

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA E DA CIDADE NO DIREITO BRASILEIRO E NO ATUAL CONTEXTO LATINO-AMERICANO

SOCIAL FUNCTION OF URBAN PROPERTY AND THE CITY IN THE BRAZILIAN LAW AND CURRENT LATIN AMERICA CONTEXT

Philippe Antônio Azedo Monteiro¹

Marlene Kempfer²

RESUMO

A Organização das Nações Unidas, no relatório 'Estado das Cidades da América Latina e Caribe', estimou que a taxa de urbanização no Brasil e nos países do Cone Sul chegará a 90% até 2020 (ONU-HABITAT, 2012, p.20). Diante de um futuro tão próximo, importa a este estudo apontar quais os instrumentos jurídicos constitucionais que possibilitam ao Estado a intervenção sobre o domínio privado para que este crescimento se realize conforme determina a Constituição de 1988, em especial no que tange a função social da propriedade urbana e da cidade. Demonstrar-se-á a evolução do conceito de propriedade ao longo da história e qual o panorama atual do cenário na América Latina e no Brasil, para provar a semelhante trajetória entre os países e as perspectivas de evolução que se vislumbram nos ordenamentos ao longo do continente. Para tanto, aquilatou-se as positavações nas Constituições do Chile, da Colômbia, do Paraguai, do Uruguai e da Venezuela, bem como o especial destaque às Cartas da Bolívia e do Equador, em razão de suas relevâncias no contexto do novo constitucionalismo latino-americano. Estas acepções comuns sobre a legitimidade da propriedade privada, na atualidade, são fundamentais, pois: i) estão em conformidade com o Art. 4º e parágrafo único da CF/88 do Brasil, ao enfatizar ações que realizem a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina; ii) positivam a superação da concepção da propriedade privada individualista em favor da socialização deste direito; e, iii) abrem caminhos políticos (políticas públicas) e jurídicos para o acesso aos direitos não somente à moradia, mas, sim, à moradia no contexto de um desenvolvimento urbano sustentável.

PALAVRAS-CHAVE: América Latina; Crise-habitacional; Constitucionalismo; Urbanismo;

ABSTRACT

The United Nations, in the report 'State of the Cities of Latin America and the Caribbean', estimated that the rate of urbanization in Brazil and the Southern Cone countries will reach 90% by 2020 (UN-HABITAT 2012, p.20). Faced with such a near future, it is important to study this point which the constitutional legal instruments that allow the state to intervene in the private domain to which this growth takes place as determined by the Constitution of 1988, in particular regarding the social function of property urban and city. It will

¹ Mestrando em Direito Negocial pela UEL, Especialista pela PUC-PR e pela UNAR

² Doutora em Direito do Estado pela PUC/SP, professora da UEL e PUC/LDA

demonstrate the evolution of the concept of ownership over the story and what the current situation of the scenario in Latin America and Brazil, to prove similar trajectory between countries and the prospects for that are glimpsed on orders over continent. To do so, verified the affirmations in the Constitutions of Chile, Colombia, Paraguay, Uruguay and Venezuela, as well as special emphasis on charters from Bolivia and Ecuador, because of their relevance in the context of the new constitutionalism Latin America. These common meanings about the legitimacy of private property, in actuality, are critical because: i) are in accordance with Article 4 and the single paragraph of CF/88 Brazil, by emphasizing actions that realize economic integration, political, social and culture of the peoples of Latin America; ii) legislated overcoming the individualistic conception of private property in favor of the socialization of this right; and iii) open political paths (public policy) and legal rights for access to not only housing, but rather to housing in the context of sustainable urban development.

KEYWORDS: Latin America; Crisis-housing; constitutionalism; Urbanism;

INTRODUÇÃO

A urbanização foi um dos maiores fenômenos globais do século XX e continuará em expressivo crescimento no presente século, pois a cidade é o palco da nova economia pós-industrial. Os reflexos desta realidade podem ser apontados, também, no processo de urbanização acelerado e se fizeram sentir nos países da América Latina. A ONU destaca que a América Latina terá 90% da população vivendo em cidades até o fim dessa década. (ONU-HABITAT, 2012, p.20).

No Brasil atual, mais de 84% da população vive em cidades (IBGE, 2010) e a taxa de crescimento urbano continua em franco desenvolvimento. Porém, não há como mascarar a crise vivenciada nas cidades brasileiras, que sofrem as consequências de uma urbanização rápida e desordenada, responsável por alta taxa de exclusão social e de segregação espacial. Por isso, é grande o número de pessoas sem acesso a água potável, sistema de esgoto e saneamento. Outro grave problema é o déficit habitacional, onde cerca de mais da metade da população das grandes cidades vive em favelas, loteamentos irregulares, espaços clandestinos e outras formas de ocupação precária.

Esse processo de segregação socioespacial é bastante complexo e sua origem remonta a raízes históricas e à combinação de fatores como legislação privatista, falta de regulamentação específica para o crescimento urbano, a dinâmica do mercado de terras, a centralização política, e, especialmente, a estruturação fundiária concentrada e privatista.

A história de exclusão social vivenciada em grande parte das cidades latino-americanas começa a ser rompida e reescrita à luz do princípio da função social da cidade e da propriedade, erigido por meio de Constituições inovadoras que enfrentam os desafios urbanos com propostas de reformas jurídicas e sociais, de democratização do acesso ao solo, à moradia e o desenvolvimento urbano sustentável.

1. DO DIREITO DE PROPRIEDADE IRRESTRITO À FUNÇÃO SOCIAL

A propriedade como um direito irrestrito remonta à Revolução Francesa, que pôs abaixo as regalias e privilégios dos segmentos até então dominantes. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) proclamou o caráter natural, sagrado e inviolável da propriedade, com o escopo de reduzir o campo de influência dos poderes públicos na esfera dos particulares. Ideais igualmente estampados no Código de Napoleão (1804), e demais códigos desse século.

No dealbar do século XX, as codificações civis apresentam o direito de propriedade imobiliária como um feixe de poderes postos ao arbítrio do titular, que os pode usar segundo uma vontade ilimitada e a salvo de qualquer ingerência do Estado. O instituto da propriedade consolida-se, assim, como o direito subjetivo de usar, gozar e dispor de uma coisa, e é nesse viés, ou seja, como um direito apenas, que ele será tratado, inclusive na primeira codificação daquele século, vale dizer a do Brasil, de 1916. (MARQUESI, 2013, p.36)

A humanização da propriedade é a síntese de um processo histórico que se inicia ainda na Idade Média, transita pelo iluminismo, passa pelo ideário liberal, é agitado pelas teorias socialistas e culmina no reconhecimento de que a propriedade vai além do simples interesse do titular. Segue daí que a propriedade humanizada é aquela cuja exploração não se esgota na satisfação dos anseios do proprietário. Portanto, a propriedade deve estar associada a valores econômicos, ambientais e sociais, ou seja, o direito à propriedade perpassa a necessidade de atendimento à sua função social. (MARQUESI, 2013, p.44)

Não apenas no Brasil, mas em grande parte das cidades da América Latina, o expressivo crescimento urbano se realizou sob a égide do legalismo liberal em que a propriedade privada é um dos seus pilares. As cidades cresceram sem uma base jurídica adequada à convivência harmônica dos habitantes, sem planejamento dos espaços ou preservação do meio ambiente. Vigorava o direito clássico civilista, que foi importado dos países europeus colonizadores e que não serviam à realidade ao qual se dirigia.

Essa ideologia conservadora entendia a propriedade como um direito natural, intocável apoiada por legislações que serviu para proteger interesses econômicos de poucos, que têm a cidade como local de acumulação de capital e não de convívio humano.

Para Edésio Fernandes (2006a) o direito à propriedade nos termos tradicionais não contribuiu para inclusão e sim à exclusão socioespacial. Permitiu a combinação de vazios urbanos, especulação imobiliária, degradação ambiental, destruição do patrimônio cultural e a proliferação de assentamentos humanos precários.

Em grande medida, a informalidade urbana no Brasil, no tocante ao acesso à terra e à moradia decorre da tradição civilista e dos direitos individuais, bem como do caráter elitista das leis urbanísticas brasileiras. Aqueles municípios que fizeram algum esforço de planejamento urbano fizeram-no de forma a desconsiderar as realidades socioeconômicas das cidades, reservando para os pobres lugares fora das áreas do mercado, tais como áreas públicas ou ambientalmente inadequadas à presença humana. (FERNANDES, 2006b, p.22)

É preciso romper com essa visão da propriedade e da cidade para pensá-las socialmente, ou seja, construir uma legislação garantidora do dever de cumprir a função social da propriedade e do direito coletivo ao planejamento das cidades. O estudo de tais normas e diretrizes reúnem-se no Direito Urbanístico e o objetivo é a gestão urbana por caminhos sustentáveis.

O direito de propriedade individual e irrestrito consolidou-se à época do Código Civil de 1916, quando foi erigido e apenas 10% da população brasileira vivia nas cidades. Dados informam que atualmente cerca de 90% da população brasileira está nas cidades. Tal processo exige a intervenção do Estado para possibilitar agires públicos de modo que, diante de conflitos de interesses, o coletivo deve sobrepor-se ao individual.

Será difícil a transição a um novo paradigma que assegura proteção estatal da propriedade somente se ela cumprir a sua função social. Mas, o primeiro passo deve ocorrer com a previsão constitucional e seguir com a positivação para estabelecer de modo mais claro o que é a função social da propriedade urbana e do gerenciamento sustentável das cidades.

2. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E LATINO-AMERICANO

O crescimento desordenado das cidades e a dificuldade de acesso à propriedade urbana não é uma constatação apenas no Brasil. Ocorreu e ocorre em outros países da América

Latina. Sendo assim, este é mais um dos desafios que há em comum e que instigam estudos para buscar soluções jurídicas e de políticas públicas.

Neste sentido a manifestação de Celso Furtado, ou seja, "A rápida urbanização constitui uma característica marcante da evolução demográfica recente latino-americana. Ao contrário da urbanização dos países mais avançados industrialmente, a qual se realizou em condições de estabilidade ou declínio da população rural [...]" (1986, p.4)

Embora cada país da América Latina esteja enfrentando a reforma jurídico-urbanística de maneira distinta, verificam-se princípios orientadores comuns entre eles, dos quais, destaca-se a função social da propriedade e da cidade, que vê o urbanismo como uma função pública em seu sentido mais amplo, não determinado por direitos individuais, mas pelo bem coletivo.

A ONU, em seu relatório 'Estado das Cidades da América Latina e Caribe', aponta que o problema das cidades Latino Americanas decorre da falta de legislação atualizada, pois os instrumentos regulatórios da maioria dos países estão defasados. No entanto, começa a surgir um renovo, que se inicia por mudanças constitucionais em diversos países da América Latina e do Caribe[...]. (ONU-HABITAT, 2012, p.147)

O respaldo constitucional para a intervenção estatal sobre a propriedade privada é essencial, pois permitirá legitimar tanto a continuidade da positivação, quanto recepcionar leis já existentes, ações judiciais e administrativas para que a função social da propriedade privada e das cidades se realizem.

No direito brasileiro, o paradigma da função social da propriedade urbana está presente no ordenamento jurídico desde a Constituição de 1934, quando o legislador assim dispôs.

Art. 113, XVII - É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou colectivo, na forma que a lei determinar (BRASIL, 1934)

Na Constituição de 1937, evidenciou-se, ainda mais, a necessidade de a propriedade atender a fins e interesses sociais.

Art. 143 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização federal. (BRASIL, 1937)

O texto democrático da Constituição de 1946 começa a se aproximar do tratamento dado pela Carta atual, pois, promulgada após o encerramento da Era Vargas, onde já se

verificavam preocupações do mundo moderno pós Segunda Guerra Mundial, assentando a subordinação do exercício da propriedade ao bem estar social.

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior. [...] Art. 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. (BRASIL, 1946)

Com o retrocesso democrático determinado pela instauração do regime militar, os textos constitucionais seguintes voltaram a estabelecer a propriedade numa perspectiva da sua garantia formal. Tanto a redação original da Constituição de 1967, como na forma das disposições trazidas pela Emenda nº 01, de 1969, o direito de propriedade foi mantido dentre as garantias e liberdades fundamentais, ainda que estes fossem relegadas a um segundo plano constitucional.

Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: III -função social da propriedade; (BRASIL, 1967)

Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: III -função social da propriedade; (BRASIL, 1969)

Após o regime militar, advém a Constituição de 1988, e a função social é positivada junto aos Direitos e Garantias Individuais no nível de direito fundamental nos termos do Artigo 5º, inciso XXIII;

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (BRASIL, 1988)

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

O presente estudo aquilatou as Constituições Latino-Americanas no intuito de verificar o tratamento da função social da propriedade urbana e da cidade em grau constitucional nas atuais Constituições do Brasil de 1988 (Art. 5º, 170, III) da Bolívia de 2009 (Art. 393), Chile

de 1980 (Art. 24), Colômbia de 1991 (Art. 58), Equador de 2008 (Art. 31 e 321), Paraguai de 1992 (Art. 109), Uruguai de 1967 (Art. 32) e Venezuela de 1999 (Art. 115), nos seguintes termos:

A Constituição Boliviana (2009), em seu Artigo 393, traz o princípio da função social individual e comunitária da propriedade.

Artigo 393 - O Estado reconhece, protege e garante a propriedade individual e comunitária ou coletiva da terra, contanto que cumpra uma função social ou uma função econômico-social, conforme o caso. (BOLÍVIA, 2009, tradução nossa)³

Na Constituição Chilena (1980) a função social é especialmente destacada no Artigo 24:

Artigo 24 - O direito de propriedade em suas várias espécies de todos os tipos de bens tangíveis ou intangíveis. Somente a lei pode definir o modo de adquirir a propriedade, de usar, gozar e dispor do mesmo e as limitações e obrigações decorrentes da sua função social. Isso inclui, conforme exigido pelos interesses gerais da nação, a segurança nacional, utilidade e saúde pública e para a preservação do meio ambiente. (CHILE, 1980, tradução nossa)⁴

A Colômbia (1991), por sua vez, tutelou, em um só artigo, os princípios da função social da propriedade e da primazia do interesse público sobre o privado:

Artigo 58 - É garantida a propriedade privada e demais direitos adquiridos com as leis civis, não podendo ser ignorado ou violado por legislação posterior. Quando a execução de uma lei aprovada por motivos de utilidade pública ou de interesse social resultar em conflito com direitos individuais, o interesse privado deverá ceder ao interesse público ou social. A propriedade tem uma função social que implica obrigações, tal como a inerente função ecológica. (COLÔMBIA, 1991, tradução nossa)⁵

Para a Constituição do Equador (2008), é consagrado o princípio da função social e ambiental da propriedade:

Artigo 321 - O Estado reconhece e garante o direito de propriedade em suas formas pública, privada, comunitária, estatal, associativa, cooperativa, mista,

³ Artículo 393. El Estado reconoce, protege y garantiza la propiedad individual y comunitaria o colectiva de la tierra, en tanto cumpla una función social o una función económica social, según corresponda.

⁴ 24. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

⁵ Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

devido cumprir sua função social e ambiental. (EQUADOR, 2008, tradução nossa) ⁶

O Paraguai (1992) positiva a função social da propriedade privada no Artigo 109:

Artigo 109 - É garantida a propriedade privada, cujo conteúdo e os limites devem ser estabelecidos por lei, de acordo com sua função econômica e social, para torná-lo acessível a todos. (PARAGUAI, 1992, tradução nossa) ⁷

No Uruguai (1967), a função social é tratada no Artigo 32:

Artigo 32 - A propriedade é inviolável, mas sujeito às disposições das leis que foram estabelecidas por razões de interesse geral. Ninguém pode ser privado de seus direitos de propriedade, exceto em casos de necessidade ou utilidade pública estabelecida por lei e quando receber a indenização justa e prévia do Tesouro Nacional. (URUGUAI, 1967, tradução nossa) ⁸

A Constituição Venezuelana (1999), por fim, tratou da função social no Artigo 115:

Artigo 115 - O direito à propriedade é garantido. Toda pessoa tem direito ao uso, gozo e disposição dos bens. Os imóveis devem ser sujeitos a tais contribuições, restrições e obrigações estabelecidos por lei para utilidade pública ou de interesse geral. [...] (VENEZUELA, 1999, tradução nossa) ⁹

Os textos constitucionais transcritos expõem a tutela da propriedade e da propriedade com função social. Inegavelmente é um avanço jurídico no sentido de que a propriedade urbana precisa atender ao interesse coletivo para enfrentar as consequências atuais, já relatadas e que tem origem, especialmente, na acepção tradicional dos direitos e propriedades individuais.

A proteção trazida por estas Constituições expõe uma importante unidade jurídica para a América Latina e permite aproximação, também, por meio de políticas públicas. Este é mais um importante caminho para a integração do Brasil em suas relações internacionais e, em especial, no aspecto social latino americano, conforme determinada a CF/88:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

⁶ Art. 321. El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental.

⁷ Se garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y límites serán establecidos por la ley, atendiendo a su función económica y social, a fin de hacerla accesible para todos.

⁸ Artículo 32. La propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieren por razones de interés general. Nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o utilidad públicas establecidos por una ley y recibiendo siempre del Tesoro Nacional una justa y previa compensación. Cuando se declare la expropiación por causa de necesidad o utilidad públicas, se indemnizará a los propietarios por los daños y perjuicios que sufrieren en razón de la duración del procedimiento expropiatorio, se consume o no la expropiación; incluso los que deriven de las variaciones en el valor de la moneda.

⁹ Artículo 115. Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general.

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. (BRASIL, 1988)

3. A FUNÇÃO SOCIAL DAS CIDADES NO ATUAL CONTEXTO BRASILEIRO

A ruptura de paradigma no aspecto da propriedade privada é um dos marcos do denominado novo constitucionalismo latino-americano. Ele avança para tratar do desenvolvimento urbano e possibilitar a sustentabilidade em seu aspecto econômico, social, ambiental e cultural.

O contexto histórico de formação das cidades e as adversidades urbanísticas são muito similares na maioria dos países da América Latina, pois, assim como no Brasil, desde a colonização todos foram maculados pelo civilismo patrimonialista e pela injustiça social. Neste sentido alerta o Prof. Wolkmer (2013, p.23);

Tem sido próprio na tradição latino-americana, seja na evolução teórica, seja na institucionalização formal do direito, que as constituições políticas consagrassem, abstratamente, igualdade formal perante a lei, independência de poderes, soberania popular, garantia liberal de direitos, cidadania culturalmente homogênea e a condição idealizada de um 'Estado de direito' universal. Na prática, as instituições jurídicas são marcadas por controle centralizado e burocrático do poder oficial; formas de democracia excludente; sistema representativo clientelista; experiências de participação elitista; e por ausências históricas das grandes massas campesinas e populares.

Para Celso Furtado o subdesenvolvimento dos países da América Latina tem suas raízes numa conexão precisa, surgida em certas condições históricas, entre o processo interno de exploração e o processo externo de dependência. (1981, p.94)

Além da função social da propriedade o avanço está, também, com a determinação, em nível constitucional da competência do Estado para atuar em favor do direito do cidadão urbano à gestão sustentável das cidades. Entre as Constituições referidas destaque-se, neste sentido, o Artigo 31 da Constituição do Equador (2008), que dispõe sobre a função social e ambiental do espaço urbano.

Artigo 31 - Os indivíduos têm o direito ao pleno gozo da cidade e seus espaços públicos, de acordo com os princípios de sustentabilidade, justiça social, respeito às diferenças culturais urbanas e o equilíbrio entre o urbano e o rural. O direito à cidade é baseado na gestão democrática desta, onde a

função social e ambiental da propriedade e da cidade, e no exercício pleno da cidadania. (EQUADOR, 2008, tradução nossa) ¹⁰

A Constituição brasileira dedica o capítulo II do título VI (Arts. 182 e 183) as diretrizes que devem vincular a atuação dos municípios diante políticas públicas urbanas, ou seja, enaltece que a cidade tem função social:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (BRASIL, 1988)

Para delimitar a função social de cada cidade, determina a Constituição, que os Municípios devem fazê-lo por meio das leis que irão compor o Plano Diretor. Tal determinação é condizente com o modelo federal de organização político-administrativa (Art. 18) e respeito à autonomia dos Municípios para tratar de assuntos de interesse local (Art. 30, I) e da competência suplementar (Art. 24, I) sobre Direito Urbanístico.

Somente em 2001 por meio da Lei 10.257 (denominada Estatuto da Cidade) é que foram traçadas diretrizes gerais da política urbana. Ao tratar deste Estatuto, aponta Vicente de Abreu Amadei (2014, p.414), que “o contexto histórico do Estatuto da Cidade reclama, de um lado, consideração ao fenômeno da urbanização na história geral (a partir do séc. XIX) e na história nacional, e, de outro, ao constatar o crescimento desordenado das cidades, o alarmante índice de sub-habitações e a intensificação dos conflitos urbanos em seus diversos âmbitos (habitação, trabalho, transporte, segurança)”.

As diretrizes para a efetividade do direito a cidades sustentáveis são, nos termos do Art. 2º do Estatuto da Cidade, entre outras importantes indicações, no sentido de: direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer; gestão democrática; desenvolvimento das cidades de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos; regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda.

Os instrumentos para viabilizar as diretrizes constitucionais e da Lei referida (Art. 4º) passam, necessariamente, pela intervenção do Estado por meio: i) do planejamento de modo a integrar a cidade, as regiões metropolitanas, microrregiões, enfim, recorrer à racionalização

¹⁰ Art. 31. Las personas tienen derecho al disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, bajo los principios de sustentabilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural. El ejercicio del derecho a la ciudad se basa en la gestión democrática de ésta, en la función social y ambiental de la propiedad y de la ciudad, y en el ejercicio pleno de la ciudadanía.

para que as políticas públicas alcancem eficiência desejada; ii) da produção de normas tributárias (variável conforme seja o desempenho da função social) e financeiras (incentivos); iii) institutos jurídicos e políticos, neste caso, prevendo referendo popular e plebiscito; e, iv) atuação preventiva por meio dos Estudos de Impacto Ambiental e de Vizinhança.

Este mesmo Estatuto em seu artigo 4º, V¹¹, elenca inúmeros instrumentos jurídicos para alcançar a efetividade da reforma urbanística de longa data desejada. Ou seja, o ordenamento brasileiro possibilita soluções para enfrentar vários problemas urbanos, inclusive, as moradias ilegais nas cidades que se multiplicam.

4. A PARTICIPAÇÃO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO EM FACE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA CIDADE

O levantamento da jurisprudência¹² revelou que as temáticas que envolvem Direito Urbanístico avançam lentamente. As justificativas, podem ser, as inúmeras inovações trazidas pelo Estatuto das Cidades e a necessidade de sua implementação, a ausência de Plano Diretor em Municípios e a não aplicação ou aplicação inconstitucional da extrafiscalidade tributária, por meio do IPTU, autorizada pela CF/88. No entanto, foram destacadas as manifestações judiciais abaixo com o objetivo de apontar os argumentos que já estão sendo trazidos à discussão judicial no sentido a efetividade das ações públicas para quanto a função social da propriedade e das cidades.

A progressividade extrafiscal do IPTU despontou como um dos temas mais versados no judiciário¹³, em razão da função social da propriedade de que trata o Art. 156, § 1º, II da CF/88. A referida decisão aborda a diferenciação entre a progressividade extrafiscal do IPTU e a progressividade fiscal, dita arrecadatória. A primeira, trata-se da progressividade-sanção, que busca compelir o proprietário de imóveis a conferir ao bem uma destinação consentânea com sua função social. Esta é a modalidade de progressividade tratada pelo Estatuto da

11 Art. 4º, V – institutos jurídicos e políticos: a) desapropriação; b) servidão administrativa; c) limitações administrativas; d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano; e) instituição de unidades de conservação; f) instituição de zonas especiais de interesse social; g) concessão de direito real de uso; h) concessão de uso especial para fins de moradia; i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; j) usucapião especial de imóvel urbano; l) direito de superfície; m) direito de preempção n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; o) transferência do direito de construir; p) operações urbanas consorciadas; q) regularização fundiária; r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos; s) referendo popular e plebiscito; t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária; (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009) u) legitimação de posse. (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009)

¹² A pesquisa jurisprudencial limitou-se ao âmbito do Supremo Tribunal Federal, primeiro, pois a matéria é afeta à temática Constitucional, portanto, tratada, em estância final pelo STF e, segundo, que o intuito era restringir as decisões por sua relevância, já que muito é tratado nos Tribunais Estaduais, mas apenas as controvérsias mais relevantes são debatidas na Corte Suprema.

¹³ O próprio STF reconhece a repercussão geral do tema, reconhecido em 24 jul. 2013, com cerca de 161 processos vinculados.

Cidade. A segunda, progressividade fiscal, é um mecanismo de concreção da capacidade contributiva e opera-se por intermédio da majoração de alíquotas em relação diretamente proporcional ao aumento da base de cálculo do tributo.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IPTU. PROGRESSIVIDADE. LEI LOCAL INSTITUÍDA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 29/2000. CONSTITUCIONALIDADE. CONDIÇÕES PREVISTAS PELO ESTATUTO DA CIDADE. INAPLICABILIDADE. 1. A progressividade extrafiscal, baseada na função social da propriedade, sempre foi permitida pelo texto Constitucional. Esta é a modalidade de progressividade que se opera conforme as condições previstas pelo Estatuto da Cidade. 2. A progressividade fiscal, dita arrecadatória, só foi viabilizada após constar da Constituição Federal o permissivo trazido pela Emenda Constitucional nº 29/2000. Nesse caso, a progressividade é mecanismo de concreção da capacidade contributiva e opera-se com a majoração de alíquotas em relação diretamente proporcional ao aumento da base de cálculo. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2013, julgado em 22 out. 2013)

A progressividade extrafiscal é um dos expoentes da função social, pois serve a compelir o proprietário a dar destinação ao imóvel, inibindo o surgimento de vazios urbanos reservados à especulação imobiliária. Para tanto, a Constituição Federal (1988) em seu art. 156, atribui competência tributária e capacidade tributária aos Municípios para a aplicação de imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. Para a intuição da progressividade do IPTU de natureza é extrafiscal, haverá que ser observado o que determina os art. 5º e 7º do Estatuto da Cidade. Com isso, pode o legislador municipal instituir a norma em plano local.

Além do destaque à progressividade tributária como tópico mais controvertido na seara do Direito Urbanístico e da função social da propriedade, cumpre ao presente trabalho também salutar a discussão tramada no Superior Tribunal de Justiça que versou sobre o direito a uma cidade sustentável.

No Recurso Especial n. 1135807/RS, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou Ação Civil Pública contra o Município de Esteio, em vista da desafetação de área de uso comum do povo (praça) para a categoria de bem dominical, através de Lei Municipal (n. 4.222/2006) para viabilizar a doação do imóvel ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), com o propósito de instalação de nova agência do órgão federal na cidade.

Todavia, praças, jardins, parques e bulevares públicos urbanos constituem uma das mais expressivas manifestações do processo civilizatório, porquanto encarnam o ideal de qualidade de vida da cidade, realidade físico-cultural refinada no decorrer de longo processo histórico em que a urbe se viu transformada, de amontoado caótico de pessoas e construções adensadas, em ambiente de convivência banhado pelo saudável, belo e aprazível.

Ademais, tais espaços públicos (praças) são, modernamente, objeto de disciplina pelo planejamento urbano, nos termos do art. 2º, IV, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), e concorrem, entre seus vários benefícios supraindividuais e intangíveis, pois fortalecem o sentimento de comunidade, mitigam o egoísmo e o exclusivismo do domínio privado e viabilizam nobres aspirações democráticas, de paridade e igualdade, já que neles convivem os multifacetários matizes da população: abertos a todos e compartilhados por todos, sem discriminação de classe, raça, gênero, credo ou moda. Daí o dever não discricionário do administrador de instituí-los e conservá-los adequadamente, como elementos indispensáveis ao direito à cidade sustentável, que envolve, simultaneamente, os interesses das gerações presentes e futuras, consoante o art. 2º, I, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade).

Na hipótese do Recurso Especial aqui versado, decidiu o Ministro Herman Benjamin que não se justifica, nos dias atuais, que praças, jardins e parques públicos, ou qualquer área verde municipal de uso comum do povo, sofram desafetação para a edificação de prédios e construções, governamentais ou não, tanto mais ao se considerar, nas cidades brasileiras, a insuficiência ou absoluta carência desses lugares de convivência social.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRAÇAS, JARDINS E PARQUES PÚBLICOS. DIREITO À CIDADE SUSTENTÁVEL. ART. 2º, INCISOS I E IV, DA LEI 10.257/01 (ESTATUTO DA CIDADE). DOAÇÃO DE BEM IMÓVEL MUNICIPAL DE USO COMUM À UNIÃO PARA CONSTRUÇÃO DE AGÊNCIA DO INSS. DESAFETAÇÃO. COMPETÊNCIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 150/STJ. EXEGESE DE NORMAS LOCAIS (LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE ESTEIO/RS). (BRASIL, 2010. Publicado 8 mar. 2012)

A pesquisa jurisprudencial revelou que o Brasil ainda se encontra em um momento de transição, de adaptação e aceitação dessa nova realidade. O povo está aprendendo a entender a propriedade em sua forma coletiva, cumpridora de uma função social, e não apenas de modo individual e egoístico.

CONCLUSÃO

O tema propriedade, ao longo da história, sempre despertou interesse em face não só da relação com a coisa, mas sobretudo com o poder que a posse significa. O século XX foi marcado por fatos que levaram a importantes transformações sociais e econômicas da sociedade, além de definir um novo papel ao Estado na preservação das garantias fundamentais conquistadas nos séculos XVIII e XIX, entre elas, o conflito entre o direito de propriedade e a concepção da necessidade de atendimento à sua função social.

Os dados confirmam a crise urbana habitacional e revelam a importância de contornos e garantias sociais relativas à função social da propriedade e da cidade. A propriedade é um fenômeno de raiz originariamente privatista, mas a evolução por que passou ao longo do último século, consagrou a mudança a essa visão, na medida em que o Estado passou a intervir nas relações econômicas e sociais, inclusive, positivando em suas constituições uma nova raiz de direito público. Pois, se a propriedade é um direito, sobre esse direito individual está a sua função social que é supra-individual. A propriedade deve, hoje, submeter-se às restrições do bem-estar social e do direito de todos ao mínimo individual e coletivo.

O Brasil tem estampado em seu ordenamento a busca pela Concretização dos ideais da função social da propriedade urbana e da cidade, tal como se observa dos Artigos 5º, 170, 182 e 183 da Constituição (1988), assim como no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) e demais normas infraconstitucionais. Portanto, o princípio da função social da propriedade e da cidade encontra total guarida no texto constitucional. Ademais, demonstrou a presente pesquisa que, além do ordenamento brasileiro, a positivação da função social da propriedade e da cidade é observada em diversos diplomas constitucionais em toda a América Latina, conforme aqui elencado, sendo eles o Chile (1980, art. 24), a Colômbia (1991, art. 58), o Paraguai (1992, art. 109), o Uruguai (1967, art. 32) e a Venezuela (1999, art. 115), com especial destaque à Bolívia (2009, art. 393) e ao Equador (2008, art. 31 e 321), em função de sua expressiva representativa no modelo reformador do novo constitucionalismo latino-americano.

Estas acepções comuns sobre a legitimidade da propriedade privada, na atualidade, são fundamentais, pois: i) estão em conformidade com o Art. 4º e parágrafo único da CF/88 do Brasil, ao enfatizar ações que realizem a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina; ii) positivam a superação da concepção da propriedade privada individualista em favor da socialização deste direito; e, iii) abrem caminhos políticos (políticas públicas) e jurídicos para o acesso aos direitos não somente à moradia, mas, sim, à moradia no contexto de um desenvolvimento urbano sustentável.

REFERÊNCIAS

AMADEI, Vicente de Abreu. "Inovações urbanísticas no Estatuto da Cidade". In LEVY, Wilson, NALINI, José Renato. "Regularização fundiária". Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BOLÍVIA. Constitución de 2009. República del Bolivia. Disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>> acesso em 01 jul. 2014

BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Distrito Federal: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Constituição de 1934. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, Distrito Federal: Senado Federal: Centro Gráfico, 1934.

_____. Constituição de 1937. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, Distrito Federal: Senado Federal: Centro Gráfico, 1937.

_____. Constituição de 1946. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, Distrito Federal: Senado Federal: Centro Gráfico, 1946.

_____. Constituição de 1967. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Distrito Federal: Senado Federal: Centro Gráfico, 1967.

_____. Constituição de 1967. Emenda Constitucional nº 1, de 17 out. 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. In: Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Distrito Federal: Senado Federal: Centro Gráfico, 1969.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário nº 639632. Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma. julgado em 22 out. 2013, DJe-231, publicado em 25 nov. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1135807/RS. Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. julgado em 15 abr. 2010, publicado em 8 mar. 2012.

CHILE. Constitución de 1980. República de Chile. Disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Chile/vigente.html>> acesso em 09 jul. 2014

COLOMBIA. Constitución de 1991. República de Colombia. Disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/col91.html>> acesso em 01 jul. 2014

ECUADOR. Constitución de 2008. República del Ecuador. Disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador08.html>> acesso em 30 jun. 2014

FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In AFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte Del Rey, 2006a.

_____. Do Código Civil ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do direito urbanístico no Brasil. In FERNANDES, Edésio. Questões anteriores ao direito urbanístico. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006b.

FERNANDES, Marlene. Agenda Habitat para Municípios. Rio de Janeiro: IBAM, 2003.

FURTADO, Celso. A economia latino-americana: formação histórica e problemas contemporâneos. 3ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1986

_____. O mito do desenvolvimento econômico. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1981

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo demográfico: Resultados gerais da amostra - São Paulo. Rio de Janeiro, 2010.

MARQUESI, Roberto Wagner. A propriedade-função na perspectiva civil-constitucional: desapropriação de imóveis produtivos não funcionais. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

ONU-HABITAT. Estado de Las Ciudades de América Latina y el Caribe 2012: Rumbo a una nueva transición urbana. Nairobi: ONU-Habitat; 2012

PARAGUAI. Constitución de 1992. República de Paraguay. Disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Paraguay/para1992.html>> acesso em 12 jul. 2014

URUGUAY. Constitución de 1967. República Oriental del Uruguay. Disponível em <<http://pd ba.georgetown.edu/Constitutions/Uruguay/uruguay04.html>> acesso em 10 jul. 2014

VENEZUELA. Constitución de 1999. República Bolivariana de Venezuela. Disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/vigente.html>> acesso 11 jul. 2014

WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (org.). Constitucionalismo Latino-americano - tendências contemporâneas. Curitiba: Editora Juruá, 2013.