pela maioria dos intérpretes das leis e dos fatos que envolvem problemas urbanos, pela circunstância de produzirem o seu trabalho hermenêutico num “lugar social” de onde é impossível a vista alcançar toda a tragédia humana que pode ser causada por aqueles gozo e exercício.

Convém examinar-se mais de perto, pois, as causas pelas quais essa distância tem de ser encurtada, para que a convergência das linhas em movimento

⁹ Baseados em Stefano Rodota, já examinamos a função social da propriedade como o concreto modo desses fins transcendentais serem alcançados. *op. cit.* p. 177 e seguintes.

entre os direitos que se cruzam sobre as cidades e as pessoas garanta à função social desses constituir-se em uma função “apropriada”.

1.2 Possíveis efeitos jurídicos decorrentes da diferença entre capacidade de gozo e capacidade de exercício, presentes no direito de propriedade privada

Os antigos manuais de Direito Civil, como, por exemplo, o de Serpa Lopes, dedicavam uma atenção maior à diferença jurídica perceptível na conduta dos chamados sujeitos de direito, em relação aos bens patrimoniais, que eram decisivas para medir o poder dos mesmos, especialmente para a celebração de negócios jurídicos. Essa diferença separa a capacidade de gozo da capacidade de exercício do direito.

É o que se depreende do seguinte texto: “A primeira – capacidade de gozo – é conatural ao homem. O próprio Código Civil declara-o no seu art. 2º (o autor se refere ao Código de 1916): *todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil*. No mundo moderno não há mais espaço para uma incapacidade de gozo, num sentido geral. Só a incapacidade de exercício é que pode tomar esse aspecto geral, compreendendo a vedação da prática de qualquer ato, como sucede nas incapacidades que atingem o louco ou o menor de 16 anos. Portanto, a incapacidade de gozo somente pode ser entendida num sentido especial.” (...) “Isto, que se denomina capacidade de gozo, passou a ser chamado, modernamente, *legitimação*, fenômeno não recente, refere Carnelutti, mas que, nada obstante, permaneceu na penumbra por longo tempo, confundido com a capacidade de gozo. Carnelutti traça, então, a diferença entre a noção de capacidade (*de gozo*) e a de *legitimação*. A primeira – a *capacidade* – depende de uma *qualidade*, quer dizer, de um modo de ser do sujeito em si, enquanto que a *legitimação* resulta de uma *posição* sua, isto é, de um modo de ser seu *em relação com os demais*. Em resumo: para Carnelutti, *a legitimação consiste no dever ser ou não ser o agente, ou igualmente o paciente, sujeito de uma relação jurídica relativamente ao bem sobre o qual se desenrola o fato. Para que este produza determinadas consequências de direito*.” “E porque pode atingir tanto o poder de dispor como o de adquirir, legitimação pode ser tomada quer num sentido ativo quer no passivo. Enquanto a capacidade é um pressuposto subjetivo do negócio jurídico, a legitimação é um pressuposto subjetivo-objetivo”.¹⁰

Dessa lição podem ser retiradas outras para o que, aqui, nos ocupa. A primeira é a de que, diferentemente do direito de propriedade privada, uma das capacidades

¹⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, v. I, p. 268 e seguintes. Grifos do autor.

de gozo de direitos “conaturais” às pessoas e que “legitimam” as suas defesas perante outros direitos que, porventura, entrem em conflito com elas é a da satisfação de necessidades vitais, como as de alimentação e moradia, por exemplo. Nenhum sentido faz uma capacidade de gozo de tais direitos, que não encontre espaço completamente desobstruído na capacidade de exercício.

A segunda é a de que essa “legitimação” é reconhecida a um sujeito por sua “posição”, *um modo de ser* frente aos demais sujeitos, o que, por si só, talvez seja suficiente para advertir quão equivocados se encontram aqueles defensores da propriedade privada que continuam repetindo “antigas lições” (Geraldo Vandré cantou isso de maneira genial) do tipo que reafirma o poder *erga omnes* dos direitos reais, como se o gozo desses direitos dispensasse seus titulares de ignorarem as consequências inerentes ao seu exercício, sobre interesses e direitos alheios.

A terceira, é de que essa legitimação está situada, tem de ser aferida num determinado lugar, o que significa, no contexto da propriedade privada urbana, ter de compatibilizar o “subjetivo” do proprietário que goza do seu direito, com o “objetivo” do exercício do seu mesmo direito, condicionado por um entorno de outros sujeitos, com outros interesses e direitos, de um território com outras exigências não exclusivamente privadas.

Na perspectiva de que, pelo menos no sistema econômico capitalista vigente em nosso país, o direito que mais conflita com aqueles “conaturais” direitos humanos é justamente o direito de propriedade, a ponto de tal conflito ser reconhecido como *permanente*, como explica Paulo Renato Souza, quando retrata o chamado “exército industrial de reserva”,¹¹ parece lógico que a função social desse direito somente alcança alguma chance de eficácia se a capacidade de gozo inerente ao mesmo não obtiver poder igual ao de inviabilizar, na ponta da capacidade de exercício, qualquer possibilidade de espaço para quem não titule propriedade imobiliária.

Então, a possível mas pouco provável futura imposição do chamado “módulo máximo” de propriedade privada sobre solo urbano, limite de expansão do direito sobre espaço que já conta com tantas propostas no âmbito do Direito Agrário, teria de ser examinada agora, sob as diferenças que esse solo impõe, estudo esse que, pela sua complexidade e relevância, não caberia ser feito aqui.

Em todo o caso, parece claro que, se o poder de excluir for prevenido na esfera de gozo do direito (*sob a condição de...*) e o dever de incluir prevalecer no

¹¹ Em *O que são emprego e salários*, São Paulo, Brasiliense, 1981, p. 42/43, esse autor afirma que “em sua expansão, o núcleo capitalista da economia está *permanentemente* gerando seu exército industrial de reserva” (grifo do mesmo). Não é preciso grande capacidade de discernimento para identificar-se aí, além de uma das causas visíveis da luta de classes, o contingente das muitas vítimas de violação da função social da propriedade que, por sua condição de pobreza ou miséria, somente consegue garantir o seu direito de morar nas cidades, por exemplo, fora dos lugares admitidos como “legais”, justamente pelo valor do salário que recebe.

seu exercício (*com a finalidade de...*), essa aparente antinomia de exclusão-inclusão pode perder muito do seu apelo racional, já que, se o “social” não for separado do gozo e se a função não for separada do exercício, tanto a autorização para excluir já nascerá limitada no gozo, quanto o dever de incluir já nascerá instrumentalizado no exercício.

A propósito, no que se refere à propriedade imobiliária da terra, Franz Wieacker chega ao ponto de afirmar que, pela função dessa espécie de direito de propriedade, ela está “determinada enquanto ao seu conteúdo, por um proceder apropriado à coisa”, não passando de “uma atribuição de administração fiduciária”.¹² De forma *jurídica*, pois – e não de todo estranha ao novo Estatuto da Cidade, reconheça-se – o autor demonstra a possibilidade significativa de a função social ser garantida pela “propriedade da função”.

Aliás, a exclusão sob a condição da inclusão é muito frequente no gozo e no exercício de outros direitos gravados por função. Considere-se o voto, por exemplo, um direito-função dos mais relevantes para marcar o regime democrático de qualquer estado de direito; o eleitor exclui todos os candidatos que não quer ver eleitos para incluir aqueles que ele quer; considere-se uma simples reunião de condomínio, na qual os condôminos o que mais fazem é excluir comportamentos inadequados à boa vizinhança, para incluir posturas que melhor garantam o bem-estar de todos. Considerem-se os relevantes direitos implicados nas discussões dos orçamentos participativos; ali, os participantes das assembleias excluem a destinação das verbas que consideram não prioritárias para incluir as prioritárias. Considere-se até a sentença judicial: o (a) juiz (a) exclui a argumentação e a prova de uma das partes para incluir a argumentação e a prova de outra...

1.3 O cumprimento da função social da propriedade privada como responsabilidade objetiva do titular desse direito

Visto o cumprimento da função social do direito de propriedade privada, de outro lado, como responsabilidade do seu titular, e tendo em conta as balizas constitucionais que, tanto para o meio urbano, quanto para o meio rural, estão previstas para o gozo e exercício desse direito, parece claro que tal responsabilidade é *objetiva*, seja para aferição dos efeitos jurídicos que ela desencadeia, no plano do direito material, seja para a distribuição do ônus da prova, no plano do direito processual.

Outra lição antiga, a respeito, também de Pontes de Miranda, esclarece o ponto. Na época em que o volume 5 do seu conhecido *Tratado* veio a lume em 3ª

¹² In: RAISER, Ludwig *et al.* *Tratado de Derecho Civil (Derecho de Cosas)*. Tradução de Blas Pérez Gonzalez e José Alguer. Barcelona: Casa Editorial Bosch, v. I, 1970, p. 327.

edição (Rio, Borsoi, 1970), quando os interesses difusos feridos por maus exercícios do direito de propriedade ainda não tinham recebido tratamento adequado de defesa, como a ação civil pública, por exemplo, quando o Código de Defesa do Consumidor nem tinha sido promulgado, ele já fazia referência aos atos danosos que um determinado titular de direito poderia praticar contra terceiros, independentemente de se investigar da sua culpa: “Ainda que se tenha de chegar à conclusão de que o dever de indenizar *nada* tem com o dever das pessoas sujeitos passivos totais, é preciso que, na investigação se examine o que se encontra no mundo jurídico, como fato sem culpa que obriga à indenização. Tem-se levado em conta, em demasia, o ser em tais atos ligados à indústrias ou atividades ilícitas (?). Ora, já aí há confusão, e grave, entre a periculosidade da indústria ou atividade e a ilicitude do fato sem culpa., ocorrido dentro dessa indústria ou atividade. Se se passa à outra espécie, que é a das indenizações por haver interesse público, ou privado, de importância maior, bem à mostra fica que *algo* preexiste ao ato sem culpa algo a que se tem de atender e por conseguinte se há de reparar o dano. Tanto ali quanto aqui, há esfera jurídica alheia, há direitos, quase sempre, de sujeitos passivos totais a que se causa dano. A infração de quem explora a indústria perigosa, se ocorre dano, é do dever de não lesar o direito, em que o explorador de tal indústria é sujeito passivo: responde pelo fato sem culpa, porque a causa está na exploração da indústria; a ofensa é à relação jurídica do direito lesado, e não há relação jurídica da permissão publicística da indústria. Não é o direito privado que permite a indústria perigosa; é o direito público. De modo que a ofensa ao direito privado está à base da responsabilidade pelo fato sem culpa, porque é anterior a esse e independente desse; há, antes desse fato sem culpa, o dever de pessoa que está incluída na totalidade das pessoas sujeitos passivos da relação jurídica de que é conteúdo ou efeito o direito lesado. A discussão sobre o fundamento da regra jurídica de reparação pode variar sem que varie o fundamento da outra regra jurídica, que sugeriu a regra jurídica de reparação. Essa é assunto dos atos ilícitos e fatos ilícitos; aquela, a respeito do *dever*”.¹³

A partir daquela expressão oportuna “De modo que a ofensa ao direito privado está à base...” e a partir do *dever* que o autor sublinhou na parte final desse texto, não há como afastar-se o fato de que tal lição se aplica, exatamente, aos efeitos do descumprimento da função social da propriedade.

O risco desse descumprimento e as consequências que ele provoca sobre toda a cidade e a sociedade que nela vive, não por se verificarem sem a visibilidade da indústria perigosa, deixam de ser até mais danosos do que essa.

¹³ *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. 5, p.434/35.

Talvez aí tenha habitado algumas das razões pelas quais Leon Duguit, sempre lembrado em matéria de função social, tenha negado à propriedade privada até o seu caráter de direito. Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho recordam-no: “De uma maneira geral, toda situação jurídica subjetiva é, em verdade, uma afetação de uma certa riqueza (objeto material, execução de um trabalho) a um fim determinado, individual ou coletivo, afetação garantida por uma via de direito.” (...) “A propriedade é protegida pelo direito; mas ela não é um direito; ela é uma coisa, uma utilidade, uma riqueza.” (...) “Ou bem, o proprietário coloca-a em uso e em gozo sem encontrar resistência e então a sanção não intervém. Ou bem ele encontra uma resistência, e então, a sanção social intervém sobre a sua demanda para remover o obstáculo. A propriedade, é a coisa ela mesma.” (...) “Uma situação de direito objetivo...uma situação de fato: a afetação de uma utilidade total da coisa a um fim determinado.”¹⁴

Sem saudosismo, pela teoria positivista tão antiga desse conhecido pensador do direito, parece que os arts. 1º, parágrafo único, e 39 do novo Estatuto da Cidade dão-lhe quando menos razão parcial, se se considerar que a coisa solo urbano consistente em utilidade e riqueza, tem dois fins bem determinados que vão analisados adiante: o bem coletivo e as necessidades dos cidadãos.

Para Duguit, a função social se exprime no fato de que “todo indivíduo tem na sociedade uma certa função a cumprir, uma certa obra a executar. E aí se encontra precisamente o fundamento da regra de direito que se impõe a todos, grandes e pequenos, governantes e governados”.¹⁵

Algumas páginas antes, o equilíbrio tão procurado entre direito-poder e poder-dever, dizem os Espínola: “A realidade, segundo DUGUIT, é que ‘a regra objetiva’, por isso mesmo que existe, implica para todas as vontades individuais, e isso nos mesmos termos e na mesma medida, quaisquer que sejam os titulares dessas vontades, *um poder de querer um efeito de direito*, um *pouvoir-vouloir*, um *Wollen-durfen*. Inversamente, um *dever de querer* se impõe a toda vontade individual; uma vontade individual, qualquer que seja, deve não querer (*doit ne pas vouloir*) uma coisa que seria contrária à solidariedade social, deve não formar uma vontade, que seria determinada por um fim não reconhecido pela regra de direito”.¹⁶

Ora, conforme tanto se tem insistido aqui, esse “direito-poder” de propriedade já nasce com a sua capacidade de gozo vinculada à solidariedade social e aquela, conforme esclarece a lição acima, somente pode *exercer* aquele direito-poder sob o dever-poder *de não querer* outras finalidades desse direito-poder que não a do bem coletivo e do respeito às necessidades dos outros cidadãos.

¹⁴ ESPÍNOLA, Eduardo; Eduardo ESPÍNOLA FILHO. *Tratado de Direito Civil brasileiro*, v. IX, *Dos Direitos Subjetivo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p.83/ 84, trad. livre, nossa, do francês transcrito pelo autor.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 76.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 69.

Existe, pois, uma resposta sim ou, quando menos, talvez, à possibilidade de o princípio da função social traduzir-se por uma “propriedade” no sentido de apropriada à mesma função.

Casuisticamente, para prevenir ou remediar conflitos que envolvam o direito de propriedade e posses não tituladas, bastará ao Poder Público, aí incluído o Judiciário, aproximar o seu exame da “situação da coisa”. Sob o instrumental do plano diretor, há de se convir, por exemplo, que um vazio urbano situado dentro de uma ZEIS jamais poderá oferecer defesa ao seu proprietário, pois sinaliza por sua própria visibilidade uma ausência completa de “solidariedade social”.

1.4 Poder de uso e poder de troca sobre frações do solo urbano. Relevância dessa diferença para o fim de conferir-se eficácia à função social do direito de propriedade privada urbana no seu exercício. Limites político-jurídicos do Plano Diretor

Para que o exercício do direito de propriedade privada urbana harmonize sua função social com as da cidade, por tudo o que se observou até aqui, é de grande significação *jurídica* a diferença sublinhada por Marx entre o valor (poder) de uso e o valor (poder) de troca de que são dotados os bens, para que as ausências tão comuns das garantias de acesso das pessoas aos últimos, como ocorre com a moradia, não encontrem “justificativa” na desigualdade econômica que nos aflige, como se essa, pela pobreza e miséria que reflete, devesse ser aceita como fatalidade.

Naquele raciocínio, a palavra valor pode ser aproveitada pela interpretação jurídica, com sentidos diversos quando a sua referência for o uso e quando a sua referência for a troca. No primeiro caso, à sua expressão pode ser reconhecida uma característica axiológica, capaz de julgar o uso como mais adequado ou menos adequado aos fins sociais que um determinado espaço territorial, por exemplo, possibilite; no segundo caso, essa interpretação raramente passa de um horizonte mercadológico, no qual o exame de interesse do proprietário consulta, apenas, a sua conveniência em alienar ou não alienar o mesmo espaço, por um preço maior ou menor.

Isso significa que são os latifúndios, os espaços urbanos que seus proprietários já destinam à troca, originalmente, (às vezes, até pela forma especulativa da simples “reserva de valor” em vazios territoriais) aqueles de quem se deve exigir o cumprimento da função social. Se qualquer função somente se justifica pela sua “propriedade”, no sentido de adequação a uma determinada finalidade, à obtenção não meramente hipotética de um determinado resultado, parece claro que, no solo urbano, o principal obstáculo à extensão do direito de morar para todos (função

social) é representado pelo valor de troca que preside o direito de propriedade privada sobre ele (preço).

Assim, o poder de uso desse espaço fica “privado”, apenas, para quem tem poder econômico de adquiri-lo. Ninguém questiona isso, embora aqui se encontre, talvez, a principal razão pela qual, dos três principais direitos impostos pela burguesia triunfante na revolução francesa, o da propriedade antecipadamente reservada para alguns – “em função” do seu poder econômico – negou, e cada vez com força maior, a “função” da liberdade e da fraternidade para os demais.

É ingrata, pois, a tarefa de tornar “apropriada” a função social da propriedade privada, se ela já nasce contrariando essa poderosa realidade anterior, um dado que, introjetado e geralmente aceito por toda a cultura ocidental, acentua e reclama muito mais a defesa da propriedade já adquirida, a pretexto de que ela é que é a verdadeira garante da liberdade (liberdade de iniciativa identificada com liberdade econômica de mercados), do que o acesso de todos a bens indispensáveis à vida como é o caso da terra. Por isso, a privatização da água vem por aí a galope e, talvez, até a do ar venha permitir no futuro a sua mercancia.

O tom apocalíptico que tem marcado todo o discurso jurídico e ético-político que denuncia as dramáticas violações de direitos humanos praticadas pelo mau uso do direito dessa propriedade reduzida ao seu poder de troca está muito longe de abalar essa forma de distribuição do espaço, conforme advertiu, de maneira irretorquível, Boaventura de Souza Santos no seu *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*.¹⁷

À enormidade de tal desafio, multidões de pessoas sem-teto e de sem-terra têm respondido com ocupações massivas de solos sobre os quais os correspondentes direitos de propriedade estão bem ou mal exercidos. Em contexto já identificado por Marilena Chauí (nota 3, supra), as reações a tais gestos de defesa de direitos humanos fundamentais divergem segundo o lugar social donde elas partem, mas, de ambos os lados, com poderosos argumentos de ordem jurídica: dos proprietários, cujas terras foram “invadidas” ou “ocupadas”, trata-se de crime passível de pena; dessas multidões, trata-se de defesa legítima do direito à vida delas ou, na pior das hipóteses, gestos excluídos de ilicitude por configurarem estado de necessidade.

A primeira reação está sustentada preferencialmente pelo poder (valor) de troca da terra, e a segunda, inquestionavelmente, pelo valor (poder) de uso desse bem. No momento em que tudo isso sobe às hipóteses legais que descrevem essa realidade, portanto, não é que as funções sociais da propriedade privada urbana encontrem-se sem fundamento suficiente e compatível com as da cidade. É que

¹⁷ “O segundo axioma (o autor está se referindo a axiomas da modernidade) é o da legitimidade da propriedade privada independentemente da legitimidade do uso da propriedade.” São Paulo: Cortez, 1999, p. 321.

a ponderação dos “valores”, aí principais, axiológicos, de tais funções, não pode ser afastada do horizonte de qualquer intérprete da lei e dos fatos.

Isso é motivo suficiente para convencer de que a instrumentação constitucional da função social da propriedade privada urbana, se tem que ser prevista *no* Plano Diretor, não será aferida e, muito menos garantida, *pele* Plano Diretor.

Entendimento contrário transformaria o meio em fim, dando ao tijolo, que não distingue valor de uso nem de troca, poder independente da mão, consagrando-se erro denunciado por Eros Roberto Grau: “não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”.¹⁸ Para o que nos interessa aqui, isso significa que, se o art. 182, parágrafo 2º, aponta o plano diretor como o instrumento básico de disciplina da função social do direito de propriedade, o art. 5º inciso XXIII, por estar inserido no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, adverte qualquer intérprete de que existe precedência de vinculação adequada da propriedade privada urbana, sob a chave de leitura das condições de eficácia daqueles direitos, grande parte deles, como se sabe, em crise permanente de efetividade material, justamente por se encontrarem em conflito com o direito de propriedade.

As dificuldades inerentes à exata configuração da função social do direito de propriedade, então, condenariam-na ao limbo da ineficácia, se ela se reduzisse ao desenho abstrato do plano, sem conferir poderes de uso e de troca que o exercício daquele mesmo direito que ela vincula provoca sobre o solo urbano, coisa que o bem-estar coletivo e as necessidades dos cidadãos previstas no Estatuto da Cidade desmentem categoricamente, submetendo a função social do direito de propriedade às funções sociais da cidade onde ele se exerce.

De resto, se a função social desse direito tivesse de ser aferida, apenas, conforme o plano diretor, poder-se-ia chegar à conclusão, sem dúvida absurda, de que todas as milhares de cidades brasileiras que não dispusessem de uma lei desse tipo, teriam ficado sem a possibilidade, antecipada e automaticamente, de exigir de todos os proprietários privados residentes nos seus territórios, o cumprimento da função social de seu direito.¹⁹

¹⁸ *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*: São Paulo, RT, 1990, p. 181.

¹⁹ Sobre efeitos jurídicos do plano diretor, com toda a influência que o mesmo possa ter na investigação do cumprimento da função social da propriedade, são muitos os estudos já desenvolvidos no Brasil, alguns anteriores, outros posteriores ao Estatuto da Cidade. Dão exemplo disso SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 1995; SAULE JUNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro: ordenamento constitucional da política urbana: aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997; FERNANDES, Edesio (org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001; FERNANDES, Edesio; ALFONSIN, Betânia de Moraes. *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. LEAL, Rogerio Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998; OSORIO, Leticia Marques (org.). *Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002. MATTOS, Liana Portilho (org.). *Estatuto da Cidade comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

O chamado “núcleo essencial” do direito de propriedade privada urbano não está sendo violado pela forma com que a função social desse direito frente à da cidade está sendo aqui considerada? Pretende-se responder negativamente a tal questionamento a seguir, desenvolvendo-se o exame das referências que o Estatuto da Cidade exige das funções sociais, para bem poder-se ajuizar das prioridades que a lei deu ao destino do solo urbano, se são as do valor (poder) de troca ou as do valor (poder) de uso que nele estão presentes.

2 A propriedade privada urbana e sua compatibilidade (ou incompatibilidade?) com as funções sociais da cidade, aqui identificadas com o “bem coletivo”

Para que o núcleo essencial do direito de propriedade privada urbano fosse considerado ferido pelo que foi dito acima, ter-se-ia de considerar o fato de que não se encontra, salvo equívoco nosso, nenhuma conceituação ou defesa mais eloquente ou acirrada do “núcleo essencial” daquele direito, que se compare, *em poder (!)*, com qualquer “núcleo essencial” de um direito humano fundamental como é o da moradia, por exemplo, e, se o respeito que se deve a esse, não pode ser excluído da função social da propriedade privada urbana, o “grau de poder eficaz” desse direito não pode ser maior do que “o grau de poder eficaz” daquele.

O que esse apontamento volta a sublinhar, portanto, é que, com a vênia devida, aqui se considera o direito de propriedade privada urbano, na forma como ele é exercido sobre grandes extensões de terra situadas nas cidades, como o principal responsável pela falta de espaço físico para o exercício de direitos humanos fundamentais de não proprietários, como o da moradia, e é justamente o cumprimento da função social desse direito que tem de ser cobrado por esse estado de coisas. Não vai haver espaço nem tempo, aqui, para se valorizar a instrumentação legal de hoje existente no país além do Plano Diretor mal lembrado acima, no sentido de somar à força vinculativa de sua função social as limitações administrativas à propriedade privada.

Reafirma-se, todavia, o fato de que, quando está em debate o chamado “bem coletivo”, “o bem-estar dos cidadãos”, de alguma forma implicados no art. 182, *caput*, da CF e expressamente referidos no art. 1º, parágrafo único, do Estatuto da Cidade, velhíssimas polêmicas ideológicas estabelecidas entre os muitos modelos de interpretação das leis e dos fatos vêm a tona, não raro mais enfraquecendo do que fortalecendo o princípio constitucional da função social.

Elas sentem-se interpeladas por uma questão recidiva que decorre da própria movimentação econômica que “dinamiza” o chamado mercado imobiliário, num sistema capitalista como o nosso, a qual opõe o direito individual a muitos direitos

sociais: “Um direito capaz de expansão ilimitada sobre um espaço físico limitado, como é o da propriedade privada sobre solo urbano, é compatível com uma função social?”

Em meio ao ruído que esse debate provoca, de volume que mais ensurdece do que esclarece, repete-se toda a discussão político-jurídica ligada às chamadas “invasões” ou “ocupações” urbanas. Os defensores da propriedade privada, especialmente a que está sob suspeita de não cumprir sua função social, sustentam a forma com que estão exercendo o seu direito na liberdade de iniciativa prevista pela Constituição Federal (art. 1.170 *caput*, especialmente, da CF). Já os que questionam aquela forma de exercício, de regra envolvendo multidões pobres que já não encontram onde assentar o pé, exibem a sua necessidade de teto legitimados constitucionalmente pelo direito social correspondente, previsto no art. 6º *caput* da CF. O curioso é que a primeira dessas posições, não raro, apoia-se no mais do que estudado “bem comum”, previsto no art. 5º da lei de Introdução ao Código Civil, como se fosse possível um bem *comum* num mundo que, justamente, não é comum por força das desigualdades que o direito de propriedade privada gera, quando o seu modo de exercício não cumpre a sua função social...

É o caso, então, de retornar-se aos “limites de politização do poder” referidos acima por Niklas Luhmann, para tentar-se aferir em que condições o “bem coletivo” e o “bem-estar dos cidadãos”, aqui identificados como o de acesso presumivelmente garantido a todas as pessoas que residem nas cidades, fazem o sentido das funções sociais do direito de propriedade e das cidades corresponder, efetivamente, às suas referências.

Em contexto no qual faz interagir “juridicização” com “democratização”, aquele autor demonstra como o contrato (entenda-se a forma dinâmica de reprodução da propriedade privada), por ter sido enclausurado em fins considerados exclusivamente privados, acabou por ser julgado convenientemente como “apolítico”, coisa que nos permite concluir como esse tipo de artifício, visivelmente ideológico, pode bloquear a cogitação do princípio constitucional da propriedade privada para presidir qualquer decisão administrativa ou judicial sobre solo urbano, especialmente aquelas mais urgentes relacionadas com conflitos possessórios ou reivindicatórios aí travados:

A distinção fatal entre direito privado e público varreu com esta relação de todo o direito com a política, embora exatamente o direito privado tenha sido originariamente *jus civilis*, isto é, direito político. Conseqüentemente, o Estado de Direito só é discutido com respeito ao direito público. Tão importante quanto o controle jurídico da violência política é a atingibilidade da forma jurídica no relacionamento entre os particulares.²⁰

²⁰ LUHMANN, *op. cit.* p. 79.

Três importantes efeitos de ordem jurídica podem ser daí retirados para compatibilizar, quem sabe, as funções sociais da cidade com as da propriedade privada: primeiro, a impossibilidade de o “bem coletivo” ou o “bem estar dos cidadãos” ficar fora de cogitação dos conflitos mera e aparentemente interindividuais que eclodem sempre que estiverem em causa multidões pobres e proprietários de latifúndios urbanos; tais conflitos não podem mais ser julgados e solucionados pelo Direito Civil puramente “privado”, coisa que Pietro Perlingieri²¹ e Ricardo Lorenzetti²², particularmente, também condenam com qualificadas razões; segundo, o serem aquelas mesmas funções devedoras do respeito devido aos direitos humanos fundamentais de pessoas não proprietárias urbanas, já que “o controle jurídico da violência política” tem de “atingir” o “relacionamento entre os particulares”, violência essa que aparece, justamente, no desrespeito às referidas funções e, conseqüentemente, à “eficácia horizontal” dos direitos humanos fundamentais; terceiro, e como decorrência lógica dos dois primeiros, a justiciabilidade que deve ser garantida aos titulares de direitos humanos fundamentais feridos pelo desrespeito às ditas funções.

Quando Luhmann reclama controle sobre a violência política assemelhando-o à violência privada, parece provar que todos os graus de eficácia dos direitos correspondentes a tais controles serão medidos de acordo com o poder que lhes emprestar o intérprete dos ordenamentos jurídicos que os disciplinam, realidade suficiente para explicar, mas não justificar, a grande diferença de eficácia que se garante aos direitos humanos civis e políticos, e aos direitos humanos sociais.

Isso seria suficiente, porém, para explicar e justificar a função social da propriedade, como forma privilegiada de equilibrar tais poderes, não só por dever de Estado para com a dignidade da pessoa humana que não é proprietária, mas como obrigação dos proprietários para com o mesmo Estado e toda a sociedade civil em função da qual o primeiro existe.

Aliás, a dignidade da pessoa humana, tão presente nos primeiros artigos da CF, é um valor que tem sido afastado de cogitação no âmbito interpretativo da função social, não sem razão, deve-se dizer com grande constrangimento, porque ela transpira valores éticos, psicológicos e até sentimentais, considerados impertinentes a tal horizonte. Entre os primeiros está a solidariedade, para a qual o direito de propriedade privada, historicamente, nunca mostrou afinidade jurídica ou, até mesmo, simpatia.

Enquanto os cidadãos (palavra com a mesma raiz de cidade...) necessitados não alcançarem uma consciência ético-política de que a defesa da sua dignidade

²¹ *Perfis do Direito Civil*: introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria C. de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

²² *Fundamentos do Direito Privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

própria é pessoal e espacialmente indelegável, sem deixar de ser solidária, territorial e temporalmente improrrogável, e enquanto os proprietários privados urbanos de grandes extensões de terra não conseguirem compatibilizar a sua autonomia privada com a solidariedade, toda discussão aqui desenvolvida em torno do bem coletivo, não passará de um mero exercício da razão: “Dizemos que se trata de uma exigência da solidariedade porque essa é algo mais que a mera constatação da necessidade do outro: exige um comportamento enquanto valorização ética da relação com os demais”.²³ “A solidariedade requer não só assumir os interesses do outro como próprios, sem quebrar sua própria identidade, como também assumir os interesses comuns do grupo (a velha intuição romana das *res communes omnium*) assumindo também a responsabilidade coletiva.”²⁴

3 A propriedade privada urbana e sua compatibilidade ou incompatibilidade com a satisfação da necessidade vital de morar dos não proprietários, satisfação essa aqui identificada como a principal função social da cidade

Uma distinção teórica entre “crematística” e “oykonomia” parece não ser muito considerada no mundo do direito, mas não por isso, como se pode constatar em seguida, deixa de prestar bons serviços à garantia de eficácia da função social do direito de propriedade em sua relação inseparável com a da cidade:

a oikonomia (1) considera o longo prazo mais que o imediato, (2) considera os custos e benefícios *para toda a comunidade* e não somente para os participantes num negócio e (3) focaliza o valor concreto de uso das coisas e não apenas o seu valor de troca (...). Tudo pode ser resumido assim: “para a oykonomia existe algo como suficiência; para a crematística sempre é melhor o mais”, quer dizer, ela não tem sentido de limites ao crescimento. Qualquer pessoa de mediana cultura hoje reconhecerá que a ciência econômica hoje é pura crematística. Existe em seu estudo a fé implícita de que uma riqueza crescente será realmente benéfica para as pessoas. Julgo que um olhar superficial para o mundo pobre de hoje, pelo menos do ponto de vista do “Sul”, manifesta sem dúvida que essa fé não se pode sustentar no mundo real empírico em que todos comemos e procuramos abrigo.²⁵

²³ Tradução livre nossa, do espanhol para o português retirada de LUCAS, Javier de. *El Concepto de Solidaridad*. México: Distribuciones Fontamara S.A., 1998, p. 30.

²⁴ *Op. cit.* p. 27/28.

²⁵ PIXLEY, Jorge (coord.) Um apelo da bíblia: lutar por uma sociedade mais humana. In: *Por um mundo diferente: alternativas para um mercado global*. Tradução de Orlando dos Reis. Petrópolis, Vozes, 2003, p. 76.

Note-se a oportunidade dessa lição, para se fazer bom juízo das relações que o ordenamento jurídico urbanístico brasileiro pretende garantir, entre as funções sociais da cidade e as do direito de propriedade.

Se “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos, quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei”, como lê-se no art. 39 do Estatuto da Cidade, esse texto mostra que num mundo de relações humanas como esse da *oikonomia* e da *crematística*, o movimento, a mudança, a transformação, a construção do espaço urbano, são contínuos. Confirma-se integralmente, pois, o ensinamento de Milton Santos, segundo o qual o solo das cidades se constitui de um sistema de ações combinado com um sistema de objetos, onde se separam espaços entre áreas “luminosas”, nas quais vivem seguramente as pessoas com capacidade econômica para ali viverem, e “opacas”, “espaços do aproximativo e não (como as zonas luminosas) espaços da exatidão, espaços inorgânicos, abertos e não espaços racionalizados e racionalizadores, espaços da lentidão e não da vertigem”.²⁶

É evidente, então, num tal quadro de variação trepidante, que a referência que a propriedade privada deve às necessidades alheias, por obrigação inerente à sua função social, não aguenta conviver com o direito adquirido sobre terra, pelo menos nos moldes hermenêuticos que presidem a compreensão desse direito, atualmente.

As referências, pois, do “bem coletivo” do “bem-estar dos cidadãos” das “necessidades dos cidadãos”, tão enfatizadas pelo Estatuto da Cidade, não se separam mais do sentido que aquele direito tem, o que significa que elas merecem ser julgadas com poder idêntico ao titular do domínio da terra urbana, que tem o seu título registrado em cartório. Aliás, pelos próprios valores que explicam e justificam essas referências, a sua expressão legal não passa de declaratória, não parecendo razoável considerar-se como diminuído o poder do proprietário sobre o objeto do seu direito. O que houve foi explicitação de um poder cuja grandeza, justamente por força do descumprimento da sua função social, vinha sendo, historicamente, superestimado.

É justamente nisso, todavia, que reside um dos maiores obstáculos à efetiva operacionalidade do princípio constitucional da função social da propriedade. No viés patrimonialista, cercado de preconceito histórico-cultural de interpretação desse direito, predomina a *crematística*, associando-se a impossibilidade de questionamento do tamanho, da intensidade, do modo de exercício desse poder do proprietário ao fato de ele ter pagado pelo direito: “se eu comprei, faço com isso o que eu quero”.

²⁶ *Técnica espaço tempo: globalização e meio técnico-científico informacional*. São Paulo: Hucitec, 1996, p. 83.

Basta abrir os olhos e constatar que a grande maioria do povo é pobre e o que não pode, mesmo, é comprar, para se concluir que, na expressão acima, ao poder aparentemente absoluto da capacidade de gozo econômico da compra corresponde a relatividade da capacidade de exercício do querer, pois a falta de limites para a primeira, em matéria de aquisição de terras, resulta em monopólio do espaço, que o comprovem as estatísticas relacionadas com a concentração da propriedade privada no meio urbano.

Se o poder de comprar equivalêsse ao estabelecimento de um poder absoluto, isso equivaleria à autorização para o proprietário não exercer direito de dispor sobre espaços físicos urbanos por ele titulados, mas sim sobre vidas de pessoas, comportamento que – embora tragicamente ainda presente nos fatos – está vetado pela própria letra da lei que aqui se estuda.

Assim, quando se acusa de inconstitucionais todas as atitudes da sociedade civil em defesa da vida e dos direitos humanos fundamentais, todo ato administrativo ou todas as sentenças que, de alguma forma, limitam ou restringem a liberdade de iniciativa do proprietário sobre o solo urbano, esquece-se que a propriedade privada que não cumpre sua função social é ela, sim, e antes, inconstitucional, legitimando antecipadamente os gestos de defesa contra um poder que não é legal nem legítimo, por mais que o poder do sistema econômico que o sustenta supere, de fato, o seu correspondente poder jurídico.

Ninguém põe em causa, por exemplo, as disposições do Código Civil relacionadas com o chamado “desforço imediato” que o proprietário ou possuidor urbano de um determinado imóvel pode usar em defesa do seu patrimônio. Parece hora de se conceber uma fidelidade tal ao princípio constitucional da função social da propriedade e das cidades, que legitime um desforço imediato em favor da dignidade humana dos munícipes necessitados de espaço, coisa que, no atual estado de distribuição do solo urbano, justamente pela diferença de poder entre a defesa do direito de propriedade e a do direito à dignidade, explica, mas não justifica o amontoado de gente necessitada de moradia que reside nas zonas apelidadas de “clandestinas”, “irregulares”, “favelas”, “vilas”.

Aí se encontra mais um sinal de que a responsabilidade do proprietário privado urbano pelo cumprimento da função social de seu direito tem de ser considerada, mesmo, como objetiva, pois não parece racional que o gesto de defesa da satisfação de uma necessidade vital, visível por sua própria natureza, como ocorre naqueles espaços tidos como clandestinos e irregulares, seja tratado como ilícito pelo direito, e o exercício raramente visível do descumprimento da função social da propriedade seja tratado como lícito.

Ao poder do desforço imediato para excluir (urgência em favor de um direito patrimonial que não precisa esperar nenhum “devido processo legal”) não pode continuar correspondendo o não reconhecimento de um desforço imediato para

incluir (urgência em favor de direitos humanos fundamentais à vida dos mesmos excluídos).

A indenização, pois, que o poder público paga (portanto a leitora ou leitor dessas linhas paga) nas desapropriações efetivadas sobre a propriedade privada urbana ou rural que não cumpre sua função social é o único caso, talvez, em que o direito brasileiro reconhece como legal e justo o pagamento devido a, mais do que um ato, uma atitude ilícita.

A propósito de desapropriação, por sinal, Carlos Frederico Marés mostra em que medida pode levar a equívocos a interpretação da função social da propriedade, como reduzida a esse direito, não se dando a atenção devida ao objeto sobre o qual o mesmo se exerce. Aí se esconde, de novo, a relevante diferença que existe entre a terra como bem de produção e poder de troca e a terra como bem e poder de uso, como acima já se denunciou.

Dando como exemplo a função social do direito de propriedade no meio rural, lembra Marés o art. 184 da CF, para demonstrar que a própria Carta Magna sublinha ser “o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social” sujeito à desapropriação: “Na realidade, quem cumpre uma função social não é a propriedade, que é um conceito, uma abstração, mas a terra, mesmo quando não alterada antropicamente, e a ação humana ao intervir na terra, independentemente do título de propriedade que o Direito ou o Estado lhe outorgue. Por isso a função social é relativa ao bem e ao seu uso, e não ao direito”.²⁷

Ora, então é o imóvel que está vinculado ao cumprimento dessa função, ou seja, como o título desse apontamento procura por em debate, antes da função social da propriedade, é urgente estabelecer-se um mínimo de consenso sobre a “propriedade dessa função”. Se a função de um direito, exercida sobre um objeto como é o exercido sobre espaço urbano, somente pode ser aferida sob referências como “bem coletivo”, “necessidades dos cidadãos”, do ponto de vista do direito material, e “plano diretor”, em sede instrumental, não há como se entender a função social do direito sem a conferência física, concreta, da obediência e do respeito devidos por esse espaço àquelas referências, sob pena de a função social da propriedade não significar “propriedade da função”.

Trata-se, portanto, de uma verdadeira troca. De um poder-dominância por um poder-serviço, por mais que isso possa causar estranheza a quem não consiga entender os efeitos jurídicos da solidariedade, na forma advogada por Javier de Lucas lembrada acima. Ressalvada a hipótese de se continuar perpetuando a ineficácia do princípio constitucional da função social, sem força para “princípios” o que quer que seja, aí se encontra a relação jurídica de reciprocidade capaz de

²⁷ *A função social da terra*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003, p. 116.

garantir o efetivo cumprimento do que dispõe a parte final do art. 182, *caput*, da CF, ou seja, “o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes”.

Por tudo isso, pode-se ter uma ideia do quanto de antissocial pode estar embutido na interpretação do direito adquirido sobre espaço urbano. Se esse for confundido apenas com a fria matrícula do registro de imóveis, nem a Constituição Federal, quando trata da política urbana, nem o novo Estatuto da Cidade e nem o novo Código Civil alcançarão qualquer efeito concreto e prático em favor da diminuição das injustiças sociais que marcam o solo das cidades. Enquanto não se interpretar o direito adquirido como não necessariamente sinônimo de *direito conservado* (!), vai-se continuar remando do mesmo e gasto lado do barco, sem sair do lugar.

E é fácil comprovar-se que essa sinonímia entre adquirido e conservado não existe. As novas disposições constitucionais sobre a função social da propriedade urbana, as novas disposições do Estatuto da Cidade e do Código Civil (arts. 1.228 e seguintes) comprovam-no: se o imóvel urbano de grande extensão de terra, por exemplo, capaz de abrigar no seu espaço muitas moradias, foi legalmente adquirido e está registrado, mas os poderes de pertença do seu proprietário não estão em sintonia com os poderes de destino *devidos* por esse mesmo bem (referências acima lembradas). O direito foi adquirido, é verdade, mas já não mais se conserva. Não há nenhuma heresia jurídica, portanto, em se afirmar que o direito de propriedade privada urbana que descumpra sua função social pode ser questionado não só no plano da sua validade e eficácia, como no próprio plano da sua existência.

Conclusão

Não deve ser sem alguma razão que a palavra possibilidade tem a mesma raiz de posse. No rosto desse apontamento, transcreveu-se doutrina sobre a difícil equação que possa ser garantida entre eficiência e justiça social. O estudo aqui exposto à crítica tentou demonstrar que, apesar das ambiguidades que possam conter esses dois objetivos de qualquer ação humana, o segundo está tendo muito mais dificuldade de ser alcançado, justamente porque o primeiro está cheio de “razões” puramente econômicas (portanto, proprietárias), do tipo “segurança e liberdade para os mercados”, mesmo ao custo do medo, da insegurança e da ausência de liberdade para a maioria das pessoas, aquelas que não alcançaram eficácia para um tão sonhado direito, como é o de viver sob um teto decente.

A eficiência, pois, pode muito bem “possibilitar” ou “impossibilitar” a “posse” dos bens indispensáveis à vida pra todos, dependendo de ela ser posta “em função” de um poder de mera dominação em favor de alguns ou ser posta “em função” de um poder serviço para todos. Tentou-se provar que a função social da propriedade permanecerá ineficaz enquanto a sua “possibilidade” não traduzir uma “propriedade

de função”. Todo instrumento, como os muitos de que se compõem o Estatuto da Cidade, depende de uma operacionalidade adequada aos seus fins, ou seja, a eficiência da atividade econômica-política-jurídica, nunca chegará à justiça social se esses fins não distinguirem os dois tipos de poder acima indicados.

E o poder-serviço ainda precisa deixar-se interpelar pela urgência com que precisa ser exercido, valha a vergonhosa situação em que se encontra o solo urbano distribuído. Como ensina, com muita propriedade Jorge Precht Pizarro: “a urgência, a eficiência e a possibilidade são valores objetivos da realidade; são objetos de apreciações variáveis já que significam as exigências do concreto, as últimas determinações do tempo e do espaço”.²⁸

O autor esclarece logo depois que nem sempre a “rapidez” é sinônimo da “urgência”, o que parece reforçar a ideia de que por trás da eficiência pode muito bem se esconder a velocidade da defesa de uma propriedade privada urbana que não cumpre sua função social, que o confirmem as rápidas liminares deferidas em favor dessa propriedade, sem questionar-se a sua responsabilidade social, ao contrário da lentidão com que os direitos humanos fundamentais de pessoas pobres necessitadas de moradia são reconhecidos. As exigências do “devido processo legal” de lá (investigação do exercício conforme, ou não, à sua função) são ignoradas em favor das exigências do devido processo legal aqui (ação judicial, prova, prazos, sentenças, recursos etc.)

Assim como o tijolo pode servir para a construção de uma casa, ele também pode servir de arma para ferir uma pessoa. Com a função social da propriedade privada urbana e a das cidades, ocorre o mesmo. Poderá ela habilitar todos os necessitados de casa desse país a defender sua dignidade própria e seus direitos humanos fundamentais à cidade e à moradia. De modo semelhante, porém, ela pode servir de escudo aos titulares do domínio privado, se a instrumentação de sua aplicação permanecer relegada, como acima se denunciou, ao mundo dos conceitos, à promessa, programa, mera carta de intenção, sem afetar de maneira bem concreta o gozo e o exercício do direito de propriedade.

Melhor do que qualquer jurista, com a vênua devida, que fale sobre possíveis efeitos jurídicos da solidariedade, valor tão presente na função social, essa aparece mais frequentemente entre as vítimas da sua ausência no exercício do direito de propriedade que desrespeita aquela função. Ela é muito bem traduzida pelos gestos dessa multidão de mulheres pobres que vivem nas favelas brasileiras, em posses não tituladas. Para encorajar coletivamente o seu desconhecido e solidário poder-serviço, muito mais ligado à vida de todas do que a qualquer patrimônio, mas de

²⁸ *Fundamento teórico de las limitaciones impuestas al derecho de propiedad en razon de interes público.* Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1968, p. 148 e seguintes.

autêntico símbolo de crítica à interpretação tradicional do Direito, dizem elas, no encerramento das muitas assembleias que promovem discutindo soluções para os seus problemas comuns, colocando as mãos na testa, baixando-as ao peito e depois estendendo-as com os braços abertos: “de nada adianta pensar o serviço cá (mãos na cabeça) se ele não parte do amor-coração daqui (mãos no peito) e não alcança o gesto lá (mãos e braços abertos) de abrir-se ao outro, necessitado, injustiçado e pobre”.

Referências

- ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edesio. *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre, Sergio Fabris, 2003.
- CHAUÍ, Marilena. *Direitos humanos e medo*. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- ESPÍNOLA, Eduardo e Eduardo Espinola Filho. *Tratado de Direito Civil brasileiro*. v. IX, Dos direitos subjetivos: Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1941.
- FERNANDES, Edesio (org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*: São Paulo, RT, 1990.
- HEDEMANN, Justus Wilhelm. Tratado de derecho civil: derechos reales, Madri, 1955. In: CHALUB, Melhim Namem. *Propriedade imobiliária, função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- LEAL, Rogerio Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- LUCAS, Javier de. *El Concepto de Solidaridad*. Javier de Lucas, México, Distibuciones Fontamara S.A., 1998.
- LUHMANN, Nyklas. *Poder*. Tradução de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: UNB, 1985.
- MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.
- MATTOS, Liana Portilho (org.). *Estatuto da Cidade comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- OSORIO, Leticia Marques (org.). *Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria C. de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PIXLEY, Jorge (coord.) Um apelo da bíblia: lutar por luma sociedade mais humana. In: *Por um mundo diferente: alternativas para um mercado global*. Trad. de Orlando dos Reis. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 76
- PIZARRO, Jorge Precht. *Fundamento teórico de las limitaciones impuestas al derecho de propiedad en razon de interes público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1968.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 5.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice*. São Paulo: Cortez.
- SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*. Coimbra: Almedina, 1993.

SANTOS, Milton. *Técnica espaço tempo: globalização e meio técnico-científico informacional*. São Paulo: Hucitec, 1996.

SAULE JUNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro: ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v. I.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOUZA, Paulo Renato. *O que são emprego e salários*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

WIEACKER, Franz. In: RAISER, Ludwig et al. *Tratado de Derecho Civil (Derecho de Cosas)*. Tradução de Blas Pérez Gonzalez e José Alguer. Barcelona: Casa Editorial Bosch, v. I, 1970.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ALFONSIN, Jacques Távora. A função social da cidade e da propriedade privada urbana como propriedades de funções. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico – RBDU*, Belo Horizonte, ano 7, n. 13, p. 219-244, jul./dez. 2021.
