

O CONTROLE DA POSSE PELA FUNÇÃO SOCIAL E O COMPROMISSO COM A IGUALDADE

CONTROL DE LA POSESIÓN DE LA FUNCIÓN SOCIAL Y COMPROMISO CON LA IGUALDAD

Fábio Barbosa Chaves¹

Resumo: O conceito tradicional de posse a limita ao aspecto de atividade, pois compreende a utilização do bem e o auferimento dos resultados. O seu campo de legislativo sempre a manteve à mercê de outro instituto: a propriedade. A função social, por sua vez, aplicável ao uso do bem imóvel, em face da construção legal e do reconhecimento da preponderância já especificada, se direciona à propriedade, seja como elemento integrante do seu próprio conceito, seja como fator limitador do seu exercício. Ocorre que a posse, mesmo sendo o seu elemento exteriorizador, e nisso não há divergência, se coloca em um limbo legislativo, pois se não merece conceituação e reconhecimento legal, portanto, também não estaria apta a se submeter a exigência constitucional e infraconstitucional quanto ao cumprimento da função social, que se dirige, pelo texto legal, à propriedade. Os instrumentos legais de imposição de medidas coercitivas, com o objetivo de garantir o melhor uso do bem imóvel dentro de um ambiente urbano, por expressa previsão, direcionam-se, mais uma vez, à propriedade. A possibilidade de se exercer a posse sobre um bem imóvel, sem reunir a condição de proprietário, faz surgir a figura do mero possuidor, que, em face da discriminação legislativa, não pode ser atingida pelos institutos de proteção dos interesses sociais, sobretudo aqueles especificados no Estatuto da Cidade. O tratamento diferenciado entre o que possui título de domínio e àquele que explora diretamente o imóvel, sem tê-lo registrado, fere a igualdade, além de tornar as iniciativas de controle urbano imobiliário inócuas.

Palavras-chave: Posse. Propriedade. Função Social. Controle. Igualdade.

¹ Professor de Direito Processual Civil e Direito Previdenciário da Faculdade Católica do Tocantins. Professor de Direito Eleitoral no curso de Pós-graduação da Universidade Federal do Tocantins. Especialista em Direito Processual pela Universidade da Amazônia. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Procurador do Município de Palmas. Advogado.

Resumen: *El concepto tradicional de propiedad limitada al aspecto de la actividad, ya que incluye el uso de la bien y los resultados auferimento. Su campo de medidas legislativas siempre se mantuvo a merced de otro instituto: la propiedad. La función social, a su vez, se aplica al uso de la propiedad, frente a la construcción jurídica y el reconocimiento de la preponderancia ya se ha especificado, se dirige a la propiedad, ya sea como un elemento integral de su concepto, ya sea como un factor limitante para su ejercicio. Ocurre que la posesión, aunque su elemento exteriorizador, y que no hay divergencia surge en un limbo legal, ya que no se merecen conceptualización reconocimiento legal y, por tanto, tampoco sería capaz de presentar el requisito constitucional e infra-constitucional en cuanto a cumplimiento de la función social, que es dirigido por la propiedad de texto legal. Los instrumentos legales para la imposición de medidas coercitivas con el fin de garantizar el mejor uso de la propiedad dentro de un entorno urbano, por disposición expresa, ahora se centran de nuevo, a la propiedad. La capacidad de ejercer propiedad sobre bienes inmuebles, sin cumplir la condición de propietario, hace de la figura de un mero poseedor, quien, en la cara de la discriminación legislativa, no puedan ser alcanzados por los institutos para la protección de los intereses sociales se plantean, sobre todo los que se especifican el Estatuto de la Ciudad. El trato diferencial entre tener un título de dominio y uno que explota directamente la propiedad sin tener que registró, duele la igualdad, además de hacer las iniciativas de control de bienes inmuebles urbanos inocuo.*

Palabras clave: *Posse. Propiedad. Función social. De control. Igualdad.*

INTRODUÇÃO

Este estudo apresenta-se num momento em que a grande maioria da população brasileira está vivendo em cidades. Viver compreende: trabalhar, produzir, circular, instruir e ser instruído, respirar, alimentar, divertir, consumir, e outras atividades a depender das escolhas de cada morador. Neste sentido, um dos objetivos deste trabalho é expor o tratamento legislativo desigual entre possuidores e proprietários de imóveis urbanos, quando se está diante de medidas impeditivas do mau uso destes bens em um ambiente urbano, fruto de uma inversão própria do liberalismo moderno.

Partindo-se da premissa que, naturalmente, o dono do imóvel é o único capaz de decidir acerca da destinação do seu bem, não se admitindo interferências e limitações, construído a partir de uma visão modernista, como legitimação de interesses próprios, a construção legislativa sempre reconheceu, expressamente, este instituto.

O que antes proporcionou proteção ao detentor do título de domínio, atualmente favorece aqueles que exercem a posse sobre um bem imóvel sem ser proprietário. Os instrumentos legais – Constituição da República, Código Civil e Estatuto da Cidade – foram

elaborados sob forte influência das codificações do século XX, não obstante as evidentes evoluções, prevendo a aplicação dos dispositivos direcionados ao combate do mau uso do bem imóvel somente aos proprietários, excluindo os possuidores, quando distintos daqueles.

A abordagem constitucional quanto ao tratamento igualitário entre os seres humanos, como fundamento do estado democrático de direito, e a necessidade de se prevalecer a intenção original daqueles que exploram um bem imóvel, e não a titulação que legitima aquela prática e, sobretudo, a imperiosa necessidade de enfrentamento eficaz dos gargalos da ocupação imobiliária urbana, faz com que seja conferido tratamento isonômico entre aqueles que se utilizam do bem, afrontando os interesses dos seus conviventes, privilegiando suas próprias aspirações, independentemente da detenção do título de domínio.

Sem adentrar na força do interesse coletivo, como legitimador de regras limitativas ao exercício do direito, deve ser considerado a fragilidade do argumento positivista de se atribuir ao título de domínio a importância de um amuleto mágico: aquele tê-lo sob seu poder, tudo poderá fazer, mas será, exclusivamente, que alvo de todas reações estatais.

Neste ponto destaca-se a atuação da administração pública, dotada de seus instrumentos de combate ao mau uso do imóvel urbano, que, tendo seu regramento pautado na responsabilidade do proprietário, diante da incapacidade de exercício das funções de forma apartada do que prevê gramaticamente no texto legal, deixa de atuar efetivamente junto aos gargalos aqui especificados: ocupações irregulares, favelas, invasões de imóveis públicos e privados, moradias de risco, periferação, entre outros.

1 A FUNÇÃO SOCIAL E SUA COLOCAÇÃO HISTÓRICA

O direito de propriedade e a posse mereceram tratamento e reconhecimento no ordenamento desde a construção do direito sobre a égide romana. Na idade média, o comunitarismo conferiu aspecto social, menos privativo, ao bem imóvel. Na idade moderna, com a ascensão do liberalismo econômico e da burguesia, passou a representar elemento de riqueza. Sob este prisma, iniciaram-se as codificações, reunindo em um instrumento legislativo único aspectos que atribuíram à propriedade as características até hoje perceptíveis.

A função social, durante este percurso, sempre esteve relacionada aos dois institutos.

A atribuição ao direito romano como sendo aquele de onde surgiu o direito individual ligado á propriedade passou a ser tradição no ensino jurídico brasileiro, sobretudo na graduação (COLANGES, 2002).

Deve ser destacado que no império romano, considerando o vasto território agregado graças às conquistas bélicas, a propriedade individual era extremamente restrita, abrangendo apenas pequenas áreas pertencentes aos chefes da família, cultivadas para exclusivo sustento. Sobre o *ager publicus*, que compreendia a grande maioria dos imóveis romanos, arrendava-se ou colonizava-se, ou seja, não atribuía direitos individuais.

Na Roma antiga, apenas as terras localizadas na Península Itálica, a chamada *ager Romanus*, poderiam ser consideradas propriedade absoluta (conhecida como posse quiritária), permitidas apenas aos cidadãos romanos. Ela não era taxada. A terra que Roma conquistava tornava-se *ager publicus*, e como tal era sujeita a taxação (uma forma de tributo): era tanto arrendada como colonizada, porém, sendo propriedade do Estado, não podia ser possuída na íntegra. (PIPES, 2001, p. 132)

Portanto, o aspecto social sobre o imóvel já se fazia presente no direito romano, inclusive como regra, em face dos imóveis conquistados, os de grande extensão, serem destinados ao uso e exploração voltados ao desenvolvimento das regiões conquistadas.

O conceito de propriedade como sendo um direito exclusivamente individual foi construído durante a construção do pensamento liberalista, resguardando a incolumidade do interesse exclusivo do proprietário, impedindo que alguma força externa pudesse conferir outra destinação senão aquelas dispensadas pelo dono.

Considerando a existência de uma função social inerente ao direito de propriedade, dele não se dissociando, a visão individualista inaugurada pelos pensadores do final do século XVII, consolidada nas codificações dos séculos seguintes, não deve ser tratada, portanto, como evolução frente ao caráter comunitário atribuído aos imóveis durante o período feudal, já que o hoje busca-se a retomada deste conceito inclusivo, como condição indispensável entre os seres humanos no ambiente que, voluntariamente, elegeram para conviver: as cidades.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A função social propriedade pode ser concebida como um poder-dever ou um dever-poder do proprietário de exercer o seu direito de propriedade sobre o bem em conformidade com o fim ou interesse coletivo.

Como princípio normativo, a função social afeta o mecanismo de atribuição do direito de propriedade e o regime de exercício. A atribuição do direito de propriedade não se efetua de modo incondicionado, mas submetida ao cumprimento, por parte do proprietário, da orientação social que contém. A função social implica que se reconheça ao direito de propriedade a ausência de determinadas faculdades, o exercício condicionado de outras e o dever de exercitar algumas livremente ou de acordo com determinados critérios.

O princípio da função social possui uma clara função normativa para o direito de propriedade, quando se oferece como manifestação do princípio da solidariedade, inspirador das relações entre indivíduo e sociedade em uma comunidade política, e quando o poder constituinte atribui ao legislador a missão de desenvolvê-lo através das distintas formas típicas que apresenta a propriedade em nossos dias. Esta função normativa se desenvolve tanto no momento da atribuição do direito, fazendo do direito de propriedade um direito subjetivo causal, como no exercício do mesmo, cujo conteúdo haverá de responder sempre à causa que motivou o seu reconhecimento.

Não se pode, portanto, conceber a função social como algo externo ao conceito jurídico de propriedade, pois na verdade, a função social integra a estrutura do conceito jurídico.

Segundo lição de Loureiro:

A função social não pode ser encarada como algo exterior à propriedade, mas sim como elemento integrante de sua própria estrutura. Os limites legais são intrínsecos à propriedade. Fala-se não mais em atividade limitativa, mas sim conformativa do legislador. São, em última análise, características do próprio direito e de seu exercício, que, de tão realçadas, compõem o próprio conteúdo da relação. Como resume Pietro Perlingieri, `a função social não deve ser entendida em oposição, ou ódio, à propriedade, mas à própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a determinado sujeito (LOUREIRO, 2003, p. 94).

Continua o mesmo autor:

Há sério desvio de perspectiva daqueles que confundem função social da propriedade com simples limitações ou restrições. Basta lembrar que a mesma figura da função social serve para proteger com incentivos a pequena e média empresa. Serve para subsidiar a instalação de indústrias em determinadas regiões do país. Serve para isentar do pagamento de tributos propriedades de valor histórico, preservadas ou tombadas. Serve para a concessão de crédito em condições privilegiadas para a aquisição da casa própria ou para a instalação de indústrias

geradoras de empregos. Serve para impedir a penhora sobre imóveis residenciais e suas pertencas. Em suma, fácil perceber que a função social pode servir de incremento e de incentivo a diversas formas proprietárias, ou de estímulo a determinadas condutas socialmente relevantes (LOUREIRO, 2003, p. 97).

Em face do exposto, deve-se compreender a Função Social como agente diretivo da propriedade, como fator externo que produza reflexos para além de seus marcos limitadores. Nada mais justo, ainda mais quando se coloca em um ambiente urbano, quando os espaços são concorridos e limitados.

Considerando que no aspecto público a função social deve nortear todas as práticas administrativas voltadas ao acervo patrimonial público, no âmbito estritamente privado, a função social da propriedade prevista no texto constitucional foi acolhida no parágrafo 1º, do artigo 1.228, do Código Civil², que condiciona o exercício do direito de propriedade 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 evitava a poluição do ar e das águas.

3 FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

A função social da posse não se apresenta como um instrumento recente, como demonstrado neste trabalho, a utilização das *arges publicus* no direito romano já demonstrava a busca ao atendimento de um interesse não individual, seja por parte do proprietário, o Império Romano, seja dos possuidores, na maioria colonos ou arrendantes.

Não há que ser confundido com função social da propriedade, inerente a este direito, que a tem como elemento constituinte do seu próprio conceito.

Ao se exercer o direito de posse, torna-se mais evidente o cumprimento, ou não, dependendo da destinação conferida pelo possuidor. Por outro lado, na propriedade, a

²**Art. 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.

dinamicidade de seu exercício fica prejudicada quando apartada da posse, evidenciando o atendimento da função social quanto à destinação.

Neste sentido, pertinentes são as observações de Albuquerque:

Vale dizer, este germen da funcionalização social do instituto da posse é ditado pela necessidade social, pela necessidade da terra para o trabalho, para a moradia, enfim, necessidades básicas que pressupõem o valor de dignidade do ser humano, o conceito de cidadania, o direito de proteção à personalidade e à própria vida. (ALBUQUERQUE, 2002)

Da mesma forma que depreende a partir da análise conceitual e histórica da propriedade, a função social não limita o direito de posse, mas integra o seu elemento conceitual, voltado, especificamente, para o seu caráter exteriorizador.

Ressalta-se o posicionamento do Prof. EROS GRAU (1983), que o princípio da função social não possui feição negativa, consistente na imposição de obrigações de não fazer ao proprietário, mas sim uma conotação positiva. Não se trata de imposição de limitações, mas a construção de uma forma positiva de exercício deste direito, somando-se ao interesse do titular, a finalidade social.

4 RELAÇÕES ENTRE O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O DIREITO DE PROPRIEDADE

Em organizações sociais predominantemente capitalistas, nas quais predominam grandes contrastes, a concentração de riqueza é o maior obstáculo à construção da igualdade material no campo da existência das coletividades humanas. Trata-se de um direito que deve ser compreendido dentro de um cenário limitador, que visa subordinar os direitos dominiais às exigências da justiça social, de forma a incluí-los no projeto constitucional.

Vale mencionar que o pensamento político e filosófico que alicerça as Declarações humanitárias dos séculos XVII e XVIII associava, inseparavelmente, o ideal da liberdade com as prerrogativas inerentes à propriedade. Tal se dá a ponto de a pregação liberal sustentar que o indivíduo é definido por sua propriedade, e que sem os direitos de propriedade não podem haver direitos a liberdade. Como preconiza Macpherson, acerca do pensamento inglês: “o individualismo no século 17... é em verdade a afirmação da propriedade, ele é essencialmente possessivo” (MACPHERSON, 1979.p. 13).

Para ilustrar ainda mais esta condicionante histórica, a liberdade que possibilita o exercício pelos seres humanos do poder soberano de pôr fim ao Estado de guerra, no qual os homens se entredevoram, e que é resultante da liberdade natural egoística e destruidora, Hobbes propõe, no célebre “Leviatã”, um Estado de liberdades civis, onde prevalece a liberdade racional de comprar e vender e de celebrar outros contratos uns com os outros (HOBBS, 1976).

Nesta perspectiva, a prática que visa a busca incessante pela acumulação de capital, conduz, inevitavelmente, a desigualdades no campo da riqueza e de patrimônio humano. Logo, o direito natural de propriedade acaba por gerar o direito natural à acumulação de capital. Com isso, o próprio homem se submete ao poder político do Estado, cuja finalidade é assegurar e conservar as autonomias do domínio humano, para poder desfrutar pacificamente de suas propriedades.

Portanto, o postulado da igualdade jurídica estampado, com característica de pioneirismo constitucional no artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789³, depois transformado em preâmbulo do estatuto constituinte de 3 de setembro de 1791, jamais foi capaz de impedir as desigualdades materiais inerentes ao regime capitalista.

Essa foi a tônica durante todo século XVIII. Porém, com efeito, ao longo do século XIX, à medida que se desenvolvia o Regime / Estado capitalista e, por ele, o domínio excludente da burguesia sobre o proletariado, a nova classe operária foi se tornando ciente das manipulações entabuladas pelo sistema burguês, incluindo a idéia de defesa plena do direito de propriedade, além da irrestrita liberdade de contratar. Nesta mesma época, houve movimentos que representaram as primeiras reações àquela realidade, como a revolução camponesa mexicana, e, sobretudo, com a revolução bolchevista russa.

Mas foi na Alemanha, que buscava sua reconstrução democrática após ser reduzida a escombros pelo fracasso do Kaiscrismo expansionista da Primeira Guerra Mundial, onde se deu a grande renovação do direito constitucional daquele século – o constitucionalismo social e econômico, cujas linhas mestras estavam condensadas em dois dos três dispositivos que abriam a seção dedicada a seção dedicada à vida econômica na célebre Constituição de Weimar de 1919⁴:

³Artigo 1o: “*Les homes naissent et demeurent libres et égaux em droits. Les distinctions sociales ne peuvent étre fondées que sur l'utilité communc.*”

⁴ Acesso em <http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php>

Art. 151 – A organização da vida econômica deve corresponder aos princípios da Justiça e perseguir como fim assegurar a todos uma existência digna do homem. Dentro desses limites deve ser assegurada a liberdade econômica do indivíduo. Nenhuma restrição legal poderá haver senão para garantir direitos ameaçados ou para satisfazer exigências imperiosas do bem público. É garantida, nos termos das Leis da União, a liberdade de comércio e da indústria

[...]

Art. 153 – A propriedade é garantida pela Constituição. Seu objeto e limites emanam da Lei. Não se procede a desapropriação, senão para o bem geral e em virtude da Lei. Faz-se por justa indenização, salvo disposição em contrário de Lei Federal. (...) A propriedade gera obrigações. Seu uso deve ser ao mesmo tempo um serviço em prol do interesse geral.

Limites ao direito antes irrestrito de propriedade foram introduzidos, portanto, no direito constitucional contemporâneo, pela Constituinte de Weimar. Foi conferida a noção de que “a propriedade obriga”, ou seja, que impõe encargos sociais para ao titular do domínio. A partir daí, os sistemas constitucionais se reorientam no sentido da democracia de caráter social-econômico, a exemplo da Constituição brasileira de 1934. Esta, ao normatizar no plano supralegal o ideário da Revolução de 1930, chegou a incorporar literalmente algumas das novas noções introduzidas pelo inovador documento constitucional alemão.

Esta perspectiva continuou presente, mesmo nas autoritárias cartas de 1937 e 1964, bem como na de 1946, excessiva e extemporânea ultraliberalista – com a radical exigência de prévia e justa indenização “em dinheiro” para as desapropriações latifundiárias para fins da reforma agrária, até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que confere ênfase a concepção social de propriedade.

Abre-se, assim, o ensejo para a fixação de extensa série de classificações normativas em nível constitucional, relacionadas ao direito de propriedade, destinadas a exteriorizar a exigência da função social da propriedade, como condicionante da legitimidade de sua titularidade e exercício.

A CRFB/88 classifica e distingue as múltiplas modalidades de domínio, passando a conferir maior ou menor nível de proteção, dependendo de seu caráter essencial. Pode ser citado, a título exemplificativo, e em face do tema ora proposto: a função social da propriedade urbana (art. 182, par. 2o), que conduz para outras disciplinas específicas; usucapião “pró-moradia” (art. 156, par. 1o, e 182, par. 4o, II), ou ainda, a utilização da desapropriação como instrumento de garantia social da propriedade urbana, segundo as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor (art. 182, par. 2o e 4o, III).

5 O COMPROMISSO COM A IGUALDADE

O tratamento legislativo diverso, para os titulares de direito possessório (exclusivo) e de propriedade, atribuindo proteção ao seu exercício, quanto ao primeiro, e exclusividade e perpetuidade ao segundo, teve na desigualdade traço preponderante durante todo o período de coexistência de tais institutos.

Os direitos de propriedade e posse sob a sistemática civilista, cuja dogmática fora construída, sistematizada e codificada a partir do movimento liberalista do final do século XVII, trouxe privilégios para um, e prejuízos para outra, a depender da época a ser analisada.

Característica comum destes institutos, independente da período histórico, da prevalência de uma corrente cultural, econômica ou política: é a desigualdade.

Comentando o a Teoria da Justiça de John Rawls, partindo de sua premissa do que se trata da “posição original” dos agentes, Gargarella, afirma como sendo pessoas que não são capazes de reconhecer os traços básicos de suas biografias. Ela afirma que uma teoria da justiça não merece ser reconhecida como tal se permite que as pessoas sejam beneficiadas ou prejudicadas por circunstâncias alheias a sua vontade, isto é, por circunstâncias alheias as suas próprias escolhas. (GARGARELLA, 2008)

Acrescenta o mesmo autor:

Para Rawls, essa concepção é mais “estável” que a que apresenta a mera noção de igualdade de oportunidades. A idéia de estabilidade é muito importante na teoria de Rawls, e reflete uma das poucas ocasiões em que sua teoria recorre a fatores empíricos [...]. Essa idéia significa que a proposta de justiça deve ser – psicologicamente – estável quanto a gerar o menor grau possível de ressentimento ou sensação de ser tratado injustamente. O princípio de mera igualdade de oportunidades (como também pode ocorrer com os princípios próprios do utilitarismo) é “instável” dado o mal estar que pode gerar o fato de aqueles favorecidos por meras contingências naturais virem a ser, por fim, recompensados pelo sistema institucional.

O teórico foi feliz ao citar tal aspecto da teoria de Rawls, aplicável com o aspecto da posse e propriedade, quando analisadas sob o crivo da função social, dado o seu caráter empírico.

Buscar a igualdade de tratamento a todo custo, desconsiderando aspectos empíricos, estabilidade desta relação não será possível de ser alcançada. Não basta eliminar diferenças, mas gerar o sentimento de justiça, sem ressentimento ou revanchismo.

No campo legal, a tentativa do código civil de compensar a ausência de uma previsão expressa acerca da existência da posse, sua conceituação como instituto autônomo, dispendo sobre a sua proteção, não se mostrou a eficaz, já que diante do confronto de tais institutos sempre preponderou o direito daquele que detém o título de domínio.

Prova de que a busca por igualdade a todo custo, residindo apenas na proporção de idêntica oportunidade, sem adentrar nos elementos estabilizadores da relação social, como destacou Rawls, não gera efetividade pode ser demonstrada ao se analisar os institutos de proteção da função social, previstos na legislação pátria.

Recentemente, com a exigência constitucional de cumprimento da função social da propriedade, exclusivamente, prevista no artigo 5º, inciso XXIII⁵, mitigou-se a aplicação dos institutos coercitivos previstos em leis municipais – planos diretores, e, sobretudo, do Estatuto da Cidade – ao detentor do direito de posse. Se a Constituição da República exige que a função social tenha que ser cumprida pelo proprietário, ficaria o possuidor desobrigado?

O que se observa no ordenamento civil brasileiro, quanto a posse, não há qualquer previsão quanto ao atendimento a sua função social, mas somente quanto à propriedade. o código civil, através dos artigos 1.197 ao 1.225 do Código Civil.

6 INSTRUMENTOS DE CONTROLE DO USO DO BEM IMÓVEL LOCALIZADO EM ÁREA URBANA E SUA RESTRITA APLICAÇÃO

Neste momento, será demonstrada, empiricamente, a desigualdade de tratamento dispensado aos detentores de domínio e os possuidores de bens imóveis, em áreas urbanas.

Inicialmente, vale ressaltar, que o plano diretor dos Municípios, por determinação expressa do Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001, se dirige, literalmente, ao detentor do direito de propriedade, segundo previsão expressa:

⁵ 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:

[...]

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Art. 39. 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.

O mesmo diploma, seguindo o critério de incidência sobre o direito de propriedade, estabelece institutos de controle da função social do bem imóvel urbano. Serão retratados para demonstrar que, não obstante o esforço legislativo, são insuficientes à alcançar o possuidor.

6.1 Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios – PEUC

Trata-se do instituto previsto no artigo 5º., parágrafo 1º do Estatuto da Cidade, constituindo na obrigação imposta ao proprietário de imóvel situado em área incluída no Plano Diretor que não edifica, subutiliza ou não utiliza imóvel de sua propriedade, dando-lhe um aproveitamento abaixo do mínimo definido no Plano Diretor ou em legislação dele decorrente⁶.

Considera-se não edificado, o imóvel sobre o qual não foi providenciado qualquer tipo de construção, mais conhecido como “terreno baldio”. Já o imóvel subutilizado é aquele sobre o qual, apesar de existir construção, esta não atinge, sequer, o índice legal permitido. Por derradeiro, o imóvel não utilizado é aquele que, apesar de ter uma construção sobre sua área, esta não é utilizada adequadamente.

Na lição de Vera Bueno, cabe à lei Municipal:

Especificar, por meio da delimitação da área atingida, as propriedades sujeitas à sanção. Também é ela que definirá, no caso de o plano diretor não o ter feito, os parâmetros para aferição da adequada utilização da propriedade, estabelecendo a obrigação a que o proprietário descumpridor dos ditames legais está sujeito. Cabe, portanto, às várias leis específicas que serão editadas no tempo a concretização do plano diante de uma dada realidade fruto da dinâmica das cidades. São elas que

⁶Art. 5º Lei Municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

§ 1º Considera-se subutilizado o imóvel:

I – cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente;

II – (VETADO)

devem ‘fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação’, observados os parâmetros determinados pelo Estatuto da Cidade (BUENO, 2003,p. 35).

De acordo com Oliveira:

Constatado que o imóvel está sendo subutilizado, o proprietário será notificado para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no Cartório de Registro de Imóveis (parágrafo 2º, artigo 5º). A notificação é feita por servidor Municipal ao proprietário do imóvel ou, sendo pessoa jurídica, na pessoa de quem tem poderes de gerencia ou administração (inciso I, do parágrafo 3º), ou por edital, quando frustrada a tentativa de notificação pessoal (inciso III). Nada impede, no entanto, que venha a ser feita pelo Cartório de Títulos e Documentos ou por via judicial. O que importa é a ciência efetiva do ato e não a forma ou por quem é feita a notificação (OLIVEIRA, 2005,p. 35).

6.2 Imposto Predial Territorial Urbano - IPTU Progressivo

Os Municípios detêm competência legislativa para incidência do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU, que encontra previsão expressa no Código Tributário Nacional, artigos 32 a 34, além de sua fundamentação prevista no artigo 156, I, da Constituição da República. Trata-se de tributo que incide sobre a propriedade territorial urbana.

O seu caráter extrafiscal se expressa através de sua alíquota progressiva. Tal ocorrência se apresenta como um instrumento de realização de política urbana. Encontra-se previsto na Constituição da República e no Estatuto da Cidade, e consiste na cobrança de alíquota progressivamente maior, no caso de o sujeito passivo não cumprir a obrigação imposta pela Municipalidade de parcelar ou edificar o imóvel, adequando-o às diretrizes do Plano Diretor.

O artigo 182, parágrafo 4º, inciso II da Constituição da República permite ao Município impor o adequado aproveitamento da propriedade urbana, autorizando a cobrança de IPTU progressivo.

6.3 Desapropriação Sanção

Não se trata aqui de uma nova medida punitiva prevista pelo Estatuto da Cidade, mas apenas um desdobramento do não atendimento da punição que é a progressividade do IPTU.

Com isso, o artigo 8º do Estatuto da Cidade, em disciplina do artigo 182, parágrafo 4º, III da Constituição da República, determina que a desapropriação-sanção do direito de propriedade incidente sobre imóvel urbano nos casos em que, mesmo tendo sido estabelecida a cobrança por mais de cinco (5) anos do IPTU progressivo, o proprietário mantém-se inerte e não cumpre a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar adequadamente o imóvel.

Como qualquer desapropriação, haverá indenização do proprietário. Ocorre que a modalidade e a forma de prestação encontram-se prevista parágrafo 2º do artigo 8º, do Estatuto da Cidade⁷, e difere das demais modalidades de desapropriação.

Nesse encargo de atuar na administração do imóvel recém-desapropriado, o Estatuto da Cidade permite ao Município que opte por transferir a terceiros a obrigação de aproveitar adequadamente o imóvel, valendo-se, para tanto, dos institutos da concessão de uso de bem público ou da alienação, mediante procedimento licitatório (artigo 8º, parágrafos 5º e 6º, do Estatuto da Cidade)⁸.

CONCLUSÃO

A função social da posse reside apenas no principiológico, decorrente de um interpretação sistemática de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, fato que não torna menos importante, se comparada com a função social da propriedade.

⁷Artigo 8º. [...]

§ 2º O valor real da indenização:

I – refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o § 2º do art. 5º desta Lei;

II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

⁸Artigo 8º. [...]

§ 5º O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório.

§ 6º Ficam mantidas para o adquirente de imóvel nos termos do § 5º as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5º desta Lei.

A aplicação desta função diferenciando-a quanto à incidência, se posse ou propriedade, deve ser destacada como fator de desigualdade de tratamento de pessoas que se colocam em uma mesma situação.

Ora, se a posse é depreendida da propriedade, como conceitua o legislador civil, não passando de uma representação externa ou o seu exercício, por que reconhecer o direito de quem a exerce sem ser proprietário?

O legislador quis enquadrar a posse dentro do gênero propriedade, mas, se mostrou contraditório quando admitiu que uma espécie se apartasse do gênero, podendo voltar-se o contra o mesmo.

O tratamento desigual, antes do campo conceitual, quando abordado sobre o prisma do código civil, já que importantes proteções há em benefício do direito de posse, se mostrou prejudicial quando passa a analisar a incidência da função social sobre os dois institutos. A função social, seja como limitação ou integrante do conceito de posse e propriedade, apresenta-se para o legislador, obrigatória para o proprietário, e não para o possuidor, por interpretação literal dos respectivos dispositivos.

Demonstrou-se, através dos mecanismos de controle da função social previstos no Estatuto da Cidade que somente o proprietário fica suscetível às conseqüências legais previstas deste ordenamento, enquanto que grande parte dos problemas relacionados ao uso inadequado dos espaços urbanos têm como sujeitos causadores pessoas que não detêm o título de propriedade.

Não basta ser o responsável pela construção, ser o morador, e conseqüentemente o possuidor, mas deve reunir a condição de proprietário, para que o poder público possa alcançá-lo através de medidas como: parcelamento, edificação e utilização compulsórias; imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo; desapropriação sanção.

A igualdade deve ser garantida e efetivada, não apenas no campo formal, mas sobretudo neste, a fim de que possa partir para a sua aplicação. Nas cidades não há que se diferenciar a situação de possuidor e de proprietário quando se está diante da imposição da função social. A harmonização se torna necessária, como mote para o alcance, sobretudo, da dignidade da pessoa humana. Desta forma, o Estado Democrático de Direito sai fortalecido, atendendo, dentro de um ambiente urbano já conturbado, necessidades indisponíveis como: vida, liberdade, saúde, segurança, lazer, moradia e trabalho.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

BUENO, Vera Scarpinella. **Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios da propriedade urbana**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

BRASIL. Lei 10.257, de 10 jul. 2001. **Estatuto da Cidade**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

COULANGES, F. **A Cidade Antiga**. Trad. J. Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

GARGARELLA, Roberto. **As Teorias das Justiça depois de Rawls**. São Paulo: martinsfontes, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Direito Urbano**. São Paulo: RT, 1983.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 1976.

LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A Propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MACPHERSON, C. B. **A Teoria política do individualismo possessivo (de Hobbes a Locke)**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIPES, R. **Propriedade e Liberdade**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

RAWLS, J. **A Theory of Justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 1971.