

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ROZANGELA MOTISKA BERTOLO

**DAS FUNÇÕES SOCIAIS DOS INSTITUTOS JURÍDICOS ÀS FUNÇÕES SOCIAIS DA
CIDADE**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Almiro Régis do Couto e Silva

Porto Alegre
2006

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ROZANGELA MOTISKA BERTOLO

**DAS FUNÇÕES SOCIAIS DOS INSTITUTOS JURÍDICOS ÀS FUNÇÕES SOCIAIS DA
CIDADE**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA:

Aos meus pais, José e Odila, por tudo.

Ao Sérgio e à Cíntia, por estarem ao meu lado.

AGRADECIMENTOS

No caminho percorrido para construir este estudo busquei aprofundar as leituras e pesquisas iniciadas ou desenvolvidas durante os cursos de Mestrado e de Doutorado. Muito contribuíram os desafios propostos tanto na vida acadêmica como na profissional. Nesta jornada de diálogo com os mais variados autores, professores, colegas, amigos, minha gratidão e reconhecimento, pelas idéias, discussões, observações e correções que me conduziram a uma melhor compreensão das questões que me propus enfrentar.

Agradeço aos mestres da Faculdade de Direito da UFRGS, sem os quais este trabalho não seria possível. Meus melhores agradecimentos ao Professor Almiro do Couto e Silva pelas valiosas lições, sugestões e críticas.

Quero agradecer, também, às secretárias e funcionários da pós-graduação em Direito da UFRGS, seus colaboradores e estagiários pela gentileza e atenção.

Aos meus familiares agradeço mais que tudo pela paciência, apoio e afeto.

Toda vez que consultamos uma fonte, nos reunimos com alguém, e reunindo-nos, participamos de um diálogo que pode ter décadas, até mesmo séculos de idade.¹

¹ BOOTH, W.C., COLOMB, G.G., WILLIAMS, J.M. *A arte da pesquisa*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 15.

RESUMO

Este estudo examina a função social dos institutos jurídicos e as noções de justiça social e de solidariedade, necessárias para o preenchimento do conteúdo da expressão 'funções sociais'. Pretende contribuir para uma melhor compreensão do princípio e diretriz do direito urbanístico e da política urbana das funções sociais das cidades.

Analisa o significado, a natureza, os antecedentes e os pressupostos da noção jurídica de função social e a decorrente ressignificação de institutos jurídicos com esse novo elemento.

Delineia a análise estrutural e a análise funcional realizada na ciência e na sociologia do direito. Estuda a questão dos direitos subjetivos e sua compatibilidade com a função social dos institutos jurídicos. Busca determinar a natureza da função social, se princípio, diretriz, cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado.

E, a partir dos caminhos percorridos para a construção e reconstrução do sentido atual das funções sociais dos institutos jurídicos, em especial da propriedade e da posse, se a função social dos institutos jurídicos constitui o substrato para o correto entendimento das funções sociais da cidade.

Reflete acerca da cidade e de como se configuram suas funções sociais no âmbito do Direito, sua importância e efeitos. Quais direitos e obrigações, segundo a doutrina e a interpretação dos tribunais, emergem do cotejo do texto e no contexto concreto em que incidem para conformar as políticas públicas às funções sociais da cidade com os instrumentos constitucionais e infraconstitucionais de que dispõe o Direito brasileiro.

ABSTRACT

This work examines the social function of the legal institutions of Private Law and the knowledge of social justice and solidarity, necessary to fulfilling the content of the expression 'social functions'. It intends to contribute for a better comprehension of the principle and directive of the town planning right and the urban policies of social functions of the cities.

It analyzes the meaning, the nature, the records and the budgets of the legal notion of social function and the new sense of legal institutes with this element.

It delineates the structural analysis and the functional analysis in the science and in Sociology of Law. It studies the question of the subjective rights compatibility with the social function of the legal institutes. It seeks to decide the nature of the social function, if principle, line of direction, general clause or indeterminate legal concept.

Also from the ways covered for the construction and reconstruction of the present meaning of social functions of the legal institutes, in special the property and ownership, if the social function of the legal institutes constitutes the substratum for the correct understanding of the social functions of the cities.

It reflects concerning the city and its social functions configure in the scope of the Right, its importance and effects. Which rights and duties, according the doctrine and the interpretation of the courts, emerge of the comparison of the text and in the concrete context for conforms the public policies to the social functions of the city to the constitutional and legal instruments in the Brazilian Right.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
APDF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão)
BNH – Banco Nacional da Habitação
CCB – Código Civil Brasileiro
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CF – Constituição Federal
CNM – Confederação Nacional de Municípios
CIAM – Congresso Internacional de Arquitetura Moderna
CNDU – Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano
DJ – Diário de Justiça
EC – Emenda Constitucional
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
EIA – Estudo Prévio de Impacto Ambiental
EIV – Estudo de Impacto de Vizinhança
FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
FUNDEF – Fundo para o Desenvolvimento do Ensino Fundamental
IDH – Índice de Desenvolvimento Humano
IDH–M – Índice de Desenvolvimento Humano Municipal
IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
IPTU – Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana
IUCN – *International Union for the Conservation of Nature and Natural Resources*
MS – Mandado de Segurança
ONU – Organização das Nações Unidas
PIB – Produto Interno Bruto

RE – Recurso Extraordinário

RO – Recurso Ordinário

RTJ – Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça

RT – Revista dos Tribunais

SENAC – Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial

SERFHAU – Serviço Federal de Habitação e Urbanismo

SFH – Sistema Financeiro da Habitação

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

UNCHS – United Nations Conference on Human Settlements (Conferência das Nações Unidas para Assentamentos Humanos)

UnB – Universidade de Brasília

UNESP – Universidade Estadual Paulista

UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul

USP – Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
PRIMEIRA PARTE A NOÇÃO DE FUNÇÃO SOCIAL.....	15
1 PRESSUPOSTOS E SIGNIFICAÇÃO DE FUNÇÃO SOCIAL.....	17
1.1 <i>As noções de justiça social e de solidariedade.....</i>	17
1.2 <i>Solidariedade e função social em León Duguít.....</i>	26
1.3 <i>O estruturalismo kelseniano e a análise funcional do direito.....</i>	29
1.4 <i>A função social - de dado externo a elemento integrante dos institutos jurídicos.....</i>	33
1.5 <i>A incompatibilidade da função social com o conceito de direito subjetivo e sua posterior compatibilização.....</i>	37
2 NATUREZA DA FUNÇÃO SOCIAL: PRINCÍPIO, DIRETRIZ, CLÁUSULA GERAL OU CONCEITO INDETERMINADO.....	52
2.1 <i>Os princípios.....</i>	52
2.2 <i>As diretrizes.....</i>	58
2.3 <i>As cláusulas gerais.....</i>	60
2.4 <i>Os ‘conceitos’ jurídicos indeterminados.....</i>	63
SEGUNDA PARTE - A FUNÇÃO SOCIAL DOS INSTITUTOS JURÍDICOS.....	66
1 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	66
1.1 <i>A função social nos textos constitucionais.....</i>	70
1.2 <i>A função social no Código Civil Brasileiro.....</i>	72
1.3 <i>O princípio da função social na propriedade imobiliária urbana.....</i>	77
1.4 <i>O princípio da função social na propriedade imobiliária rural.....</i>	82

<i>1.5 A função ambiental da propriedade.....</i>	86
2 A FUNÇÃO SOCIAL E A POSSE.....	94
<i>2.1 O instituto da posse e sua função social.....</i>	95
<i>2.2 A função social da posse e o instituto da usucapião.....</i>	99
<i>2.3 Função social da posse e a denominada desapropriação judicial.....</i>	102
<i>2.4 Função social da posse e a desapropriação indireta.....</i>	104
TERCEIRA PARTE - AS FUNÇÕES SOCIAIS DA CIDADE.....	107
1 CONFIGURAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DAS CIDADES.....	107
<i>1.1 A polis grega e a civitas romana, a cidade medieval, a cidade industrial, a cidade moderna, as cidades contemporâneas.....</i>	107
<i>1.2 As necessidades-tipo e as funções sociais da cidade.....</i>	117
<i>1.3 As cidades disfuncionais: a dicotomia da cidade legal/cidade ilegal.....</i>	122
2 A POLÍTICA URBANA E O ESTATUTO DA CIDADE.....	126
<i>2.1 A função social na conformação das políticas públicas.....</i>	131
<i>2.2 As funções sociais e o Estatuto da Cidade: diretrizes e instrumentos.....</i>	141
<i>2.3 As cidades sustentáveis e planejamento.....</i>	142
<i>2.4 Gestão democrática, participação e cooperação.....</i>	151
<i>2.5 Os institutos jurídicos e políticos.....</i>	154
CONCLUSÃO.....	164
REFERÊNCIAS.....	169

INTRODUÇÃO

O estudo das funções sociais da cidade, nos termos estabelecidos no capítulo da política urbana da Constituição Federal de 1988, supõe que se examine a função social dos institutos jurídicos e as noções de justiça social e de solidariedade, pressupostos necessários para o preenchimento do conteúdo da expressão ‘funções sociais’.

A análise da função social dos institutos jurídicos, neste trabalho, serve, pois, para dar suporte e substrato ao estudo das funções sociais da cidade no âmbito do Direito. Para isso, cabe delinear o significado, natureza e alcance, os antecedentes e os pressupostos da noção jurídica de função social e a decorrente ressignificação de institutos jurídicos com esse novo elemento.

Para este propósito, importa considerar como se evoluiu da concepção dos institutos jurídicos como estrutura imutável e da função social concebida como momento dinâmico não integrante dos institutos jurídicos, dado externo portanto, para a compreensão da função social como elemento integrante da própria estrutura dos institutos jurídicos, não mais tidos como imutáveis. Contribui para esta finalidade o exame da análise estrutural e da análise funcional realizada na ciência do direito e na sociologia do direito.

Também é importante examinar a questão dos direitos subjetivos e sua compatibilidade com a função social dos institutos jurídicos, tendo em vista que a concepção inicial de direito

subjetivo era tida como incompatível com a funcionalização dos institutos jurídicos e sua posterior compatibilidade.

Necessário, ainda, determinar a natureza da função social, se princípio, diretriz, cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado.

Busca-se, assim, a partir dos caminhos percorridos para a construção e reconstrução do sentido atual das funções sociais dos institutos jurídicos, em especial da propriedade e da posse, identificar se estes constituem instrumentos efetivos para a compreensão do significado, natureza e efeitos das funções sociais das cidades no âmbito do Direito.

Delineada a noção de função social dos institutos jurídicos, é preciso indagar se é possível sua aplicabilidade às funções sociais da cidade. Ou seja, verificar se a função social dos institutos jurídicos constitui o substrato para a compreensão das funções sociais da cidade.

Neste quadro, é pertinente refletir acerca das seguintes questões: Como caracterizar a cidade? Como se configuram as funções sociais da cidade? Como se dá essa configuração no âmbito do Direito? Qual sua importância e efeitos? As respostas a essas indagações permitirão delinear uma melhor compreensão das 'funções sociais da cidade' inseridas no texto constitucional, no capítulo da política urbana.

A seguir, procura-se verificar como se chegou às denominadas funções sociais das cidades, a partir de sua configuração e desenvolvimento histórico para identificar quais direitos defluem daí, quais exigem intermediação legislativa e aqueles que independem desta.

Pretende-se ainda identificar, na doutrina e na interpretação dos tribunais, as normas que emergem do cotejo do texto e no contexto concreto em que incidem para conformar as políticas públicas às funções sociais da cidade. Cumpre, assim, verificar se existem hipóteses legais e jurisprudenciais de anulação de políticas públicas conflitantes com a diretriz constitucional de pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades e se o Poder Judiciário pode compelir o administrador a concretizá-las. E, neste sentido, ver em que medida podem, o Direito e o Judiciário, contribuir para a correção das metrópoles disfuncionais, com os instrumentos constitucionais e infraconstitucionais que dispõe o direito brasileiro.

O trabalho envolve pesquisa doutrinária e jurisprudencial para compreensão do tema, com o objetivo de precisar o seu substrato teórico e conceitual. Assim, realiza-se o cotejo desses elementos para delinear os contornos e efeitos da inclusão das funções sociais da cidade na conformação da política urbana nos termos do texto da Constituição Federal de 1988.

Com esse objetivo desenvolve-se o presente estudo organizado em três partes. A primeira examina a noção de função social, pressupostos, fundamentos, natureza e desenvolvimento. A segunda parte estuda a função social e seus efeitos nos institutos jurídicos da propriedade e da posse. A terceira parte ocupa-se do significado e natureza das funções sociais da cidade, sua conexão com as necessidades-tipo do ser humano e as diretrizes e os instrumentos do Estatuto da Cidade.

PRIMEIRA PARTE - A NOÇÃO DE FUNÇÃO SOCIAL

A função social integra os institutos jurídicos e, com a Constituição Federal de 1988, passou a constituir o elemento nuclear da ordenação e desenvolvimento das cidades.

Importa inicialmente precisar o sentido técnico atribuído à expressão ‘função social’, de modo a evitar o seu emprego de forma imprecisa ou incorreta, sem perder de vista que a expressão comporta distintas significações². Embora possa parecer redundância falar em função social dos institutos do direito diante da compreensão da ciência jurídica como ciência social, a matéria tem papel relevante no âmbito metodológico da ciência do Direito.

Cumprir identificar os pressupostos da denominada ‘função social’ fundada nas noções da solidariedade e justiça social. Referidas noções têm origens, em especial, na obra de Aristóteles e seu posterior desenvolvimento pela filosofia tomista. Assenta-se na doutrina social da Igreja e apresenta distintos desenvolvimentos na esteira dos movimentos políticos e sociais do séc. XIX e início do séc. XX.

² Lourival Vilanova observa essas diversas significações no que concerne à palavra *função*: “[...] a *palavra função* sendo a mesma, no contexto de cada *vocabulário técnico* tem diferentes conotações. É codificada diferentemente”. (VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1977, p. 38).

Um significativo estudo acerca da função social dos institutos jurídicos e de sua evolução é desenvolvido pela análise funcional do Direito³. Esta forma de abordagem busca determinar como operam os institutos jurídicos *in concreto*. Seu objeto era considerado de interesse da Sociologia e da Filosofia jurídica. Esta análise é significativa na avaliação da eficiência e eficácia concreta do direito e surge justamente diante da insatisfação com o formalismo jurídico e com o direito concebido de forma estreitamente individualista.

Auxilia na compreensão desta modalidade de análise do direito o estudo realizado por Norberto Bobbio acerca do estruturalismo kelseniano e da análise funcional. A contraposição desses dois enfoques permite compreender por que motivo a noção de função social, inicialmente fora do interesse da ciência do Direito, vai ser tida, posteriormente, como integrante dos próprios institutos jurídicos.

De outra parte, a análise da funcional dos institutos jurídicos realizada por Karl Renner, acerca das significativas transformações dos diversos institutos jurídicos e sua complexa interdependência com as relações de produção, distribuição e consumo, permite o esclarecimento das modificações nas funções sociais exercidas pelas instituições do Direito, destacadamente, pelo instituto da propriedade. Isso tem real interesse para o escopo deste trabalho uma vez que permitirá desenvolver o significado, a conformação e os efeitos jurídicos das funções sociais da cidade e o estreito vínculo que se vislumbra entre estas com a função social da posse e da propriedade e sua inerente função ambiental.

³ Isso se dá predominantemente na segunda metade do século XIX e início do século XX ante a constatação da insuficiência do formalismo jurídico para responder às questões suscitadas pela crescente complexidade da sociedade, decorrente da industrialização e dos problemas sociais.

1 PRESSUPOSTOS E SIGNIFICAÇÃO DE FUNÇÃO SOCIAL

Para compreender os contornos e o significado da função social dos institutos jurídicos cabe inicialmente situar os pressupostos da noção de função social, ensejadora de obrigações e comportamentos de natureza negativa (de não fazer) e positiva (de fazer), no exercício de direitos, interesses e faculdades inerentes a esses institutos. A noção de função social é conformada pelos objetivos fundamentais de solidariedade e justiça social traçados na Constituição da República Federativa brasileira. Nesse contexto, examinam-se os pressupostos e o substrato dessas noções.

1.1 As noções de justiça social e de solidariedade

O esclarecimento dessas noções exige a compreensão da teoria de justiça aristotélica⁴. Aristóteles é o primeiro a elaborar uma teoria sobre a justiça, desenvolvendo-a em justiça legal, distributiva e corretiva, como acentua Luis Fernando Barzotto no artigo ‘Justiça Social: Gênese, estrutura e aplicação de um conceito’.

A teoria de justiça do filósofo de Estagira apóia-se na noção de ‘virtude’, que conduz o ser humano a desejar o justo em incidível correlação com o bem. O justo é designado pelo termo *dikaion*, que é empregado tanto para significar o legal como o igual. Aristóteles toma esta dicotomia para representar os dois modos de estabelecer o devido a outrem (pela lei ou pela

⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, 1992, Livro V, 1109 a, p. 91 et seq.

igualdade); para subdividir justiça em: justiça geral ou universal, cujo padrão é a legalidade (justo é o exercido de acordo com a lei, tendo esta última por objeto os deveres em relação à comunidade para que alcance seu bem comum); e justiça particular, balizada pela noção de igualdade compreendendo, por sua vez: a justiça distributiva, exercida entre os membros da *politéia* (regida pela igualdade proporcional) e a justiça corretiva, nas relações entre os indivíduos (norteada pela igualdade absoluta visando o restabelecimento do equilíbrio, a exemplo da equivalência entre dano e indenização).⁵

A teoria aristotélica de justiça é baseada na “relação ou reciprocidade com o outro, a cidade e o *kósmos*”⁶, que comporta “uma ordem hierárquica, harmoniosa e justa nas coisas”⁷. Fundamenta-se também na noção de corpo social natural, no qual o todo vem antes das partes. Para Aristóteles, o homem é um animal político feito para viver na *polis*, na cidade, no Estado, na comunidade, e a sociedade política é tida como elemento natural da sociabilidade humana⁸. O homem situa-se na natureza, integra-a, formando um todo orgânico. O Direito funda-se na observação da ordem no corpo social natural.⁹

Tomás de Aquino acresce à justiça aristotélica elementos do direito romano. Sua definição supõe ‘dar a cada um o que lhe é devido’ distinguindo a justiça legal, relativa ao ‘outro em comum’ e objetivando o bem comum da comunidade, aos seus membros, e a justiça particular, referente ao ‘outro considerado individualmente’, sem deixar de ter por escopo, também, o bem comum. Nesse contexto a justiça particular comporta a justiça distributiva,

⁵ BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, n. 17, p. 15-56. out. 2003, *Revista de Informação Legislativa*, v. 40, n.160, 2003, p. 49-64.

⁶ FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 46.

⁷ *Ibid.*, p. 43.

⁸ *Ibid.*, p. 42.

⁹ *Ibid.*, p. 43. ARISTÓTELES. *A política*. Bauru, São Paulo: EDIPRO, 1995, p. 15, e ARISTÓTELES, *Ética...*, Livro V.

objetivando a distribuição conforme a igualdade proporcional, e a justiça comutativa, aplicada às trocas conforme a igualdade absoluta, e correspondente à justiça corretiva de Aristóteles.¹⁰

Para Tomás de Aquino o ser humano é um animal social e, embora a justiça particular diga respeito ao bem dos particulares, isto ocorre também em consideração ao bem comum. Nessa época, prevalece a idéia de natureza ligada a uma universalidade cristã cujo governo está estritamente vinculado a uma teologia e a Deus¹¹.

Já a justiça, na sociedade moderna, tem como substrato uma teoria do Direito que decorre de uma nova ordem política. O direito natural fundamenta-se na natureza humana. O homem encontra-se isolado como indivíduo e detentor de direito subjetivo natural¹². A noção de dignidade inerente ao ser humano, com as revoluções liberais, substitui a de honra, decorrente do *status* na hierarquia social.

O surgimento da lógica cartesiana, o *cogito, ergo sum*,¹³ conduz ao racionalismo e, no Direito, ao paradigma do individualismo jurídico e às noções “de direito subjetivo, sujeito de direito, de contrato social” regendo a sociedade política. As principais fontes dessa nova cosmovisão se encontram em Hobbes¹⁴, Locke¹⁵, Rousseau¹⁶ e Kant¹⁷ e se afastam do *kósmos*

¹⁰ BARZOTTO, op. cit.

¹¹ FARIAS, *A origem...*, p. 50.

¹² Ibid., ver p. 49 et seq.

¹³ DESCARTES, René. *Discurso do método*: meditações. São Paulo: Abril Cultural, 1983. A dinâmica contida no ‘se duvido, penso’, conduz ao cogito: ‘Penso, logo existo’.

¹⁴ HOBBS. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Hobbes, conhecido pela sua célebre “o homem é o lobo do homem” concebe duas ordens distintas: a ordem social e a ordem da natureza, às quais correspondem, respectivamente, o direito positivo e o direito natural, a obrigação e a liberdade.

¹⁵ LOCKE distingue o estado de natureza e o estado de guerra. Para assegurar a paz e a liberdade, os homens renunciam aos seus poderes naturais em prol de uma sociedade política. Ver: BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Brasília: Ed. UnB, 1997.

¹⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Rousseau, assim como Hobbes e Locke tem em comum a concepção de separação entre o mundo da natureza e o da ordem social.

¹⁷ O individualismo jurídico kantiano estabelece a distinção entre o Direito e a Moral.

aristotélico¹⁸ em face do pressuposto de separação entre o mundo da natureza e o da ordem social.

Os tomistas, a partir do século XIX¹⁹, desenvolvem, sob o influxo das idéias igualitárias e a partir da justiça legal, o conceito de justiça social. Este conceito é difundido pela ética cristã com o significativo impulso dos documentos pontifícios, especialmente as Encíclicas *Immortale Dei*, do Papa Leão XIII (1885), *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI, (1931)²⁰, renovada na Encíclica *Divini Redemptoris* (1937), e na Carta Encíclica “*Mater et Magistra*” (1961), ao tratar da questão social²¹. A doutrina social da Igreja pretende ampliar a fraternidade através da solidariedade, impor gravames funcionais à propriedade, desenvolver mecanismos de tributação progressiva e a generalização de serviços sociais.²²

O princípio ordenador é a justiça legal, que afirma a igualdade de todos os seres humanos. Sua ênfase desloca-se para o sujeito do bem comum, a sociedade, razão da mudança de denominação para justiça social, porque referida à sociedade.

¹⁸ FARIAS, op. cit., p. 51 et seq.

¹⁹ Louis Taparelli d'Azeglio, jesuíta italiano, teria sido o primeiro a utilizar a expressão 'justiça social', na obra *Saggio teoretico di diritto naturale*, em 1840. Conceitua a justiça social, em uma sociedade de iguais, na qual as posições ocupadas individualmente são consideradas secundárias em matéria de justiça, tendo por objeto aquilo que é devido ao ser humano simplesmente pela sua condição humana. Antoine, jesuíta francês, no seu *Cours d'économie sociale*, de 1899, desenvolve, uma teoria da justiça e define justiça social: todos os membros da sociedade civil devem colaborar na obtenção do bem comum (sujeito da justiça social) e todos devem participar do bem comum (termo da justiça social). Ver em BARZOTTO, Justiça...

²⁰ Sobre a questão social, é a primeira encíclica a usar a expressão 'justiça social', princípio da filosofia social da Igreja, que tem sua esfera de aplicação não restrita apenas à esfera econômica, mas à sociedade como um todo. Ver os itens da Encíclica *Quadragesimo Anno*, de Pio XI, no título 5 referente à 'Restauração da Ordem Social': Documentos Pontifícios Pio XI *Sobre a restauração e aperfeiçoamento da ordem social (Quadragesimo ano)* IV Edição, Petrópolis, Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte: Vozes, 1957, p. 31 e segs. Documentos Pontifícios. João XXIII. *Sobre a recente evolução da questão social. Carta Encíclica “Mater e Magistra”*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1961, p. 14 e segs.

²¹ Os referidos textos pontifícios tratam da socialização no sentido da “multiplicação progressiva das relações dentro da convivência social” comportando “a associação de várias formas de vida e de atividade e a criação de instituições jurídicas” e como efeito e causa de uma “crescente intervenção dos poderes públicos nos domínios mais delicados, como os da saúde, da instrução e educação (...) da orientação profissional, dos métodos de recuperação e readaptação dos indivíduos dalgum modo menos dotados”.

²² FARIAS, *A origem...*, p. 212.

No fim do séc. XIX e início do séc. XX, no Continente europeu, como reflexo da doutrina social da Igreja, dos movimentos políticos e sindicais²³ e das idéias de Hauriou²⁴, Gurvitch²⁵, Duguit²⁶, Ehrlich²⁷, Durkheim²⁸, consolida-se uma concepção de justiça social na qual o direito refere-se à sociedade. A justiça é vista “no conjunto das relações sociais, dos conflitos sociais”²⁹ e intenta conciliar a liberdade individual e o bem-estar social, isto é, entre liberdade e solidariedade e, ao mesmo tempo como justiça comutativa e justiça distributiva.

As origens da idéia de solidariedade remontam ao estoicismo e ao cristianismo primitivo.³⁰ No direito romano o termo designava a responsabilidade solidária dos devedores. Já o lema da Revolução Francesa registra o ideal de fraternidade, que não pode ser dissociado da idéia de solidariedade.

Augusto Comte³¹ com as noções de ‘dever social’ e de ‘dívida social’ trata da solidariedade concreta e da rede de relações sociais. O espaço de liberdade coletiva deve ser constituído “no equilíbrio de deveres, num ‘exercício escrupuloso de funções sociais’”³². No fim do século XIX a solidariedade passa a designar uma nova maneira de pensar a relação indivíduo-sociedade e indivíduo-Estado. A lógica da solidariedade passa a ser concebida, não apenas para fundamentar um sistema de proteção social, mas como uma base conceitual para a construção de políticas sociais.

²³ Ibid., p. 58 et seq.

²⁴ Para Hauriou, o direito natural tendo como referência objetiva a espécie humana, a humanidade, decorre da ‘condição humana’ não da ‘natureza humana’.

²⁵ As obras do Georges Gurvitch: *L'idée du droit social* (1932), *Éléments de sociologie juridique* (1940) e *Sociology of Law* (1942) registram suas idéias fundamentais que são o pluralismo jurídico, a teoria dos fatos normativos e a idéia do direito social.

²⁶ DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho*. Buenos Aires: Heliasta, [s.d.]

²⁷ EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do direito*. Brasília: UnB, 1986, c1967.

²⁸ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social; As regras do método sociológico; O suicídio; As formas elementares da vida religiosa*. Seleção de textos de José Arthur Giannotti; tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura [et al.], São Paulo: Abril Cultural, 1983.

²⁹ Ibid., p. 63.

³⁰ FARIAS, *A origem...*, p. 188.

³¹ Auguste Comte contribui com o seu *Cours de philosophie positive* para as bases da sociologia positivista.

A sistematização realizada por Leon Bourgeois e Emile Durkheim³³ foi retomada no âmbito da teoria do direito por Duguit (idéia de solidariedade como direito objetivo), Hauriou (solidariedade através da ‘instituição’), e Gurvitch (idéia do direito social)³⁴.

No direito norte-americano cabe lembrar Oliver W. Olmes, Ministro da Suprema Corte norte-americana, que defendia a ‘*law in action*’ em oposição à ‘*law in the books*’ e o seu sucessor Benjamin Cardozo e seu sociologismo pragmático³⁵.

Sob o influxo das diversas tendências socialistas ou socializantes e das idéias filosóficas positivistas, desenvolveu-se uma cosmovisão voltada para o conteúdo social. A experiência jurídica de solidariedade conforma-se em oposição à experiência jurídica estreitamente individualista.

Essas concepções passam a fundamentar uma dogmática jurídica de cunho social e conduzem a uma nova compreensão dos institutos jurídicos cuja função social é gradativamente construída em direção aos legítimos interesses da coletividade, descurados pelo exacerbado individualismo, pelo formalismo jurídico e pela excessiva valorização da autonomia da vontade³⁶.

No Brasil, José Fernando de Castro Farias registra o discurso de solidariedade no fim do século XIX e início do século XX,³⁷ o qual aparece notadamente em Tobias Barreto³⁸, Rui

³² FARIAS, op. cit., p. 189.

³³ DURKHEIM, Émile. (1858- 1917), um dos fundadores da teoria funcionalista e o primeiro a formular uma teoria estrutural-funcionalista a partir de uma teoria organicista positivista, inspirada na Biologia. Suas obras : *La division du travail social*, de 1893 e *Les règles de la méthode sociologique*, de 1895 e *Le suicide, de 1897*. Sobre Durkheim e a origem do paradigma funcionalista, ver ARNAUD, André-Jean, DULCE, Maria José Farinas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 65 et seq. Ver DURKHEIM, *Da divisão...*

³⁴ FARIAS, *A origem...*, p. 190.

³⁵ REALE, Miguel. *A nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 105.

³⁶ *Ibid.*, p. 108.

³⁷ Como registra FARIAS, op. cit., p. 191 et seq.

Barbosa³⁹ e Joaquim Nabuco. Nelson Nogueira Saldanha lembra, quanto ao pensamento social nesse período, Silvio Romero e Euclides da Cunha⁴⁰.

Pontes de Miranda assinalou a contribuição da sociologia jurídica para a análise da evolução do Direito ao abordar o Código Civil e a função social do direito, na sua obra *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*⁴¹.

O preâmbulo da Constituição de 1934 estabelece a diretriz de justiça e bem-estar social e, no seu art. 115, define entre os princípios da ordem econômica e social a ser organizada conforme a justiça, de modo a possibilitar - a todos - uma existência digna. O texto constitucional do Estado Novo varguista, decretado em 1937, circunscreve-se ao bem estar do povo, à paz política e social.

A Constituição de 1946 conforma a ordem econômica e social, art. 141, aos princípios da justiça social, salientando os ideais de solidariedade ao tratar da educação como direito de todos, art. 166. Estes princípios constam também dos textos constitucionais de 1967 e 1969.

A Constituição da República, de 1988, estabelece como objetivos fundamentais, no art. 3º, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, orientada para o desenvolvimento. Tem por escopo erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

³⁸ SALDANHA, Nelson Nogueira. *História das idéias políticas no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 267.

³⁹ Sobre Rui Barbosa, SALDANHA *História das idéias...*, p. 259 registra: “Seu liberalismo, que ora o levava a aflorar com simpatia problemas sociais, ora o punha em rígida guarda, como um alabardeiro, contra o socialismo ou toda coisa semelhante, vinha pegado à idéia de lei, que juntava à clássica, com a de soberania, com a de voto e a de representação, dentro das linhas mais características da melhor publicística do séc. XIX.”

⁴⁰ *Ibid.*, p. 267. Para Silvio Romero, “não se pode pensar nos problemas do Brasil sem a sociologia; e esta mostra, a seu ver, os quatro lados naqueles problemas – o social, o econômico, o político e o financeiro”, assinala Saldanha, *op. cit.*, p. 269.

A Carta Constitucional vigente é permeada pela noção de justiça social e solidariedade. Assim, o *caput* do art. 170 determina o objetivo da ordem econômica: assegurar, a todos, existência digna conforme os ditames da justiça social, enumerando entre os seus princípios: a propriedade privada, a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais. Observa-se que a formulação dos princípios da ordem econômica busca conciliar a liberdade individual com a solidariedade social.

Luis Fernando Barzotto, quanto aos direitos sociais, assinala terem como objetivo a justiça social e, sendo assim, “devem ser atribuídos a todos os bens (que formam o conteúdo do bem-estar) necessários ao pleno desenvolvimento de sua personalidade”⁴². O autor lembra os mecanismos típicos da justiça social: (a) a todos os mesmos direitos, independentemente de características particulares, como o exigem os direitos à saúde e à educação; e de outro lado, (b) a cada um, segundo o mérito ou a necessidade, exemplificando com a assistência aos desamparados, que é devida a quem dela necessitar, mediante os mecanismos de justiça distributiva. Salienta, assim, o núcleo do conceito de justiça social – o bem de todos. Em consequência propõe falar em direitos sociais de justiça social, quando se tratar de direitos assegurados a todos em razão de sua condição humana e de direitos sociais de justiça distributiva, referentes a direitos decorrentes de algum aspecto especial a ser protegido (a criança, o idoso, o trabalhador), na proporção ou segundo algum critério relevante considerado.

No capítulo da política urbana do vigente texto constitucional, o desenvolvimento urbano tem por objetivo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, a garantir o bem-estar de seus habitantes. Esse capítulo, inserido no título da ordem econômica, deve ser

⁴¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 1-29.

interpretado em consonância com seus princípios gerais contidos no art. 170 e assegurar, a todos, existência digna⁴³, conforme os ditames da justiça social, que auxiliam a preencher o conteúdo da função social e ambiental da propriedade urbana, art. 182, § 2º, e rural, art. 186, e das funções sociais da cidade, art. 182, *caput*.

Os direitos individuais e sociais e a ordem social têm como objetivo o bem-estar e a justiça social, regendo inúmeras áreas referentes aos direitos relativos à educação, à saúde, ao trabalho e à moradia, ao lazer, à proteção à maternidade e infância, à assistência aos desamparados, à previdência e assistência social. A finalidade de bem-estar do ser humano não é dissociada do bem comum da comunidade/sociedade, nos termos da lei, segundo os critérios de igualdade distributiva e comutativa, conforme as peculiaridades dos direitos *in concreto*, que atendam a necessidades comuns (a todos...) e a necessidades diversas (a cada um segundo...).

Lançam luzes sobre o tema, as noções de solidariedade e de função social desenvolvidas por León Duguit, com destaque para as célebres conferências proferidas na Faculdade de Direito de Buenos Aires, em 1911.

⁴² BARZOTTO, Justiça...

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais* na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, passim.

1.2 Solidariedade e função social em León Duguit

León Duguit, em sua obra sobre as transformações do Direito⁴⁴ retoma a idéia de ‘solidariedade social’ ou, como prefere o autor, de ‘interdependência social’⁴⁵.

A experiência jurídica fundada na solidariedade busca reunir as dimensões coletiva e individual do ser humano. Duguit recorre ao conceito de solidariedade social de Durkeim para promover uma reformulação na análise jurídica⁴⁶. Esta forma de análise representa uma virada em relação ao formalismo e ao individualismo jurídico⁴⁷ para responder à insuficiência do ‘fetiche’ da lei como fonte formal, para responder aos conflitos sociais decorrentes da crescente industrialização.

Duguit adverte, quanto ao individualismo jurídico: “Si se protege la afectación individual de una riqueza, es sólo en consideración al individuo; la utilidad individual es lo único que se tiene en cuenta”.⁴⁸ E prossegue, referindo-se à solidariedade social que “el sistema individualista está en flagrante contradicción con ese estado de la conciencia moderna”⁴⁹.

Duguit insiste no foco às condições materiais do direito. Desenvolve os conceitos de ‘regras de direito normativas’ (fundamento da positividade do direito e referida à consciência –

⁴⁴ DUGUIT, *Las transformaciones...*

⁴⁵ Duguit identifica essa interdependência ou solidariedade social pela ocorrência, em graus diversos, de semelhanças (necessidades comuns) e de diversidades (necessidades diversas) das necessidades e atitudes dos homens que pertencem a um mesmo grupo social.

⁴⁶ FARIAS, *A origem...*, p. 88.

⁴⁷ Nesse processo de reação contra o formalismo jurídico os primeiros passos devem-se a Savigny e Puchta. Posteriormente, contribuem os trabalhos de Ihering, Hauriou, Duguit, Saleille, Génny, R. Pound, Ehrlich, Gurvitch, entre outros. *Ibid.*, 94 et seq.

⁴⁸ DUGUIT, *op. cit.* p.239.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 239.

dos indivíduos - da solidariedade social) e ‘regras de direito construtivas ou técnicas’ (que têm o papel de constatar as primeiras) com o intuito de determinar a experiência jurídica sob o critério de juridicidade e a sua noção de ‘direito objetivo’.

Para o jurista de Bordeaux, a essência do direito, o núcleo do sistema jurídico está na consciência da ‘solidariedade social’⁵⁰. O ponto de partida é, assim, o indivíduo “tomado dentro do laço da solidariedade social”⁵¹, buscando superar o individualismo jurídico.

No âmbito do Direito isso resulta no nascimento da responsabilidade por risco, da responsabilidade objetiva, sem excluir, todavia, a responsabilidade subjetiva⁵². Também resulta no abandono da noção individualista dos poderes do proprietário, para conceber a função social da propriedade. Assim, a lógica da função social culmina por introduzir, fundamentar, modificações na concepção de responsabilidade do indivíduo, do Estado, da própria sociedade, que se tornam responsáveis pela concretização da solidariedade através da função social dos institutos jurídicos.

Duguit salienta a transformação do instituto jurídico da propriedade com a percepção do dever social do possuidor da riqueza⁵³, em decorrência da consciência da solidariedade social. Delineia a ‘propriedade-função’, que impõe obrigações ao proprietário, de acordo com sua finalidade social.⁵⁴

⁵⁰ FARIAS, *A origem...*, p. 104.

⁵¹ *Ibid.*, p. 110.

⁵² DUGUIT, *Las transformaciones...*, p. 134 et seq.

⁵³ O célebre texto da Constituição de Weimar “A propriedade obriga” tem esse fundamento. Interessante notar que esse dever, por sua vez, remonta à expressão configuradora das obrigações decorrentes da vida nobre, resultado de conquistas que impõem exigências e obrigações, daí a expressão “*noblesse oblige*”. Ver ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 95 et seq.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 235 et seq.

Duguit registra a “aparición en la jurisprudencia de la concepción de propiedad-función”⁵⁵. Em consequência, resulta na imposição de obrigações ao proprietário: “está obligado a emplear la riqueza que posee conforme a su destino social”⁵⁶.

Para o jurista de Bordeaux o instituto jurídico da propriedade (como as demais instituições jurídicas) veio responder a uma necessidade econômica e evolui também com as próprias necessidades econômicas⁵⁷. A evolução do instituto jurídico da propriedade passa a estar, cada vez mais, em estreita interdependência com os diferentes elementos sociais, convertendo-se em uma função social⁵⁸. Duguit chega ao extremo de pretender substituir a noção de direito subjetivo pela de função social.

A busca da concreção dos direitos fundamentais individuais de primeira geração, em oposição à garantia meramente formal desses direitos, ensejou uma significativa elaboração conceitual acerca da justiça social e veio a resultar na consagração dos direitos sociais. Culminou por constituir a denominada segunda geração de direitos, os direitos sociais que hoje integram o catálogo de direitos e garantias inseridos nas Constituições. Posteriormente veio a desenvolver-se a terceira geração ou dimensão de direitos, os direitos denominados de fraternidade e que envolvem os direitos e interesses difusos, dos quais é emblemático o direito ao meio-ambiente sadio para as presentes e futuras gerações.

⁵⁵ DUGUIT, *Las transformaciones...*, p. 239.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 239.

⁵⁷ “Sin embargo, la propiedad es una institución jurídica que se ha formado para responder una necesidad económica, como por otra parte todas las instituciones jurídicas, y que evoluciona necesariamente con las necesidades económicas mismas”. *Ibid.*, p. 235.

⁵⁸ “Ahora bien, en nuestras sociedades modernas la necesidad económica, a la cual ha venido a responder la propiedad institución jurídica, se transforma profundamente; por consiguiente, la propiedad como institución jurídica, debe transformarse también. La evolución se realiza igualmente aquí en el sentido socialista. Está también determinada por una interdependencia cada vez más estrecha de los diferentes elementos sociales. De ahí que la propiedad, por decirlo así, se socialice. Esto no significa que llegue a ser colectiva en el sentido de las doctrinas colectivistas; pero significa dos cosas: primeramente, que la propiedad individual deja de ser un derecho del individuo, para convertirse en una función social; y en segundo lugar, que los casos de afectación de riqueza a las colectividades, que jurídicamente deben ser protegidas, son cada día más numerosos”. *Ibid.*, p. 236.

A função social dos institutos jurídicos, como se pode ver do exposto até aqui, orienta-se para a solidariedade, o bem-estar e a justiça sociais.

Traçadas as noções de solidariedade social e de função social em Duguit, cuja influência veio repercutir, com diversas tonalidades, na doutrina brasileira, passa-se a um breve estudo acerca do estruturalismo kelseniano e da análise funcional. O seu exame tem o intuito de evidenciar um novo enfoque metodológico para a ciência do Direito, voltado para a função social exercida pelos institutos jurídicos.

1.3 O estruturalismo kelseniano e a análise funcional do direito

Em obra denominada *‘Dalla struttura alla funzione’*⁵⁹ Norberto Bobbio reúne uma série de artigos e ensaios nos quais desenvolve o tema com a finalidade de dedicar-se ao exame da função promocional do Direito.

Bobbio esclarece a distinção entre a análise funcional (metodologia ou método para uma análise crítica de um instituto baseado na utilidade social da função que este instituto realiza) e o funcionalismo (teoria global da sociedade ou, ainda, filosofia social)⁶⁰.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. 2. ed. Milano: Di Comunità, 1984, p. 8. Esta obra foi publicada em 1ª edição em 1977.

⁶⁰ Ibid., p. 99: “Ma altro è il funzionalismo, che è una teoria globale della società, e di cui qui non mi occupo, altro è l’analisi funzionale di un istituto la quale può benissimo prescindere da quella sorta di filosofia sociale che è il funzionalismo, e che non è affatto incompatibile con un’analisi dell’istituto, fondata proprio sulla maggiore o minore utilità sociale della funzione che quell’istituto svolge.”

Além de estabelecer a distinção entre análise funcional do direito e funcionalismo, Bobbio assinala que a análise funcional pode ignorar o funcionalismo. Todavia, este, como toda teoria da sociedade não pode ignorar a análise funcional, uma vez que a crítica de um instituto começa com a crítica de sua função, isto é, a partir da consideração de sua função negativa, da perda de função, ou ainda, de sua disfunção, o que ocorre quando um instituto cumpre mal sua função positiva.⁶¹

Observa Bobbio que o problema da função do Direito tem sido um tanto descurado pela teoria tradicional, uma vez que a teoria geral do Direito esteve orientada, por longo tempo, mais pela análise da estrutura do ordenamento jurídico do que pela análise de sua função. Ao examinar, na década de 1970, estrutura e função na obra kelseniana o jus-filósofo salienta não restar dúvida de que, no estudo do Direito, a abordagem estruturalista predomina.

Em Kelsen, as análises - estrutural e funcional - não só são declaradamente separadas como essa separação constitui a base teórica sobre a qual a teoria kelseniana exclui a segunda em favor da primeira.⁶² Com a finalidade de dar aos juristas uma teoria científica do Direito⁶³ propõe definições formais e não de caráter teleológico, o que faz desde o estabelecimento do conceito de norma jurídica até a conceituação de ordenamento jurídico⁶⁴. A busca de uma formulação científica do Direito, nesta modelagem, é, reconhecidamente, resultado das concepções científicas e positivistas dominantes à época.

⁶¹ BOBBIO, *Dalla struttura...*, p. 99: “Mentre l’analisi funzionale può ignorare il funzionalismo, una teoria critica della società, con il che intendo una qualsiasi teoria che si ponga il problema non soltanto di vedere come una società funziona ma anche come non funziona o come dovrebbe funzionare, non può ignorare l’analisi funzionale, perché la critica di un istituto comincia proprio dalla critica della sua funzione, cioè dalla considerazione della sua funzione ‘negativa’.... Va da sé che non si deve confondere la funzione negativa con la perdita di funzione, cui ho già accennato, e neppure con la disfunzione, che si verifica quando un istituto adempie male alla sua funzione positiva. La disfunzione appartiene alla patologia della funzione, la funzione negativa alla fisiologia.”

⁶² Ibid., p. 64.

⁶³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. A teoria de Kelsen tem o título original de *Reine Rechtslehre*.

⁶⁴ BOBBIO, op. cit., p. 65.

Registra Bobbio a concepção de Kelsen de que uma teoria científica do Direito deve ocupar-se tão somente de seus elementos estruturais e não deve se ater à função do direito, tarefa que atribui aos sociólogos ou, ainda, aos filósofos, conforme se pode ver de seu texto original:

Com'è bem noto, per il fondatore della teoria pura del diritto, una teoria scientifica del diritto non deve occuparsi della funzione del diritto, ma soltanto dei suoi elementi strutturali. L'analisi funzionale è affidata ai sociologi e magari ai filosofi.⁶⁵

A concepção de uma rígida divisão entre o trabalho do jurista, que se ocupa do direito circunscrito ao seu âmbito interno, e o do sociólogo, que o examina do ponto de vista externo favoreceu o movimento em torno do estudo da estrutura do ordenamento jurídico⁶⁶.

Nesse sentido, sublinha Bobbio, a teoria pura do direito se ocupa da estrutura e não da função e evidencia ainda como Kelsen o declara de forma explícita:

Che la teoria pura del diritto si occupa della struttura e non della funzione del diritto, Kelsen lo dichiara esplicitamente in più luoghi. [...] 'Questa dottrina [la dottrina pura del diritto] non considera[...] lo scopo che viene perseguito e raggiunto dall'ordinamento giuridico, ma considera soltanto l'ordinamento giuridico stesso; e considera questo ordinamento nell'autonomia normativa propria della sua struttura e non già relativamente a questo suo scopo'.⁶⁷

⁶⁵ BOBBIO, *Dalla struttura...*, p. 64. Em tradução livre: Como se pode ver, para o da teoria pura do Direito, uma teoria científica do Direito não deve ocupar-se da função do Direito, mas somente de seus elementos estruturais. A análise funcional é atribuição do sociólogo e talvez do filósofo.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 64. Acerca desse aspecto observa Bobbio: "La distinzione hartiana tra punto di vista esterno e punto di vista interno, che dà tanto filo da torcere ai suoi interpreti, può essere considerata come una giustificazione de quella divisione del lavoro tra sociologi e giuristi che da Kelsen invece era stata fondata sul dualismo tra sfera dell'essere e sfera del dover essere, tra leggi naturali e norme giuridiche, tra rapporto di causalità e rapporto di imputazione."

⁶⁷ *Ibid.*, p. 64. Tradução livre: Que a teoria pura do direito se ocupa da estrutura e não da função do direito, Kelsen o declara expressamente. [...] Esta doutrina (a Teoria Pura do Direito) não considera [...] o fim perseguido pelo ordenamento jurídico, mas considera tão somente o ordenamento jurídico mesmo; e considera esse ordenamento na sua autonomia normativa própria de sua estrutura e não relativamente à sua finalidade.

Em Kelsen o Direito constitui um meio e, como meio, destina-se à obtenção de finalidades que não possam ser conseguidas por outro meio de controle social. Tendo um grupo social definido o fim último a que se propõe, para Kelsen, o Direito exaure sua função ao organizar o meio específico – a coação – para obter seu adimplemento. Qual esse fim último, que varia de sociedade para sociedade, é matéria que não pertence ao âmbito do Direito. Neste aspecto, Bobbio percebe que Kelsen admite, ainda que marginalmente, uma função do Direito, qual seja, a de constituir-se em instrumento para a obtenção dos fins mais variados, o que lhe valeu numerosas críticas. Sobre esse aspecto, Bobbio questiona se Kelsen permaneceu sempre fiel a esta concepção instrumental do Direito: “Che poi Kelsen sia rimasto sempre fedele a questa concezione strumentale del diritto, è un altro discorso”.⁶⁸

E nota ainda Bobbio que, apesar de todas as prejudiciais antiteleológicas, as repetidas declarações de princípio de que o Direito é um meio e não um fim, Kelsen deixa escapar em uma passagem da obra *Theory of Law and State* que o “direito é inegavelmente um ordenamento para a promoção da paz”⁶⁹, substituída, posteriormente, na segunda edição da *Reine Rechtslehre*, por segurança coletiva⁷⁰.

Mais correto, conclui Bobbio, definir o Direito do ponto de vista funcional, como forma de controle e de direção social⁷¹. A análise funcional não pode ocorrer sem a contribuição direta da Sociologia e esta análise funcional se dá em acréscimo e não em contraposição à análise estrutural⁷².

⁶⁸ BOBBIO, *Dalla struttura...*, p. 67. Em tradução livre: Que Kelsen tenha permanecido sempre fiel a esta concepção instrumental do direito, é um outro discurso.

⁶⁹ Ibid., p. 68. “Nonostante tutte le pregiudiziale antiteleologiche, nonostante le ripetute dichiarazione di principio che il diritto è un mezzo e non un fine, Kelsen si lascia sfuggire in un passo della *General Theory of Law and State* la affermazione che ‘il diritto è indubbiamente un ordinamento per la promozione della pace’”.

⁷⁰ Ibid., p. 68,

⁷¹ Ibid., p. 88. Neste sentido, a sanção positiva e o incentivo constituem a função promocional do Direito.

⁷² Ibid., p. 9.

Este aspecto merece destaque e é de especial interesse para o escopo deste estudo. A análise estrutural e a análise funcional não são excludentes. Embora formas distintas de análise, permitem uma visão e uma compreensão mais ampla dos institutos jurídicos no âmbito próprio da ciência do direito que se desenvolve numa sociedade de cada vez maior complexidade.

Estabelecidos esses lineamentos da análise funcional e assinalada a sua distinção do funcionalismo⁷³ como teoria social e, ainda, tendo em conta não se tratar de uma única teoria, mas de diversas concepções funcionalistas⁷⁴, examinam-se a seguir os aspectos que permeiam a compreensão da função social, inicialmente tida como dado externo aos institutos jurídicos e, posteriormente, como elemento integrante dos mesmos.

1.4 A função social: de dado externo a elemento integrante dos institutos jurídicos

O propósito de determinar o sentido da expressão ‘função social’ torna-se difícil diante da diversidade de significações com que a expressão é utilizada. Stefano Rodotà, em sua obra:

⁷³ Em recessos por algum tempo, o funcionalismo ressurgiu na Alemanha e de forma crescente nos Estados Unidos em termos de sofisticados modelos sistêmicos e cognitivistas com repercussão na Sociologia, na área da educação, nas ciências políticas e no Direito.

⁷⁴ A análise funcional e as concepções funcionais devem seu desenvolvimento à sociologia do direito e têm como precursores, na França, Émile Durkheim (cuja obra sobre a divisão do trabalho social enfatiza a diferenciação social ligada à especialização evolutiva das funções, decorrente da industrialização, identifica um limitado número de funções necessárias para a reprodução da sociedade, realizadas por inúmeras instituições especializadas em substituição de instituições multifuncionais no período anterior à Revolução Industrial); na Grã-Bretanha, Herbert Spencer na sua obra *A system of synthetic philosophy*, em especial o v. III, e *Principles of sociology* (viu no organismo humano uma metáfora para caracterizar que as partes da sociedade servem para sustentação do todo, unindo, em consequência, a estrutura à função); nos Estados Unidos, Talcott Parsons, in *The structure of social action*, de 1937 e *The social system* de 1951 (analisa a evolução da estrutura social, desenvolvendo o estrutural-funcionalismo com relevo para o processo de diferenciação que ocorre tanto na estrutura como na função), e Robert Merton, in *Social theory and social structure*, de 1949 (distingue função e disfunção e não apenas as funções positivas); na Alemanha, Max Weber, destacadamente na obra *The theory of social and economic organization*. NY: Oxford University Press, 1922, *Economia e sociedade*. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2004, (e sua reconstrução teórica do processo de racionalização do direito moderno, desenvolvida a partir dos ‘tipos ideais’ de direito, sendo que essa ‘racionalidade’ representa o recurso a

“*Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*” auxilia na investigação de sua natureza e significado⁷⁵.

O conceito de função social ensejou uma controvertida e diversificada literatura⁷⁶, constituindo objeto concreto de investigação científica, em relevância ao estudo da função social da propriedade. Gradativamente o conceito de função social deixou de modelar-se em motivações de ordem moral, ideológica ou política vindo a adquirir autonomia científica⁷⁷.

A partir da concepção cristã de propriedade, especialmente da forma derivada da elaboração tomista sobre o *bonum commune*, e os seus precedentes na teologia patrística, mantida nas posteriores encíclicas sociais da Igreja Católica⁷⁸, percebe-se, nesta visão, que o instituto da propriedade ‘tem’ uma função social como um dado externo, um temperamento da propriedade da mesma maneira que os limites que lhe são impostos⁷⁹.

O emprego do termo função (dinâmica) em oposição ao de estrutura (rígida, imutável), definindo o modo concreto de operar dos institutos jurídicos⁸⁰ aparece na vertente funcional desenvolvida pela análise marxista e tem em Karl Renner uma original contribuição no âmbito da ciência do Direito⁸¹.

normas gerais e abstratas que resultam em alto grau de previsibilidade e de possibilidade de cálculo e de seu subjetivismo do sentido pelo recurso ao sentido ‘subjetivo’ das ações).

⁷⁵ RODOTÀ, Stefano. *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. Traduzida para o espanhol por Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1986, p. 210 et seq.

⁷⁶ Ibid., p. 211.

⁷⁷ Ibid., p. 212.

⁷⁸ FRIEDMANN, W. *Legal Theory*. London: Stevens e Sons, 1960, p. 58: “*The derivation of natural law of God provides the basis for the scholastic thought of St. Thomas Aquinas. St. Thomas defines law as ‘an ordinance of reason for the common good made by him who has the care of the community and promulgated.’*”

⁷⁹ RODOTÀ, op. cit., p. 214.

⁸⁰ Ver RENNER, Karl. *The institutions of private law*. London: Karl Mannheim, 1949. O autor, vinculado à escola marxista e positivista, escreveu sobre a função social do Direito, em 1904, em trabalho que retomou em 1929, com a denominação de ‘As instituições do direito privado e sua função social’.

⁸¹ Para maiores esclarecimentos ver a introdução na edição na língua inglesa de O. Kahn-Freun, in RENNER, op. cit. Ver também FRIEDMANN, op. cit. FRIEDMANN, W. *El Derecho en una sociedad en transformación*. México. Fondo de Cultura Económica, 1966. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de*

A análise funcional dos institutos jurídicos do austro-húngaro Renner, apoiada no positivismo jurídico, situa a função social dos institutos jurídicos fora do âmbito do Direito e a considera tão somente de interesse da sociologia jurídica.

Renner concentra seus estudos na função social dos institutos jurídicos, notadamente acerca do impacto das forças econômicas e sociais sobre a criação, o funcionamento e as mudanças dos institutos jurídicos clássicos do direito privado, tais como a propriedade da terra, os contratos, a hipoteca, o arrendamento, o casamento, a sucessão⁸².

Neste estudo, o autor examina as significativas transformações funcionais ocorrentes nos diversos institutos jurídicos e sua complexa interdependência com as relações de produção, distribuição e consumo.

A propriedade, que constituía uma unidade de produção, continha o local de trabalho, a oficina, as ferramentas, a matéria prima; constituía também a moradia e provia o meio de vida e de consumo do proprietário. Se, no período feudal, o poder de comando constituía atributo do proprietário da terra, na fase industrial, o poder de comando passa para o detentor do capital. Como é sabido, este processo não é estanque, freqüentemente ocorre o prolongamento de uma fase já no pleno desenvolvimento de outra.

As diversas funções que se encontravam reunidas nas mãos do proprietário da terra foram sendo, gradativamente, separadas. As constantes mudanças na sociedade acentuam as sucessivas transformações no instituto da propriedade o que se dá mais especificamente através

1988: *interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. Sobre o assunto BERTOLO, Rozangela Motiska. A Teoria dos Modelos em Miguel Reale e Karl Renner'. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 10, p. 28-38, jul. 1994.

⁸² Ver RENNER, *The institutions...*, passim.

dos denominados institutos conexos (*Konnexinstitut*)⁸³, entre eles o contrato de trabalho, o comodato, o depósito, o mútuo, o arrendamento e o aluguel.

Inicialmente a estrutura familiar da sociedade, depois sua estrutura estamental ordenam de forma concreta o Direito. Ocorre o progressivo desenvolvimento da sociedade para sistemas de maior complexidade, nos quais o volume e as interdependências das relações econômicas conduzem a uma maior variabilidade, mobilidade e liberdade das relações jurídicas. Verifica-se o movimento do *status* (diferenciação social) ao contrato. “A relação entre estrutura social e configuração concreta do direito também é modificada pela interveniência da possibilidade de disposição contratual livre e variável conforme as situações”⁸⁴.

Observa-se aqui a influência da teoria do contrato a propiciar uma maior elasticidade na adaptação do Direito às exigências estruturais das sociedades que se tornam mais complexas⁸⁵.

No final do século XVIII, com a dissolução da ordem estamental⁸⁶, o homem, a partir da concepção de personalidade abstrata, torna-se detentor de direitos. Desaparece, assim, a vinculação da repartição do direito vinculada a uma estrutura social prescrita de forma demasiadamente concreta.

A concepção de institutos jurídicos sobre os quais Renner se debruçou era decorrente do pensamento jurídico e filosófico dos sécs. XVIII e XIX, sob a influência da superação do princípio da autoridade pelo princípio da autonomia. Igualmente de acordo com as idéias de sua

⁸³ W. Friedmann, quanto aos institutos complementares, ressalva que, no direito anglo-americano, a distinção é desnecessária, pois no direito consuetudinário a propriedade não constitui o controle teórico sobre uma coisa, mas um complexo de direitos, interesses e pretensões.

⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.25.

⁸⁵ Para uma melhor compreensão ver Ibid.

⁸⁶ Com uma visão de mundo que tinha uma diluída idéia de indivíduo com a conseqüente submissão da pessoa à ordem.

época, seu trabalho é permeado pela noção de função social como um dado externo ao Direito, de interesse da sociologia.

Da percepção de função social (dinâmica) tida como dado externo aos institutos jurídicos (como estruturas rígidas) evoluiu-se para tê-la como integrante do próprio núcleo desses institutos, conferindo-lhes uma estrutura dinâmica.

Miguel Reale sublinha na sua *Teoria tridimensional do direito*:

Todo modelo social, e o jurídico em particular, é uma estrutura dinâmica e não estática: é-lhe inerente o movimento, a direção no sentido de um ou mais fins a serem solidariamente alcançados, o que demonstra ser incompreensível a experiência jurídica sem se levar em conta, como vimos, a sua natureza dialética.⁸⁷

Para que a modelagem dos institutos jurídicos comportasse em sua própria estrutura a função social como um fim a ser alcançado, conferindo-lhe a feição dinâmica, foi necessário superar a noção de direito subjetivo, moldada exclusivamente pelas concepções autonômicas, matéria que se examina a seguir.

1.5 A incompatibilidade da função social com o conceito de direito subjetivo e sua posterior compatibilização

A ética kantiana da autonomia, no âmbito do direito privado, é traduzida por um “sistema de esferas de liberdade da personalidade autônoma do ponto de vista moral”⁸⁸.

⁸⁷ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 108.

⁸⁸ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 717.

Fundamentou a capacidade jurídica plena e igual de todos os cidadãos, o livre uso da propriedade, a liberdade contratual, a liberdade de associação, e as correspondentes grandes figuras do direito privado, quais sejam: o direito subjetivo, o contrato e a propriedade.

Assim, tem-se, conforme Wieacker:

[...] **o direito subjetivo** como poder da vontade, **o negócio jurídico** como activação da vontade autónoma das partes, **o contrato** como estrita ligação intersubjetiva entre sujeitos autónomos de direito, **a propriedade** (e os direitos limitados) como um direito em princípio ilimitado e total de domínio e de exclusão, cuja função social não vem à luz no seu conceito, **as pessoas coletivas** como sujeitos de direitos segundo a imagem das pessoas físicas ⁸⁹.
(grifou-se)

Produto do pensamento jus-filosófico dominante no séc. XIX, as posições doutrinárias autonômicas entendiam o vínculo funcional incompatível com o conceito teórico de direito subjetivo⁹⁰. Seja porque a noção de função, como vínculo, não se amoldasse à de direito como liberdade e autonomia, seja porque a noção formal de direito subjetivo não comportasse elementos de carácter obrigatório, seja porque tida como manifestação essencial de liberdade⁹¹.

Na vigência dos institutos privados baseados na autonomia da vontade, surgiram as concepções e análises funcionalistas que vieram a identificar, nos institutos de direito privado *in concreto*, a realização de funções sociais.

⁸⁹ WIEACKER, *História...*, p. 717.

⁹⁰ Para uma noção das origens de direito subjetivo, ver VILLEY, Michel. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1962, p. 221 e segs.

⁹¹ RODOTÀ, *El terrible...*, p. 223.

Lembram-se, neste sentido, as bases não contratuais, sociais, portanto, apontadas por Durkheim, bem como sua concepção acerca do desenvolvimento da sociedade como “uma reorganização da sociedade, da diferenciação *segmentária* à diferenciação *funcional*”⁹².

A partir desse substrato, e como reflexo das doutrinas sociais ensejadoras do surgimento da denominada segunda geração de direitos fundamentais, passa a desenvolver-se a concepção dos institutos jurídicos como instrumentos para a persecução de fins sociais.

Ao determinar o sentido em que emprega a palavra função, Durkheim assinala, a partir de uma comparação orgânica: “**Perguntar-se qual é a função [...] é procurar a qual necessidade ela corresponde [...]**”⁹³.

Gradativamente veio a ocorrer o que se pode denominar como uma síntese, mantendo-se o princípio da autonomia ‘temperado’ com a função social no próprio âmbito dos institutos jurídicos.

De forma progressiva ocorre o reconhecimento da compatibilidade dos direitos subjetivos com o exercício de funções sociais. A função social passa a situar-se no interior do direito de propriedade como um elemento componente de sua própria estrutura, a ponto de falar-se, como Duguit, em direito-função e propriedade-função⁹⁴. Cumpre verificar, em linhas gerais, como se deu essa nova compreensão.

⁹² DURKHEIM, *Da divisão...*, p.23.

⁹³ *Ibid.*, p.23.

⁹⁴ RODOTÀ, *El terrible...*, p. 220. Note-se que ao falar em propriedade-função Duguit pretendia substituir a noção de direito subjetivo pela noção de função.

Isso se tornou possível não apenas com o abandono do Positivismo⁹⁵ na ciência do direito, mas, também, com a reelaboração do conceito de direito subjetivo, desenhado não mais como *esfera jurídica de soberania do indivíduo*, apoiado numa definição de liberdade, incompatível com a imposição de restrições, mas concebida como sua manifestação essencial, comportando, em sua própria estrutura, limitações de caráter social ou, dizendo de outra forma, compreendendo na estrutura mesma de um instituto jurídico, uma função ou finalidade de interesse social.

Evoluiu-se da sociedade burguesa, na qual cidadania correspondia à propriedade, ao Estado-providência e à sociedade do bem-estar⁹⁶. O *welfare state* objetiva garantir condições de vida mínimas a todos, dando relevo à solidariedade, no sentido de responsabilidade do Poder Público, da sociedade e dos indivíduos pela existência e pelo bem-estar de cada um dos membros da sociedade⁹⁷. Amplia-se, em consequência, a atividade do Estado para atender a essas garantias. Amplia-se também o Direito, com o desenvolvimento de novos domínios, tais como: o direito social, o direito econômico, do trabalho, conjugando elementos de direito público e privado⁹⁸. Essa ampliação da atividade estatal tem significativos reflexos no âmbito do direito constitucional e administrativo e na instrumentalidade do Direito.

⁹⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 97 et seq.

⁹⁶ A expressão *welfare state* (Estado do bem-estar) tornou-se popular com a publicação do Relatório Beveridge, em 1942, para significar a atuação estatal com medidas de intervenção assistencial. MELA, Alfredo. *A sociologia das cidades*. Lisboa: Estampa, 1999, p. 94.

⁹⁷ WIEACKER, *História...*, p. 623 et seq e p. 718. O autor assinala o *pathos* da solidariedade na sociedade contemporânea, que perpassa tanto o direito público como o direito privado e é ampliado pela jurisprudência.

⁹⁸ A dicotomia direito privado-direito público (denominada a grande dicotomia por Bobbio) é típica dos sistemas romano-germânicos, a partir da distinção entre a esfera do direito privado e a esfera do direito público. Ludwig Raiser, jurista alemão, explicita a superação da concepção estritamente distintiva entre essas duas esferas, expressa numa figura elíptica com dois pólos, todavia não estanques, mas em uma integração entre os focos de irradiação. Se, de um lado, o individualismo exacerbado conduziu a uma 'privatização do público', a denominada publicização do privado pode ser representada pela crescente intervenção do Estado no domínio privado. A superação da dicotomia se dá diante dos valores, direitos e garantias constitucionais que iluminam o sistema jurídico como um todo, notadamente os valores da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social que perpassam tanto o direito privado como o direito público. Ver MARTINS COSTA, Judith (Org.) *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 13 e segs.; RAISER, Ludwig. O futuro do direito privado. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 25, v. 9, p.11-30, [s.d.]

A solidariedade social fundamenta a limitação do direito privado pelo direito público⁹⁹, ingressa na concepção das relações contratuais, nos direitos patrimoniais notadamente no direito de propriedade, estabelecendo uma nova configuração do direito subjetivo, da autonomia privada, do contrato, da propriedade e da liberdade de associação¹⁰⁰, os quais assumem esse novo valor em sua própria estrutura.

A função social dos institutos jurídicos como resultado dos valores de solidariedade e de justiça social representa verdadeira ‘pitada’ de interesse público no âmbito do direito privado, no próprio núcleo desses institutos, conforme assinala Odete Medauar¹⁰¹.

Embora permaneçam como espaços autônomos de liberdade, “esta não é apenas limitada pela liberdade dos outros particulares, mas também pelos reflexos da solidariedade social nas relações intersubjetivas entre sujeitos de direito”¹⁰².

Da influência das teorias sociais no âmbito das concepções liberais, tanto a propriedade como as relações obrigacionais tornam-se sensíveis aos aspectos sociais e passam pela consideração das funções econômicas e sociais.

O princípio da solidariedade social passa para o âmbito do Direito com a funcionalização dos direitos subjetivos, com específicas repercussões no direito de propriedade e no direito contratual, possibilitando significativo desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial.

⁹⁹ Supera-se a rígida linha divisória entre direito público e direito privado, não antes de se enfrentar a crise do direito privado de que fala Wieacker, op. cit., p. 721, e que ensejou a reconstrução do direito privado, matéria objeto dos instigantes estudos contidos in MARTINS COSTA, *A reconstrução...*

¹⁰⁰ Ibid., p. 719.

¹⁰¹ Em banca de pré-qualificação na Faculdade de Direito da UFRGS, jun., 2005.

¹⁰² MARTINS COSTA, op. cit., p. 720.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras acolhem e dão desenvolvimento à matéria, com as adaptações ao contexto e especificidades da realidade *in concreto* e do direito brasileiro. Esse processo culmina com a inserção do princípio da função social da propriedade nos textos constitucionais brasileiros, dando corpo à sua expressão no instituto da posse, do contrato, na propriedade imobiliária urbana e rural, matéria que adiante se examina mais detalhadamente.

A temática não perde substância, mesmo diante da atual crise do Estado de bem-estar e o decorrente acento à diminuição do tamanho do Estado¹⁰³, uma vez que a sociedade contemporânea torna necessária uma atuação estatal mais eficiente, sem deixar de ser permeável às considerações de ordem social. Isto se dá especialmente no âmbito da saúde, educação, habitação, segurança, infra-estrutura de saneamento básico, energia, transporte¹⁰⁴. Essas áreas têm especial relevância nos países periféricos, ou denominados do terceiro mundo, ou ainda, em desenvolvimento, nos quais ainda não se concretizou o atendimento dessas necessidades essenciais para a maioria da população.

Esta demanda permanece e adquire novas perspectivas para enfrentar os desafios da complexidade¹⁰⁵ decorrente do advento da “sociedade informacional”¹⁰⁶, do paradigma da “especialização flexível da produção”¹⁰⁷ e da era da “pós-modernidade”¹⁰⁸.

¹⁰³ Ver WIEACKER, *História...* Resultante da crise do *welfare state* por volta dos anos 70, tida por alguns como de “raiz estritamente econômica” enquanto outros atribuíam à atitude de grupos sociais no campo político “reinterpretado como um laço que aperta as classes mais dinâmicas”, nos termos expressos pelo italiano MELA, *A sociologia...*, p. 99-100. Ver também, o artigo SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Diálogo Jurídico*, v.1, n.4, p. 1-18, jul. 2001.

¹⁰⁴ O economista Jeffrey Sacks propugna não um Estado maior ou menor, mas um Estado forte nas áreas em que o mercado não resolve bem, como nas áreas de saúde, educação, infra-estrutura básica.

¹⁰⁵ Para Niklas Luhmann, em sua original concepção, o ordenamento jurídico atual é “uma construção de alta complexidade estruturada”, que exerce “uma função essencial, senão decisiva, para o alcance de uma complexidade mais alta e estruturada nos diversos sistemas sociais”. Assim, imprescindível perceber a relação de interdependência recíproca entre sociedade e Direito, no sentido de o Direito representar a estrutura de um sistema social, que tem por função regular a sua complexidade. Luhmann trabalha com a hipótese de que “a elevação da complexidade social exige e possibilita modificações no arcabouço jurídico” e, a partir do que denomina “mecanismos elementares da formação do direito”, busca esclarecer “o que se compreende por norma, e que função o preceito normativo preenche na vida social”. LUHMANN, *Sociologia...*, p. 12 et seq.

A propósito, a identificação do moderno com o aqui e o agora permite que se tenha a sociedade moderna como aquela identificada com a sociedade ocidental, industrial, científica e com o Estado-nação legitimado por variadas formas de soberania popular, elementos estes emblemáticos da modernidade.

Miguel Reale toma como parâmetros para identificar três fases do Direito moderno os problemas atinentes à estrutura normativa, às fontes do Direito, à hermenêutica jurídica e à linguagem do Direito. A partir desses pontos de referência e ressaltando a impossibilidade de fixar cortes absolutos entre os diversos momentos do processo cultural, situa a primeira fase do Direito moderno, desde a Revolução Francesa e a edição do Código Civil de 1804 até o advento do Código Civil alemão de 1900. Nessa fase a fonte de energia era o carvão. Assinala Reale quanto a esse período:

[...] o primado da norma legal entendida como *proposição imperativa e coercitiva* e fonte por excelência do Direito, implicando a tese de sua *estatalidade essencial*; a teoria da *plenitude do ordenamento legal*, na unidade de um *sistema*, de tal sorte que a Hermenêutica Jurídica se reduzia a uma explicitação dedutiva dos dados normativos; e por último, a preocupação prioritária por *problemas de ordem conceitual*".¹⁰⁹ (grifos do autor).

A segunda fase do Direito moderno, sob a égide da eletricidade como fonte energética, segundo Miguel Reale, tem início na primeira década do século XX, marcada pela percepção da insuficiência do formalismo jurídico, pela contribuição das idéias sociais, que se estendiam do

¹⁰⁶ A denominada sociedade informacional é marcada pelos fluxos contínuos de informação possibilitados pelo extraordinário desenvolvimento tecnológico da informática e o concomitante desenvolvimento das telecomunicações. FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 64 e segs.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 70 e seguintes. Viabilizada por um “abrangente e veloz processo de reengenharia operacional, logística, técnica e acionária” que permitiu a fragmentação e dispersão geográfica da produção para melhor aproveitar as vantagens comparativas de cada mercado no âmbito local, regional ou nacional.

¹⁰⁸ PÓS-MODERNIDADE. In: *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996, p. 474. “O pós-modernismo começa a existir quando o capitalismo passa de seu momento fordista, dos produtos padronizados das linhas de produção monolíticas em fábricas gigantescas para o uso descentralizado de uma tecnologia da informação sofisticada o suficiente para permitir uma ‘especialização flexível’”.

¹⁰⁹ REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990, p 96.

marxismo à doutrina social da Igreja, no sentido de reivindicar o *conteúdo social* do Direito, reforçado pelo desenvolvimento da Sociologia, com reflexos na teoria das fontes, atribuindo “novo estatuto jurídico aos costumes, à atividade jurisdicional e à doutrina esclarecedora dos princípios gerais de direito”¹¹⁰.

Nesse período, evidenciada a insuficiência da norma legal, passou-se a dar-lhe maior amplitude e a abranger, na explicitação do direito, também os elementos fáticos e axiológicos.

No âmbito da hermenêutica esta fase é marcada pela ocorrência do “abandono do primado do método dedutivo” e por uma “nova concepção do poder jurisdicional”¹¹¹, sendo que surgiu nas palavras de Reale:

[...] uma nova compreensão da propriedade e do contrato, cuja função social passou a ser sempre mais reconhecida, com abandono tanto dos poderes do proprietário em conflito com legítimos interesses da coletividade como de uma exagerada compreensão da autonomia da vontade fonte de avenças desprovidas de equilíbrio sócio-econômico.¹¹²

Miguel Reale não deixa de sublinhar que se refere:

[...] às linhas dominantes da aplicação do Direito nos países ou regiões mais desenvolvidos do Ocidente, pois não faltaram juristas e juízes apegados às antigas fórmulas do formalismo jurídico, receosos de valer-se da função ativa e até certo ponto criadora que lhe era assegurada pelo novo *Processo Civil ou Penal*, cuja natureza pública veio sendo universalmente reconhecida, apesar da resistência inexplicável oposta em França¹¹³.

Esta fase é também caracterizada por uma contradição essencial, conforme constata Reale, qual seja a de que a socialidade acabou por redundar em estatalidade, com o Estado

¹¹⁰ REALE, *Nova fase...*, p. 107.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 108.

¹¹² *Ibid.*, p. 109.

¹¹³ *Ibid.*, p. 109.

assumindo o papel realizador de políticas públicas nas mais diversas áreas, e com a correspondente ampliação da atividade legislativa.

A terceira fase do Direito moderno é marcada pela energia nuclear e, no plano legislativo, pela preferência dos modelos jurídicos abertos; no plano jurisdicional, pela maior autonomia e poder criador conferido aos juízes; no plano hermenêutico, pela concepção da interpretação como um todo estrutural que comporta diversas formas de exegese; no plano das fontes, sua natureza retrospectiva completada com a visão prospectiva; no plano da linguagem, pela preferência dos enunciados operacionais; no plano dogmático, pelas contribuições das diversas modalidades da lógica jurídica.¹¹⁴

Nos anos 90, o advento paradigmático da “sociedade informacional”, da “especialização flexível da produção” e “da conversão das decisões de investimento do sistema financeiro internacional e das formas de atuação das corporações transnacionais num poder de fato contraposto à soberania formal dos Estados-nação”, veio caracterizar, conforme José Eduardo Faria, o período histórico de intercruzamento de duas eras econômicas: a primeira, do pós-guerra, marcada pelo planejamento e intervenção estatal, inovações na questão de regulação dos mercados, pelo intensivo uso do Direito como instrumento de controle, gestão e direção, pelo setor público tendo participação direta como financiador, produtor e distribuidor e por políticas sociais para garantir patamares mínimos de igualdade; a segunda, da economia globalizada, identificada pela desregulação dos mercados, privatizações, desterritorialização da produção, “financeirização” do capital e nova divisão social do trabalho.¹¹⁵ Evidentemente isso ocorre nas mais diversas modulações, conforme o contexto de cada realidade político-social. A globalização da economia e o enfraquecimento do Estado-nação marcam o início da terceira

¹¹⁴ REALE, *Nova fase...*, p. 113-129.

¹¹⁵ FARIA, *O direito...*, p.111.

fase do Direito moderno, nos termos expostos por Reale, ou da era pós-moderna¹¹⁶ como preferem outros autores.

Feita esta necessária digressão para visualizar o contexto da sociedade em que ocorre a gradativa inserção da função social no âmbito do Direito, passa-se ao exame da dimensão normativa da função social do contrato, exteriorizada no novo Código Civil Brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor.

Na esteira da funcionalização dos direitos subjetivos, a função social do contrato, já bastante desenvolvida na doutrina e na jurisprudência brasileiras, foi inserida no novo Código Civil Brasileiro, Lei n °10.406, de 10 de janeiro de 2002, art. 421, expressamente nos seguintes termos: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Judith Martins Costa descarta qualquer estranhamento quanto à nova disciplina das relações contratuais, uma vez que a mesma:

[...] insere-se no movimento da funcionalização dos direitos subjetivos, o qual, há muitas décadas, já não seria novidade em doutrina e mesmo no plano legislativo, bastando recordar a célebre fórmula que, uma vez posta na Constituição de Weimar, ingressou nas Constituições do século XX como tentativa de buscar ‘um novo equilíbrio entre os interesses dos particulares e necessidades da coletividade’.¹¹⁷

O contrato deixa de constituir um campo livre e exclusivo para a vontade dos indivíduos. O regramento contratual, com fundamento na autonomia conjugada com a função

¹¹⁶ Conceito que foi inicialmente empregado na Arquitetura. Dicionário do pensamento social do século XX. Rio de Janeiro: Zahar, 1996, p. 473.

¹¹⁷ MARTINS COSTA. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 15, p. 129-154, 1998.

social fornece o substrato teórico para um novo conceito e novos limites da autonomia da vontade. E esse novo conceito, matéria antes tida como externa ao interesse jurídico, passa a integrar a própria formulação do direito positivo contratual.

No mesmo sentido dos novos paradigmas da teoria contratual e anteriormente à vigência do novo CCB, andou a disciplina do Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, ao reger as relações contratuais entre fornecedor e consumidor¹¹⁸. Afirma Cláudia Lima Marques:

O direito desenvolve, assim, uma teoria contratual ‘com função social’, bem ao estilo de Viehweg, isto é, o direito deixa o ideal positivista (e dedutivo) da ciência, reconhece a influência do social (costume, moralidade, tradição) e passa a assumir proposições ideológicas, ao concentrar seus esforços na solução dos problemas. É um estilo de pensamento, cada vez mais tópico, que se orienta para o problema, criando figuras jurídicas, conceitos e princípios mais abertos, mais funcionais, delimitados sem tanto rigor lógico, como veremos no CDC, pois só assumem significação em função do problema a resolver, são fórmulas jurídicas de procura da solução do conflito, fórmulas que jamais perdem a sua qualidade de tentativa.¹¹⁹

Com a funcionalização do direito subjetivo, não mais abrigado e recoberto pelo ‘mito jusnaturalista’¹²⁰ os poderes dele decorrentes imbricam-se estreitamente com a função social.

Salienta-se que, assim como a função social do contrato pressupõe a liberdade contratual, o pressuposto necessário da função social da propriedade é a propriedade privada¹²¹. Diante da autonomia privada e da liberdade de contratar e de exercer o direito de propriedade

¹¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 176 et seq.

¹¹⁹ Id.

¹²⁰ Nas palavras de MARTINS COSTA, O direito privado...: “[...] a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo ‘mito jusnaturalista’ que a recobriria na codificação oitocentista, na qual fora elevada ao status de realidade ontológica, esfera jurídica de soberania do indivíduo”.

¹²¹ GRAU, *A ordem...*, p. 244.

privada, a função social estabelece limites decorrentes do princípio fundamental da solidariedade social posto no art. 3º, I, da Constituição Federal.

A força obrigatória dos contratos sob o vinco da autonomia da vontade sofre mitigação em razão da função social, e o Poder Judiciário tem o papel de concretizar essa ‘filtragem’ dos valores a serem ponderados *in concreto*. É o que se observa nas decisões do Superior Tribunal de Justiça - STJ, sintetizadas nas seguintes ementas:

a) ALIENAÇÃO DE IMÓVEL FINANCIADO PELO SFH. MÚTUO HIPOTECÁRIO. CONHECIMENTO. AGENTE FINANCEIRO - PRESUNÇÃO DE CONSENTIMENTO TÁCITO.

1. “Passando o agente financeiro a receber do cessionário as prestações amortizadoras do financiamento, após tomar conhecimento da transferência imóvel financiado a termo, presume-se que ele consentiu tacitamente com a alienação.” (REsp. 70.684, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 14/02/2000).

2. A alienação do imóvel objeto do contrato de mútuo operou-se em 1989, quando ainda inexistia exigência legal de que o agente financeiro participasse da transferência imóvel, não estando a mesma vedada por nenhum dispositivo legal. Conseqüentemente, inaplicáveis as regras contidas na lei 8.004/90, que obriga a interveniência do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da venda.

3. Situação fática em que o credor (Banco Itaú) foi notificado em três ocasiões sobre a transferência do contrato. Embora tenha manifestado sua discordância com o negócio realizado, permaneceu recebendo as prestações até o mês de abril de 1995, ensejando a anuência tácita da transferência do mútuo.

4. Consoante o princípio *pacta sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos há de prevalecer, porquanto é a base de sustentação da segurança jurídica, segundo o vetusto Código Civil de 1916, de feição individualista, que privilegiava a autonomia da vontade e a força obrigatória das manifestações volitivas. Não obstante, **esse princípio sofre mitigação, uma vez que sua aplicação prática está condicionada a outros fatores, como v.g., a função social**, as regras que beneficiam o aderente nos contratos de adesão e a onerosidade excessiva. 5. Recurso especial desprovido.¹²² (Grifou-se)

b) CONSUMIDOR. CONTRATO DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. MENSALIDADES ESCOLARES. MULTA MORATÓRIA DE 10% LIMITADA EM 2%. ART. 52, § 10, DO CDC. APLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA. EQUIDADE. **FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO**. É APLICÁVEL AOS CONTRATOS DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS O LIMITE DE 2% PARA A MULTA MORATÓRIA, EM

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 573059/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma, 14 set. 2004. DJ 03.11.2004, p. 142. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudência/doc.>> Acesso em: 14 maio 2005.

HARMONIA COM O DISPOSTO NO § 1º DO ART. 52, § 1º, DO CDC.
RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.¹²³

Nesta moldura os institutos jurídicos passam a acolher, em seu próprio cerne, no seu próprio núcleo, os paradigmas da autonomia da vontade e da função social, a dar-lhes uma nova feição, feição esta que se delineia, efetivamente, diante do objeto concreto do contrato.

Essa formulação possibilita a reconstrução desses institutos jurídicos de forma materialmente mais elástica, mais aberta e ajustável às situações não previstas expressamente na norma.

O estudo dos fenômenos jurídicos através de diferentes modelos e sistemas, novos ou reelaborados, construídos e reconstruídos não deixam de considerar os precedentes, mesmo na ocorrência de rupturas. Isso se dá porque a construção de novos paradigmas não deixa de considerar as pré-compreensões que integram o denominado círculo (Heidegger) ou o giro (Gadamer) hermenêutico¹²⁴, possibilitando ampliar nossa compreensão dos fenômenos jurídicos.

No campo das idéias e do pensamento científico, nas mais diversas áreas do conhecimento, ocorre o que se pode chamar de ajustamento às mudanças e à evolução da História “quando os enfoques, métodos, critérios hermenêuticos, axiomas, hipóteses, princípios, categorias e conceitos básicos da ciência – chamados paradigmas, por Kuhn¹²⁵ – são postos em debate”¹²⁶.

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial n. 476649/SP. Relatora: Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, 20 nov. 2003. *DJ* 25 fev. 2004, p. 169. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc>> Acesso em 14 maio 2005.

¹²⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 2002, v. 1 e 2.

¹²⁵ Thomas Kuhn designou com o termo paradigma as realizações científicas “que geram modelos que, por período mais ou menos longo e de modo mais ou menos explícito, orientam o desenvolvimento posterior das pesquisas

A economia-mundo e a cidade-mundo, os novos paradigmas e sua influência e reflexos no âmbito do direito apresentam como emblemáticos a denominada *soft law* e as teorias do direito reflexivo¹²⁷.

Superada a incompatibilidade da função social com a concepção de direito subjetivo e com a sua inserção no próprio conteúdo dos institutos jurídicos, cabe questionar, quanto à consagrada função social da propriedade e do contrato, se ocorre uma síntese, ou, nos termos de Luhmann, uma assimilação da experiência¹²⁸. Trata-se de uma mudança para contemplar a maior complexidade das sociedades modernas¹²⁹ ou ainda uma absorção da complexidade num nível admissível pelo sistema para evitar a ameaça ou o perigo de desapontamento que poderia vir a representar, também nos termos postos por Luhmann?¹³⁰

exclusivamente na busca de soluções para os problemas por ela suscitados”, conforme FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *Novo Aurélio Século XXI*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira., 1999.

¹²⁶ FARIA, *O direito...*, p. 47.

¹²⁷ Na esteira de Luhmann, uma nova geração de autores funcionalistas tem surgido, com destaque de Gunter Teubner e os desenvolvimentos sobre o direito reflexivo.

¹²⁸ Para Luhmann, estrutura funcional do Direito, própria, “codificada”, possibilita absorver, para o seu âmbito, dados de outros sistemas, sociais, econômicos e políticos, por exemplo. Emblemáticos neste sentido são os institutos jurídicos da propriedade e do contrato, nos quais as respectivas estruturas comportam a absorção de conteúdos extraídos dos outros sistemas no decorrer de sua evolução, funcionalizando-os para o atendimento de necessidades e expectativas. Assim, esses institutos tornam-se mais flexíveis e aptos para atender novas expectativas diante de uma realidade com sistemas cada vez mais complexos. Para a noção da função de uma estrutura – tida no sentido de uma propriedade de constância relativa – Luhmann emprega o exemplo da Linguagem, a qual, através de sua estrutura própria, da “seleção prévia de um ‘código’ de significados possíveis, permite a escolha rápida, fluente e coerente da verbalização correspondente”. Verifica-se que o exemplo calha também para a sua noção de autopoiese, compreendida como sistema ‘fechado’ e auto-referencial fundamentado e auto-regulado do seu interior, em seus próprios pressupostos, e necessariamente aberto cognitivamente para o ‘meio’ do qual recebe informação e estímulo externo. LUHMANN, *Sociologia...*, v. 1, p. 54.

¹²⁹ Embora reduzam a complexidade do mundo, os sistemas sociais ampliam a complexidade da sociedade ao acrescentar a essas estruturas continentes de novas possibilidades. Luhmann define a sociedade como um todo, como um sistema global e trabalha, posteriormente, com a noção de autopoiesis para significar que os sistemas sociais, entre eles o Direito, desenvolvem-se de forma autopoietica com fundamento em seus próprios pressupostos (normas, jurisprudência, doutrina), isto é, são capazes de reprodução autônoma de acordo com as regras do próprio sistema, porém abertos para absorver as informações dos outros sistemas sociais, tais como os da Economia, da Política e da Moral. Luhmann, com este argumento, busca afastar as críticas recebidas assinalando que não trabalha com sistemas unitários e fechados, mas “com sistemas fechados do ponto de vista operacional, todavia abertos da perspectiva cognitiva, o que faz dos conflitos uma condição essencial para a evolução da sociedade”¹²⁹. Ver sobre esse aspecto: FARIA, op. cit., p. 42.

¹³⁰ Luhmann observa a especificidade funcional do Direito e sua abertura às influências sociais e o Direito como codeterminante e codeterminado no processo de desenvolvimento social de cada vez maior variabilidade e complexidade. A partir e em termos da teoria de sistemas e da teoria social sobre a formação e a modificação do direito ao longo do desenvolvimento social, Luhmann vislumbra a perspectiva de apreensão da positividade do Direito. Busca, no campo de pesquisa atinente ao que denomina “mecanismos básicos”, necessários para as teorias da personalidade e dos sistemas sociais e nas contribuições de cientistas de diversificadas áreas, as origens

Esta grande força de adaptação traz para dentro do sistema jurídico uma anterior contradição assimilada por uma evolução conceitual que permite seu ingresso sem conduzir à contradição ou antinomia. Ou, ainda, representa a convivência conflitual entre dois princípios?

A metáfora do movimento antropofágico no Modernismo brasileiro no campo das artes parece ser emblemática deste processo.

Superada a incompatibilidade da função social com a concepção de direito subjetivo com a superveniente ‘funcionalização’ dos institutos jurídicos e sua especial repercussão no âmbito do contrato e na propriedade, importa esclarecer a natureza de que se reveste a função social nos textos normativos, ou seja, se traduz um princípio, uma diretriz, uma cláusula geral ou um conceito jurídico indeterminado, matéria que se estuda a seguir.

da singular necessidade de ordenamento que é satisfeita pelo Direito e as estruturas e processos elementares na formação do Direito. Luhmann afirma dever-se “partir de um campo da ação e da experiência sensorial, de onde se constituem as personalidades e os sistemas sociais (enquanto estruturas distintas de assimilação da experiência), como diferentes estruturações de complexões de sentido das mesmas experiência e ação”. Procura identificar conceitos e mecanismos básicos necessários para encontrar “as origens da singular necessidade de ordenamento que é satisfeita pelo Direito” e “as bases das estruturas e dos processos elementares da formação do direito” “que também tem que ser pressupostos nas sociedades modernas altamente complexas”. Intenta “captar a problemática do convívio humano sensorialmente orientado, através dos conceitos de *contingência* e de *complexidade*”, cuja sobrecarga é atenuada “pela formação de “estruturas de expectativas” e pela “diferenciação entre estruturas cognitivas, que admitem a assimilação e ajustamento diante do desapontamento, e normativas, que determinam a continuidade da expectativa que é mantida apesar da não-satisfação, no sentido de continuidade da expectativa normativa mesmo diante do desapontamento ou descumprimento, e de expectativas”. Luhmann especifica a noção de complexidade no sentido de “que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar”¹³⁰ o que leva à seleção. Esclarece a noção de contingência como “o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas”¹³⁰ resultando no perigo de desapontamento e na decorrente necessidade de assumir riscos. Para enfrentar essa situação existencial “desenvolvem-se estruturas correspondentes de assimilação da experiência, que absorvem e controlam o duplo problema da complexidade e da contingência”. Premissas experimentais e comportamentais conduzem a um resultado seletivo e são enfeixadas em sistemas, estabilizando-se relativamente diante de desapontamentos. Em um mundo complexo (cheio de possibilidades), contingente (repleto de incertezas), mas “mesmo assim estruturalmente conjecturável” inserem-se os outros seres humanos (o “*alter ego*”) como elementos de perturbação, ampliando a complexidade e a contingência, diante de “fontes eu-idênticas da experimentação e da ação originais”. Resultam, assim, em dupla contingência e dupla complexidade. A crescente complexidade dos sistemas sociais, ou de situações-problema nesses sistemas conduz à criação de reduções, simplificações, abrandamentos, através de mecanismos psíquicos. Tais expectativas sobre expectativas,

2 NATUREZA DA FUNÇÃO SOCIAL: PRINCÍPIO, DIRETRIZ, CLÁUSULA GERAL OU 'CONCEITO' INDETERMINADO

Precisar a natureza da função social no âmbito do Direito supõe o exame das noções de princípios, diretrizes, cláusulas gerais e dos denominados conceitos jurídicos indeterminados.

2.1 Os princípios

O declínio do positivismo jurídico e do formalismo e dogmatismo jurídico determinaram o ressurgimento dos princípios, realçando valores substanciais, finalidades e interesses, repondo os valores de cunho formal à sua função instrumental.

Os princípios conferem coerência e unidade sistêmica ao ordenamento jurídico e, refletindo a mudança que ocorre nas concepções filosóficas, jurídicas e políticas, aparecem mais claramente explicitados nos textos constitucionais e na legislação infraconstitucional.¹³¹

Sua peculiar utilização a partir de distintos pressupostos conceituais, bem como com diversificados critérios e tendo por base diferentes fundamentos teóricos, resulta em significativa dificuldade na atividade de interpretação do Direito. Observa-se freqüentemente o

com auxílio de esquematizações interpretativas altamente flexíveis, podem ser imunizadas contra a refutação através da expectativa fática e do comportamento do outro. LUHMANN, *Sociologia...*, p. 40 et seq.

¹³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.73.

seu emprego em distintas categorias normativas¹³², fundado em bases conceituais divergentes, o que resulta nos múltiplos significados que lhe são atribuídos.

O conteúdo dos enunciados normativos foi e continua sendo objeto de estudos doutrinários no âmbito da Filosofia e da ciência do Direito. Lançam luzes sobre o tema as obras de Larenz¹³³, Esser¹³⁴, Canaris¹³⁵, Canotilho¹³⁶, Dworkin¹³⁷, Alexy¹³⁸ e Zagrebelski¹³⁹.

Em Larenz, os princípios jurídicos distinguem-se das regras às quais se podem subsumir situações de fato. Os princípios não contêm especificação ou previsão de consequência jurídica, mas só uma 'idéia jurídica geral', que orienta a concretização como um fio condutor¹⁴⁰.

Esser distingue os princípios jurídicos das normas (regras) de direito e afirma que os primeiros constituem o conteúdo em oposição à forma, e ressalva que o uso das categorias aristotélicas não deve induzir a ter a forma como acessório de algo essencial¹⁴¹.

Os princípios, para Canaris, são explicitadores de valorações¹⁴².

¹³² Relembro aqui o estudo sobre Dworkin, realizado durante o Curso de Doutorado, e que resultou no trabalho “Os princípios de direito ambiental na perspectiva do modelo dos princípios e das regras”, digitado.

¹³³ LARENZ, *Metodologia...*

¹³⁴ ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

¹³⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

¹³⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

¹³⁷ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1999. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1977.

¹³⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

¹³⁹ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1999, p.17. O autor defende uma dogmática ‘fluída’ que possa conter os elementos heterogêneos do direito constitucional contemporâneo em uma construção não rígida, que albergue o jogo pluralista que se desenvolve na vida constitucional concreta, de modo que uma pluralidade de valores e princípios convivam.

¹⁴⁰ LARENZ, *Metodologia...*, p. 577.

¹⁴¹ ESSER, *Principio...*, p. 113 e seq.

¹⁴² CANARIS, *Pensamento...*, p.83.

Canotilho indica como critérios distintivos dos princípios informadores da ordem constitucional: a) o maior grau de abstração, b) a necessidade de mediações concretizadoras, c) o seu caráter de fundamentalidade, de *Standards* jurídicos radicados nas exigências de justiça, conforme a acepção de Dworkin, ou na idéia de direito, na concepção de Larenz, constituindo o fundamento das regras¹⁴³.

A existência de regras e princípios permite a decodificação da estrutura sistêmica e possibilita a compreensão da Constituição como um *sistema aberto de regras e princípios*¹⁴⁴.

Dworkin estabelece a distinção lógica entre princípios pela sua dimensão de peso e importância, a ser considerada com relação a outros princípios na busca da ‘resposta correta’, e as regras pela sua aplicação na forma do ‘tudo ou nada’ (*all or nothing*), ou seja, ou são aplicadas ou não o são¹⁴⁵.

Assim, se válida a regra e incidindo os pressupostos de fato estabelecidos, produz-se a consequência jurídica prevista na norma. Na hipótese de colisão entre regras, uma revoga a outra, seja em razão da hierarquia, com exceção para o caso da lei geral e da lei especial, ou porque a lei posterior revoga a anterior.

Já os princípios em situação de colisão produzem efeito diferente, ou seja, a incidência de um princípio afasta aquele ou aqueles que, sopesados e ponderados no exame do caso concreto, não prevalecem, permanecendo, todavia, vigentes no sistema jurídico¹⁴⁶.

¹⁴³ CANOTILHO, *Direito...*, p. 166.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 168.

¹⁴⁵ DWORKIN, op. cit, p. 158.

¹⁴⁶ COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). *Revista da Procuradoria-Geral do*

Para além da distinção entre princípios e regras, Alexy enfatiza os deveres ou comandos de otimização (*optimierungsgebote*) em diversos graus que os princípios ensejam, devendo, assim, ser realizados na maior medida possível, diante das possibilidades jurídicas e circunstâncias fáticas, envolvendo, na sua aplicação, a necessidade de ponderação acerca dos valores envolvidos¹⁴⁷.

Zagrebelski identifica a unidade de lei/direito/justiça e princípios/regras na aplicação judicial do direito¹⁴⁸ e salienta a importância da distinção entre princípios, cuja maior capacidade expansiva exige uma ulterior atividade de concretização por parte do legislador, do intérprete ou do juiz, e regras, que estabelecem o que se deve ou não fazer em dadas circunstâncias, para a compreensão do seu modo de atuação e realização. O autor aponta para a natureza conflitual dos princípios.

Eros Grau afirma que as normas podem entrar em conflito porque “o direito acolhe as contradições sociais, reproduzindo-as, de sorte que nele, os paradoxos não configuram anomalias, porém elementos essenciais de seu discurso”.¹⁴⁹ E arremata ser o direito uma

Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 33-74, dez 2003, *Cadernos de Direito Público Almiro do Couto e Silva*

¹⁴⁷ ALEXY, *Teoría de los derechos...* Ver também HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 781, p.71-78, nov. 2000; ATIENZA, Manuel. *As razões da argumentação jurídica: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 267. O autor assim sintetiza o pensamento de Alexy acerca da conceituação de princípio: "Alexy aceita um conceito de princípio que está muito próximo ao de Dworkin. Para ele - assim como para Dworkin -, a diferença entre regras e princípios não é simplesmente uma diferença de grau, e sim de tipo qualitativo ou conceitual. As regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem apenas ser cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que ela ordena, nem mais nem menos. As regras contêm, por isso determinações no campo do que é fática e juridicamente possível" (ALEXY, op. cit., p. 143-4). "A forma característica de aplicação das regras é, por isso, a subsunção". Os princípios, contudo, "são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas". "Os princípios são mandados de otimização que se caracterizam por poder ser cumpridos em diversos graus" (ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 143). "Por isso, a forma característica de aplicação dos princípios é a ponderação".

¹⁴⁸ ZAGREBELSKY, *El derecho...*, p. 131 et seq.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 36.

prudência, por resultar da interpretação, que é uma *prudência* – o *saber prático*, a *phrónesis*, a que se refere Aristóteles¹⁵⁰ na *Ética a Nicômacos*¹⁵¹.

Em relação ao âmbito da aplicação de princípios, por sua própria natureza, finalidade e formulação, os princípios são distintos das regras, e estas contêm hipóteses de incidência e conseqüências determinadas. Sobre este aspecto afirma Humberto Bergmann Ávila:

[...] os princípios são definidos justamente por não possuírem uma hipótese e uma conseqüência abstratamente determinada. O problema que surge na aplicação reside muito mais em saber qual dos princípios será aplicado e qual a relação que mantém entre si.¹⁵²

Em se tratando de conflito real entre um princípio e uma regra - de mesmo nível hierárquico - conclui Humberto Ávila, deverá prevalecer a regra e não o princípio. Nesta específica situação, isto é, princípios e regras situados em norma de uma mesma hierarquia. E a seguir, acrescenta caber rever a concepção de que a violação de um princípio seja mais grave do que a transgressão de uma regra. Isso porque, ao elaborar uma regra, o Parlamento, em norma de mesma hierarquia, realiza preliminarmente uma decisão acerca do conflito de interesses e, em conseqüência, nessa hipótese, existindo conflito com um princípio, deve prevalecer a regra estabelecida¹⁵³. Note-se que este entendimento, de que em determinadas situações o princípio se encontra encartado na regra, não retira dos princípios o seu caráter de eixo valorativo que norteia a atividade hermenêutica.

De outra parte, cumpre ressaltar que a alegada neutralidade dos textos constitui, de certa forma, uma simplificação, porque os signos lingüísticos contidos nos textos, e o texto em si, são

¹⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 32.

¹⁵¹ ARISTÓTELES, *Ética...*

¹⁵² ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, 151-179, jan./mar. 1999.

compreendidos e explicados dentro do contexto histórico, social e cultural e das pré-compreensões de seus intérpretes. Assim, em conformidade com o contexto histórico, o local, e de acordo com as pré-compreensões envolvidas na atividade hermenêutica, a textos de conteúdo igual ou semelhante são atribuídas distintas e diferenciadas significações.

A hermenêutica do texto constitucional e do regramento infraconstitucional é orientada pelos princípios postos na constituição, como mandamentos nucleares do ordenamento jurídico. Os princípios positivados consubstanciam o suporte valorativo sobre o qual radica o Direito, conferindo-lhe unidade e permitindo a sua permanente reconstrução e atualização, sem promover a quebra de sua unidade sistemática.

Os princípios traduzem, expressam, valores historicamente burilados e possibilitam, como critérios de aferição dos conteúdos normativos¹⁵⁴, realizar a ponderação para concretizar, na maior medida possível (otimização), esses valores.

No âmbito jurisprudencial, o princípio da função social tem reflexos em inúmeras decisões, tanto no que se refere à função social da propriedade como quanto à função social do contrato.¹⁵⁵

Pode-se, pois, afirmar que a função social como princípio constitui mandamento nuclear ou *standard* jurídico, cuja dimensão de peso e importância desenha o conteúdo mesmo dos institutos da propriedade e do contrato. Determina os deveres de otimização em diversos graus.

¹⁵³ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 52.

¹⁵⁴ FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 225.

¹⁵⁵ O que se pode ver nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Em especial: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 319/DF. Relator Ministro Moreira Alves. *RTJ* 149, p. 666-692 e no na BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 140436/SP. Relator: Ministro Carlos Veloso. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br>> Acesso em: 08 jul. 2005.

Possibilita - como critério de aferição dos conteúdos normativos¹⁵⁶ - realizar a ponderação, otimizar e concretizar os valores que representa. Fornece diretrizes para avaliação da constitucionalidade das restrições impostas pelo legislador.

2.2 As diretrizes

Ronald Dworkin conceitua 'policy' da seguinte forma;

I call a 'policy' that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political or social feature of the community (though some goals are negative, in that they stipulate that some present feature is to be protected from adverse change.¹⁵⁷

Nestes termos, uma diretriz determina um objetivo a ser alcançado, geralmente uma melhoria em algum aspecto relevante, seja no âmbito político, econômico ou social. Constitui uma meta para guiar ações a serem empreendidas tanto de caráter individual como coletivo.

Este o caráter do artigo 3º da Constituição Federal brasileira, que estabelece como objetivos fundamentais da República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação. O dispositivo traduz, conforme

¹⁵⁶ Ibid., p. 225.

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1977, p. 21. Em tradução livre: Eu chamo diretriz aquele tipo de *standard* que estabelece um objetivo social a ser alcançado, geralmente um melhoramento em algum aspecto econômico, político ou social relevante, desejável, para a comunidade (alguns objetivos são negativos, quando estipulam que uma característica atual deve ser protegida de mudanças adversas).

assinala Eros Roberto Grau, nos termos postos por Dworkin, um conjunto de diretrizes, ou como classifica Canotilho, princípios constitucionais impositivos¹⁵⁸.

Não apenas os princípios atuam como estruturadores e possibilitam a fecundação do sistema jurídico, acentua Judith Martins Costa, isso se dá, também com as diretrizes ou normas-objetivo¹⁵⁹:

[...] tais objetivos são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado e também para os detentores do poder econômico ou social, fora do Estado não podendo ser posta em dúvida, ‘nesta altura da evolução jurídica’ a juridicidade das normas que declaram tais fins ou que impõem a realização de determinado programa de atividades.

Os deveres que decorrem das diretrizes previstas no plano abstrato da norma constitucional, explicitados em lei infraconstitucional e em atos administrativos, na regulação concreta de situações cotidianas, têm assim possibilitada a sua concreção.

Neste sentido, assevera Judith Martins Costa: “Com efeito, o auxílio da lei, para organizar os deveres, e o da jurisprudência, para definir sua extensão e o seu alcance, é indispensável”¹⁶⁰.

A função social como diretriz constitui um objetivo a ser alcançado, uma meta a nortear, entre outros aspectos, o delineamento de ações, atividades e políticas públicas no desenvolvimento das funções sociais das cidades, conforme o que dispõe o art. 182, da Constituição Federal de 1988. Os deveres daí decorrentes impõem-se ao legislador e ao

¹⁵⁸ GRAU, *A ordem...*, p. 236.

¹⁵⁹ MARTINS COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS COSTA, Judith (Org) *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 611-661.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 629.

intérprete da Constituição, uma vez que “não seria admissível considerar as suas normas como vazias de significado e eficácia verdadeiramente normativos”.¹⁶¹

2.3 As cláusulas gerais

Para Engisch “o verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças a sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica”¹⁶². O autor salienta que fazemos bem ao olhar o conceito de cláusula geral em oposição “a uma elaboração casuística das hipóteses legais”¹⁶³ que, deste modo, diante de sua grande generalidade “abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”¹⁶⁴.

Almiro do Couto e Silva esclarece:

São essas cláusulas gerais que impedem que os códigos envelheçam prematuramente, pois são elas portas abertas para a ética social, os canais por que penetram no direito as mudanças culturais e econômicas, os delicados sensores que adaptam os sistemas jurídicos às oscilações do meio a que se aplicam.¹⁶⁵

A cláusula geral, conforme Judith Martins Costa, é a técnica que se vale de linguagem intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’ e atribui ao juiz, no caso concreto, o poder de criar, desenvolver ou complementar normas jurídicas, utilizando, para tanto, elementos extra-sistemáticos que fundamentarão a decisão. Essa fundamentação viabiliza o controle do *decisum*

¹⁶¹ MARTINS COSTA, Mercado e...,

¹⁶² ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988, p. 233.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 228.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 229.

e, com a sua reiteração sob idêntica fundamentação, possibilita que esses elementos passem ao interior do ordenamento jurídico.

O novo Código Civil Brasileiro situa no início da disciplina contratual, a cláusula geral da função social do contrato, que compreende cláusulas de tipo restritivo e de tipo regulativo, não se circunscrevendo, pois, à função de restringir o princípio da liberdade contratual no caso concreto.

A função social como cláusula geral na disciplina contratual constitui uma condicionante ao princípio da liberdade como pressuposto mesmo de sua disciplina, podendo ensejar, diante das circunstâncias específicas do caso concreto, que o magistrado determine a nulificação de cláusulas contratuais abusivas. Contém, também, uma conotação de caráter substantivo, de “elemento integrante do conceito de contrato”¹⁶⁶, verdadeiro “valor operativo regulador da disciplina contratual que deve ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas, por igual, na integração e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas”.¹⁶⁷

Como integrante do próprio conceito de contrato, a função social apresenta um peso específico. A eventual restrição à liberdade contratual não constitui mais “uma ‘exceção’ a um direito absoluto, mas expressão da função meta-individual que integra aquele direito”¹⁶⁸.

Sobre as cláusulas gerais no sistema do direito privado, Cláudia Lima Marques explica que as mesmas possibilitam uma visão renovadora dos contratos, e sua funcionalização no

¹⁶⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. Romanismo e germanismo no Código Civil brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. Cadernos de Direito Público, n.57, p. 295-313. dez. 2003, *Cadernos de Direito Público Almiro do Couto e Silva*.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ COUTO E SILVA, Romanismo...

Código de Defesa do Consumidor amplia sua dimensão e, notadamente, define para o juiz um papel ativo na sua concretização.¹⁶⁹ Com o abandono do positivismo e com a influência do social desenvolve-se um estilo de pensamento orientado para problemas com preferência por soluções abertas:

Como resultado dessa mudança de estilo de pensamento, as leis passam a ser mais *concretas*, mais *funcionais* e menos *conceituais*. É o novo ideal de *concretude* das leis, que para alcançar a solução dos novos problemas propostos pela nova realidade social, opta por soluções abertas, as quais deixam larga margem de ação ao juiz e à doutrina, usando freqüentemente noções-chaves, valores básicos, princípios como os da boa-fé, equidade, equilíbrio, equivalência de prestações e outros. São *topoi* da argumentação jurídica, fórmulas variáveis no tempo e no espaço, de inegável força para alcançar a solução justa no caso concreto.¹⁷⁰

Com a conformação de cláusula geral a função social aparece nos arts. 5º, XXIII, 170, III, 182, § 2º, 184, 186 da Constituição Federal e nos arts. 421, 1.228, § 1º, no § único do art. 1.238, nos arts. 1.239 e 1.240, no § único do art. 1.242 do Código Civil Brasileiro.

A Função social como cláusula geral constitui noção-chave, valor básico e verdadeiro sensor que permite ajustar o Direito às mudanças e necessidades da realidade social, econômica e cultural. Como se pode ver, a cláusula geral, pela generalidade, pela linguagem intencionalmente aberta, fluida, permite e torna possível sujeitar um vasto grupo de situações a uma consequência jurídica e atribui ao juiz um papel ativo na sua concretização, utilizando para tanto, elementos extra-sistemáticos. Isso ocorre especialmente com a função social da propriedade, da posse e do contrato.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 22, p. 47-83. set. 2002. A autora sublinha, ainda, a necessidade de releitura das teorias de Engisch e Wieacker, “*sob a luz da insegurança pós-moderna*” em especial referindo os trabalhos de Othmar Jaurernig e Erick Jaime e os novos estudos de Canaris e Larenz.

2.4 Os ‘conceitos’¹⁷¹ jurídicos indeterminados

A expressão foi criticada por alguns autores ao apontar, de forma congruente, que melhor seria falar em termos jurídicos indeterminados¹⁷². Segundo Engisch a expressão significa “*um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos*”¹⁷³.

Almiro do Couto e Silva assinala que os conceitos jurídicos indeterminados têm um núcleo de significação preciso e um halo periférico, vago e nebuloso, e salienta que alguns se referem a fatos, estados ou situações da natureza ou da realidade, exemplificando com os termos ‘escuridão’, ‘perigo’, ‘perturbação’. Outros desses conceitos dizem respeito a conceitos de valor, a exigir do intérprete ou aplicador do direito uma apreciação de natureza valorativa, tais como ‘interesse público’, ‘falta grave’, ‘moralidade pública’¹⁷⁴.

A indeterminação pode decorrer tanto da pluralidade de sentidos de uma palavra que integra o conceito, quanto da imprecisão dos limites do conceito. Uma cláusula geral pode ser constituída por um conceito indeterminado. Todavia, nem todo conceito indeterminado constitui uma cláusula geral¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Ibid., p. 178.

¹⁷¹ A expressão ‘conceitos jurídicos indeterminados’ sofreu proficiente crítica de Eros Roberto Grau, que aponta o fato de os conceitos jurídicos referirem-se a significações: “referida ‘indeterminação dos conceitos’ não é deles, mas sim dos termos que os expressam”. (GRAU, *O direito...*, p.148).

¹⁷² Judith Martins Costa endossa a crítica de Eros Grau no seu livro MARTINS COSTA, *A boa-fé...*, p. 324.

¹⁷³ ENGISCH, *Introdução...*, p. 208.

¹⁷⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista da PGE. Cadernos de Direito Público.*, n. 57. p. 93-106, dez. 2003, *Cadernos de Direito Público Almiro do Couto e Silva*.

¹⁷⁵ COUTO E SILVA, O poder discricionário..., p. 232-233.

Judith Martins Costa nota ainda a existência de conceitos indeterminados referidos a valores, e os que aludem a realidades fáticas, sempre com vista à aplicação do direito¹⁷⁶. Realiza-se a subsunção após a atividade de interpretação. E conclui a autora: “a coincidência não é perfeita, pois a cláusula geral exige que o juiz concorra efetivamente na formulação da norma”¹⁷⁷. Também aqui o juiz concorre ativamente para a formulação da norma exercendo o papel de criação do direito.

Lembra-se aqui que o direito positivo, organizado sob a forma de sistema hierarquizado de princípios e regras, contempla a possibilidade de regular, ele mesmo, a própria criação e modificação da norma, numa dinâmica autopoietica, na acepção de Luhmann.

Gilmar Ferreira Mendes, ao tratar da conformação e restrição dos direitos individuais, ressalta que o texto constitucional, além do princípio da reserva legal, refere expressamente a possibilidade do estabelecimento de restrições legais, utilizando expressões tais como, ‘na forma da lei’ ou utilizando conceitos jurídicos indeterminados para balizar a sua conformação, tais como a cláusula da ‘função social’¹⁷⁸, que, além do propósito de restrição ou limitação de poderes ou faculdades, não raro “destinam-se a *completar, densificar e concretizar* direito fundamental”¹⁷⁹.

A expressão ‘função social’ exige, conforme se apontou no início, uma clara noção conceitual acerca de solidariedade e justiça social. Ambas também apresentam essa

¹⁷⁶ MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 326.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 326.

¹⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 213 et seq..

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 214.

indeterminação. Demandam do intérprete e do aplicador do direito que determinem os seus conteúdos na situação concreta.

O conceito jurídico indeterminado traduz uma pluralidade de sentidos e uma imprecisão quanto aos seus limites. Isso permite a atualização de seu sentido e significado, possibilitando a evolução do direito em adequação ao contexto contemporâneo, sem a necessidade de constante alteração do texto normativo para abranger novas situações.

Traçados, nesta primeira parte, os pressupostos para a ressignificação da expressão função social, bem como delineada sua natureza que, como se viu, pode variar conforme o texto e o contexto em que se apresenta, examina-se, na segunda parte, a função social e seus efeitos na conformação dos institutos jurídicos da propriedade e da posse.

SEGUNDA PARTE - A FUNÇÃO SOCIAL DOS INSTITUTOS JURÍDICOS

1 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A percepção da função social como inerente à própria estrutura do direito de propriedade resulta na redução da margem de indeterminação e define os contornos mais precisos de uma reconstrução do instituto da propriedade, de forma a determinar sua efetiva operatividade,¹⁸⁰ com específica repercussão e peculiaridades no meio urbano. Para este fim cabe traçar os lineamentos da evolução do direito de propriedade.

O desenvolvimento do instituto da propriedade, no direito romano, pode ser classificado em três fases distintas: a) etapa antiga ou pré-clássica, fundamentada no princípio do parentesco, na qual a propriedade constituía uma instituição religiosa e familiar, identificada com a liberdade e o poder do *pater familiae* sobre os escravos, a mulher, os filhos, as coisas; b) no período clássico representava a dominação exclusiva e ilimitada de um bem e constituía um privilégio exclusivo dos cidadãos romanos, sendo admitida, restritivamente, para os peregrinos, detentores do *jus commercii*; c) no período pós-clássico, com a unificação do direito romano por Justiniano, vieram a se configurar o caráter de absoluto, exclusivo e perpétuo e as faculdades de *usus, fructus, abusus*¹⁸¹ do instituto. Os romanos limitavam-se à descrição empírica do conteúdo do domínio. O termo *proprietas* surge mais tarde, no período romano-bizantino.

¹⁸⁰ RODOTÀ, op. cit., p. 267.

A independência do direito em relação à casa do senhor e à religião caracteriza o direito romano e pressupõe o que Luhmann denomina como “um primado social do centro funcional da política”¹⁸². Refere-se à fundação da cidade, na constituição da *polis* acima das casas e linhagens, emblemática das cidades-estados gregas. Para Aristóteles, no célebre *A política*, a legalidade das relações entre os homens livres constitui uma conquista da *polis* impondo-se às relações interindividuais independentemente das relações de parentesco¹⁸³.

A propriedade da terra constitui, no período medieval, o fundamento de uma ordem hierárquica com a propriedade fragmentada, concebida pela utilidade dos bens de domínio senhorial cuja exploração se dava através dos vassalos que detinham diversos tipos de possessão. Essa pluralidade de propriedades representou papel dominante na sociedade feudal, embora convivesse também, em escala bem menor, com a propriedade não sujeita a nenhum tipo de encargo, serviço ou prestação senhorial, ocorrente predominantemente nas aldeias e burgos. Na segunda escolástica encontram-se as raízes teológicas da propriedade moderna.

Superadas as instituições feudais, adota-se uma concepção de propriedade no sentido do uso, gozo e disposição de forma absoluta de um bem. Essa superação surge no bojo das revoluções burguesas, a norte-americana de 1776 e a francesa de 1789, cuja deflagração refletia a crescente diferenciação funcional, a necessidade de limitação do exercício do poder absolutista, de legitimação de seu exercício através da democracia representativa, da instituição de um Poder Judiciário profissionalizado, do reconhecimento de direitos e garantias individuais e das Constituições escritas. No mesmo sentido, ocorreu a revolução inglesa de 1688, todavia

¹⁸¹ BERTOLO. Rozangela Motiska. A função social da propriedade. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n. 28, p. 218-228, 1992.

¹⁸² LUHMANN, *Sociologia...*, p. 203.

¹⁸³ ARISTÓTELES, *A política*..

sem a adoção de Constituição escrita e com a propriedade, no direito consuetudinário, constituindo um complexo de direitos, interesses e pretensões.

No direito continental, a concepção liberal de propriedade decorre da recepção do conceito romano¹⁸⁴ sob a influência da filosofia individualista, a qual tem uma de suas matrizes no pensamento de Locke¹⁸⁵, um dos inspiradores da denominada liberdade dos modernos¹⁸⁶.

A função social como princípio de caráter geral já se fazia presente tanto em textos legislativos como na doutrina e nas discussões científicas¹⁸⁷, na busca da superação do modelo de propriedade arraigado nas concepções pandectísticas¹⁸⁸ incorporadas às codificações posteriores às revoluções liberais.

O ‘isolamento’ do direito de propriedade, a partir do modelo do direito romano e em oposição ao modelo de propriedade medieval, acompanha o nascimento da moderna sociedade industrial e mercantil do Ocidente e configura o novo perfil de propriedade, paradigma moderno das Constituições e Códigos ocidentais, vindo a ocupar posição central na sociedade contemporânea¹⁸⁹.

¹⁸⁴ FRIEDMANN, *Legal...* Menciona o famoso estudo de Renner sobre a mudança da função da propriedade no capitalismo moderno e sua significação universal.

¹⁸⁵ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Segundo Locke, a propriedade privada, direito natural, deriva do trabalho individual. Ver o Segundo Tratado sobre o Governo, p.31 e seguintes, em especial o capítulo V - da propriedade - no qual afirma: “é evidente que, embora a natureza tudo nos ofereça em comum, o homem, sendo senhor de si próprio e proprietário de sua pessoa e das ações ou do trabalho que executa, teria ainda em si mesmo a base da propriedade...” p. 51. Ver também BOBBIO, *Locke...*

¹⁸⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 95.

¹⁸⁷ Isso se dá especialmente após a 1ª. Guerra Mundial, embora a temática tenha antecedentes históricos, que remontam ao Direito Comum Europeu, como se pode ver CLAVERO. Bartolomé. *Historia Del Derecho Común*. Salamanca: Universidad, 1994, passim.

¹⁸⁸ A pandectística representou o formalismo sistemático e conceitual e a decisão judicial conformada a partir da dedução lógica do sistema e dos conceitos, cuja influência permeou o séc. XIX, dando feição às categorias de direito objetivo, de direito subjetivo e de negócio jurídico. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 398 e seguintes.

Sobre este substrato constrói-se a conformação do contemporâneo do direito de propriedade estabelecendo-lhe uma nova dimensão, um novo delineamento, agora determinado também pela sua função social¹⁹⁰. Pode-se ainda falar em propriedades: urbana, rural, industrial, imobiliária, mobiliária, intelectual, regradas por normas de direito privado, civis, comerciais, de direitos autorais e por normas de direito público: administrativas, urbanísticas, agrárias, ambientais, processuais, penais.

A defesa da propriedade, para Luhmann, somente adquire sentido no contexto de reconhecimento e absorção das perspectivas do outro como minhas próprias, “o que só é possível se reconheço o outro como um outro eu”¹⁹¹.

Da influência das diversas teorias sociais e dos pensadores críticos da propriedade privada, gradativamente delineia-se o reconhecimento jurídico da função social da propriedade, materializada na Constituição mexicana, de 1917, submetendo o uso da propriedade ao bem público¹⁹², e no art. 153 da Constituição de Weimar de 1919, com o célebre dispositivo: “A propriedade obriga. Seu uso deve estar a serviço do bem comum”¹⁹³.

¹⁸⁹ FRIEDMANN, *El Derecho...*, p. 81.

¹⁹⁰ GOMES, Orlando. Novas dimensões da propriedade privada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 411, p. 9-14, jan. 1970.

¹⁹¹ LUHMANN, op. cit., v. I, p. 46.

¹⁹² Disponível em: <<http://educaterra.com.br/voltaire/mundo/rev-mexicana>> Acesso em 11 maio 2005.

¹⁹³ No direito germânico transparecem visivelmente duas vertentes; de um lado, o caráter individualista do direito romano e de outro, uma concepção de ordem social em que o indivíduo não é um ser abstrato, mas definido pela sua inserção na sua família, na sua cidade, na sua profissão, na sua experiência de vida, características que resultaram, “quase sempre um compromisso entre os benefícios e vantagens individuais e o bem comum”. Exemplo disso é o instituto da propriedade que não compreende uma “*propriedade imutável, única, igual em todas as situações. Ela se diferencia conforme os fins econômicos perseguidos ou a posição social do titular do direito, estando, de algum modo, vinculada ao interesse coletivo*”. Nesse contexto, o célebre dispositivo da Constituição de Weimar “‘a propriedade obriga’ (*Eigentum verpflichtet*), não é, de modo algum, um corpo estranho na tradição jurídica alemã ou uma norma que tenha nascido totalmente despregada do passado cultural germânico. Bem ao contrário, ela surge, num determinado momento histórico, como resultado natural de uma antiga e constante tendência.”. COUTO E SILVA, *Romanismo...*, p.7-27.

1.1 A função social nos textos constitucionais brasileiros

No Brasil, a Constituição de Weimar teve sua derradeira influência na Assembléia Nacional Constituinte de 1934 que, entre outras matérias, garantiu a propriedade privada sujeita a uma destinação social (não será exercida contra o interesse social ou coletivo) e à desapropriação¹⁹⁴ por necessidade ou interesse público, nos termos do art. 113, parágrafo 17.

Segue-se a Carta de 1937, a Constituição do Estado Novo, sob influência dos textos poloneses e que contribuiu para uma nova organização e centralização do poder político¹⁹⁵. No seu art. 122, § 14, assegura o direito de propriedade, ressalvada a hipótese de desapropriação por necessidade ou utilidade pública. Atribui a definição de seu conteúdo e limites às leis que regularem o seu exercício. O texto constitucional deixa de referir expressamente a função social.

Em reação ao Estado Novo veio a Constituição de 1946. No capítulo dos direitos e garantias individuais, art. 141, § 16, o direito de propriedade é garantido, inserindo-se a possibilidade de desapropriação por interesse social. E o art. 156 estabelece a diretriz de fixação do homem no campo através de planos de colonização e de aproveitamento das terras públicas, a usucapião de terras devolutas até 25 hectares (§ 1º) e de trecho de terra não superior a 25

¹⁹⁴ CHACON. Wamireh. *Vida e morte das constituições brasileiras*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.127 et seq.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 165 et seq.

hectares, desde que não seja proprietário rural nem urbano, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele sua morada (§ 3º)¹⁹⁶.

Depois tivemos as Constituições autoritárias de 1967 e a Emenda Constitucional n° 1, editada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, em 1969. O texto da Constituição de 1967 mantinha as hipóteses de desapropriação vinculadas à utilidade pública e ao interesse social, no seu art. 150, § 22. A ordem econômica visa realizar a justiça social e tem entre seus princípios a função social da propriedade, art. 157, III, e prevê a desapropriação para fins da reforma agrária nos §§ 1º a 6º desse mesmo artigo. A EC n° 1 mantém estas garantias nos arts. 153, § 22, 160, III, e 161 e parágrafos.

Embora o princípio da função social da propriedade constasse desde a Carta Constitucional de 1934, como princípio gerador de sujeição aos imperativos de natureza social e de imposição de limites positivos e negativos, o desenvolvimento jurisprudencial do princípio ocorreu lentamente.

A função social da propriedade está expressa na Constituição Federal de 1988, no Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais, no Capítulo I, que cuida dos Direitos Individuais e Coletivos e nos Capítulos II (Política Urbana) e III (Política Agrária) do Título VII da Ordem Econômica e Financeira.

A Vigente Constituição, ao estabelecer os direitos individuais e coletivos no seu art. 5º, XXIII, estabelece que a propriedade atenderá à função social. No inciso XXIV do mesmo artigo, prevê a desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social.

¹⁹⁶ CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 1989, p. 446 a 450. Os dispositivos foram alterados posteriormente.

Determina a proteção da pequena propriedade rural da penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, no inciso XXVI. Enuncia a função social entre os princípios da ordem econômica, art. 170, inciso III. Institui, em capítulos específicos, a política urbana (arts. 182 e 183) e a política agrária (arts. 184 a 191), balizadas pelo princípio da função social, definindo diretrizes e critérios para sua concretização.

No texto constitucional vigente, tem-se, no art. 5º, inc. XXII, a garantia ao direito de propriedade. Imediatamente segue-se o inc. XXIII, que determina o atendimento de sua função social.

Em consequência desta dicção constitucional, a função social atribui à propriedade uma configuração na qual a imposição de restrições deixa de constituir uma exceção a um direito absoluto e passa a ser a *expressão da função metaindividual*¹⁹⁷ que a integra e que apresenta distintas possibilidades de concretização diante do seu objeto no caso concreto.

1.2 A função social no Código Civil Brasileiro

Diante da relevância da dimensão histórica na compreensão dos fenômenos jurídicos e da significativa influência do Direito Continental europeu na formação e desenvolvimento do Direito brasileiro, constantemente são examinadas as fontes doutrinárias estrangeiras,

¹⁹⁷ MARTINS COSTA, O direito privado..., p. 129-154.

destacadamente as fontes continentais européias sem, contudo, esquecer as peculiaridades que delineiam a construção de cada direito¹⁹⁸, em especial do Direito brasileiro.

Antes da codificação do direito civil brasileiro, no âmbito do direito privado imperava, conforme bem sintetiza Almiro do Couto e Silva:

[...]um verdadeiro mosaico normativo, confuso, impreciso, caótico, no qual as Ordenações Filipinas, de 1603, eram a parte principal, a que se misturavam, porém, textos de legislação portuguesa e brasileira, tendo ainda como direito subsidiário, a que se recorria a cada passo, não apenas o direito romano, com os condicionamentos introduzidos pela Lei da Boa Razão, mas também o que se convencionou chamar o direito dos povos cultos.¹⁹⁹

Assim, indispensável situar as fontes do direito romano e os caminhos percorridos, ‘filtrados’ pela experiência jurídica portuguesa²⁰⁰, assim como a influência do direito germânico²⁰¹ na codificação civil brasileira e que influenciaram a doutrina e jurisprudência pátrias.

¹⁹⁸ Ver WIEACKER, *História...* Ver os excelentes trabalhos dos juristas Clóvis do Couto e Silva, José Carlos Moreira Alves, Marcello Caetano e Mário Julio de Almeida Costa, in ESTUDOS de Direito Civil Brasileiro e Português: I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. Ver também: O DIREITO civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. FRADERA. Vera Maria Jacob de. (Org.) *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 11-31. Também importante o artigo de COUTO E SILVA, Romanismo..., p.295-313. Igualmente importante para a contextualização histórica ver MARTINS COSTA, *A reconstrução...* PONTES DE MIRANDA, *Fontes e...* RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 102 et seq. sobre o direito romano e o direito dos países latinos.

¹⁹⁹ COUTO E SILVA, Romanismo..., p.7-27. MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos de Código Civil Alemão *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 741, p. 11-37, jul. 1997.

²⁰⁰ Em Portugal, na lição de Almiro do Couto e Silva, o aumento do interesse na consulta ao direito romano nas suas próprias fontes e os protestos dos estudiosos contra a aplicação das coletâneas jurídicas castelhanas, ordenadas por D. Afonso, o *Fuero Real e as Sete Partidas*, conduziram à tradução e circulação, no séc. XV, da obra de Justiniano e de textos do direito canônico. Dá-se o afastamento, do âmbito do direito subsidiário, das contribuições do direito castelhano. As Ordenações Afonsinas, promulgadas em meados do séc. XV declaram a prevalência do direito português, tendo o direito romano e canônico a função de direito subsidiário. O mesmo ocorre com as Ordenações Manuelinas, vigentes no início do séc. XVI, e com as Ordenações Filipinas, no começo do séc. XVII, que reafirmam a preponderância das leis nacionais, dos estilos da corte e costumes do reino sobre o direito subsidiário romano e canônico. Essa hierarquia das fontes do direito português, desde o descobrimento tem vigência no Brasil, embora, comum, na prática, a subversão dessa hierarquia. Com o advento das reformas pombalinas, em especial com a edição da Lei de 18 de agosto de 1769, a Lei da Boa Razão, o direito romano permanece tão somente como subsidiário, expressão da razão natural de acordo com as idéias do jusnaturalismo racionalista e do *usus modernus pandectarum*.

²⁰¹ COUTO E SILVA, op. cit., salienta “[...] o germanismo a que prestou tributo e homenagem o Código Civil Brasileiro foi, sobretudo, o que pode ser identificado a ciência jurídica alemã do século XIX (portanto o que é

Com a independência, o Brasil adota a legislação portuguesa e, embora a Constituição do Império de 1824 em seu art. 179, § 18, determine a organização da codificação civil e criminal, o Código Civil Brasileiro (CCB)²⁰² somente veio a ser promulgado em 1916 e a vigorar em 1917.

A interpretação e as obras doutrinárias de direito civil elaboradas após a vigência do 1º CCB apoiaram-se principalmente no Direito francês, no italiano e no português. Pontes de Miranda veio a promover o renascimento do germanismo no direito civil brasileiro notadamente com o ‘Tratado de Direito Privado’, obra que espelha seu extraordinário conhecimento da doutrina jurídica alemã²⁰³.

O atual CCB no art. 1.228²⁰⁴ não conceitua o direito de propriedade, estabelece as faculdades do proprietário de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de

assim entendido fora da Alemanha), muito mais do que aquele outro, de caráter material ou substancial, consistente nas instituições jurídicas germânicas anteriores à recepção. Desde logo será de justiça assinalar, entretanto, que jamais a influência alemã sobre o Código Civil Brasileiro que, como se viu, é irrecusável, fazem daquela nossa obra legislativa uma imitação servil do Código alemão, como aconteceu com a codificação realizada por outras nações como, por exemplo, o Japão. Muito longe disso. O Código Civil Brasileiro é um código afinado com a ciência jurídica do seu tempo e, por isso mesmo, não poderia nunca desconhecer as ricas vertentes da ciência jurídica alemã, de que se utilizou, entretanto, sempre com muita prudência e comedimento, temperando suas contribuições com a tradição luso-brasileira ou com a pureza dos ensinamentos do direito romano, onde o BGB deles se desviou, como sucedeu, por exemplo, ao construir, como abstrata, a transferência da propriedade imobiliária, ou com os empréstimos tomados ao Code Civil, que parecem numerosos, mas que talvez sejam muito mais recortados do direito romano com a expressão que lhe deu o direito francês. Essa posição de equilíbrio e de relativa independência que guardou o nosso Código Civil, não apenas com respeito ao BGB, mas também com relação a outros códigos famosos do século passado, como o napoleônico, o austríaco, o italiano e o português, para mencionar apenas alguns dos mais conhecidos, é que o erguem à condição indiscutível de ser um dos mais originais dessa segunda geração de códigos que se inaugura precisamente com o BGB”.

²⁰² COUTO E SILVA, Romanismo..., A influência germânica no Código Civil e na cultura jurídica brasileira tem relevo na Escola de Recife, liderada por Tobias Barreto, e nas obras de Teixeira de Freitas, de Lafayette Rodrigues Pereira, Eduardo Espínola e Clóvis Beviláqua, autor do anteprojeto do CCB de 1916 e também professor da Faculdade de Direito de Recife. Nas obras desses autores é visível a intimidade com a doutrina dos grandes juristas germânicos, assim como dos renomados juristas franceses, italianos e portugueses.

²⁰³ Ibid.

²⁰⁴ 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.

quem quer que injustamente a possua ou detenha. Em seu § 1º vincula o seu exercício às suas ‘finalidades econômicas e sociais’, consagrando, com esta expressão, sua função social. Acrescenta ademais a função ambiental expressa pela vinculação de seu exercício, de forma a que sejam preservados, conforme legislação 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.

Para a correta hermenêutica do conteúdo do direito de propriedade importa realizar a exegese sistemática das garantias e limites constitucionais, do regramento da codificação civil e das leis especiais urbanísticas e ambientais federais, estaduais e locais. Assim, diante da situação concreta, com a interpretação dos dispositivos de direito privado e de direito público, à luz do direito constitucional, dá-se seu inteiro delineamento.

Na exposição de motivos do novo Código Civil, em mensagem de 1975, Miguel Reale esclarece que a atualização do direito das coisas atende ao “imperativo de ordem social e econômica, que decorre do novo conceito constitucional de propriedade e da função que a esta se atribui na sociedade hodierna”²⁰⁵ e, nestes termos focaliza um dos aspectos mais salientes da reforma:

O reconhecimento do direito de propriedade, que deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de tal modo que sejam preservados, de acordo com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais e o equilíbrio ecológico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. São proibidos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar a outrem.²⁰⁶

²⁰⁵ BRASIL. *Código Civil*: mensagem de 1975. Exposição de Motivos de Miguel Reale. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2002, p. 64.

²⁰⁶ Ibid., p. 65.

O direito de propriedade contemporâneo traz em seu próprio conteúdo a obrigatoriedade do atendimento à função social, inicialmente dado externo e posteriormente compreendido como elemento integrante do conceito dos institutos jurídicos. Isto é, para além das clássicas faculdades de uso, gozo e disposição dos bens por seus titulares, aos quais foram progressivamente acrescidas limitações atinentes ao direito de vizinhança e decorrentes de razões de salubridade pública, para adiante consagrar seu uso conformado à função social conforme os ditames de justiça e solidariedade social.

A exigência de atendimento de finalidade ou conveniência social representa o abandono de limites de cunho estritamente negativos para possibilitar a imposição de comportamentos positivos do proprietário em prol da sociedade. O condicionamento do direito de propriedade à função social permite, ao conformar o seu próprio conteúdo, a imposição de restrições de interesse social.

O condicionamento à função social da propriedade ensejou significativa jurisprudência nos tribunais pátrios e, neste sentido, relevante o assentado no *decisum* do Supremo Tribunal Federal (STF) nos termos prolatados na ADI 2.213:

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade.²⁰⁷

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.213-MC. Relator: Min. Celso de Mello. *DJ* 23 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>>. Acesso em: 24 mar. 2006.

Essencial, assim, no adimplemento da função social da propriedade o uso de acordo com as peculiaridades do imóvel, com o meio ambiente em que está inserido, com a destinação que lhe é prevista nas políticas urbana e agrária.²⁰⁸

Ainda, o sistema normativo em matéria do instituto do direito de propriedade comporta regramento distinto para as hipóteses de propriedade imobiliária urbana e rural, com reflexos na conformação de sua função social (e nas funções sociais das cidades) o que se estuda a seguir.

1.3 O princípio da função social na propriedade imobiliária urbana

A conformação da função social adquire peculiaridades próprias quando se trata de imóvel urbano. Isso se dá em razão das competências constitucionais de natureza concorrente quanto à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre direito urbanístico, nos termos do art. 24, I e, aos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local, art. 30, I, e suplementar à legislação federal e estadual, no que couber, art. 30, II, e mais, promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, art. 30, VIII, combinados com o disposto no art. 182, §§ 1º a 4º, e art. 183, §§ 1º a 3º, que cuida da política urbana.²⁰⁹

²⁰⁸ BERTOLO, A função social..., p. 218-228.

²⁰⁹ CF, 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.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

Conforme o texto constitucional, a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências de ordenação da cidade, expressas no plano diretor. Este, por sua vez, está estreitamente adstrito à política de desenvolvimento urbano, a qual tem por finalidade ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Como se pode ver, há um estreito vínculo da função social da propriedade com as funções sociais da cidade. O instrumento conformador da função social da propriedade (o plano diretor) é também o instrumento de concreção da política de desenvolvimento urbano cuja finalidade está vinculada ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e à garantia de bem-estar da população.

A propriedade imobiliária urbana é delineada por normas de direito privado e de direito público, pelo plano diretor local e pela política de desenvolvimento urbano voltados para o desenvolvimento das funções sociais da cidade e, ainda, pelas normas especiais de proteção ambiental e de controle de atividades de risco.

A necessidade de ordenação e controle da ocupação do solo urbano, de competência local, expressa nas leis urbanísticas municipais, está assim consignada em decisão do STF:

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

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

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

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

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

Município de Belo Horizonte. Pedido de licença de instalação de posto de revenda de combustíveis. Superveniência de lei (Lei nº 6.978/95, art. 4º, § 1º) exigindo distância mínima de duzentos metros de estabelecimentos como escolas, igrejas e supermercados [...]. Requerimento de licença que gerou mera expectativa de direito, insuscetível - segundo a orientação assentada na jurisprudência do STF -, de impedir a incidência das novas exigências instituídas por lei superveniente, inspiradas não no propósito de estabelecer reserva de mercado, como sustentado, mas na **necessidade de ordenação física e social da ocupação do solo no perímetro urbano e de controle de seu uso** em atividade geradora de risco, **atribuição que se insere na legítima competência constitucional da municipalidade.** (Grifou-se²¹⁰)

A propriedade imobiliária urbana tem sua conformação e limites determinados pela legislação urbanística municipal e pelo Estatuto da Cidade. Disso resulta sua vinculação ao estabelecido pelo plano diretor, aos usos e destinações específicos, tais como residenciais, industriais, de serviços, de lazer e outros. As normas edilícias locais ensejarão limitações de altura, largura e profundidade, determinando-lhe a forma e a volumetria.

Para compelir ao cumprimento de sua destinação urbanística e o combate à subutilização e à não-utilização, foram instituídos os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 na Constituição Federal, que constituem sanção por descumprimento de sua função social.

Além disso, a propriedade urbana comporta limitações específicas, em conformidade com a legislação especial ambiental, para proteção da flora, da fauna, das belezas naturais, do equilíbrio ecológico, bem como para evitar a poluição do solo, do ar e das águas e o controle de riscos ambientais e à saúde pública. Deve igualmente sujeitar-se às limitações de proteção e preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural do ambiente construído, matéria regradada em legislação especial.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 235.736. Relator: Min. Ilmar Galvão. DJ 26 maio 2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>> Acesso em 24 mar. 2006.

Assim, o comportamento dos protagonistas da conduta regulada poderá implicar sanções de natureza punitiva (controle por coerção) e, também, sanções premiaias (controle por direção social), estas últimas com função nitidamente promocional, porque objetivam estimular ou desestimular determinados comportamentos.

Acerca da submissão do uso do solo urbano ao princípio da função social da propriedade, à defesa do meio ambiente, ao bem-estar comum e às competências concorrentes sobre as limitações urbanísticas, assentou o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão em Recurso Ordinário (RO) em Mandado de Segurança (MS), que o uso do solo urbano submete-se aos princípios gerais disciplinadores da função social da propriedade, aí englobada a defesa ao meio ambiente e ao bem-estar comum da sociedade. E, nos termos constitucionais, União, Estados e Municípios detêm competência concorrente para legislar sobre limitações urbanísticas no que concerne a restrições ao uso da propriedade, em benefício do interesse coletivo, em defesa do meio ambiente, da saúde pública e do lazer.²¹¹

O julgado determinou a impossibilidade de prosseguimento de obra embargada pelo Estado, referente à construção de edifício de apartamentos em área de proteção ambiental, apesar do alvará para construção concedido pelo Município, em desacordo com as normas estaduais incidentes sobre a área. A decisão envolve também a questão da competência

²¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RO em MS n. 13.252 (2001/0070379-8) – PR. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. DJ 03 nov. 03. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia>>, Acesso em: 14 maio 2005. Decisão assim ementada: ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDIFICAÇÃO LITORÂNEA. MUNICÍPIO DE GUARATUBA. EMBARGO PELO ESTADO. LEGALIDADE USO DO SOLO URBANO. INTERESSE DA COLETIVIDADE. LEI E DECRETO PARANAENSE 7.389/80 e 4.605/84. **O uso do solo urbano submete-se aos princípios gerais disciplinadores da função social da propriedade, evidenciando a defesa do meio ambiente e do bem-estar comum da sociedade. Consoante preceito constitucional, a União, os Estados e os Municípios têm competência concorrente para legislar sobre o estabelecimento das limitações urbanísticas no que diz respeito às restrições do uso da propriedade em benefício do interesse coletivo, em defesa do meio ambiente para a preservação da saúde pública e, até, de lazer.** A Lei 7.389/80 e o Decreto 4.605/84 do estado do Paraná não foram revogadas pelo art. 52 do ADCT Estadual, nem interferem na autonomia do Município de Guaratuba, devido à mencionada competência legislativa concorrente. Recurso ordinário conhecido, porém improvido.(Grifou-se).

concorrente da União e dos Estados, CF, art. 24, I, e Municípios, CF, art. 30, I e VIII, em matéria urbanística.

O complexo sistema de atribuição de competências estabelecido na CF de 1988 exige, na concepção, desenvolvimento e execução de políticas públicas, uma efetiva compreensão do federalismo cooperativo para a articulação das políticas públicas, no sentido de superar as barreiras decorrentes das distintas competências privativas, federais, estaduais e municipais, das competências comuns e concorrentes.

A decisão do Supremo Tribunal Federal no RE140436/SP, do qual foi Relator o Ministro Carlos Veloso, referente ao pedido de indenização por parte dos proprietários de lotes de terreno situados à margem do Reservatório Billings, assentou que o direito de edificar é condicionado à função social da propriedade.

Sobre os imóveis incidia limitação administrativa restritiva à edificação para proteção da referida represa, responsável pelo abastecimento de água na Grande São Paulo. Nos referidos terrenos, incide recuo de 50 metros em projeção horizontal, a partir da cota nº 747 do reservatório, previsto em lei. No voto que fundamentou a decisão, o relator destacou este excerto do acórdão recorrido, asseverando que o direito de edificar, já no seu nascedouro constitucional, traz em si a marca da relatividade, que é seu condicionamento à função social da propriedade:

A lei restritiva foi promulgada para proteção dos mananciais, coisa de interesse público, mormente diante do abusivo desenvolvimento urbano dentro da Grande São Paulo, visando disciplinar o uso do solo para preservação dos cursos e reservatórios de água e demais recursos hídricos da Região Metropolitana e visou, também a proteção de saúde pública e tem caráter geral, de modo que não só os apelados, mas todos os proprietários de áreas

semelhantes foram atingidos pela legislação. [...] **direito de edificar, já no seu nascedouro constitucional, traz em si a marca da relatividade, que é seu condicionamento à função social da propriedade.** As restrições existentes já eram do conhecimento dos autores quando da aquisição. Não podem agora basear-se nas mesmas restrições para a obtenção de indenização.²¹² (Grifou-se).

O relator prossegue referindo votos seus, proferidos no antigo Tribunal Federal de Recursos, em questões envolvendo área *non aedificandi* à margem das rodovias públicas, e conclui pelo acerto da conclusão do acórdão recorrido em decisão que sublinha a relatividade do direito de edificar uma vez que condicionado à função social da propriedade.²¹³

Examinada a função social da propriedade urbana e a complexa exegese de dispositivos constitucionais e legais de direito público e de direito privado e as distintas esferas de competência sobre a matéria, cabe examinar a função social da propriedade rural porque também vinculada às funções urbanas e ao planejamento das cidades, como se verá a seguir.

1.4 O princípio da função social na propriedade imobiliária rural

Importante salientar que a propriedade rural não está absolutamente desvinculada da propriedade urbana, sendo muito freqüente não só a proximidade e complementaridade dos usos urbanos e rurais, como o crescimento das cidades e do processo de urbanização que avança

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 140436/SP. Relator: Min. Carlos Veloso, Julgamento 25 maio 1999. DJ06 ago. 1999.

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 140436/SP. Ementa da decisão: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. I – Se a restrição ao direito de construir advinda de limitação administrativa causa aniquilamento da propriedade privada, resulta, em favor do proprietário, o direito à indenização. Todavia, o direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade. Se as restrições decorrentes da limitação administrativa preexistem à aquisição do terreno,

sobre os imóveis rurais, sobre as áreas rurais. Daí a repercussão da matéria no planejamento das cidades e no problema de seu abastecimento.

O princípio da função social na propriedade rural é regrado no art. 186, I, II, III e IV da Constituição Federal. A matéria é de competência federal, nos termos do art. 22, I, do texto constitucional, também ocorrendo a possibilidade de imposição de obrigações e restrições visando à utilização, de acordo com a destinação específica e à produtividade.²¹⁴

A função social é alcançada quando a propriedade rural atende à sua destinação específica, segundo critérios e requisitos estabelecidos em lei, aproveitamento racional e adequado, utilização correta dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar de proprietários e dos trabalhadores.

A imposição da obrigação de produtividade aos proprietários de imóveis rústicos, não constitui novidade, ocorreu em diversas épocas, inclusive no regime português de sesmarias, incidente no Brasil colônia.

assim já do conhecimento dos adquirentes, não podem estes, com base em tais restrições, pedir indenização ao poder público. II. RE não conhecido.

²¹⁴ Abordei o tema no estudo sobre a 'A função social da propriedade', *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 28, p. 218-228.

A não-conformação da propriedade rural à função social enseja a desapropriação-sanção, prevista no art. 184 , que define a atribuição da União para desapropriar por interesse social²¹⁵, para fins de reforma agrária, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

A usucapião especial rural, de área em zona rural não superior a 50 hectares, assegurada ao não-proprietário de imóvel rural ou urbano, decorre d proteção da posse produtiva, da posse-trabalho, nos termos do art. 191 da Constituição Federal.

A Lei Federal nº 4.504, de 1964, que institui o Estatuto da Terra, neste contexto recepcionada pela CF de 1988, estabelece a imposição de obrigações negativas e positivas, limitações, requisitos e critérios de destinação produtiva e aproveitamento racional, com o objetivo de concretizar a função social do imóvel rural.

A Lei Federal n, 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, disciplina as disposições constitucionais relativas à reforma agrária e determina a preservação do meio ambiente e a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade, da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas. Também dá concreção ao princípio da função ambiental da propriedade.

Essas obrigações e restrições, constitucionais e infraconstitucionais, constituem o núcleo da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.213-

²¹⁵ Foi editada a Lei Complementar n. 76, de 6.7.1993, alterada pela LC n. 88, de 23.12.1996, dispondo sobre dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de

MC, que enumera os deveres dos proprietários da terra, de cultivo e exploração adequada, decorrentes da função social da propriedade rural.²¹⁶

Contudo, no que concerne ao abuso e aos atos de violação possessória concretizados por invasões fundiárias, merece registro a decisão do STF no MS 23.054/PB que realiza a ponderação dos valores envolvidos na situação concreta sob exame. A decisão assevera, quando do exame da constitucionalidade da Medida Provisória 2.027-38/2000:

O sistema constitucional não tolera a prática de atos, que, concretizadores de invasões fundiárias, culminam por gerar — considerada a própria ilicitude dessa conduta — grave situação de insegurança jurídica, de intranqüilidade social e de instabilidade da ordem pública.²¹⁷

Em exame de situação específica, o MS 23587 assim decidiu, tendo em vista as peculiaridades de caso concreto: “A invasão de menos de 1% do imóvel (20 hectares de um total de 2.420 hectares) não justifica, no caso, o estado de improdutividade do imóvel.”²¹⁸

imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária.

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.213-MC. Relator: Min. Celso de Mello. *DJ* 23 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>>. Acesso em: 03 abr. 2006. “O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. A desapropriação, nesse contexto — enquanto sanção constitucional impositiva ao descumprimento da função social da propriedade — reflete importante instrumento destinado a dar consequência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social. **Incumbe, ao proprietário da terra, o dever jurídico-social de cultivá-la e de explorá-la adequadamente, sob pena de incidir nas disposições constitucionais e legais que sancionam os senhores de imóveis ociosos, não cultivados e/ou improdutivos, pois só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação (1) de favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; (2) de manter níveis satisfatórios de produtividade; (3) de assegurar a conservação dos recursos naturais; e (4) de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade.**” (Grifou-se).

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 23.054/PB. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>>. Acesso em: 03 abr. 2006. “As prescrições constantes da MP 2.027-38/2000, reeditada, pela última vez, como MP nº 2.183-56/2001, precisamente porque têm por finalidade neutralizar abusos e atos de violação possessória, praticados contra proprietários de imóveis rurais, não se mostram evitadas de inconstitucionalidade (ao menos em juízo de estrita delibação), pois visam, em última análise, a resguardar a integridade de valores protegidos pela própria Constituição da República. O sistema constitucional não tolera a prática de atos, que, concretizadores de invasões fundiárias, culminam por gerar — considerada a própria ilicitude dessa conduta — grave situação de insegurança jurídica, de intranqüilidade social e de instabilidade da ordem pública.”

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 23.857. Relatora: Min. Ellen Gracie. *DJ* 13 jun. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>>. Acesso em: 03 abr. 2006.

As decisões colacionadas ponderam acerca da questão do direito de acesso à terra e dos efeitos da ilicitude das invasões fundiárias, sendo que a última enfatiza a necessidade de cumprimento da função social do imóvel rural através da produtividade.

De outra parte, também no que concerne à função social do imóvel rural, cabe reiterar a afirmação feita ao final do item anterior, uma vez que incide significativa complexidade decorrente do sistema constitucional de atribuições de competências adotado. É necessário, pois, na concepção, desenvolvimento e execução de políticas públicas, uma efetiva compreensão do federalismo e da cooperação necessária das unidades da federação na articulação das políticas públicas, de modo a superar as dificuldades decorrentes das distintas competências privativas, federais, estaduais e municipais, e das competências concorrentes e comuns.

Estas observações também têm aplicação nas funções ambientais da propriedade, que se estudam a seguir.

1.5 A função ambiental da propriedade

No direito constitucional brasileiro, um conjunto de dispositivos assegura o direito a um meio ambiente sadio. Esse conjunto normativo em matéria ambiental está contido, de forma expressa ou implícita, entre os direitos e garantias fundamentais, na ordem econômica, na

política urbana, na política agrária e na ordem social, no art. 225 e seus parágrafos.²¹⁹ Este último dispositivo constitui capítulo específico do meio ambiente e assegura o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito emblemático da terceira geração de direitos fundamentais, de titularidade difusa, conforme reconhece o Supremo Tribunal Federal:

O direito à integridade do meio ambiente — típico direito de terceira geração — constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.²²⁰

A partir da concepção da função social da propriedade e da proteção do meio ambiente prevista constitucionalmente, caracteriza-se a função ambiental da propriedade a ser exercida no interesse da sociedade, em favor das presentes e futuras gerações, titulares do direito difuso ao meio ambiente sadio.

Com este suporte, pode-se afirmar o princípio da função social e ambiental²²¹ da propriedade ou função sócioambiental da propriedade, elaborado a partir da noção de função social constituindo-se numa mais correta e adequada expressão desta. É o que se depreende da

²¹⁹ BERTOLO, Rozangela Motiska. 'Os princípios de direito ambiental na perspectiva do modelo dos princípios e das regras', *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 22, n. 38, p. 45-72, 2º sem. 2005.

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello. *DJ* 17 nov. 1995. No mesmo sentido: RE 134.297. 22 set. 1995. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>>. Acesso em: 03 abr. 2006.

²²¹ Ver BENJAMIN, Antônio Hermann V. Função ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Hermann V. (Coord.) *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 9-82.

decisão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1952-MC, conforme o voto do Ministro Moreira Alves, *verbis*:

A MEU JUÍZO, A RELEVÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DESSE PEDIDO DE LIMINAR NÃO SE APRESENTA SUFICIENTE PARA A CONCESSÃO DELE, DADAS AS PONDERÁVEIS ALEGAÇÕES DAS INFORMAÇÕES DO EXMO. SR. PRESIDENTE DA REPÚBLICA E DO CONGRESSO NACIONAL RELATIVAS AO DISPOSTO NO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO NO TOCANTE AO DEVER DO PODER PÚBLICO DE DEFENDER E DE PRESERVAR PARA AS GERAÇÕES FUTURAS **O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO** E AOS MEIOS QUE O § 1º DESSE DISPOSITIVO, ESPECIALMENTE NOS INCISOS III E VII, CONFERE A ESSE PODER PARA ASSEGURAR A EFETIVIDADE DESSE DIREITO, BEM COMO AS CONSIDERAÇÕES ALI CONSTANTES NO SENTIDO DE QUE A RESERVA LEGAL — QUE DECORRE DA INTERPRETAÇÃO DESSES MEIOS CONSTITUCIONAIS PARA A PROTEÇÃO DA ECOLOGIA, E QUE, PORTANTO, NÃO É DESARRAZOADA NOS TEMPOS ATUAIS — **SE COADUNA COM A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE**, SEM, EM CONSEQÜÊNCIA, ELIMINÁ-LA OU FERIR OS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E DA LIBERDADE DE OFÍCIO, NÃO IMPEDE O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, NEM VIOLA DIREITO ADQUIRIDO.²²² (GRIFOU-SE).

Acompanhando os lineamentos traçados pela Declaração de Estocolmo²²³, o disposto no art. 225, § 1º da Constituição brasileira permite identificar que o instituto da propriedade contém, como elemento integrante, a função social e ambiental, isto é, comporta a obrigação de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, definindo-lhe sua conformação²²⁴.

Antônio Hermann V. Benjamin analisa a função ambiental a partir da noção de função administrativa, atribui ao termo 'função' o sentido de "atividade finalisticamente dirigida à tutela

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.952-MC. voto do Min. Moreira Alves. *DJ* 12 maio 2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>>. Acesso em: 03 abr. 2006.

²²³ A Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente de 1972 dispõe, em seu princípio I: "El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio-ambiente para las generaciones presente y futuras."

²²⁴ Conforme se pode ver *in* 'Os Princípios...

de interesse de outrem, caracterizando-se pela relevância global, homogeneidade de regime e manifestação através de um poder-dever”.²²⁵

Sendo assim, comporta a imposição de limites e obrigações para que a propriedade concretize a proteção, preservação e recuperação ambiental. Possibilita a edição de comandos normativos de natureza promocional, normas de direção, tanto de estímulo como de desestímulo a determinadas ações e comportamentos e a imposição de sanções de natureza coercitiva.

O direito ao meio-ambiente consagra o postulado da solidariedade e é a expressão constitucional de um direito fundamental de natureza difusa, conforme assentado em decisão do STF na ADI 3.540-MC:

Meio ambiente — Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) — Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade — Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade — Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais — Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III) — Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente — Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei — Supressão de vegetação em área de preservação permanente — Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial — Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) — Colisão de direitos fundamentais — Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes — Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) — A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) — Decisão não referendada — conseqüente indeferimento do pedido de medida cautelar. A preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas.²²⁶

²²⁵ BENJAMIN, Função ambiental..., p. 9-82.

Com efeito, o meio ambiente constitui direito ou, como preferem alguns autores, interesse difuso, cuja tutela não se adapta a uma proteção exclusivamente individual. Recebe tutela, juntamente com os direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos, com a alteração da Lei da Ação Civil Pública e da Lei da Ação Popular estabelecida pelo Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990²²⁷.

O conceito de interesses difusos está expresso, de forma precisa no art. 81, § único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, entendidos como aqueles transindividuais, de natureza indivisível, dos quais sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, caracterizados, pois, pela indeterminação dos titulares, pela inexistência de relação jurídica de base²²⁸ no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico protegido, no aspecto objetivo.

Para assegurar a proteção ambiental, a tutela dos interesses difusos e coletivos se dá pela ação popular, prevista constitucionalmente no art. 5º, LXXIII e regradada pela Lei n° 4.717, de 29 de junho de 1965, que pode ser proposta por qualquer cidadão, com a finalidade de anular atos ilegais, lesivos ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. A proteção ambiental também é assegurada pela Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, aos quais o Estatuto da Cidade, no seu artigo 53, acresce os danos causados à ordem urbanística.

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.540-MC. Relator: Min. Celso de Mello. *DJ* 03 fev 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>>. Acesso em: 03 abr. 2006.

²²⁷ Conforme estudei em trabalho denominado 'A coisa julgada nas ações coletivas', publicado na obra coletiva: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Org.). *Eficácia e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 293-316.

A Política Nacional do Meio Ambiente foi instituída pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 que estabeleceu seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e criou o Sistema Nacional do Meio Ambiente e o Conselho Nacional do Meio Ambiente. Essa norma, nos termos de seu art. 2º, tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar condições ao desenvolvimento sócioeconômico e à proteção da dignidade da vida humana, através dos seguintes princípios: I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo; II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar; III - planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais; IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas; V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras; VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais; VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental; VIII - recuperação de áreas degradadas; IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação; X - educação ambiental a todos os níveis do ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

Os princípios enunciados na norma instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente aplicam-se, naquilo que couber, ao meio urbano e devem ser considerados na formulação da política urbana.

Constitui objetivo da política nacional do meio ambiente, entre outros (art. 4º, inc. I) a compatibilização do desenvolvimento econômico-social, com a preservação da qualidade do

²²⁸ Importa ter presente a distinção da relação jurídica de base preexistente, daquela que tem sua origem na lesão ou na ameaça de lesão de interesses ou direitos.

meio ambiente e do equilíbrio ecológico, objetivo este que se coaduna com o princípio orientador da política urbana.

No Estatuto da Cidade, Lei 10.257/01, que regulamentou o capítulo constitucional sobre política urbana e dispõe sobre o uso da propriedade urbana orientada para o bem coletivo, para a segurança e bem-estar dos cidadãos e o equilíbrio ambiental, a proteção ambiental permeia suas diretrizes e instrumentos. Com essa teleologia, estabelece diretrizes gerais, no seu art. 2º, voltadas para o direito às cidades sustentáveis (inc. I), sob os aspectos econômicos, sociais e ambientais (incisos IV, VIII), ordenação e controle do uso do solo considerando a proteção ambiental (inc. VI, letras b, f, g.), de empreendimentos ou atividades potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto e segurança da população (inc. XIII), regularização fundiária, consideradas a situação sócioeconômica da população e as normas ambientais (inc. XIV) e proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico (inc. XII).

Como se pode notar, o livre exercício do direito de propriedade privada é vinculado, também ao atendimento da função ambiental que, assim, reflete-se na conformação do direito de propriedade.

No mesmo sentido, a Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, que instituiu o Código Florestal e dispõe sobre a proteção das florestas e demais formas de vegetação, determinando que o exercício do direito de propriedade se dá, também, com as limitações que a lei florestal estabelece.

O Código Florestal considera de preservação permanente as florestas e demais formas de vegetação natural, situadas ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água em faixa marginal cuja largura determina de forma proporcional a largura do recurso hídrico, variando de 30m a 500m.

Também determina a proteção ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais, nas nascentes²²⁹, ainda que intermitentes, qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio de 50m de largura, no topo de morros, montes, montanhas e serras, nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, em faixa que determina, em altitude superior a 1.800 metros, qualquer que seja a vegetação.

E quanto às áreas urbanas²³⁰, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, além da observância ao disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, o Código Florestal determina sejam respeitados os princípios e limites referidos.

Dispõe ainda o Código Florestal que qualquer árvore poderá ser declarada imune de corte, mediante ato do Poder Público, por motivo de sua localização, raridade, beleza ou condição de porta-sementes. E não permite a derrubada de florestas situadas em áreas de inclinação entre 25 a 45 graus.

²²⁹ A Lei nº 7.754, de 14 de abril de 1989, disciplina disposições relativas à reforma agrária e estabelece medidas para proteção das florestas existentes nas nascentes dos rios e consideradas de preservação permanente, na forma da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, das florestas e demais formas de vegetação natural existentes nas nascentes dos rios.

É importante perceber que as funções - social e ambiental - estão estreitamente imbricadas, permitindo afirmar que uma supõe e compreende a outra²³¹. A propriedade, assim, é conformada pelo princípio da função social e ambiental. Disso decorre a possibilidade de estabelecer medidas para conservação, proteção e restauração do meio ambiente²³² incluindo normas premiaias, para estimular ações e condutas pretendidas e, na hipótese de descumprimento, sanções punitivas, nos termos estabelecidos em lei.

2 A FUNÇÃO SOCIAL E A POSSE

O princípio da função social também diz respeito ao fenômeno possessório. É o que se verifica no texto constitucional brasileiro e na redação do novo Código Civil Brasileiro (CCB). Miguel Reale salienta este ponto na exposição de motivos ao novo Código Civil²³³. A funcionalidade da posse tem especial relação com os institutos da usucapião²³⁴, da denominada

²³⁰ Em dispositivo incluído pela Lei nº 7.803, de 18.7.1989.

²³¹ Os Princípios..., Nesse trabalho concluí, de acordo com a doutrina e jurisprudência pesquisada, que “com suporte no direito a um meio ambiente sadio, princípio fundamental em matéria ambiental, estruturam-se os princípios informadores do direito ambiental, quais sejam: a) a função social e ambiental da propriedade, que lhe dá seus contornos impondo obrigações positivas e negativas a seu titular, em especial de adotar medidas de conservação, proteção e recuperação do meio ambiente; b) o desenvolvimento sustentado, que configura a inafastável superação da dicotomia entre o direito ao desenvolvimento e o direito ao meio ambiente sadio; c) a precaução e prevenção, traduzindo o peso e a importância das ações antecipadas contra a degradação ambiental e em prol da proteção do meio ambiente; d) a responsabilização a ensejar a responsabilidade por danos ambientais nas suas vertentes civil, administrativa e penal; e) o usuário-pagador, que conduz à utilização de mecanismos de imposição de custos àqueles que utilizam os recursos ambientais; f) a informação, a publicidade, a participação e a educação ambiental, estreitamente ligados, e que visam assegurar a liberdade e amplo acesso à informação sobre o meio ambiente, bem como o desenvolvimento de conhecimentos e conscientização acerca dos problemas ambientais e a participação na busca de soluções para os mesmos; e g) a cooperação, significativa da cooperação entre Estados e também aplicável no âmbito interno dos Estados, em especial das unidades da Federação e entre Municípios e, ainda, entre Estado e sociedade”.

²³² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio-ambiente*. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 250.

²³³ ‘Exposição de motivos do supervisor da comissão revisora e elaboradora do Código Civil’. *Código Civil*. Câmara dos Deputados, Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2002, p 30-78. Ver também de Reale ‘O sentido social da usucapião especial’ publicado in *Teoria e Prática do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.1-16.

²³⁴ Ver FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

desapropriação judicial e da desapropriação indireta, matéria desenvolvida nos próximos tópicos.

2.1 O instituto da posse e sua função social

O instituto jurídico da posse deu margem a inúmeras controvérsias²³⁵, tendo sua origem no direito romano, e sofrido, também, influência, entre outras, do antigo instituto germânico medieval, a *Gewere*²³⁶, do direito canônico²³⁷ e das teorias desenvolvidas por Savigny e Ihering no século XIX.

Essas influências são visíveis, no Brasil, especialmente no Código Civil Brasileiro de 1916, no qual se verificam princípios romanos, germânicos e canônicos. Embora acolhida a teoria de Ihering no art. 485, a disciplina da posse contém alguns elementos mais adequados à concepção de Savigny.²³⁸

Auxilia na compreensão do instituto um exame sucinto dos traços predominantes das duas principais teorias sobre a posse, de Savigny e de Ihering.²³⁹

²³⁵ Conforme estudo que realizei sobre a matéria em trabalho acerca dos paradigmas da cultura do direito privado brasileiro, especificamente sobre o Conselheiro Lafayette e sua obra, nomeadamente o seu Direito das Coisas.

²³⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse - evolução histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 74 e segs.

²³⁷ Id., p. 109 e segs.

²³⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse: evolução histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 1, p. 2.

²³⁹ Ver também sobre o assunto a proficiente abordagem de VARELA, Laura Beck, A tutela da posse entre abstração e autonomia: uma abordagem histórica. ALVES, José Carlos Moreira. *Posse: evolução histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.789-842.

Savigny, na obra '*Das Recht des Besitzes*', publicada em 1803, formulou um conceito de '*animus*' diverso da tradição romana²⁴⁰, afastando-se para uma determinação volitiva ajustada à subjetivação das relações jurídicas privadas, conforme a matriz kantiana.²⁴¹

Para Savigny, constituem elementos da noção de posse, um fato exterior, o *corpus*, e uma vontade interior que o acompanha, o *animus*. Caracteriza o *corpus* como a possibilidade real e imediata de disposição da coisa fisicamente e de defendê-la contra terceiros, sendo que o animus caracterizador da posse é o *animus domini*, isto é, a intenção de ter a coisa como dono, o que não se confunde com a crença de ser o proprietário - *opinio domini*. Assim, para Savigny, a distinção entre posse e detenção está em que, na posse, ocorre um *animus* especial, o *animus domini*.²⁴² Daí denominar-se a teoria da posse de Savigny como teoria subjetiva da posse, subjetividade que qualifica a disposição física sobre o bem.

Para Savigny, o fundamento da tutela da posse radica na proteção da pessoa e na repressão à violência.

A concepção romana, para Savigny, atribui tão somente dois efeitos legais à posse, independentemente de qualquer idéia de propriedade, a usucapião e os interditos possessórios, sendo a posse condição para existência dessas duas conseqüências legais. A posse é fato e direito. Pela essência, um fato, pelas conseqüências assemelha-se a um direito.²⁴³

²⁴⁰ De apreensão intelectual da coisa.

²⁴¹ REALE, Miguel. A doutrina de Kant no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 43, p. 51 - 96, 1948. Fréderick von Savigny é discípulo de Kant, revelando a profunda influência do filósofo de Königsberg em seu 'Tratado da posse no direito romano'.

²⁴² ALVES, op. cit., p. 212.

²⁴³ ALVES, *Posse...*, p. 209, nota de rodapé n. 691. As linhas mestras do pensamento de Savigny indicam a influência de Kant. Assim, a sua concepção de posse correspondia à idéia da natureza dúplice da posse, ao mesmo tempo fato e direito de inspiração kantiana.

Jhering²⁴⁴, em 1889, elabora a teoria objetiva da posse na obra '*Der Besitzville*', defende a inseparabilidade de *corpus* e *animus* desde o momento de apreensão da coisa²⁴⁵. Não há, em princípio, distinção entre posse e detenção, distinção que, para Ihering, decorre de lei. O fulcro da proteção jurídica da posse em Jhering está na destinação econômica, uma vez que a posse é a exteriorização do domínio.

Jhering sustenta que a posse tem em sua proteção um complemento necessário da proteção da propriedade, facilitando a prova para o proprietário, embora podendo aproveitar ao não-proprietário. Entende que o fundamento da proteção possessória é um postulado da proteção da propriedade, determinante, para os juristas romanos.

A posse, para Jhering, constitui exteriorização da propriedade, e a verificação de sua existência se dá pela maneira como é exercida concretamente. Isto implica dizer, conforme Moreira Alves, "que o *corpus* é a relação de fato entre a pessoa e a coisa de acordo com sua destinação econômica, é o procedimento do possuidor, com referência à coisa possuída, igual ao que teria normalmente o titular do domínio".²⁴⁶

Jhering, na versão final de sua teoria, contrapõe-se à existência de qualquer *animus domini*, seja concreto ou abstrato, distinguindo a posse da detenção. A distinção é tão somente aquela expressa em lei. Sua teoria é objetiva em razão de sua distinção entre posse e detenção repousar em um elemento objetivo, qual seja, na norma jurídica, que retira a proteção pelos interditos possessórios de determinadas posses, degradando-as em detenção. Para ele a posse e a detenção compreendem tanto o *corpus* como o *animus*, todavia não como elementos

²⁴⁴ Rudolf von Jhering, 1818 - 1892. Foi aluno de Savigny e de Stahl. Em suas obras 'O fundamento da proteção possessória' e 'O direito de posse', o autor critica severamente a teoria da posse de Savigny abrindo novos rumos para a teoria possessória.

²⁴⁵ Já em 1868, Jhering posicionou-se contra as teses então existentes em 'Contribuições à teoria da posse', publicada em livro no ano seguinte: 'Sobre o fundamento da proteção da posse: uma revisão da teoria da posse'.

independentes, não podendo existir um sem o outro, apresentando-se, esses elementos, estritamente vinculados²⁴⁷.

Os artigos 485 a 523 do Código Civil Brasileiro de 1916, sobre a posse e a detenção, segundo leciona Moreira Alves, “convivem, na desarmonia natural dos inconciliáveis, princípios da posse romana, da posse canônica da ‘*Gewere*’”.²⁴⁸ O autor assinala a acolhida da orientação objetiva da teoria de Ihering, referindo-se ao Código hoje revogado.²⁴⁹

Note-se que o regramento sobre a posse contido no art. 485 do CCB de 1916 foi mantido no novo CCB, sem maiores alterações, em seu art. 1.196, com a seguinte redação: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade”.

O conjunto do regramento da posse no novo Código, contudo, apresenta importantes avanços resultando num novo conceito de posse, em face da denominada posse qualificada ou, como refere Reale, ‘posse-trabalho’²⁵⁰, que fundamenta a usucapião de imóvel rural, art.1.239 (qualificada pelo trabalho e habitação), e de imóvel urbano, art. 1.240 (qualificada pela habitação), e na chamada desapropriação judicial, art. 1.228, parágrafos 4º e 5º (qualificada pela realização de obras e serviços por considerável número de pessoas, em conjunto ou

²⁴⁶ ALVES, *Posse...*, p. 223.

²⁴⁷ Entretanto, já não se sustenta, na doutrina romanista moderna, que durante o longo desenvolvimento do direito romano “tenha havido uma concepção objetiva de posse, como pretendia Ihering, ou haja sido o conceito do ‘*animus*’, como sustentava Savigny, o do ‘*animus domini*’”. ALVES, *Posse...*, v. 1, p. 235.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 369.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 370. “O que o Código Civil brasileiro acolheu da teoria de Ihering foi a orientação objetiva, por ele propugnada, de que decorrem estes princípios: a noção de posse como aparência do direito; a interdependência de seus elementos objetivo e subjetivo, à maneira da vinculação indissolúvel da idéia à palavra; e a lei como elemento distintivo da posse e da detenção, considerada esta como posse degradada, só existente, por isso mesmo, nos casos expressos em dispositivo legal”.

²⁵⁰ Ver a exposição de motivos ao novo Código: ‘Exposição de motivos do supervisor da Comissão revisora e elaboradora do Código Civil’. BRASIL. *Código Civil*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2002, p. 30-78.

separadamente, considerados pelo juiz como de interesse social e econômico relevante), em decorrência do princípio da função social ou, na expressão de Miguel Reale, da socialidade.²⁵¹ Estes os aspectos que o novo Código Civil valorou como elementos qualificadores e representativos da função social da posse, a ponto de conduzir aos efeitos previstos na nova codificação.

A posse, seja na sua concepção subjetiva (proteção da pessoa contra a violência), seja na objetiva (como exteriorização da propriedade), determina, por diversos fundamentos, sua proteção pelos interditos possessórios. Enseja efeitos específicos como a usucapião, em decorrência de sua função social e econômica.

Se, de um lado, conforme sustenta Hernández Gil, a teoria savigniana se apresenta mais adequada à proteção da função social da posse, ante sua concepção protetiva à pessoa, a teoria objetiva com acento ao caráter jurídico da posse, traçado pelos termos da norma, contribui para as atuais construções da função social da posse no âmbito do Direito.²⁵²

Tendo em vista o escopo deste trabalho, examina-se, a seguir, o instituto da usucapião, com a feição determinada pela contemporânea função social da posse.

2.2 A função social da posse e o instituto da usucapião

²⁵¹ REALE, Miguel. *O projeto do Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 101. Ainda, consultar a exposição de motivos, BRASIL. *Código Civil*, op. cit., p. 30-78. Ver sobre a matéria: VARELA, A tutela..., p. 789-842, ZAVASCKI, Teori albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil'. In MARTINS COSTA. Judith. (Org.) *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 843-861.

²⁵² É o que observa com propriedade VARELA, 'A tutela..., p. 789-842.

O texto constitucional consagra a função social da propriedade, de forma expressa, e atribui à posse função social ao disciplinar as formas específicas da usucapião rural e urbana, dando relevo à posse na concretização da função social da propriedade, tanto na sua destinação urbana quanto na rural. Também protege as terras ocupadas pelos índios e impõe limitações ao uso do meio ambiente, de forma a assegurar a sua preservação para as gerações presentes e futuras.

Com muita propriedade observa Teori Zavascki que o fulcro da função social da posse e da propriedade está na utilização dos bens²⁵³. Miguel Reale dá especial acento à proteção da posse produtiva, da posse-trabalho, o que ele expressa na exposição de motivos do novo Código Civil Brasileiro, pelos seus especialíssimos efeitos de natureza social.

Em trabalho sobre ‘O sentido social da usucapião especial’, Miguel Reale observa que os estudos acerca do instituto da posse centravam-se no transcurso do tempo e na natureza da ocupação, contudo, sem considerar relevante a situação do possuidor e o escopo de seu ato, *verbis*:

[...] o problema da posse vinha sendo tradicionalmente examinado apenas em função do tempo transcorrido e da natureza pacífica ou contestada da ocupação da coisa, sem se levar em linha de conta a situação do possuidor e as finalidades de seu ato.²⁵⁴

Prossegue Reale, enfatizando os efeitos da criação do trabalho:

²⁵³ ZAVASCKI, A tutela..., p. 843-861.

²⁵⁴ REALE, Miguel O sentido social da usucapião especial In: TEORIA e prática do direito. São Paulo: Saraiva, 1984, p.1-16.

Pareceu-me, em suma, que as condições sociais de nossa época nos impunham ir além das diretrizes fundadas no antigo Direito Romano, a fim de distinguirmos duas ordens de conseqüências jurídicas, em função de *dois tipos distintos de posse*: uma posse redutível ao mero exercício de fato de um dos poderes inerentes à propriedade; e outra, caracterizada por estar esse exercício acompanhado de uma “*criação do trabalho*”, sob múltiplas formas, como seria, por exemplo, uma edificação ou plantação realizadas na gleba ocupada.²⁵⁵

Este o aspecto que dá ao instituto da posse uma nova configuração, decorrente da funcionalidade, do cunho social a qualificar a posse em razão do trabalho. Confere, portanto, um tratamento mais benéfico ao possuidor que incorpora ao imóvel uma parcela de sua força de trabalho, estabelecendo prazos mais reduzidos para a aquisição do domínio, especialmente ao pequeno agricultor ou habitante urbano carente.

A **usucapião extraordinária**, fundada na posse simples e no decurso do tempo sem justo título e boa-fé, no novo CCB sofreu redução dos vinte anos estabelecidos pelo CCB de 1916, para quinze anos, nos termos do art. 1238. Entretanto, na hipótese de o possuidor haver estabelecido sua moradia habitual no imóvel, ou, ainda, nele realizar obras ou serviços de caráter produtivo (posse qualificada), o parágrafo único prevê a redução do prazo para dez anos.

A **usucapião ordinária** (posse, decurso do tempo, justo título e boa-fé) tem o prazo de dez anos (posse simples) para aquisição da propriedade reduzido para cinco anos quando adquirida onerosamente, com base em registro, cancelado posteriormente, e no imóvel for estabelecida sua moradia, ou realizado investimento de interesse social e econômico (posse qualificada), art. 1242.

A **usucapião especial** prevista nos arts. 183 e 191 da Carta Constitucional vigente passa a ser incorporada à nova codificação civil brasileira. A primeira, para área urbana com até 250 m², com a posse qualificada pela habitação, art. 1239 do novo CCB, e a segunda, para área

²⁵⁵ Ibid., p. 1-16.

rural não superior a 50 ha., qualificada pelo trabalho e habitação, art. 1240 do CCB. Ambas ensejam ao possuidor que não seja proprietário de imóvel urbano ou rural, adquirir-lhe a propriedade no prazo de cinco anos (posse qualificada pela função social).

2.3 Função social da posse e a denominada desapropriação judicial

O novo CCB prevê a denominada ‘desapropriação judicial’ no art. 1228, parágrafos 4º e 5º. Outorga especial proteção à posse - qualificada pela realização de obras e serviços considerados de interesse social e econômico relevante - possibilitando que a posse de imóvel reivindicado se transforme em propriedade, mediante pagamento de justa indenização ao proprietário originário, atendendo pedido formulado, pelos réus, em sede de defesa, em ação reivindicatória.

Contudo, há dúvidas quanto a quem vai pagar a indenização. Ainda, a matéria não se apresenta pacífica quanto à sua constitucionalidade²⁵⁶. Tanto na Câmara dos Deputados como no Senado houve sustentação de sua inconstitucionalidade, teses afastadas, com fundamento no princípio da função social da propriedade.

Zavascki enumera os requisitos do novo instituto salientando os vários termos jurídicos indeterminados, a serem preenchidos pelo juiz ao decidir a lide:

²⁵⁶ Pedro Henrique Poli de Figueiredo questiona a possibilidade de a legislação infraconstitucional estabelecer uma nova forma de desapropriação, fora das constitucionalmente admitidas, e entende haver ofensa à exigência de prévia indenização e, ainda, ao princípio da separação dos Poderes em texto sob o título ‘Da inconstitucionalidade dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil. FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. Título In GERMANO, Luiz Paulo Rosek; GIORGIS, José Carlos Teixeira. (Org) *Lições de direito administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 91-93.

a) quanto ao bem: há de se tratar de imóvel de 'extensa área', objeto de ação de reivindicação; b) quanto à posse: há de ser ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, qualificada pela realização de obras e serviços considerados de interesse social e econômico relevante; c) quanto aos possuidores: de ser em 'considerável número'. A aquisição da propriedade pressupõe o pagamento de um preço, correspondente à justa indenização fixada pelo juiz. Embora não seja expresso a respeito o dispositivo, não há dúvida de que tal pagamento deve ser feito pelos possuidores, réus na ação reivindicatória.²⁵⁷

A desapropriação judicial, requerida em sede de defesa pelos possuidores, sendo que estes deverão efetuar o pagamento ao proprietário originário, resulta na aquisição da propriedade pelos demandados.

Teori Zavascki defende-a como espécie de usucapião onerosa, não como desapropriação propriamente dita, com os seguintes argumentos:

A desapropriação é ato de natureza administrativa e, no caso, o ato do juiz é tipicamente jurisdicional: ele simplesmente resolve um conflito de interesses entre particulares, decidindo num sentido ou em outro, segundo estejam atendidos ou não os pressupostos legais. O juiz não poderá *desapropriar* sem que os interessados o peçam expressamente, até porque eles é que sofrerão os ônus correspondentes, de pagar o preço, e serão eles, e não o poder público, que adquirirão a propriedade. O Estado sequer é parte no processo, atuando nele como órgão jurisdicional.²⁵⁸

Visto o instituto da denominada desapropriação judicial como reconhecimento de efeitos da função social da posse, passa-se ao exame desses efeitos no instituto da desapropriação indireta.

²⁵⁷ ZAVASCKI, A tutela..., p. 851.

²⁵⁸ ZAVASCKI, A tutela..., p 852.

2.4 Função social da posse e a desapropriação indireta

A ocupação, pela Administração, de propriedade privada, inobservando o devido processo desapropriatório para a implantação de obra ou serviço público, constitui situação típica de esbulho possessório, estabelecendo conflito entre a Administração e o proprietário do imóvel. A solução judicial dada ao conflito resulta na afetação do imóvel ao interesse público em razão da execução de obra e de sua incorporação ao patrimônio estatal em face de sua específica destinação resultante no bem-estar da população.

Denomina-se desapropriação indireta e se constitui em converter a prestação específica prevista para o esbulho possessório, de determinação de restituição do bem, em prestação alternativa de pagamento do equivalente em dinheiro.²⁵⁹ A construção pretoriana representa o resultado da ponderação entre os princípios em conflito, sopesando-os e valorando-os de acordo com a situação concreta em exame.

Observa ainda Teori Zavascki que essa solução pretoriana, à luz exclusiva da garantia do direito de propriedade, seria inconstitucional²⁶⁰ Todavia, vista a questão sob o prisma do interesse público e da destinação social do bem, pode a solução judicial estar legitimada constitucionalmente com fundamento na sua função social.²⁶¹

²⁵⁹ Ibid., p. 856.

²⁶⁰ Ver o artigo de BRITTO, Carlos Aires, MONTE ALEGRE, Jose Sergio. Desapropriação indireta: inconstitucionalidade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 74, p. 242-257, abr./jun., 1985.

²⁶¹ ZAVASCKI, A tutela...

O STF considera-a verdadeira expropriação às avessas, conforme se vê na ADI 2.260-

MC:

De há muito, a jurisprudência desta Corte afirmou que a ação de desapropriação indireta tem caráter real e não pessoal, traduzindo-se numa verdadeira expropriação às avessas, tendo o direito à indenização que daí nasce o mesmo fundamento da garantia constitucional da justa indenização nos casos de desapropriação regular. Não tendo o dispositivo ora impugnado sequer criado uma modalidade de usucapião por ato ilícito com o prazo de cinco anos para, através dele, transcorrido esse prazo, atribuir o direito de propriedade ao Poder Público sobre a coisa de que ele se apossou administrativamente, é relevante o fundamento jurídico da presente arguição de inconstitucionalidade no sentido de que a prescrição extintiva, ora criada, da ação de indenizar por desapropriação indireta fere a garantia constitucional da justa e prévia indenização, a qual se aplica tanto à desapropriação direta como à indireta.²⁶²

Configura-se, assim, a desapropriação indireta sujeita a indenização nos termos do voto do Relator Ministro Moreira Alves.

Na primeira parte deste trabalho, examinaram-se as noções e significação da função social, a partir de seus pressupostos e com o propósito de delinear seu significado e natureza jurídica. Com esses elementos, buscou-se detalhar, na segunda parte, a função social e ambiental da propriedade e o instituto da posse e seus principais efeitos. O estudo centrou-se nos institutos da propriedade imobiliária e da posse porque os mesmos têm especiais reflexos na ocupação fundiária urbana e rural e, por consequência, na ordenação urbana e nas funções sociais da cidade.

Com a concentração contemporânea da população nas cidades, esses institutos adquirem peculiaridades próprias do meio urbano, com amplos reflexos no meio ambiente culminando por exigir tratamento jurídico específico.

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.260-MC. Relator: Min. Moreira Alves. *DJ* 02 ago. 2002.

Percorrendo os caminhos da construção e reconstrução do sentido atual das funções sociais dos institutos jurídicos, em especial a propriedade e a posse, percebe-se que constituem instrumentos e balizas para a compreensão do significado e conformação das funções sociais das cidades, uma vez que se fundam no mesmo substrato teórico, nas noções de solidariedade e justiça social. Na terceira parte deste trabalho, procura-se verificar como se chegou às denominadas funções sociais das cidades, sua configuração e desenvolvimento histórico para identificar quais direitos defluem daí, quais exigem intermediação legislativa e aqueles que independem desta. Isto é, os efeitos de sua constitucionalização e posterior regramento pelo Estatuto da Cidade.

TERCEIRA PARTE - AS FUNÇÕES SOCIAIS DA CIDADE

1 CONFIGURAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DAS CIDADES

Expressão recentemente empregada em estudos e artigos sobre desenvolvimento regional e urbano, as funções sociais das cidades, contudo, não apresentam ainda um conteúdo estabilizado no âmbito científico e, em especial, na ciência do Direito. Esclarecer seu significado implica traçar, ainda que em largos traços, a evolução histórica da cidade para delinear o contexto em que ocorre essa funcionalização.

1.1 A polis grega e a civitas romana, a cidade medieval, a cidade industrial, a cidade moderna e as cidades contemporâneas

A cidade veio a configurar uma nova relação entre o homem e a natureza, muito posterior ao seu processo de sedentarização que se deu, inicialmente, em razão da produção agrícola e propiciou progressivamente a constituição de aldeias e vilas.

Aristóteles em ‘A Política’, no capítulo I do Livro III, sobre a cidade e o cidadão, já indagava: o que é cidade? Falava da *polis* grega cujo significado é mais amplo, compreendendo o Estado, a sociedade política e civil.²⁶³

O espaço da *polis* grega era dividido em zonas destinadas às áreas privadas, onde se situavam as moradias; em áreas sagradas, local dos templos dos deuses e em áreas públicas, lugar das reuniões políticas, do teatro e dos jogos desportivos.

A cidade era vista como um todo orgânico, constituindo um organismo artificial inserido no meio natural, no qual o equilíbrio entre natureza e arte permitia que cada cidade apresentasse um caráter individual e único. Era centro político, religioso e comercial e constituía refúgio para a população.

O crescimento populacional produzia a adição de outro todo orgânico (neápole - cidade nova) ao primitivo (paleópole - cidade velha), ou o deslocamento para outra região ou colônia.²⁶⁴

A dimensão política da cidade como “centro de expressão de domínio sobre um território, sede do poder e da administração, lugar de produção de mitos símbolos”²⁶⁵ é mais claramente representada pela *polis* grega e pela *civitas* romana.

²⁶³ O estagirita lembra Hipódamo de Mileto como autor da divisão regular da cidade, concebendo uma cidade de dez mil habitantes, dividida em três partes, uma consagrada aos deuses, uma pública e uma destinada às propriedades individuais. Hipódamo a dividia também em três classes, quais sejam, de artesãos, de agricultores e de guerreiros. BENEVOLO, Leonardo. *História da cidade*. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 113.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 79.

²⁶⁵ ROLNIK, Raquel. *O que é cidade*. São Paulo: Brasiliense, 1995, p. 8.

A cidade como instituição jurídica formou-se para responder a necessidades sociais marcadamente políticas, na *polis* grega e na *civitas* romana. As cidades abertas surgem na Grécia.²⁶⁶

A ágora, a praça pública, é o lugar destinado à reunião em assembléia dos cidadãos, à prática política. Cidadão significa - não propriamente o habitante da cidade - mas o indivíduo que tem direito de participar da vida política.²⁶⁷ Posteriormente, a civilização romana promove a expansão dessa concepção de cidade e o traçado regular de sua organização aos vastos domínios do Império Romano.

Max Weber, tendo como modelo a cidade ocidental, particularmente a *polis* grega e a comuna medieval, aponta como característicos do sistema urbano a dimensão política e a capacidade de autogoverno.²⁶⁸

A cidade ganha novas configurações acompanhando a evolução social para conformar-se às necessidades econômicas dos mercadores e artesãos nos burgos medievais. Seu eixo era a atividade mercantil e apresentava uma ocupação desordenada, as edificações amontoadas, as ruas estreitas e tortuosas, surgidas do crescimento natural, orgânico, adaptado à topografia numa irregularidade que, todavia, não tinha nada de caótica. A comuna medieval, a cidadela murada, começa a mudar com o desenvolvimento da economia mercantil.

Os burgos contribuem para liberar o servo das obrigações de vassalagem ao senhor feudal. Este fenômeno contribuiu para consagrar a expressão 'o ar da cidade liberta'.²⁶⁹

²⁶⁶ Destacam-se na organização das cidades livres da Grécia, como partes de um todo orgânico, a cidade alta (acrópole) na qual se situavam os templos dos deuses e que cumpria a função de último refúgio para defesa dos habitantes e a cidade baixa (*astu*) onde se desenvolviam o comércio e as relações civis.

²⁶⁷ ROLNICK, *O que é...*, p. 22.

Seu desenvolvimento jurídico deu-se por meio de cartas de liberdades e privilégios, franquias, forais, benefícios e foros especiais, cartas comunais, que conduzem ao nascimento da comuna como uma forma inédita de organização coletiva com estatutos jurídicos e administração própria.²⁷⁰ O burgo medieval, lugar dos mercadores e artesãos, local onde o trabalho é valorizado, torna-se o berço das revoluções burguesas.

No período do Renascimento, a cidade busca a organização racional, geométrica e também é pensada como arte, estética e harmonia. Desenham-se as cidades ideais.

Leonardo da Vinci antecipa os urbanistas dos séculos XIX e XX, em vários séculos, ao propor ao Duque de Milão, Ludovico Sforza, uma concepção de cidade ideal para evitar a recorrência da peste que, nos anos de 1484/85 devastou a população milanesa, em decorrência das condições insalubres locais. Ele propõe a reconstrução da cidade com dez novos centros, projetados, cada um, para ter 30 mil habitantes no máximo, separação de níveis distintos para o tráfego de pedestres e veículos e vias específicas para trânsito de mercadorias pesadas.²⁷¹

Os Grandes Descobrimentos provocaram a expansão da presença européia nos territórios descobertos e exigiram o estabelecimento de políticas para o assentamento e povoamento nos novos territórios.²⁷² As cidades européias constituem modelos a serem aplicados nas colônias, entretanto, com deficiência dos especialistas de alto nível que atuavam na Europa.

²⁶⁸ MELA, *A sociologia...*, p. 91.

²⁶⁹ WEBER, *Economia...*, v. 2, p. 427 et seq. Ver também CHUECA GOITIA, Fernando. *Breve história do urbanismo*. Lisboa: Presença, 1992, p. 24.

²⁷⁰ LE GOFF, Jacques. *Por amor às cidades*. São Paulo: UNESP, 1998, p. 95 et seq.

²⁷¹ MORENO, Júlio. *O futuro das cidades*. São Paulo: SENAC, 2002, p. 33.

²⁷² *Ibid.*, p. 34.

Pioneiros na exploração além-mar, os espanhóis e portugueses delinearão os seus assentamentos, sendo que os primeiros definiram regras bem específicas para as novas povoações; já os portugueses desenvolveram os assentamentos de forma menos metódica.²⁷³

Cortez, no México, e Pizarro, no Peru, transformaram algumas grandes cidades indígenas de acordo com as necessidades da colonização espanhola.

As cidades novas do colonizador espanhol foram implantadas de acordo com o modelo uniforme do tabuleiro retilíneo, codificado na Lei de 1573, de Filipe II, considerada primeira lei urbanística da idade moderna.²⁷⁴ Essa codificação combinava regras da cidade medieval com as da cultura renascentista, produzindo algumas características originais, tais como: a) a existência de um plano regulador em duas dimensões; b) esse plano em tabuleiro podia estender-se de acordo com o crescimento das cidades, sendo o seu limite externo indefinido diante da desnecessidade de muros e fossos, exceto as cidades costeiras que exigiam fortificação para sua proteção; c) a uniformidade do tabuleiro, muitas vezes traçado sem adaptação aos lugares onde seriam implantados, assemelhava-se, em vários aspectos, aos planos reguladores contemporâneos; d) os ambientes construídos seguem os princípios de simetria e regularidade geométrica, embora sem os requintes europeus.²⁷⁵

²⁷³ MORENO, *O futuro...*, p. 35.

²⁷⁴ Filipe II legislou determinando que os povoamentos tivessem início pela praça central, proporcional ao número de seus habitantes, prevendo o seu crescimento e, ainda, que: “Da praça saíam as quatro ruas principais, que começariam no ponto médio de cada um dos lados do logradouro, e duas mais, que começariam nas esquinas. As ruas seriam largas nas regiões frias e estreitas nas mais ensolaradas. As igrejas nunca ficariam no centro da praça, e sim numa de suas laterais, separadas dos outros edifícios. Os prédios ao redor da praça deveriam ser [...] destinados à Igreja, ao governo e ao comércio. Todos os edifícios, na medida do possível, seriam uniformes, [...] para que a cidade resultasse mais bela. E toda cidade teria uma área comum livre para o lazer dos habitantes e [...], o pasto do gado, sem interferir nas propriedades privadas.”, *Ibid.*, p. 35.

²⁷⁵ BENEVOLO, *Historia...*, p. 487. A grade decorrente do modelo em tabuleiro, idealizado pelos espanhóis, no século XVI, para desenhar as cidades da América Central e Meridional, passa a constituir um instrumento geral, tanto para o traçado das cidades, como para marcar terrenos agrícolas e, inclusive, limites de um Estado, como ocorreu nos Estados Unidos.

Paralelamente, no Continente europeu, são introduzidos novos métodos de projetar e gerir os espaços urbanos. Paris se torna uma cidade aberta. As fortificações muradas são destruídas e são traçadas novas avenidas arborizadas, os *boulevards*, permitindo que os territórios ao redor sigam os princípios da simetria e da regularidade.²⁷⁶ Resulta em um ambiente constituído por um mosaico de parques e edifícios monumentais. O mesmo ocorre em outras capitais europeias.

A crise feudal, com a expansão mercantil e a divisão e especialização do trabalho em decorrência da revolução industrial, dá o perfil e os traços fundamentais das cidades modernas.²⁷⁷

Surge a cidade industrial das transformações decorrentes do desenvolvimento da produção, proporcionada pelo formidável incremento do progresso técnico. Produzem, contudo, severos problemas de saneamento básico e de poluição, acompanhados por significativos déficits habitacionais.

A revolução industrial, uma das passagens fundamentais da história da civilização, tem início na Inglaterra. Londres apresenta, no século XVIII, um verdadeiro mosaico de pequenas iniciativas urbanas privadas, com ruas estreitas e irregulares, já evidenciando os problemas das cidades contemporâneas, que se agravam com o desenvolvimento da revolução industrial.

Influem na nova ordem urbana: a) o aumento populacional; b) o aumento de produção de bens e serviços decorrentes dos setores primário (agricultura), secundário (indústria) e

²⁷⁶ Haussmann realiza de forma espetacular essas modificações.

²⁷⁷ ROLNIK, *O que é...*, p. 34.

terciário (serviços); c) a redistribuição populacional ante o aumento demográfico e às transformações da produção e localização dos estabelecimentos industriais, que se concentram ao redor das cidades e crescem mais rapidamente que o resto; d) o desenvolvimento dos diversos meios de transporte, estradas, navios a vapor, estradas de ferro, com uma enorme movimentação de mercadorias e mobilidade das pessoas; e) esse desenvolvimento permite prever novas transformações, mais rápidas e profundas; f) as novas tendências do pensamento político produzem também a desvalorização das formas tradicionais de controle público do ambiente construído.²⁷⁸

Permeia o nascimento da cidade moderna, a consagração do individualismo liberal e dos direitos fundamentais de primeira geração, enfatizando os direitos subjetivos individuais e os ideais de liberdade.

A crescente industrialização e os problemas sociais que surgiram desse processo conduzem à irrupção dos direitos sociais e ao reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda geração, realçando os direitos individuais na sua dimensão coletiva, com acento à igualdade material. Surge o Estado de bem-estar e a cidade pós-liberal.

Em dissertação de mestrado resumi algumas concepções desenvolvidas para o planejamento das cidades²⁷⁹:

[...] o fenômeno da grande cidade e os problemas por ela gerados desafiaram diversos pensadores a planejarem a organização das cidades, a proporem, em consequência, planos urbanísticos, além das diversas concepções para a

²⁷⁸ BENEVOLO, *Historia...*, p 551 et seq.

²⁷⁹ BERTOLO, Rozangela Motiska. *Direito urbanístico e constituição. Dissertação*. Mestrado em Direito. UFRGS, Porto Alegre, 1998, p. 98.

criação de *idades novas*, *idades modelos*, *idades industriais*²⁸⁰, *garden-city*²⁸¹, *idades operárias*, *idades-jardim francesas*²⁸², *idade-standard*²⁸³, *idade contemporânea de três milhões de habitantes*²⁸⁴, *comuna-tipo*²⁸⁵, *Broadacre City*²⁸⁶, e tantas outras [...].

No século XX, o planejamento urbano e regional constitui um recurso técnico fundamental para o Estado controlar o crescimento das cidades. Consagrado notadamente nos anos 50 em diante, ao final do século viu-se sob forte questionamento.²⁸⁷

A cidade contemporânea, a cidade informacional, a cidade-mundo, como centro de troca de informações, com pontos de encontro virtuais que poderiam corresponder à ágora grega ou ao fórum romano²⁸⁸, acompanha o desenvolvimento tecnológico e o surgimento dos direitos e interesses difusos, a terceira geração dos direitos fundamentais, marcados pela dimensão transindividual, coletiva e difusa dos direitos de solidariedade.

A intensa urbanização e o formidável crescimento das cidades são emblemáticos, particularmente da segunda metade do século XX, e prosseguem, neste novo século, como características marcantes. A isso se acresce a ampliação do processo de globalização com

²⁸⁰ Concepção de Tony Garnier, arquiteto-chefe da cidade de Lyon, cuja obra escrita e gráfica exerceu papel fundamental na gênese do urbanismo moderno. Ver sobre o assunto, CHOAY, Françoise. *O urbanismo: utopias e realidades*, uma antologia. São Paulo: Perspectiva, 1992, p. 163.

²⁸¹ Ebenezer Howard foi o criador das cidades-jardins, “ideal de pequenas comunidades limitadas no espaço e dotadas de espírito comunitário”. CHOAY, *O urbanismo...*, p. 219.

²⁸² Projeto de Georges Benoit-Lévy, juntamente com Charles Gide e E. Risler, com inspiração nas garden-city inglesas, porém com distinções. CHOAY, *O urbanismo...*, p. 171.

²⁸³ Walter Gropius criou em Weimar a Bauhaus, foi professor na célebre escola e, posteriormente, diretor da Faculdade de Arquitetura em Harvard, tentou uma síntese da arquitetura e da indústria. CHOAY, *O urbanismo...*, p. 175.

²⁸⁴ Concepção formulada por Charles-Édouard Jeanneret, que adotou o pseudônimo de Le Corbusier, tendo se destacado pelo seu interesse por planejamento urbano, pela identificação das necessidades-tipo do ser humano, de habitação, trabalho, lazer e transporte, consagradas na Charte d’Athènes, de 1933, e, no que diz com o Brasil, pela sua influência no projeto de Brasília, obra de Lúcio Costa e Oscar Niemeyer. Id., p. 183. Sobre seu trabalho e influência no Brasil, ver: HARRIS, Elizabeth Davis. *Le Corbusier: riscos brasileiros*. São Paulo: Nobel, 1987.

²⁸⁵ CHOAY, *O urbanismo...*, p. 197. Sobre a concepção de Stanislav Strumilin.

²⁸⁶ Modelo de Frank Lloyd Wright, propondo uma volta à natureza e a valorização de formas e materiais orgânicos. CHOAY, *O urbanismo...*, p. 235.

²⁸⁷ MORENO, *O futuro...*, p.50. A homogeneidade resultante do zoneamento é criticada por sua monotonia, a destruição de quarteirões inteiros culminou por propostas de revitalização de estruturas tradicionais e apontou para a necessidade de participação da comunidade na discussão de soluções urbanísticas de cunho técnico.

significativos reflexos nas cidades contemporâneas, diante da alta complexidade da sociedade atual, cujos problemas demandam soluções que transcendem o plano de ordenação urbanística das cidades e repercutem no âmbito do Direito.

A crescente preocupação com a qualidade de vida nas cidades e a busca de soluções para os problemas urbanos, levou a ONU a realizar, em 1976, em Vancouver, no Canadá, a primeira Conferência Mundial sobre Assentamentos Humanos – Habitat I, e a produzir um conjunto de recomendações para enfrentar os problemas resultantes da urbanização. A elas somam-se as recomendações da Conferência da ONU sobre o meio-ambiente, a RIO-92, ao defender a gestão democrática das cidades e a função social da cidade e da propriedade.

Em 1996 a Habitat II, em Istambul, na Turquia, recomenda uma agenda básica que prevê, entre outros aspectos, moradia adequada para todos e o desenvolvimento sustentável para as cidades e proclama a era da cultura da solidariedade, “*era of a culture of solidarity*”.²⁸⁹

Em 2001, em Nova York, a Habitat+5 reconhece o pequeno progresso havido após a Habitat II, e seu relatório, da Conferência das Nações Unidas para Assentamentos Humanos (UNCHS - Habitat) enfatiza o papel das autoridades locais e o crescimento e problemas das maiores cidades mundiais.²⁹⁰

²⁸⁸ Ibid., p. 103 et seq.

²⁸⁹ Istanbul Declaration on Human Settlements. Disponível em: <<http://www.unhabitat.org/unchs/english/hagenda/ist-dec.htm>>. Acesso em: 23 abr. 2006.

²⁹⁰ MORENO, *O futuro...*, p.53 et seq. O Centro das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (Hábitat) tem suas atividades voltadas para a habitação e o meio ambiente, infra-estrutura, abastecimento de água e os serviços básicos, o planejamento e a ordenação do meio ambiente, a gestão e as finanças municipais; a segurança e a proteção nas zonas urbanas e sobre participação nas decisões, e os objetivos de: “Alentar las políticas en materia de viviendas y la seguridad de la tenencia en favor de los pobres; Alentar la gestión pública urbana transparente, responsable e incluyente; Promover el papel de la mujer en el desarrollo urbano; Fomentar la concienciación respecto de la necesidad de la justicia social; Elaborar y alentar políticas nacionales que pudieran reducir la

Importante o movimento denominado CEOs for Cities, que desde 1998 reúne prefeitos, empresários e universidades norte-americanas com o propósito de deslocar as discussões dos problemas das cidades’ para as ‘oportunidades para as cidades’, vistas como fundamentais para o crescimento econômico regional e nacional.²⁹¹

Outra fonte de estudos e propostas é a EUROCITIES, que reúne representantes dos centros urbanos europeus mais importantes, na troca de experiências e iniciativas em matéria de cooperação sobre desenvolvimento das cidades européias. A EUROCITIES salienta o papel crucial das cidades e as perspectivas do processo de renovação experimentado em Barcelona, por ocasião das Olimpíadas²⁹².

A cidade constitui um espaço cada vez mais dinâmico, apresentando uma cada vez mais ampla mistura e diversidade de funções. Reconhecendo esta funcionalização e trazendo-a para o contexto normativo, a Constituição Federal de 1988, no capítulo da política urbana, determina em seu art. 182 que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Assim, é pertinente indagar se o significado das funções sociais da cidade esgota-se na função de organização espacial como concebida no texto da célebre, e modernista, Carta de

pobreza en las zonas urbanas.” Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/ag/habitat/aboutunchs.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2006.

²⁹¹ Na obra citada, Moreno lista as estratégias de Estudo do Departamento de Habitação e Desenvolvimento Urbano dos Estados Unidos, sobre dez cidades que se destacaram pela capacidade de renovar-se e superar a crise nas quais a revitalização econômica refletiu-se na estrutura urbana: “Incentivar o desenvolvimento das áreas centrais, revitalizar conjuntos habitacionais e bairros tradicionais, criar destinações, ou seja, lugares que atraiam pessoas, como praças esportivas ou centros de entretenimento, promover a atualização tecnológica e administrativa de empresas da ‘velha economia’, estabelecer parcerias e outros tipos de colaborações, desenvolver a mão-de-obra e os recursos humanos em geral, atrair investimentos em alta tecnologia, atrair empresas inovadoras da ‘nova economia’.” Constitui uma rede de profissionais preocupados em tornar as cidades preparadas para a competitividade global. Disponível em: <<http://www.ceosforcities.org>>. Acesso em: 24 abr. 2006.

²⁹² Disponível em: <http://www.eurocities2005.lyon.fr/theme_conference.htm> Acesso em: 24 abr. 2006.

Atenas, o que se examina a seguir, com realce às denominadas necessidades-tipo do ser humano.

1.2 As necessidades-tipo e as funções sociais da cidade

A Carta de Atenas, de 1933²⁹³, foi resultado do Congresso Internacional de Arquitetura Moderna - CIAM e teve como seu idealizador Le Corbusier, tendo sido inspirada na corrente funcionalista do urbanismo. Utilizou as noções de necessidades-tipo do ser humano para definir as funções a serem objeto do planejamento das cidades, identificando-as nas necessidades de trabalho, circulação, habitação e lazer.

Esta formulação foi paradigmática do urbanismo modernista e influenciou o desenho urbano com uma rígida separação funcional²⁹⁴. Voltada, por razões óbvias, à atividade do urbanista e trabalhando com o propósito de ordenação territorial, baseou-se nas necessidades humanas cotidianas nas cidades para estabelecer o planejamento de suas funções-chave.

O funcionalismo exerceu influência nas mais diversas áreas, notadamente na lógica da arquitetura modernista, com seu rigor funcionalista refletido no desenho urbano. Inspirou uma rígida separação de funções, com bairros exclusivamente residenciais, separados das áreas comerciais e de serviços, segregação de áreas industriais, áreas de lazer, praças e parques,

²⁹³ Carta de Atenas de novembro de 1933. Assembléia do CIAM – Congresso Internacional de Arquitetura Moderna, item 77. Disponível em: <<http://www.Iphan.gov.br/legislac/cartaspatrimoniais/atenas>>. Acesso em 21 jan. 2005.

²⁹⁴ A concepção e o planejamento de Brasília foram desenvolvidos de acordo com os cânones da concepção funcional modernista e a decorrente nítida separação das funções urbanas.

interligados pelo sistema viário. Exerceu significativa influência nas soluções para o planejamento das cidades e foi, também, objeto de severas críticas²⁹⁵.

Contudo, a identificação das funções urbanas na Carta de Atenas de 1933 permanece atual e permite o preenchimento inicial do conteúdo da expressão inserida no texto constitucional brasileiro quanto à dimensão espacial urbana, aí compreendida. Não significam, contudo, apego a concepção modernista e funcional com que foram enunciadas.

As funções - identificadas a partir das necessidades-tipo do ser humano que se concentra nas cidades - transcenderam a ciência da arquitetura e do urbanismo e ingressaram no âmbito do Direito e no texto do Constituição brasileira de 1988. Passaram a constituir o princípio da política de desenvolvimento urbano a ser concretizada pelo poder público municipal, balizada tanto pelas diretrizes gerais federais como pelas de âmbito regional e estadual.

As necessidades-tipo da célebre Carta de Atenas de 1933, voltadas para a **dimensão espacial ou físico-territorial**, não contemplam, todavia, a totalidade das funções sociais das cidades. Vislumbram-se, também, as dimensões sócioeconômica e política das funções sociais da cidade.

A busca de uma noção mais abrangente e da identificação de outras funções urbanas implica responder à questão formulada por Durkheim, a respeito das funções sociais, conforme item 5.1 da primeira parte deste trabalho, qual seja, a que necessidades correspondem?

²⁹⁵ Transcrevo aqui uma das críticas ao modelo de cidade resultante do planejamento funcionalista, referido na nota de rodapé n. 153 de minha dissertação de Mestrado, BERTOLO, *Direito...*, p. 103: “Uma cidade não se faz de peças ou pedaços, como um edifício de ossatura metálica, ou até uma colméia ou um coral. A estrutura de uma cidade funda-se em uma mistura de funções e nunca nos aproximamos mais de seus segredos estruturais do que quando nos ocupamos das condições que geram a diversidade”. Tradução de Choay do livro de Jane Jacobs: *The death and live of great american cities* (1961) contida em CHOAY, *O urbanismo...*, p. 301.

A resposta deve ser encontrada para cada cidade em particular, observadas as suas peculiaridades, condições e sua diversidade. Podem-se enumerar, contudo, alguns itens que se apresentam de forma genérica em todas as situações, embora com diferentes graus de intensidade em face das peculiaridades de cada cidade.

As funções sociais da cidade compreendem, concomitantemente, diversas dimensões, sendo de salientar-se a sócioeconômica (e cultural, portanto). Note-se que as necessidades-tipo, já identificadas sob o enfoque espacial ou físico-territorial, de trabalho, habitação, transporte e lazer, têm inegável **dimensão sócioeconômica**, e a elas somam-se as de educação, saúde, saneamento básico, segurança, energia, e tantas outras que a vida digna e o bem-estar da população permitam identificar.

Esta pluralidade de dimensões enfatiza a dignidade humana, a solidariedade, a justiça social, o bem comum e o bem-estar - traduzidos em qualidade de vida urbana - e a terceira geração de direitos, os chamados direitos de fraternidade.

As funções sociais que correspondem às necessidades de saúde e educação têm previsão expressa na Constituição Federal, nos arts. 196 a 200, 203, 205, 208, 211, 212 e 214, no ADCT, art. 60 e art. 77, nas Emendas Constitucionais 14/96 e 29/00, nas Leis Federais 9.424/96, sobre o FUNDEF, 9.394/96, sobre a Manutenção e Desenvolvimento do Ensino, e 8.080/90, sobre Ações e Serviços de Saúde.

As funções sociais da cidade compreendem também a **dimensão política** de autogoverno, auto-administração e autogestão na escala urbana, matéria com estreita ligação

com a gestão democrática, a participação e também com os aspectos financeiros e fiscais. A cidade constitui o local, o sujeito e o objeto da atividade do governo urbano, da administração municipal²⁹⁶.

O cerne da dimensão política da cidade está na administração própria e na cooperação das esferas estatais com a participação comunitária através dos diversos grupos da sociedade civil.²⁹⁷

A administração das cidades, no exercício da função de autogoverno, não detém vontade superior à dos cidadãos individuais. Não está liberta de obrigações jurídicas para com os cidadãos, ao contrário, está vinculada a promover o seu pleno desenvolvimento, através da realização, na maior medida possível (Alexy) das políticas públicas, obras e serviços necessários para sua concretização, através da gestão democrática e da participação da população.

O texto constitucional atribui peso e importância (na acepção de Dworkin) às funções sociais da cidade também como conformadora da função social da propriedade urbana. Nos termos desenvolvidos no segundo capítulo deste trabalho, as funções sociais da cidade e a função social da propriedade determinam-se reciprocamente, numa implicação e complementariedade conforme a expressão do saudoso jurista Miguel Reale ao caracterizar os modelos jurídicos.

A percepção das funções sociais das cidades, estreitamente imbricadas com as noções de solidariedade, justiça social e de bem-estar dos habitantes, como funções inerentes à própria

²⁹⁶ MELA, *A sociologia...*, p. 91.

²⁹⁷ Ver BERTOLO, *Estudo sobre democracia...*, p. 412–424.

noção de cidade conduz à redução da margem de indeterminação do comando constitucional, possibilitando contornos mais precisos à efetiva operatividade da norma constitucional estabelecida no art. 182. Esta vinculação torna possível densificar de forma mais adequada as funções sociais da cidade nas suas múltiplas dimensões e na correspondente conformação das políticas públicas para sua concretização.

O reconhecimento das funções sociais da cidade em suas diversas dimensões proporciona uma releitura e uma mais adequada compreensão (Heidegger e Gadamer) da responsabilidade do Município e do Estado no desenvolvimento urbano. Permite que a avaliação, formulação e execução das políticas, obras e serviços públicos, indispensáveis ao bem-estar dos cidadãos e essenciais à concretização das funções sociais da cidade tenham como foco os direitos fundamentais na sua dimensão social e as infra-estruturas que lhes são correspondentes. Nesse contexto, diante das funções sociais da cidade, é possível desenhar com maior adequação a função social da propriedade urbana.

O dispositivo constitucional que introduz o capítulo da política urbana, art. 182, contém o comando para que essa política – enfatiza-se - tenha por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Essa norma configura uma diretriz ou norma-objetivo e também o princípio nuclear da política urbana, define a teleologia, o escopo da ordenação do desenvolvimento urbano através do conceito indeterminado das ‘funções sociais da cidade’, estreitamente vinculado ao bem-estar de seus habitantes.

Essas funções, pelo disposto no parágrafo 2º do art. 182, são também essencialmente conexas com a função social da propriedade e da posse porque dizem respeito ao uso e

ocupação do solo urbano. Não se esgotam, todavia, como se procurou demonstrar, na dimensão espacial, não obstante sua inegável importância.

Estes aspectos mostram a relevância da expressão ‘funções sociais da cidade’, introduzida no texto constitucional, e conduzem às noções de dignidade humana, solidariedade, justiça social, bem comum, bem-estar e desenvolvimento econômico.

Contudo a realidade comporta situações que se podem chamar de disfuncionais no âmbito das cidades, o que se examina no próximo tópico.

1.3 As cidades disfuncionais: a dicotomia da cidade legal/cidade ilegal

A disfunção se dá quando a cidade cumpre mal suas funções, sendo que pode ocorrer ainda, que não as cumpra ou as implemente de forma negativa. Para essa identificação importa realizar uma análise crítica de suas funções, nos termos que Bobbio aponta ao abordar a análise funcional do direito, isto é, a partir da consideração de suas funções negativas, da perda de função, ou ainda, de sua disfunção, o que ocorre quando um instituto cumpre mal sua função positiva.²⁹⁸

Neste sentido, é sabido que o Brasil viveu e vive um processo de urbanização sem precedentes nas últimas décadas, em total desconformidade com a infra-estrutura urbana disponível, o que produz a degradação da qualidade e da estrutura das cidades. As enormes

²⁹⁸ Conforme exposto no item 1.3 da primeira parte.

desigualdades sociais têm reflexos nos déficits habitacionais, nas ocupações irregulares de áreas impróprias ou de risco, na insuficiência dos transportes coletivos e no aumento da violência.

As ocupações irregulares, marginais, por alguns consideradas uma franja secundária, no sentido de que “toda cidade do mundo tem um pequeno grupo de habitantes pobres que vivem nos barracos da extrema periferia ou dormem embaixo das pontes”²⁹⁹, deixou, entretanto, de ser válida porque estas formas de ocupação contêm, hoje, uma grande massa da população urbana. Não se trata mais de um fenômeno secundário ou marginal, tornou-se um problema central no equacionamento do desenvolvimento urbano:

[...] os estabelecimentos irregulares crescem com muito maior velocidade que os estabelecimentos regulares, e abrigam agora, em muitos países, a maioria da população. [...] Cada nação chama de modo diferente estes bairros irregulares: *ranchos* na Venezuela, *barriadas* no Peru, *favelas* no Brasil, *bidonvilles* nos países de língua francesa, *ishish* no Oriente Médio.³⁰⁰

A parcela da população urbana que não alcança o nível de mercado em habitação e consumo no chamado Terceiro Mundo, é consequência da grande disparidade na distribuição de renda e da migração interna das zonas rurais para as zonas urbanas³⁰¹ que, na Europa, é constituída basicamente pela população imigrante de suas ex-colônias e de países periféricos.³⁰²

No Brasil, este contexto caótico tem como causa, ao lado das desigualdades sociais, uma atuação governamental omissa em relação ao planejamento e gerenciamento dos problemas urbanos.³⁰³

²⁹⁹ BENEVOLO, *A história...*, p.707.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 708.

³⁰¹ Ver do geógrafo, falecido em 2001, SANTOS, Milton. *O espaço dividido: os dois circuitos da economia urbana dos países subdesenvolvidos*. São Paulo: EDUSP, 2004, *passim*.

³⁰² MORENO, *O futuro...*, p. 77. O autor utiliza o magistério de Milton Santos e do arquiteto Jorge Wilhelm.

O resultado são cidades disfuncionais, seja por atenderem mal às necessidades básicas da população urbana, seja pela hipertrofia de algumas de suas funções, em detrimento de outras, como ocorre nas denominadas ‘cidades-dormitório’, nas quais as funções urbanas estão separadas territorialmente por mais de uma cidade.

Ou, ainda, por resultarem em funções negativas, como ao invés de propiciarem segurança à população, abrigarem a violência e a criminalidade em dimensão tal, que organizações criminosas praticamente atuam como um governo paralelo, com regras estabelecidas pelo crime organizado que implementa funções que o Estado não cumpre ou cumpre mal.

As cidades podem apresentar-se disfuncionais nas dimensões espacial (físico-territorial), sócioeconômica e política e também quanto aos aspectos financeiros e fiscais.

As disfunções das cidades brasileiras estão retratadas nas obras de Milton Santos, com destaque para o seu *O Espaço Dividido*. Com relação às últimas décadas, Ermínia Maricato assinala os números inéditos que marcam a dicotomia da cidade legal/cidade ilegal:

A recessão que se seguiu nos anos 80 e 90, quando as taxas de crescimento demográfico superaram as do crescimento do PIB, fazendo com que a evolução do PIB *per capita* fosse negativa na década de 80, trouxe um forte impacto social e ambiental, ampliando o universo de desigualdade social. Nessas décadas, conhecidas como ‘décadas perdidas’, a concentração da pobreza é urbana. Pela primeira vez na história, o Brasil tem multidões, que assumem números inéditos, concentradas em vastas regiões – morros, alagados, várzeas ou mesmo planícies – marcadas pela pobreza homogênea. Segundo estudo do IPEA, 33% dos pobres brasileiros se concentram no Sudeste, predominantemente nas metrópoles. Nos anos 80 a sociedade brasileira conheceu também, pela primeira vez, um fenômeno que ficaria conhecido como violência urbana: o início de uma escalada de crescimento do número de homicídios, sem precedentes na história do país. As décadas

³⁰³ Aponta Maria Clara Ribeiro, pesquisadora do Instituto de Pesquisas e Planejamento Urbano, conforme *Ibid.*, p. 71-72.

perdas não são as únicas a registrarem as origens do que podemos chamar de tragédia urbana brasileira – enchentes, desmoronamentos, poluição dos recursos hídricos, poluição do ar, impermeabilização da superfície do solo, desmatamento, congestionamento habitacional, reincidência de epidemias, violência, etc. O crescimento urbano sempre se deu com exclusão social, desde a emergência do trabalhador livre na sociedade brasileira, que é quando as cidades tendem a ganhar nova dimensão e tem início o problema da habitação.³⁰⁴

A disfunção presente na maioria das cidades brasileiras é representada por parte da cidade com padrão de primeiro mundo e parte desenvolvida ao largo da legislação e do planejamento urbano, ocupada de forma irregular, clandestina e pelas favelas.

A cidade ilegal mais do que disfuncional representa uma função negativa da cidade, com ausência de infra-estrutura e serviços urbanos, inclusive de saneamento básico³⁰⁵, apresentando riscos ambientais de alagamentos, desmoronamentos e com alta deficiência habitacional³⁰⁶, de serviços públicos essenciais e, mais, apresentando uma violência crescente.

Essa disfuncionalidade tem servido para manter relações políticas arcaicas, relações clientelistas e de favor, para levar redes precárias e clandestinas de abastecimento de água, energia, e de outros serviços, sem apresentar soluções viáveis para a correção das disfunções

³⁰⁴ MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana*. Petrópolis: Vozes, 2001, p.21.

³⁰⁵ O Ministério das cidades informa: “O diagnóstico sobre o saneamento ambiental no Brasil mostra que quase a metade da população (83 milhões de pessoas) não são atendidas por sistemas de esgotos; 45 milhões de cidadãos carecem de serviços de distribuição de água potável. [...] O impacto brutal de tudo isso recai sobre a saúde pública: 65% das internações hospitalares de crianças de zero a cinco anos, registradas no Brasil, decorrem de ausência ou da precariedade dos serviços de saneamento. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/index.php>> Acesso em: 30 jan. 2006.

³⁰⁶ Segundo o Ministério das Cidades, “o déficit habitacional já atinge 7.223 milhões de domicílios. Destes, 5,47 milhões encontram-se em áreas urbanas [...] As regiões Nordeste e Sudeste concentram a maior parte do déficit com incidência de 39,4% e 32,4% respectivamente. Mais de 10 milhões de domicílios são carentes de infra-estrutura e 84% do déficit habitacional brasileiro é concentrado nas famílias com renda de até três salários mínimos (US\$ 260).” Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/index.php>> Acesso em: 30 jan. 2006.

urbanas. Produz os mais diversificados modos de acesso à moradia e constituem problema social que desafiam a busca de soluções.³⁰⁷

Este fenômeno, que alcança dimensões cada vez mais alarmantes, apesar de algumas ações pontuais e localizadas, é exemplo emblemático da disfuncionalidade urbana. O Ministério das Cidades, criado em 2003, aponta, dentro de um quadro de expansão desordenada das cidades brasileiras, a existência de favelas em aproximadamente 1500 cidades, de todos os portes, e loteamentos irregulares em mais de 40% dos 5.561 municípios brasileiros.³⁰⁸

As soluções apontadas pela Constituição Federal, no capítulo da Política Urbana, e regulamentadas em nível infraconstitucional pelo Estatuto da Cidade conferem relevância para a conformação de políticas públicas responsáveis e que devem ser construídas combinando responsabilidade social e responsabilidade fiscal, abrangendo o conjunto das funções sociais das cidades nas suas diversas dimensões. De outra parte, tratar essas funções de forma estanque ou isolada também contribui para a disfuncionalidade das cidades.

Feitas estas considerações para melhor caracterizar o problema da disfuncionalidade no âmbito das cidades, examina-se, a seguir, a Política Urbana e o Estatuto da Cidade como instrumentos fundamentais para a concretização das funções sociais das cidades.

2 A POLÍTICA URBANA E O ESTATUTO DA CIDADE

³⁰⁷ PANIZZI, Wrana Maria. Áreas de invasão: lugar de moradia provisória. In PANIZZI, Wrana; ROVATTI, João. (Org.) *Estudos urbanos: Porto Alegre e seu planejamento*. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS/Prefeitura Municipal de Porto Alegre, 1993, p. 357-368.

³⁰⁸ Informação disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/index.php>> Acesso em 30 jan. 2006.

Precederam a edição do Estatuto da cidade várias tentativas de traçar uma política urbana de âmbito nacional concomitantemente com a edição de normas especiais esparsas com reflexos na organização e desenvolvimento urbano.

As tentativas de traçar uma política urbana de âmbito nacional remontam à instituição, na década de 60, ainda no governo João Goulart, do Serviço Federal de Habitação e Urbanismo – SERFHAU, o Banco Nacional da Habitação – BNH e o Sistema Financeiro da Habitação – SFH.

No Governo Militar, a instituição do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS e a gestão de seus recursos pelo BNH permitiram a realização de um conjunto de ações para o desenvolvimento urbano, centrado em financiamentos habitacionais e em recursos para planejamento urbano, saneamento e infra-estrutura urbana, destinados aos Estados e Municípios.

Na década de 70, foram criadas as Regiões Metropolitanas (Lei Complementar Federal nº 14/1973 e LC n.º 20/1974). Dos Planos Nacionais de Desenvolvimento elaborados no período, o II PND destacou-se ante o capítulo sobre política urbana e por conter a proposta de criação do Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano (CNDU).

Não obstante a centralização do processo no Governo Federal e o significativo esvaziamento da autonomia de Estados e Municípios, o estímulo representado pelo financiamento para aquisição da casa própria e a correspondente demanda por infra-estrutura e equipamentos urbanos representou também um importante incremento para a construção civil.

Este ambiente favoreceu e fomentou discussões sobre alternativas e soluções para o desenvolvimento urbano, envolvendo profissionais de diversas áreas, que, em 1976, subscreveram a Carta de Embu. Com fundamento no princípio da função social da propriedade, o documento propunha a adoção do instituto do solo criado, com a fixação de um coeficiente único de edificação, inspirado no Código de Urbanismo francês, embora admitidos diferentes índices construtivos. A possibilidade de construção acima deste coeficiente único, dependia da aquisição de índice construtivo.

Após a edição da Lei de Parcelamento do Solo Urbano, Lei Federal 6.766/79, veio a Lei Federal nº 6.803/80 sobre zoneamento industrial com a finalidade de proteção ambiental, estabelecendo regramento através da tipologia das atividades industriais.

Ainda na vigência a Carta de 1967, com a redação da Emenda Constitucional nº 1 de 17.10.1979, o Poder Executivo determinou o desenvolvimento, a cargo do CNDU, de uma política urbana de âmbito nacional, de acordo com o princípio da função social da propriedade, e criando novos institutos para sua concretização.

A divulgação da proposta, entretanto, gerou intensa discussão, não apenas acerca dos novos institutos propostos, entendidos como afronta à garantia da propriedade, mas questionando a competência da União para legislar sobre a matéria. A acirrada discussão determinou a consulta e os pareceres de Miguel Reale e Hely Lopes Meirelles³⁰⁹ para esclarecer as questões suscitadas.

³⁰⁹ REALE, Miguel. *Teoria e prática do direito*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-53. Miguel Reale manifestou-se no sentido de não haver dúvidas acerca da competência da União para dispor sobre direito urbanístico e, diretrizes gerais de desenvolvimento urbano. Fundava seu parecer na interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais contidos no art. 8º, e seus incisos V, XI, XII, XIV, XVII, e alíneas a, c, f, i, e n; 164 e 180 do texto constitucional então vigente. A conclusão de Hely Lopes Meirelles também foi de que a União detinha competência constitucional sobre a matéria, em decorrência de dispositivos expressos e princípios implícitos no

Com essas manifestações o projeto foi encaminhado ao Congresso Nacional acompanhado da Mensagem Presidencial datada de 03.05.1983, e de uma Exposição de Motivos do Ministério do Interior. O projeto veio a ser retirado, pelo Executivo, em junho de 1995.³¹⁰

Na vigência da Constituição de 1988, superada, portanto, a questão referente à competência constitucional da União para legislar sobre direito urbanístico, foi proposto um projeto substitutivo, o Projeto de Lei 2.191/1989³¹¹, adaptado às novas normas constitucionais, especialmente no tocante ao plano diretor e às competências locais em matéria urbanística³¹².

A seguir, veio o Projeto 5.788, de 1990³¹³ com o objetivo de estabelecer diretrizes gerais da política urbana. Aprovado pelo Senado, foi enviado à Câmara dos Deputados acrescido de diversas propostas de emendas e do Projeto de Lei 2.191/89. Após longa tramitação e inúmeros substitutivos foi finalmente aprovado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado e sancionado, com alguns vetos, como Lei Federal nº 10.257, de 10.07.2001.

texto constitucional. Ambos apresentaram críticas a dispositivos contidos no projeto e sugestões. O projeto instrumentava a Administração Pública para promover a ordenação urbana, criava novos instrumentos jurídicos e administrativos para efetivar as ações urbanísticas necessárias, entre esses, o parcelamento, a edificação e a utilização compulsórios, o direito de preempção, o direito de superfície e a transferência de índice construtivo. Estabelecia mecanismos de participação popular na fiscalização pela população interessada para conferir o cumprimento dos dispositivos estabelecidos, possibilitando a qualquer cidadão ou associação exigir a suspensão de atividades tendentes à ocupação ou uso indevido dos imóveis urbanos. Os pareceres foram amplamente divulgados na ocasião.

³¹⁰ MOREIRA, Mariana. A história do Estatuto da Cidade. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (Org.) *Estatuto da cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 27-43.

³¹¹ De iniciativa do deputado Raul Ferraz.

³¹² MOREIRA, op. cit., p. 37.

³¹³ De autoria do Deputado Pompeu de Souza.

Produto desse longo trâmite legislativo o Estatuto da Cidade, no art. 2º, define as diretrizes gerais que devem nortear a política urbana para cumprir a norma constitucional de ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

A sustentabilidade das cidades, a gestão democrática, o planejamento e a cooperação constituem o núcleo das diretrizes do Estatuto da Cidade que, para concretizar as funções sociais das cidades na ordenação do desenvolvimento urbano, indica e institui institutos jurídicos, tributários e financeiros. A alguns desses institutos, já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, são atribuídos novos papéis, e outros institutos representam efetivas inovações.

A Constituição Federal de 1988 instituiu em capítulo específico as linhas gerais para a conformação da Política Urbana no Brasil, nos art. 182 e 183. O art. 182 da Constituição Federal afigura-se como uma norma geral³¹⁴, dirigida ao legislador para que este institua³¹⁵, mediante lei, as diretrizes gerais da política urbana.

A edição da Lei Federal n.º 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada Estatuto da Cidade, constitui elemento-chave para a concretização das funções sociais da cidade e contém as diretrizes e instrumentos para a interpretação do conteúdo e extensão pretendidos na ordenação do desenvolvimento urbano. Deve ser objeto de exegese sistemática com as normas que dispõem sobre saúde, educação, proteção ambiental e responsabilidade fiscal.

³¹⁴ Norma geral no sentido de norma de sobre-direito, de norma-quadro, cuja moldura deve ser preenchida pelo legislador.

³¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, p.73-87, jan./jun. 1998.

Estabelecidas pela norma infraconstitucional as diretrizes e instrumentos para a elaboração e execução das políticas públicas para o desenvolvimento das cidades, importa examiná-las quanto à sua conformação jurídica e aos respectivos papéis que incumbem ao legislador, ao administrador e ao julgador, matéria que se analisa no próximo tópico.

2.1 A função social na conformação das políticas públicas

Instituídas pelo legislador federal as diretrizes gerais da política urbana, aos Estados incumbe a formulação de diretrizes de conteúdo regional e estadual.³¹⁶ A política urbana a ser executada pelos Municípios, tem a finalidade de ordenar o pleno desenvolvimento das funções da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Essas diretrizes e políticas públicas são guiadas pelo princípio expresso no conceito indeterminado, compreendido na expressão ‘funções sociais da cidade’.

Assim, a política de desenvolvimento urbano, tendo como escopo a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, possibilita, em interpretação sistemática com os direitos individuais, sociais e de natureza difusa, a proteção de inúmeras situações jurídicas. Exemplifica este aspecto, o direito a ter formuladas políticas públicas urbanas e de acesso à educação, à saúde, à moradia, ao trabalho, ao transporte, ao lazer, à segurança, ao saneamento básico e a um meio ambiente sadio e equilibrado, bem como as correspondentes infra-estruturas que lhes dão suporte.

³¹⁶ No Estado do Rio Grande do Sul foi instituída a Lei n. 10.116, de 23 de março de 1994, sobre Desenvolvimento Urbano Estadual, que precedeu o Estatuto da Cidade.

Em decorrência, impõe obrigações: a) ao legislador, correspondentes ao direito a prestações normativas destinadas à instituição das referidas políticas de acordo com as normas constitucionais e infraconstitucionais; b) ao administrador, no sentido de lhe ser exigível a prática dos atos administrativos de criação de estruturas para a formulação de políticas públicas voltadas para a concreção desses princípios e diretrizes constitucionais e legais, sua execução e fiscalização e; c) ao julgador, de declarar a inconstitucionalidade de normas que afrontem esses princípios e, ainda, determinar, em situação concreta de omissão estatal, a atividade prestacional objeto da omissão do administrador, nomeadamente quando essas políticas públicas estejam vinculadas a direitos e garantias fundamentais, sociais e ambientais como, em grande parte se dá com as funções sociais da cidade.

Esta proteção não é absoluta, encontra limites nos direitos auto-atribuídos pela comunidade social, que se reuniu para defini-los no texto constitucional, nas leis gerais como o Código Civil e em normas especiais como o Estatuto da Cidade. Da mesma forma que em outras áreas do Direito, encontra limitador, igualmente, no abuso de direito.

O dispositivo posto no art. 182 da Constituição Federal atribui ao legislador federal o regramento, por lei, das diretrizes gerais da política urbana. Este comando foi concretizado com a edição da Lei Federal n.º 10.257, de 10 de julho de 2001 que instituiu o Estatuto da Cidade.

Sobre a incidência e a natureza de normas gerais da legislação federal e estadual em matéria urbanística e a autonomia municipal no ordenamento territorial local salienta o voto do Ministro Carlos Veloso em decisão na ADI n. 478:

[...] a competência municipal, para promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano — CF, art. 30, VIII — por relacionar-se com o direito urbanístico, está sujeita a normas federais e estaduais (CF, art. 24, I). As normas das entidades políticas diversas — União e Estado-Membro — deverão, entretanto, ser gerais, em forma de diretrizes, sob pena de tornarem inócua a competência municipal, que constitui exercício de sua autonomia constitucional.³¹⁷

Contudo a questão deve ser examinada, também, considerando a predominância do interesse, havendo situações em que, havendo predominância do interesse regional, cabe ao Estado ou à União a edição de normas específicas em matéria urbanística.

No âmbito local, a política urbana será traduzida por um conjunto normativo que inclui, entre outras, as leis do plano diretor, de zoneamento, de parcelamento, uso e ocupação do solo e de edificações, respectivos processos administrativos de aprovação de projetos e licenciamento de obras e atividades.

Em face da dicção constitucional, a política urbana a ser executada pelos Municípios, impõe ao administrador a prática dos atos administrativos e de gestão que objetivem organizar e promover o desenvolvimento das funções sociais das cidades. Isto é, identificá-las *in concreto* e concebê-las para a persecução de fins sociais.

As diretrizes para a formulação das políticas públicas, orientadas pelas necessidades humanas nas suas diversas dimensões, encarregam a municipalidade do dever de estabelecer a ordenação das cidades para que realize as funções sociais e proporcione o bem-estar de seus habitantes.

³¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 478. Relator: Min. Carlos Velloso. DJ28 fev. 1997.

Neste quadro, a administração pública está vinculada, na prestação de serviços públicos, na realização de obras, tais como, abertura de vias e estradas, construção de edifícios públicos, pontes, viadutos, hidrelétricas, portos, aeroportos, e na implantação de projetos habitacionais de interesse social, às normas urbanísticas locais (o plano diretor, o respectivo zoneamento, as normas de edificações, recuos, índices construtivos). O mesmo ocorre quanto às normas ambientais e urbanísticas de âmbito regional e federal. Embora a afirmação pareça óbvia, é sabido que inúmeros empreendimentos, obras, serviços e programas habitacionais governamentais foram e ainda são realizados com total desatenção aos regramentos urbanísticos e ambientais, especialmente locais.

A concretização das diretrizes da política urbana compreende a imposição de obrigações para a administração pública e para os cidadãos.

O princípio expresso na norma constitucional norteia a formulação e execução das políticas públicas urbanas, determina a sua concreção na maior medida possível e constitui também parâmetro para avaliar essas políticas e os serviços, obras e ações delas decorrentes como critério de aferição dos conteúdos normativos.

Possibilita, ainda, embora essa matéria suscite muita divergência doutrinária e jurisprudencial, que o julgador determine a nulificação de políticas públicas urbanas que conflitem com as noções de pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. Isto porque essas políticas devem estar de acordo com os princípios que as devem conformar. Pode, igualmente, o julgador determinar o embargo judicial de obras e serviços conflitantes com as políticas públicas concretizadoras das funções sociais da cidade.

Robustece este entendimento a decisão do STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - (ADPF) 45, na qual o Relator, Ministro Celso de Mello, enfrenta a questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas. Assevera que não se revela absoluta, no domínio da formulação e execução de políticas públicas, a liberdade de conformação do legislador nem a atuação do Executivo, não obstante elas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo. Revela possível ao Judiciário, ainda que em caráter excepcional, determinar a implementação de políticas públicas quando comprometidas, pela inadimplência estatal, a eficácia de direitos sociais, econômicos e culturais de estatura constitucional:

Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).³¹⁸

³¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45, Relator: Min. Celso de Mello, *DJ*04 maio 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>>. Acesso em: 24 mar. 2006. “Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado — e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico —, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).” A ADPF foi arquivada, uma vez que julgada prejudicada em virtude da perda superveniente de seu objeto, em face de seu objetivo ter sido alcançado, conforme despacho do Ministro Relator, diante da edição da Lei Federal 10.777, de 24.11.2003, promulgada com a finalidade específica

No mesmo sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal o RE 436.996-AgR, no qual foi relator o Ministro Celso de Mello:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão — por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório — mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’.³¹⁹

Observe-se que a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário encontra amparo para viabilizar o acesso aos bens e serviços decorrentes da eficácia dos direitos fundamentais – nas suas diversas dimensões -, quando injustamente recusada pelo Estado, e cuja fruição haja sido denegada de forma irrazoável, com a intenção de neutralizar sua eficácia através de uma injustificável inércia ou de um abusivo comportamento governamental.³²⁰

Pode, nos termos da decisão colacionada, o Poder Judiciário determinar a prestação de benefício ou serviço público decorrente da efetivação de direitos sociais. Pelos mesmos fundamentos lhe cabe declarar a nulidade de políticas públicas que conflitem com os princípios constitucionais traçados para essas mesmas políticas, nomeadamente quando elas estejam

de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas, recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

³¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 436.996-AgR. Relator: Min. Celso de Mello. DJ 03 fev. 2006.

³²⁰ Ver sobre a matéria: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. TAMER, Sérgio Victor. *Atos políticos e direitos sociais nas democracias*. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 185 et seq. KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 2002. KRELL, Andreas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In SARLET, Ingo W. (Org.) *A constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-60. BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Fabris, 2005. Ver as obras já consideradas clássicas ALEXYY, *Teoria de...* CANOTILHO. J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. DWORKIN, *Los derechos...*

vinculadas a direitos e garantias fundamentais, como, em grande parte, estão as funções sociais da cidade.

Veja-se a decisão do STJ em Recurso Especial, no que concerne ao serviço de coleta de lixo³²¹, considerado serviço essencial, indispensável para a manutenção da saúde pública. Embora consignando entendimento de que as diretrizes traçadas pelas políticas públicas situem-se em esfera insindicável pelo Poder Judiciário, salienta ser diversa a hipótese quando a Constituição Federal consagra um direito, e a norma infraconstitucional o explicita. Impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. Nesta matéria destaco da ementa da decisão do STJ, o seguinte excerto:

A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a redução das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.³²²

³²¹ A Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências, define como atividade essencial o serviço de coleta de lixo entre outras atividades.

³²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 57598-MG. Relator: Min. Luiz Fux, DJ 07 out. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 14 maio 2005. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. COLETA DE LIXO. SERVIÇO ESSENCIAL. PRESTAÇÃO DESCONTINUADA. PREJUÍZO À SAÚDE PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL. NORMA DE NATUREZA PROGRAMÁTICA. AUTO-EXECUTORIEDADE. PROTEÇÃO POR VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO.

1. Resta estreme de dúvidas que a coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, o que o torna submisso à regra da continuidade. Sua interrupção, ou ainda, a sua prestação de forma descontinuada, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão necessita utilizar-se desse serviço público, indispensável à sua vida em comunidade.

2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam

No mesmo sentido, o STJ determinou a exigibilidade da efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente, em situação concreta que envolvia o atendimento hospitalar aos mesmos, em decorrência do direito constitucional à saúde objeto da norma infraconstitucional especial, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, em decisão assim ementada:

DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICAS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.³²³

relegados a segundo plano. Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

3. Em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os cidadãos residentes em Cambuquira encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública.
4. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétreia.
5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação (*sic*) das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.
6. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos.
7. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.
8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.
9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.
10. "A questão do lixo é prioritária, porque está em jogo a saúde pública e o meio ambiente." Ademais, "A coleta do lixo e a limpeza dos logradouros públicos são classificados como serviços públicos essenciais e necessários para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, porque visam a atender as necessidades inadiáveis da comunidade, conforme estabelecem os arts. 10 e 11 da Lei nº 7.783/89. Por tais razões, os serviços públicos desta natureza são regidos pelo PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE."
11. Recurso especial provido.

³²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 577.836-sc. Relator: Min. Luiz Fux. DJ28 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 14 maio 2005. Embargos de Declaração rejeitados em 19.04.05. DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICAS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE

É de salientar-se que, entre os serviços de infra-estrutura de saneamento básico, indispensáveis à saúde pública, estão a coleta e a destinação final de resíduos sólidos, do lixo

TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1. Ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina tendo vista a violação do direito à saúde de mais de 6.000 (seis mil) crianças e adolescentes, sujeitas a tratamento médico-cirúrgico de forma irregular e deficiente em hospital infantil daquele Estado.

2. O direito constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em norma constitucional reproduzida nos arts. 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente: Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. Art. 11. É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

3. Violação de lei federal.

4. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

5. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Conseqüentemente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco ensejam a propositura da ação civil pública.

6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétreia.

7. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação (*sic*) das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à saúde das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

8. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito fundamental.

9. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

11. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

12. O direito do menor à absoluta prioridade na garantia de sua saúde, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

doméstico, hospitalar e industrial. O mesmo ocorre com a captação, tratamento e distribuição de água; coleta e tratamento de esgotos sanitários. Dependem de políticas públicas, obras e serviços essenciais para o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades, com enorme repercussão nos índices de mortalidade infantil e na erradicação de inúmeras doenças. Sua implementação sabidamente representa significativa melhora nos Índices de Desenvolvimento Humano (IDH).

É interessante notar que, na decisão prolatada pelo STF em ADPF, o voto do relator foi no sentido de não ser absoluta, no domínio da formulação e execução de políticas públicas, a liberdade de conformação do legislador, nem a atuação do Executivo. Já as duas decisões do STJ retro referidas, envolvendo, a primeira, matéria atinente à continuidade do serviço de coleta de lixo e, a segunda, à prestação de serviços de saúde a crianças e adolescentes, aquela Corte, embora consignando que a matéria de políticas públicas situa-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, entende, em ambos os casos, com normatividade suficiente para conferir concreção à promessa constitucional, ante o regramento infraconstitucional, ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito fundamental.

Em face destas constatações, têm especial relevo as medidas processuais de proteção. Nesta área destacam-se a Ação Civil Pública, regradada pela Lei nº 7.347/85, que teve acrescido em sua abrangência o dano à ordem urbanística, com a possibilidade, inclusive, de ajuizar ação cautelar, (arts. 53 e 54 do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/01); a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, (art. 103, § 2º da CF); o Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI, da CF); a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional (art. 102, § 1º da CF) e outras medidas judiciais cabíveis, nos termos e na forma que determinar a situação

13. Recurso especial provido para, reconhecida a legitimidade do Ministério Público, prosseguir-se no processo até o julgamento do mérito.

concreta a ser protegida. Ainda, nos termos do 5º, LXXIII, da Constituição Federal, pode ser proposta por qualquer cidadão, ação popular visando a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, bem como à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

2.2 As funções sociais e o Estatuto da Cidade: diretrizes e instrumentos

Para a elaboração e execução das políticas públicas urbanas, o Estatuto da Cidade, Lei 10.257, de 10.07.2001, estabeleceu as diretrizes gerais que constituem normas de sobre-direito a delinquarem o conteúdo a ser preenchido pelo legislador estadual e local. Instituiu instrumentos introduzindo inovações para a implementação das diretrizes traçadas.

Ainda, no seu art. 50, fixou prazo de cinco anos da data de entrada em vigor do Estatuto da Cidade³²⁴, para que os Municípios, enquadrados nas hipóteses do seu art.41, incisos I e II, e que não tenham plano diretor aprovado, promovam a sua aprovação.

A seguir, procede-se à identificação das diretrizes e instrumentos do Estatuto da Cidade, de acordo com um dos eixos que norteiam o Estatuto da Cidade, qual seja a sustentabilidade e o planejamento, sem, contudo, pretender exaurir o assunto.

³²⁴ Prazo que se inicia em noventa dias de sua publicação, encerrando-se ainda em 2006.

2.3 As cidades sustentáveis e o planejamento

São as seguintes as diretrizes gerais do Estatuto da Cidade para a política urbana, estabelecidas com ênfase no princípio da sustentabilidade e no planejamento, conforme o seu art. 2º, e seus incisos: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais; VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar: a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivo ou inadequado em relação à infra-estrutura urbana; d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente; e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não-utilização; f) a deterioração das áreas urbanizadas; g) a poluição e a degradação ambiental; VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento sócioeconômico do Município e do território sob sua área de influência; VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana, compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência; XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural,

histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação sócioeconômica da população e as normas ambientais.

Todos esses dispositivos configuram claras e expressas diretrizes a orientarem o desenvolvimento local para a sustentabilidade urbana nas dimensões espacial, ambiental e sócioeconômica, e instituem o planejamento como o instrumento específico para esse fim.

Nos termos do art. 4º do Estatuto da Cidade, estes são os instrumentos, que enfatizam o planejamento: I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões; III – planejamento municipal, em especial: a) plano diretor; b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; c) zoneamento ambiental; g) planos, programas e projetos setoriais; h) planos de desenvolvimento econômico e social.

O Estatuto da Cidade dedica seu Capítulo III, arts. 39 a 42³²⁵, ao Plano Diretor, conformador da função social da propriedade urbana e instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, integrante do processo de planejamento municipal.

³²⁵Art. 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. Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. § 1º O plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas. § 2º O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo. § 3º A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos. § 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; II – a publicidade quanto aos documentos e

As diretrizes têm por teleologia a sustentabilidade e o planejamento como um dos seus instrumentos fundamentais. Para acompanhar o desenvolvimento da qualidade de vida nas cidades e como ferramenta para o planejamento urbano, apresenta-se extremamente útil o denominado Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), calculado com a utilização de três dimensões de variáveis: um indicador de renda *per capita*, um indicador de condições de saúde (longevidade, expectativa de vida ao nascer) e um indicador das condições de educação (taxa de alfabetização de adultos e taxa de matrícula no ensino fundamental, médio e superior).³²⁶

No Brasil, esse índice é utilizado no Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDH-M), publicado no Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil, constituindo um banco de dados eletrônico que reúne informações sócioeconômicas sobre os municípios do País, os Estados e o Distrito Federal.

informações produzidos; III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos. § 5º (VETADO) Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades: I – com mais de vinte mil habitantes; II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal; IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico; V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional. § 1º No caso da realização de empreendimentos ou atividades enquadrados no inciso V do caput, os recursos técnicos e financeiros para a elaboração do plano diretor estarão inseridos entre as medidas de compensação adotadas. § 2º No caso de cidades com mais de quinhentos mil habitantes, deverá ser elaborado um plano de transporte urbano integrado, compatível com o plano diretor ou nele inserido. Art. 42. O plano diretor deverá conter no mínimo: I – a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infra-estrutura e de demanda para utilização, na forma do art. 5º desta Lei; II – disposições requeridas pelos arts. 25, 28, 29, 32 e 35 desta Lei; III – sistema de acompanhamento e controle.

³²⁶ Note-se que: “O objetivo da elaboração do Índice de Desenvolvimento Humano é oferecer um contraponto a outro indicador muito utilizado, o Produto Interno Bruto (PIB) per capita, que considera apenas a dimensão econômica do desenvolvimento. Criado por Mahhub ul Haq com a colaboração do economista indiano Amartya Sen, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1998, o IDH pretende ser uma medida geral, sintética, do desenvolvimento humano. Não abrange todos os aspectos de desenvolvimento e não é uma representação da ‘felicidade’ das pessoas, nem indica ‘o melhor lugar no mundo para se viver’. Além de computar o PIB per capita, depois de corrigi-lo pelo poder de compra da moeda de cada país, o IDH também leva em conta dois outros componentes: a longevidade e a educação. Para aferir a longevidade, o indicador utiliza números de expectativa de vida ao nascer. O item educação é avaliado pelo índice de analfabetismo e pela taxa de matrícula em todos os níveis de ensino. A renda é mensurada pelo PIB per capita, em dólar PPC (paridade do poder de compra, que elimina as diferenças de custo de vida entre os países). Essas três dimensões têm a mesma importância no índice, que varia de zero a um. Apesar de ter sido publicado pela primeira vez em 1990, o índice foi recalculado para os anos anteriores, a partir de 1975. Aos poucos, o IDH tornou-se referência mundial. É um índice-chave dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio das Nações Unidas [...]” Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/idh>>. Acesso em: 25 abr. 2006.

Apesar da excelência do referido índice, o mesmo seria mais completo se incluísse variável que mensurasse as condições de habitação.

A Nova Carta de Atenas, editada no início do Século XXI, e voltada para os desafios das cidades européias do futuro, diante das alterações sociais e políticas, econômicas e tecnológicas, ambientais e urbanas, tem como valores orientadores a ‘coerência social’, a ‘coerência econômica’ e a ‘coerência ambiental’, itens que têm nítida ligação com as noções de equilíbrio e de sustentabilidade.

A cidade coerente, proposta na nova Carta de Atenas, refere-se a que condições? A noção de coerência está correlacionada com sustentabilidade e com a noção de equilíbrio. As diversas dimensões das funções sociais das cidades contemporâneas, próprias de um sistema social complexo, na presença de determinadas condições, podem apresentar-se de forma coerente, equilibrada e sustentável.

Esses propósitos de coerência, equilíbrio e sustentabilidade das funções sociais da cidade, nas suas diversas dimensões, não devem, contudo, estar ligados a modelos externos (embora se possa aprender com eles). Devem ser desenvolvidos em âmbito local, de acordo com as condições e peculiaridades da realidade sócioeconômica, cultural, ambiental e política de cada cidade, de cada região e de cada país, e traduzidas em políticas urbanas próprias.

Que aplicabilidade podem ter essas noções para as cidades brasileiras, marcadas pela desigualdade? As enormes desigualdades sócioeconômicas produziram metrópoles disfuncionais, marcadas pela dicotomia da cidade legal/cidade ilegal.

A noção de sustentabilidade remonta à década de 80, ao relatório da *International Union for the Conservation of Nature and Natural Resources* (IUCN) *World Conservation Strategy* e ao relatório ‘O Nosso Futuro Comum’, de 1987, da *World Commission on Environment and Development*, comissão das Nações Unidas.

O conceito de sustentabilidade contempla a integração equilibrada dos sistemas sócioeconômico, cultural e ambiental, e os aspectos institucionais implicados no conceito de ‘boa governança’.³²⁷

A noção de sustentabilidade urbana, estreitamente vinculada à sustentabilidade ambiental, envolve os seguintes princípios: da prevenção, por ser mais económico prevenir a degradação do que a recuperação; da precaução, evitando-se relegar a um segundo plano as medidas de proteção; da responsabilização e poluidor-pagador, impondo-lhe a responsabilidade de indenizar e restaurar, suportando os encargos decorrentes; da cooperação, na busca de soluções concertadas para o planeamento, formulação e implementação de políticas, planos e projetos, entre os agentes locais, estaduais e federais; da integridade dos ecossistemas urbanos, dos ambientes construídos de acordo com a capacidade da infra-estrutura; da melhoria contínua no desenvolvimento de políticas, planos e projetos de forma dinâmica e flexível, prevendo a necessidade de adaptação e alteração na busca da sustentabilidade, associados à avaliação e ao monitoramento; da equidade inter-gerações, para assegurar melhorias da qualidade de vida para as presentes e futuras gerações; da integração das políticas de crescimento económico com a proteção do ambiente natural e construído; da gestão democrática, com envolvimento ativo da comunidade local nas decisões sobre o planeamento

³²⁷ Disponível em: <<http://civitas.dcea.fct.unl.pt/>> Acesso em 24 abr. 2006.

urbano e sobre os gastos públicos envolvidos; da subsidiariedade, a implicar a participação dos diversos grupos sociais na formulação e execução das políticas públicas; e da transparência, com processos decisórios públicos, claros e acessíveis à comunidade.³²⁸

A sustentabilidade espacial, físico-territorial, comporta as dimensões urbanística e ambiental e não pode ser dissociada das dimensões sócioeconômica, política, financeira e fiscal. Como principal instrumento para a sua concretização, o Estatuto da Cidade elege o planejamento como processo para assegurar essa sustentabilidade.

A sustentabilidade das cidades está assentada nos pilares da proteção e recuperação do ambiente construído e do ambiente natural, com caráter transgeracional. Compreende, conforme expresso no Estatuto da Cidade, o direito à moradia, saneamento, infra-estrutura, transporte, serviços públicos, trabalho e lazer para as presentes e futuras gerações.

Visam à sustentabilidade financeira e fiscal, as diretrizes contidas nos seguintes incisos do art. 2º, que devem ser lidos em conjunto com as disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal: IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais; XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos.

³²⁸ Ibid.

Constituem instrumentos de sustentabilidade financeira e fiscal nos termos do art. 4º, III, do Estatuto da Cidade, em especial: d) o plano plurianual; e) as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual; e f) a gestão orçamentária participativa.

Constituem instrumentos tributários e financeiros, referidos no Estatuto da Cidade (art. 4º, IV, a), o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU; b) a contribuição de melhoria; c) os incentivos e benefícios fiscais e financeiros. Esses instrumentos devem ser utilizados com vista à sustentabilidade financeira e fiscal local.

No que concerne ao IPTU, a progressividade com caráter fiscal ou extrafiscal foi objeto de muita divergência e assim decidida pelo STF, em voto do Ministro Moreira Alves:

No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real. Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico). A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que **o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4º do artigo 182, é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal, aludido no artigo 156, I, § 1º**. Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal.³²⁹

A progressividade no tempo de que cuida o art. 182, § 4º, II, tem nítido caráter extrafiscal, com aplicabilidade às situações nele previstas. Contudo não está afastada a possibilidade da progressividade fiscal. Neste sentido leciona Geraldo Ataliba enfatizando estudo elaborado por Misabel Derzi e Sacha Calmon, que manifestam entendimento divergente quanto a tratar-se, o IPTU, de imposto real, uma vez que “todos os impostos, a

rigor, são pessoais, pois não há tributo que incida sobre ‘a coisa em si’”. Incidindo sobre o direito de propriedade inclui, inequivocamente, a pessoa do titular desse direito.³³⁰

A possibilidade de progressividade fiscal, independentemente da extrafiscal, foi objeto da EC nº 29, de 13.09.2000, que, de forma expressa, regrou as hipóteses de progressividade em razão do valor e da localização do imóvel.

A matéria foi assim sumulada pelo STF:

É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da emenda constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.³³¹

Voto do Relator Ministro Eros Grau acerca da inadmissibilidade da progressividade do IPTU em razão da capacidade econômica do contribuinte, reiterando o entendimento do STF acerca da natureza real do imposto:

IPTU. Não se admite a progressividade fiscal decorrente da capacidade econômica do contribuinte, dada a natureza real do imposto. A progressividade da alíquota do IPTU, com base no valor venal do imóvel, só é admissível para o fim extrafiscal de assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana (art. 156, I, § 1º e art. 182, § 4º, II, CF).³³²

³²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 153.771, Relator: Min. Moreira Alves. *DJ* 20 nov. 1996. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa/artigoBd.asp#visualizar> > Acesso em: 24 abr. 2006.

³³⁰ ATALIBA, Geraldo. Progressividade do imposto urbano. *Direito*, n. 2: Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito PUC-SP. São Paulo: Max Limonad, 1995, p. 171-181

³³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 668 Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa/artigoBd.asp#visualizar>> Acesso em: 24 abr. 2006.

³³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 153.771, Rel. Min. AI 468.801-AgR. Relator: Min. Eros Grau. *DJ* 15 out. 2004. *DJ* 20 nov. 1996. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa/artigoBd.asp#visualizar> > Acesso em: 24 abr. 006.

De outra parte, aos instrumentos voltados para a sustentabilidade financeira e fiscal, listados no Estatuto da Cidade, somam-se aqueles decorrentes da Lei Complementar 101/2000, a denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, pautada pelos princípios do planejamento, equilíbrio e transparência, reforçados pelas sanções previstas na Lei nº 10.028/00, referente aos Crimes de Responsabilidade Fiscal.

Em interessante estudo a Confederação Nacional de Municípios desenvolveu um *ranking* a partir de índices que sintetizam o desempenho dos Municípios na área de responsabilidade fiscal (endividamento, suficiência de caixa e despesas com pessoal), social (gasto e desempenho no atendimento às demandas sociais em educação e saúde) e de gestão (custeio da máquina, e esforço de investimento). Nesse estudo, trinta e nove municípios gaúchos estão entre as cem cidades brasileiras que lideram o equilíbrio financeiro e fiscal com a oferta de educação e saúde e melhorias estruturais para seus habitantes.

Paradoxalmente, a cidade gaúcha de Triunfo situa-se na 4.237ª posição, embora detenha o segundo maior PIB *per capita* do país.³³³ De outra parte, mesmo em Municípios que lideram o *ranking* apresentam situações que marcam a presença da cidade ilegal em seu território. Tome-se o caso do Município de Três Coroas, na subida da serra gaúcha, que tem, na rodovia que passa pelo Município, uma favela assentada nas margens da mesma, ocupando sua faixa de domínio, com crianças brincando na pista de acostamento, em curva onde o risco de acidentes é altíssimo. A vila constituída de barracos precários dispõe de energia e de água, também em redes precárias.

³³³ Disponível em: <<http://www.cnm.org.br/conteudo.asp?iId=29357>> Acesso em: 28 abril 2006.

Como se pode ver dessas duas situações pinçadas do referido *ranking*, o resultado aponta para problemas de gestão dos recursos públicos, com gravíssimas distorções no âmbito da responsabilidade fiscal, como exemplifica o caso de Triunfo, entre os que ocupam as piores posições no *ranking*, e não deixam de existir problemas sérios nas que obtiveram resultados favoráveis de equilíbrio fiscal e responsabilidade social. Obviamente, o problema está longe de ser bem equacionado, mas é positiva a preocupação traduzida no referido estudo da CNM.

Em outro pilar do Estatuto da Cidade, estão as diretrizes e instrumentos de gestão democrática, vistos a seguir.

2.4 Gestão democrática, participação e cooperação

A **dimensão política** das diretrizes para as cidades aparece na ênfase à gestão democrática, à participação popular e à cooperação intergovernamental e entre governo e sociedade, assim elencados em incisos do art. 2º do Estatuto da Cidade: II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social; IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente

³³⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. ADIn 70008224669. Relator: Des. João Carlos Branco Cardoso. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/adins/>> Acesso em 28 abr. 2006.

natural ou construído, o conforto ou a segurança da população; XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais; XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

Os dispositivos consagram o paradigma da participação da população nos processos de tomada de decisão e na gestão dos problemas urbanos e ambientais. Representam o reconhecimento e a opção pela co-responsabilidade na solução dos problemas urbanos. Para a sua efetividade, cabe a utilização de instrumentos de participação de todos os envolvidos conduzindo a um maior comprometimento com as soluções, especialmente quando envolvidos desde as fases iniciais do processo de planejamento, com acompanhamento de todas suas etapas.

Este regramento permitiu que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70008224669, proposta pelo Procurador-geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na qual foram Requeridos o Prefeito Municipal de Guaíba e a Câmara Municipal de Vereadores do Município, fosse julgada a inconstitucionalidade de lei municipal referente ao Plano Diretor ante a ausência de participação comunitária e, também, de Estudo de Impacto Ambiental.

A inconstitucionalidade, nos termos da decisão unânime do Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça, reside na circunstância de que a norma impugnada, respeitante ao ordenamento urbano local, especificamente à elaboração do Plano Diretor de Guaíba, foi aprovada com inobservância dos procedimentos adequados para a sua aprovação.

Os procedimentos atacados diziam respeito à ausência de estudo de impacto ambiental e de participação comunitária. A ADI da lei municipal foi ajuizada com fundamento nos princípios da democracia participativa e da razoabilidade administrativa, consagrados nos artigos 177, § 5º e 19, da Constituição Estadual. A matéria foi decidida nos termos de precedentes referentes aos Municípios de Bento Gonçalves e Canoas. A ação foi julgada procedente, em 18 de outubro de 2004, em decisão assim emendada:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL Nº 1.635/2001 DE GUAÍBA QUE ALTERA O ART. 55 DA LEI MUNICIPAL Nº 1.102/92 (PLANO DIRETOR) - ORDENAMENTO URBANO LOCAL - AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DAS ENTIDADES COMUNITÁRIAS LEGALMENTE CONSTITUÍDAS NA DEFINIÇÃO DO PLANO DIRETOR E DAS DIRETRIZES GERAIS DE OCUPAÇÃO DO TERRITÓRIO - FALTA DE AMPLA DIVULGAÇÃO E DA DEVIDA PUBLICIDADE - RISCO DE PREJUÍZOS IRREPARÁVEIS AO MEIO AMBIENTE E À QUALIDADE DE VIDA DA POPULAÇÃO PELA NÃO CONCRETIZAÇÃO DO PRÉVIO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA VIABILIZAR A ALTERAÇÃO PREVISTA NA LEI IMPUGNADA - AFRONTA AOS ARTIGOS 1º, 8º, 19, 177, § 5º E 251 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E ARTIGOS 29, INCISO XII E 37 'CAPUT' DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.³³⁵ (Grifou-se).

Nesta matéria cabe referir um diagnóstico, que nos parece acertado, do Centro de Estudos sobre Cidades e Vilas Sustentáveis, de Lisboa:

A integração efetiva dos interesses e valores das comunidades, identificando e respondendo a aspirações e preocupações das populações envolvidas, contribui com mais valias para o processo e evita controvérsias, por vezes, dispendiosas que frequentemente atrasam, ou mesmo impedem decisões cruciais. A identificação de problemas tempestivamente, e propostas para soluções geradas em contextos de participação interativa, favorecem melhores processos de decisão, que beneficiam frequentemente de propostas inovadoras desenvolvidas em colaboração.³³⁶

³³⁶ Conforme os estudos do Centro de Estudos sobre Cidades e Vilas Sustentáveis (CIVITAS) em iniciativa apoiada no Departamento de Ciências e Engenharia do Ambiente (DCEA) da Faculdade de Ciências e Tecnologia (FCT) da Universidade Nova de Lisboa (UNL). Disponível em: <<http://civitas.dcea.fct.unl.pt/>> Acesso em 24 abr. 2006.

Ainda, o Estatuto da Cidade, ao listar os instrumentos da política urbana, em seu art. 4º, submete ao controle social, conforme estabelece o § 3º, “os instrumentos previstos neste artigo que demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal devem ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil”.

A gestão democrática da cidade foi objeto de capítulo específico no Estatuto da Cidade, compreendendo os arts. 43 a 45. O estatuto urbano prevê a utilização, entre outros, dos seguintes instrumentos: I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal; II – debates, audiências e consultas públicas; III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal; IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

E mais, para assegurar a participação na gestão orçamentária (alínea f do inciso III do art. 4º), a municipalidade deverá incluir a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

No que concerne aos organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, está prevista a obrigatória participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania.

2.5 Os institutos jurídicos e políticos: velhos instrumentos, novos papéis e inovações do Estatuto da Cidade

Os institutos jurídicos e políticos, instrumentos da Política Urbana, (Lei 10.257/01, art. 4º, incisos V e VI compreendem alguns já existentes no ordenamento jurídico brasileiro e a instituição de novos: 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; e no inciso VI o estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).

Os novos instrumentos estão regradados na seção II, art. 5º e 6º, sobre o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; na seção III, art. 7º, o IPTU progressivo no tempo; na seção IV, art. 8º, a desapropriação-sanção, com pagamento em títulos; na seção V, arts. 9º a 14 a usucapião especial de imóvel urbano; Seção VI, sobre a concessão de uso especial para fins de moradia, arts. 15 a 20, vetados; Seção VII, arts. 21 a 24, o direito de superfície, seção VIII, arts. 25 a 27, o direito de preempção; seção IX, arts. 28 a 31, sobre a outorga onerosa do direito de construir e seção X, arts. 32 a 34 sobre as operações urbanas consorciadas; seção XI, art. 35,

sobre a transferência do direito de construir e seção XII, arts. 36 a 38 sobre o estudo de impacto de vizinhança.

O Estatuto rege a possibilidade de o Município utilizar o instrumento do **parcelamento, edificação ou utilização compulsórios**³³⁷. Sujeita o proprietário de imóvel urbano que não cumpra a função social de aproveitamento adequado nos termos da Lei do Plano Diretor, às obrigações e sanções previstas no art. 182, § 4º, I, da Constituição Federal. À norma local cabe estabelecer prazos e condições para o implemento da obrigação positiva. Notificado o proprietário inadimplente e desatendida a obrigação de aproveitamento adequado, incide a sujeição ao IPTU progressivo, com o caráter extrafiscal de sanção. Decorrido o lapso temporal previsto e mantido o descumprimento à obrigação de fazer, cabe a desapropriação, indenizada com títulos da dívida pública.

O **IPTU progressivo no tempo**, nos termos do texto constitucional (CF, art. 182, § 4º, II), constitui faculdade conferida ao Poder Público municipal, de acordo com as normas do Estatuto

³³⁷Art. 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)

§ 2º O proprietário será notificado pelo Poder Executivo municipal para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis.

§ 3º A notificação far-se-á:

I – por funcionário do órgão competente do Poder Público municipal, ao proprietário do imóvel ou, no caso de este ser pessoa jurídica, a quem tenha poderes de gerência geral ou administração;

II – por edital quando frustrada, por três vezes, a tentativa de notificação na forma prevista pelo inciso I.

§ 4º Os prazos a que se refere o caput não poderão ser inferiores a:

I - um ano, a partir da notificação, para que seja protocolado o projeto no órgão municipal competente;

II - dois anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento.

§ 5º Em empreendimentos de grande porte, em caráter excepcional, a lei municipal específica a que se refere o caput poderá prever a conclusão em etapas, assegurando-se que o projeto aprovado compreenda o empreendimento como um todo.

Art. 6º A transmissão do imóvel, por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, posterior à data da notificação, transfere as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5º desta Lei, sem interrupção de quaisquer prazos.

da Cidade³³⁸, em razão do descumprimento das condições e prazos para o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios. Cabe lembrar aqui uma remissão à decisão do STF³³⁹, antes referida, no RE 153.771, do qual foi Relator o Ministro Moreira Alves.

A desapropriação, ao lado de seu papel já conhecido tem, nos termos constitucionais³⁴⁰, a função de **desapropriação-sanção** para as situações em que ocorra o descumprimento das funções sociais da propriedade e da cidade e as correspondentes obrigações de parcelar, edificar e utilizar adequadamente o imóvel³⁴¹, depois de exauridos os sucessivos prazos e mantido o inadimplemento das obrigações pelo proprietário do imóvel.

³³⁸ Art. 7º Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos.

§ 1º O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei específica a que se refere o caput do art. 5º desta Lei e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento.

§ 2º Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não esteja atendida em cinco anos, o Município manterá a cobrança pela alíquota máxima, até que se cumpra a referida obrigação, garantida a prerrogativa prevista no art. 8º.

§ 3º É vedada a concessão de isenções ou de anistia relativas à tributação progressiva de que trata este artigo.

³³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 153.771. Relator: Min. Moreira Alves. DJ 20 nov. 1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/>> Acesso em: 24 abr. 2006.

³⁴⁰ Nos termos do art. 182, § 4º, III, da Constituição Federal.

³⁴¹ Art. 8º Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

§ 1º Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano.

§ 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.

§ 3º Os títulos de que trata este artigo não terão poder liberatório para pagamento de tributos.

§ 4º O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público.

§ 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.

Veja-se a decisão, que embora não identificando no caso concreto sob exame situação que enseje o enquadramento no instituto, consagra, todavia, a expressão com que vem sendo identificado o instituto, isto é, como desapropriação-sanção: Imóvel urbano. Desapropriação por utilidade pública e interesse social. Acórdão que declarou a sua ilegalidade, por ausência de plano diretor e de notificação prévia ao proprietário para que promovesse seu adequado aproveitamento, na forma do art. 182 e parágrafos da Constituição. Descabimento, entretanto, dessas exigências, se não se está diante da desapropriação-sanção prevista no art. 182, § 4º, III, da

A compreensão do significado das funções sociais da cidade permite aos operadores do direito realizar a interpretação e preencher o conteúdo das obrigações positivas e negativas atribuídas ao proprietário de imóvel urbano.

A **usucapião especial de imóvel urbano**, nos termos do art. 183 da CF, e seu regramento pelo Estatuto da Cidade³⁴², acresce-se à usucapião já de larga utilização no ordenamento jurídico brasileiro, constituindo instrumento que possibilita a aquisição aos detentores da posse de área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, que a estejam utilizando para sua moradia por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, desde que não sejam proprietários

Constituição de 1988, mas de ato embasado no art. 5º, XXIV, da mesma Carta, para o qual se acha perfeitamente legitimada a Municipalidade. (RE 161.552, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 06/02/98).

³⁴² Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 2º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.

§ 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

§ 5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.

Art. 11. Na pendência da ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petições ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo.

Art. 12. São partes legítimas para a propositura da ação de usucapião especial urbana:

I – o possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente;

II – os possuidores, em estado de comosse;

III – como substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados.

§ 1º Na ação de usucapião especial urbana é obrigatória a intervenção do Ministério Público.

§ 2º O autor terá os benefícios da justiça e da assistência judiciária gratuita, inclusive perante o cartório de registro de imóveis.

Art. 13. A usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis.

Art. 14. Na ação judicial de usucapião especial de imóvel urbano, o rito processual a ser observado é o sumário.

de outro imóvel urbano ou rural. Trata-se de efeito decorrente da função social da posse, qualificada pela habitação, conforme desenvolvido no item 2.2 da segunda parte deste trabalho.

A **concessão de uso especial para fins de moradia** foi objeto dos arts. 15 a 20 do Estatuto da Cidade, vetados. Corrigidas as imperfeições que determinaram o veto e com algumas alterações, a matéria foi disciplinada pela Medida Provisória n. 2.220, de 4.9.2001, inclusive na sua modalidade coletiva, ambos instrumentos de regularização fundiária.³⁴³

O **direito de superfície** constitui direito real sobre solo alheio, coexistindo o direito do superficiário com o domínio do proprietário do solo.³⁴⁴ No Estatuto da Cidade, o instituto restringe-se ao uso urbano, sendo facultado o ajuste por tempo determinado ou indeterminado³⁴⁵. Todavia o regramento posterior pelo novo CCB, veio permitir tanto a utilização do instituto para construir como para plantar, fazendo-o incidir nas áreas rurais e determinando-lhe a vigência por tempo determinado.

³⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia. Concessão de uso especial para fins de Moradia. In DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio. (Coord.) *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 152-170.

³⁴⁴ DI PIETRO, Direito..., p. 172-190.

³⁴⁵ Art. 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.

§ 1º O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.

§ 2º A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa.

§ 3º O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo.

4º O direito de superfície pode ser transferido a terceiros, obedecidos os termos do contrato respectivo.

§ 5º Por morte do superficiário, os seus direitos transmitem-se a seus herdeiros.

Art. 22. Em caso de alienação do terreno, ou do direito de superfície, o superficiário e o proprietário, respectivamente, terão direito de preferência, em igualdade de condições à oferta de terceiros.

Art. 23. Extingue-se o direito de superfície:

I – pelo advento do termo;

II – pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário.

Art. 24. Extinto o direito de superfície, o proprietário recuperará o pleno domínio do terreno, bem como das acessões e benfeitorias introduzidas no imóvel, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário no respectivo contrato.

§ 1º Antes do termo final do contrato, extinguir-se-á o direito de superfície se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual for concedida.

§ 2º A extinção do direito de superfície será averbada no cartório de registro de imóveis.

O **direito de preempção**³⁴⁶ confere ao Poder Público preferência para adquirir imóveis urbanos objeto de alienação onerosa entre particulares³⁴⁷. Visa possibilitar alternativas à Administração municipal para realizar aquisições para a implementação da política urbana local, nas mais diversas áreas, tais como promover habitação de interesse social, instituir áreas especiais de proteção, promover a proteção do patrimônio histórico e do ambiente construído.

O Estatuto da Cidade regrou o instituto da **outorga onerosa do direito de construir, o solo criado**³⁴⁸, assim denominado por permitir acréscimo de área edificável acima do coeficiente de aproveitamento de imóvel urbano, estabelecido por lei.³⁴⁹ Constitui um acréscimo ao direito de

³⁴⁶ GASPARINI, Diógenes. Direito de preempção. In: DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio. (Coord.) *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 192-219.

³⁴⁷ Art. 25. O direito de preempção confere ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares. § 1º Lei municipal, baseada no plano diretor, delimitará as áreas em que incidirá o direito de preempção e fixará prazo de vigência, não superior a cinco anos, renovável a partir de um ano após o decurso do prazo inicial de vigência. § 2º O direito de preempção fica assegurado durante o prazo de vigência fixado na forma do § 1º, independentemente do número de alienações referentes ao mesmo imóvel.

Art. 26. O direito de preempção será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para: I – regularização fundiária; II – execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; III – constituição de reserva fundiária; IV – ordenamento e direcionamento da expansão urbana; V – implantação de equipamentos urbanos e comunitários; VI – criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; VII – criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; VIII – proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico; IX – (VETADO) Parágrafo único. A lei municipal prevista no § 1º do art. 25 desta Lei deverá enquadrar cada área em que incidirá o direito de preempção em uma ou mais das finalidades enumeradas por este artigo. Art. 27. O proprietário deverá notificar sua intenção de alienar o imóvel, para que o Município, no prazo máximo de trinta dias, manifeste por escrito seu interesse em comprá-lo. § 1º À notificação mencionada no caput será anexada proposta de compra assinada por terceiro interessado na aquisição do imóvel, da qual constarão preço, condições de pagamento e prazo de validade. § 2º O Município fará publicar, em órgão oficial e em pelo menos um jornal local ou regional de grande circulação, edital de aviso da notificação recebida nos termos do caput e da intenção de aquisição do imóvel nas condições da proposta apresentada. § 3º Transcorrido o prazo mencionado no caput sem manifestação, fica o proprietário autorizado a realizar a alienação para terceiros, nas condições da proposta apresentada. § 4º Concretizada a venda a terceiro, o proprietário fica obrigado a apresentar ao Município, no prazo de trinta dias, cópia do instrumento público de alienação do imóvel. § 5º A alienação processada em condições diversas da proposta apresentada é nula de pleno direito. § 6º Ocorrida a hipótese prevista no § 5º o Município poderá adquirir o imóvel pelo valor da base de cálculo do IPTU ou pelo valor indicado na proposta apresentada, se este for inferior àquele.

³⁴⁸ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Outorga onerosa do direito de construir: solo criado. In DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio. (Coord.) *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 221-244.

³⁴⁹ Art. 28. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário. § 1º Para os efeitos desta Lei, coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificável e a área do terreno. § 2º O plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana. § 3º O plano diretor definirá os limites máximos a serem

edificar acima do coeficiente de aproveitamento previsto nos termos do plano diretor e conforme a lei de zoneamento municipal, até o limite fixado pelas normas edilícias.

Registra-se a existência de algumas experiências precedentes ao estatuto urbano em algumas metrópoles brasileiras, como no Município de Porto Alegre, onde a compra de índice construtivo já se encontrava em vigor anteriormente à edição do Estatuto da Cidade.

De acordo com o instituto, o proprietário pode adquirir do Município, nas condições determinadas em lei, coeficiente de aproveitamento que pode ser implantado em outro local e, inclusive, ser objeto de transmissão a terceiros. Nesses casos, cabe ao Plano Diretor fixar o coeficiente de aproveitamento, isto é, a relação entre a área edificável e a área do terreno, assim como as áreas nas quais poderá ser utilizado, com a transferência do instituto do solo criado, ou seja, o coeficiente adquirido e os limites máximos permitidos para utilização desses índices excedentes.

Entre os novos instrumentos estabelecidos pelo Estatuto da Cidade³⁵⁰ merece destaque a denominada **operação urbana consorciada**, que compreende um tipo especial ou um conjunto de

atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área. Art. 29. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais poderá ser permitida alteração de uso do solo, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário. Art. 30. Lei municipal específica estabelecerá as condições a serem observadas para a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, determinando: I – a fórmula de cálculo para a cobrança; II – os casos passíveis de isenção do pagamento da outorga; III – a contrapartida do beneficiário. Art. 31. Os recursos auferidos com a adoção da outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso serão aplicados com as finalidades previstas nos incisos I a IX do art. 26 desta Lei.

³⁵⁰ Art. 32. Lei municipal específica, baseada no plano diretor, poderá delimitar área para aplicação de operações consorciadas. § 1º Considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental. § 2º Poderão ser previstas nas operações urbanas consorciadas, entre outras medidas: I – a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas edilícias, considerado o impacto ambiental delas decorrente; II – a regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente. Art. 33. Da lei específica que aprovar a operação urbana consorciada constará o plano de operação urbana consorciada, contendo, no mínimo: I – definição da área a ser atingida; II – programa básico de ocupação da

intervenções destinadas a transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental limitadas a uma região específica e a circunstâncias determinadas³⁵¹, orientada pela concretização das funções sociais da cidade.

Já o instituto da **transferência do direito de construir**³⁵² permite, mediante autorização em lei municipal, a alienação ou exercício em outro local do correspondente direito de construir nas situações especificadas no Estatuto da Cidade.³⁵³

Também inovou o Estatuto da cidade ao instituir o **estudo de impacto de vizinhança (EIV)**³⁵⁴, que encontra paralelo no Estudo de Impacto Ambiental, todavia, com ele não se

área; III – programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação; IV – finalidades da operação; V – estudo prévio de impacto de vizinhança; VI – contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em função da utilização dos benefícios previstos nos incisos I e II do § 2º do art. 32 desta Lei; VII – forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil. § 1º Os recursos obtidos pelo Poder Público municipal na forma do inciso VI deste artigo serão aplicados exclusivamente na própria operação urbana consorciada. § 2º A partir da aprovação da lei específica de que trata o caput, são nulas as licenças e autorizações a cargo do Poder Público municipal expedidas em desacordo com o plano de operação urbana consorciada. Art. 34. A lei específica que aprovar a operação urbana consorciada poderá prever a emissão pelo Município de quantidade determinada de certificados de potencial adicional de construção, que serão alienados em leilão ou utilizados diretamente no pagamento das obras necessárias à própria operação. § 1º Os certificados de potencial adicional de construção serão livremente negociados, mas conversíveis em direito de construir unicamente na área objeto da operação. § 2º Apresentado pedido de licença para construir, o certificado de potencial adicional será utilizado no pagamento da área de construção que supere os padrões estabelecidos pela legislação de uso e ocupação do solo, até o limite fixado pela lei específica que aprovar a operação urbana consorciada.

³⁵¹ LOMAR, Paulo José Villela. Operação urbana consorciada. In: DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio. (Coord.) *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 245-275.

³⁵² MONTEIRO, Yara Darcy Police; SILVEIRA, Egle Monteiro da. Transferência do direito de construir. In: DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio. (Coord.) *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 221-244.

³⁵³ Art. 35. Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de: I – implantação de equipamentos urbanos e comunitários; II – preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural; III – servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social. § 1º A mesma faculdade poderá ser concedida ao proprietário que doar ao Poder Público seu imóvel, ou parte dele, para os fins previstos nos incisos I a III do caput. § 2º A lei municipal referida no caput estabelecerá as condições relativas à aplicação da transferência do direito de construir.

³⁵⁴ MONTEIRO, Yara Darcy Police; SILVEIRA, Egle Monteiro da. Transferência do direito de construir. In: DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio. (Coord.) *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 221-244.

confundindo, pois se constitui em instituto específico de planejamento e desenvolvimento urbano, podendo ocorrer de ambos os estudos serem exigíveis concomitantemente.³⁵⁵

Os institutos referidos no Estatuto da Cidade e aqueles que a norma instituiu ou, ainda, deu nova conformação têm por finalidade última instrumentar a ordenação e o desenvolvimento das cidades, orientados pela concretização de suas funções sociais. Esses institutos trazem na sua própria estrutura *o telos* de realização das finalidades sociais das cidades.

³⁵⁵ Art. 36. Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal. Art. 37. O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões: I – adensamento populacional; II – equipamentos urbanos e comunitários; III – uso e ocupação do solo; IV – valorização imobiliária; V – geração de tráfego e demanda por transporte público; VI – ventilação e iluminação; VII – paisagem urbana e patrimônio natural e cultural. Parágrafo único. Dar-se-á publicidade aos documentos integrantes do EIV, que ficarão disponíveis para consulta, no órgão competente do Poder Público municipal, por qualquer interessado. Art. 38. A elaboração do EIV não substitui a elaboração e a aprovação de estudo prévio de impacto ambiental (EIA), requeridas nos termos da legislação ambiental.

CONCLUSÕES

1 - A função social, com o advento da Constituição Federal de 1988, constitui o elemento nuclear da ordenação e desenvolvimento das cidades, conformada pelos objetivos fundamentais de solidariedade e justiça social traçados na Constituição da República Federativa brasileira.

2 - A solidariedade social justifica a limitação do direito privado pelo direito público e ingressa na concepção das relações contratuais, nos direitos patrimoniais, notadamente no direito de propriedade. Estabelece uma nova configuração do direito subjetivo, da autonomia privada, do contrato, da propriedade e da liberdade de associação.

3 - Os institutos jurídicos passam a acolher, em seu próprio núcleo, os paradigmas da autonomia da vontade e da função social, a dar-lhes uma nova feição em formulação que possibilita a reconstrução desses institutos jurídicos de forma mais elástica, mais aberta.

4 - Isso se deu com a reelaboração do conceito de direito subjetivo e o relevo à solidariedade no sentido de responsabilidade do Poder Público, da sociedade e dos indivíduos pela existência e pelo bem-estar de cada um dos membros da sociedade, com reflexos no âmbito do direito constitucional e administrativo e na instrumentalidade do Direito.

5 - A função social dos institutos jurídicos constitui o substrato para a compreensão das funções sociais da cidade. O Plano Diretor, instrumento conformador da função social da propriedade é também o instrumento de concreção da política de desenvolvimento urbano cuja finalidade está

vinculada ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e à garantia de bem-estar da população. As funções sociais da cidade e a função social da propriedade determinam-se reciprocamente, numa implicação e complementariedade no sentido empregado por Miguel Reale.

6 - O art. 182 da Constituição Federal afigura-se como uma norma geral, dirigida ao legislador para que este institua, mediante lei, as diretrizes gerais da política urbana a ser executada pelos Municípios. Essas diretrizes são guiadas pelo princípio expresso no conceito indeterminado, compreendido na expressão 'funções sociais da cidade'.

7 - A norma regente do capítulo da política urbana configura uma diretriz ou uma norma-objetivo e também o princípio nuclear dessa política, define a teleologia, o escopo da ordenação do desenvolvimento urbano, valendo-se do conceito indeterminado das 'funções sociais'. Aqui o aspecto relevante da expressão 'funções sociais da cidade' introduzida no texto constitucional e expressão que tem estreito vínculo com as noções de dignidade humana, solidariedade, justiça social, bem comum e bem-estar.

8 - Possibilita, em interpretação sistemática com os direitos fundamentais, individuais, sociais e difusos, a proteção de inúmeras situações jurídicas, tais como a de dispor de políticas públicas de ordenação da cidade e a de acesso à moradia, ao trabalho, ao transporte, ao lazer, à segurança, à educação, à saúde e saneamento e respectivas infra-estruturas básicas.

9 - Como se enfatizou neste estudo, a cidade é o lugar próprio, o espaço da sociabilidade humana, da condição humana (Harend) e também da contradição humana (Morin), reflexo dos

valores e do próprio sentido da existência e constitui expressão máxima e o *lócus* da dimensão coletiva, transindividual e difusa dos direitos fundamentais em suas diversas gerações.

10 - As funções das cidades transcenderam a ciência da arquitetura e do urbanismo e ingressaram no âmbito do Direito e no texto do Constituição brasileira de 1988. As funções sociais da cidade constituem o princípio da política de desenvolvimento urbano a ser concretizada pelo Poder Público municipal, balizada pelas diretrizes gerais federais e de âmbito estadual e regional.

11 - A busca de uma noção mais abrangente e a identificação de outras funções urbanas implica responder a questão acerca das necessidades a que correspondem. Embora identificado um núcleo comum, a resposta deve ser encontrada para cada cidade em particular, observadas as suas peculiaridades, condições e diversidade.

12 - A percepção das funções sociais das cidades estreitamente imbricadas com as noções de dignidade humana, solidariedade, justiça social e de bem-estar dos habitantes como funções inerentes à própria noção de cidade possibilita a redução da margem de indeterminação do comando constitucional, permitindo contornos mais precisos à efetiva operatividade da norma estabelecida no art. 182. Esta vinculação torna possível densificar as funções sociais da cidade, nas suas múltiplas dimensões (espacial ou físico-territorial, sócioeconômica, cultural e política) e na correspondente conformação das políticas públicas para sua concretização.

13 - Possibilita uma releitura e uma mais adequada compreensão (Heidegger e Gadamer) da responsabilidade do Município e do Estado no desenvolvimento urbano.

14 - Permite que a avaliação, formulação e execução das políticas, obras e serviços públicos e as infra-estruturas correspondentes, indispensáveis ao bem-estar dos cidadãos e essenciais à concretização das funções sociais da cidade, tenha como foco os direitos fundamentais nas suas dimensões individual, social e difusa.

15 - As soluções apontadas pela Constituição Federal, no capítulo da Política Urbana, e em nível infraconstitucional, pelo Estatuto da Cidade, conferem relevância para a conformação de políticas públicas responsáveis a serem construídas, combinando responsabilidade social e responsabilidade fiscal, abrangendo o conjunto das funções sociais da cidade nas suas diversas dimensões.

16 - As disfuncionalidades das cidades ocorrem nas dimensões espacial (físico-territorial), sócio-econômica e política e, ainda, quanto aos aspectos financeiros e fiscais. A disfunção presente na maioria das cidades brasileiras é representada por parte da cidade com padrão de primeiro mundo e parte desenvolvida ao largo da legislação e do planejamento urbano, ocupada de forma irregular, clandestina, e pelas favelas.

17 - A cidade ilegal mais do que disfuncional representa uma função negativa da cidade, com ausência de infra-estrutura e serviços urbanos, inclusive de saneamento básico, apresentando riscos ambientais de alagamentos, desmoronamentos e alta deficiência habitacional, de serviços públicos essenciais e uma violência crescente.

18 - Essa disfuncionalidade tem servido para manter relações políticas arcaicas, relações clientelistas e de favor.

19 - Para combater as disfuncionalidades urbanas e concretizar as funções sociais das cidades na ordenação do desenvolvimento urbano, o Estatuto da Cidade estabeleceu como núcleo de suas diretrizes, a sustentabilidade das cidades, a gestão democrática, o planejamento e a cooperação, e para este fim, indica e institui um conjunto de institutos jurídicos, tributários e financeiros.

20 – A política de desenvolvimento urbano, tendo como diretriz ou norma-objetivo, a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades, em interpretação sistemática com os direitos individuais, sociais e de natureza difusa, enseja a proteção de inúmeras situações jurídicas. Em decorrência, impõe obrigações: a) ao legislador, correspondentes ao direito a prestações normativas destinadas à instituição das referidas políticas, de acordo com as normas constitucionais e infraconstitucionais; b) ao administrador, no sentido de lhe ser exigível a prática dos atos administrativos de criação de estruturas para a formulação de políticas públicas voltadas para a concreção desses princípios e diretrizes constitucionais e legais, sua execução e fiscalização, e c) ao julgador, de declarar a inconstitucionalidade de normas que afrontem esses princípios e determinar, em situação concreta de omissão estatal, a atividade prestacional objeto da omissão do administrador, nomeadamente quando essas políticas públicas estiverem vinculadas a direitos e garantias fundamentais, sociais e ambientais como, em grande parte, ocorre com as funções sociais da cidade.

22 - Os instrumentos constitucionais e legais constantes no capítulo constitucional da política urbana e no Estatuto da Cidade permitem ao legislador, ao administrador e ao Judiciário, nas suas respectivas áreas de atuação, contribuir para a correção das cidades e metrópoles disfuncionais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático*. Palestra proferida na Escola Superior da Magistratura Federal, em 1998. Traduzida pelo Prof. Dr. Luís Afonso Heck, texto digitado.
- _____. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Posse: evolução histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- ARISTÓTELES. *A política*. Bauru, São Paulo: EDIPRO, 1995.
- _____. *Ética a Nicômacos*. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, 1992 Livro V.
- ARNAUD, André-Jean, DULCE, Maria José Farinas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ATALIBA, Geraldo. Progressividade do imposto urbano. *Direito, n. 2*. Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito PUC-SP. São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 171-181.
- ATIENZA, Manuel. *As razões da argumentação jurídica: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, 151-179, jan./mar. 1999.
- _____. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, n. 17, p. 15-56. out. 2003.
- _____. *O positivismo jurídico contemporâneo*. São Leopoldo: Edunisinos, 1999.
- BENEVOLO, Leonardo. *História da cidade*. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- _____. *As origens da urbanística moderna*. Lisboa: Dimensões, 1987.

BERTOLO, Rozangela Motiska. A coisa julgada nas ações coletivas. *In*: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Org.). *Eficácia e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 293-316.

_____. Os princípios de direito ambiental na perspectiva do modelo dos princípios e das regras', *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 22, n. 38, p. 45-72, 2º sem. 2005.

_____. Democracia e subsidiariedade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v.22, p. 412-424, set. 2002.

_____. *As fontes jurídicas no MERCOSUL e a proteção ambiental*. Disponível em <<http://www.tce.mt.gov.br>> XXI Congresso dos Tribunais de Contas. Acesso em 06 set. 2002.

_____. Direito urbanístico e constituição. *Dissertação de Mestrado*. Porto Alegre, 1998.

_____. A Teoria dos modelos em Miguel Reale e Karl Renner'. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 10, p. 28-38, jul. 1994.

_____. A função social da propriedade. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n. 28, p. 218-228, 1992.

BENJAMIN, Antônio Herman (Org.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: RT, 1993.

_____. Função ambiental. *In*: BENJAMIN, Antônio Hermann V. (Coord.) *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 9-82.

BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Dalla struttura alla funzione*. 2. ed. Milano: Di Comunità, 1984.

_____. *Locke e o direito natural*. Brasília: Ed. UnB, 1997.

BRASIL. *Código Civil*: mensagem de 1975. Exposição de Motivos de Miguel Reale. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2002.

BRITTO, Carlos Aires, MONTE ALEGRE, Jose Sergio. Desapropriação indireta: inconstitucionalidade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 74, p. 242-257, abr./jun. 1985.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.34, n.133, p. 89-98, jan./mar. 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Protecção do ambiente e direito de propriedade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CARTA de Atenas de novembro de 1933. Assembléia do CIAM – Congresso Internacional de Arquitetura Moderna, item 77. Disponível em:
<<http://www.Iphan.gov.br/legislac/cartaspatrimoniais/atenas>>. Acesso em 21 jan. 2005.

CHACON. Wamireh. *Vida e morte das constituições brasileiras*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CHOAY, Françoise. *O urbanismo: utopias e realidades, uma antologia*. São Paulo: Perspectiva, 1992.

CHUECA GOITIA, Fernando. *Breve história do urbanismo*. Lisboa: Presença, 1992.

CLAVERO, Bartolomé. *Historia del Derecho Común*. Salamanca: Universidad, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, p.73-87, jan./jun. 1998.

_____. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, 39-48, abr./jun. 1998, p.39-48.

_____. Planejar o desenvolvimento: perspectiva institucional. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 88, out./dez. 1988.

COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista da PGE*, Porto Alegre, n. 57. p. 93-106, dez. 2003, *Cadernos de Direito Público Almiro do Couto e Silva*.

_____. O princípio da segurança jurídica (protecção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 33-74, dez 2003, *Cadernos de Direito Público Almiro do Couto e Silva*.

_____. Romanismo e germanismo no Código Civil brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre, n. 57, p. 295-313, dez. 2003, *Cadernos de Direito Público Almiro do Couto e Silva*.

COUTO E SILVA, Clóvis do; MOREIRA ALVES, José Carlos; CAETANO, Marcello; ALMEIDA COSTA, Mário Julio de. *Estudos de direito civil brasileiro e português: I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil*. São Paulo: RT, 1980.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (Org.) *Estatuto da cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002.

DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Temas de direito urbanístico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1.

DESCARTES, René. *Discurso do método: meditações*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

DI PIETRO, Maria Sylvania. Concessão de uso especial para fins de Moradia. In DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio. (Coord.) *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 152-170.

O DIREITO civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de. (Org.) *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho*. Buenos Aires: Heliasta, [s.d.]

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social; As regras do método sociológico; O suicídio; As formas elementares da vida religiosa*. Seleção de textos de José Arthur Giannotti; tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura [et al.], São Paulo: Abril Cultural, 1983.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1999.

_____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1977.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do direito*. Brasília: UnB, 1986, c1967.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

ESTUDOS de Direito Civil Brasileiro e Português: I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FARIA, José Eduardo. (Org.) *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

FERNANDES, Edésio. (Org.) *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *Novo Aurélio Século XXI*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. (Org.) *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FREITAS, Juarez. Funcionalismo e estruturalismo: diálogo com o pensamento jurídico de Norberto Bobbio. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n.53, 1991.

_____. *A interpretação sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRIEDMANN, W. *El Derecho en una sociedad en transformación*. México. Fondo de Cultura Económica, 1966.

_____. *Legal Theory*. London: Stevens e Sons, 1960.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 2002.

GASPARINI, Diógenes. Direito de preempção. In: DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio. (Coord.) *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 192-219.

GIERKE, Otto von. *La función social del derecho privado - La naturaleza de las asociaciones humanas*. Madrid: Sociedad Ed. Española, 1904.

GOMES, Orlando. Novas dimensões da propriedade privada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 411, p. 9-14, jan. 1970.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GROSSI, Paolo. *Historia del derecho de propiedad*. Barcelona: Ariel, 1986.

GUIMARÃES, Guilherme Cintra. O direito administrativo e a reforma do aparelho do estado: uma visão autopoietica. In PEREIRA, Cláudia Fernanda. (Org.) *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 51-111.

HARRIS, Elizabeth Davis. *Le Corbusier: riscos brasileiros*. São Paulo: Nobel, 1987.

HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 781, p.71-78, nov. 2000.

HOBBS. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

ISTANBUL Declaration on Human Settlements. Disponível em: <<http://www.unhabitat.org/unchs/english/hagenda/ist-dec.htm>>. Acesso em: 23 abr. 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

_____. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In SARLET, Ingo W. (Org.) *A constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-60.

_____. Municípios brasileiros e alemães na proteção do meio ambiente. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 6, 1994.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

LE GOFF, Jacques. *Por amor às cidades*. São Paulo: UNESP, 1998.

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

LOMAR, Paulo José Villela. Operação urbana consorciada. In: DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio. (Coord.) *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 245-275.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I e II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana*. Petrópolis: Vozes, 2001.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Outorga onerosa do direito de construir: solo criado. In DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio. (Coord.) *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 221-244.

MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 22, p. 47-83, set. 2002.

_____. Cem anos de Código Civil Alemão *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 741, p. 11-37, jul. 1997.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 15, p. 129-154, 1998.

_____. Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS COSTA, Judith (Org.) *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS COSTA, Judith (Org.) *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. (Coord.) *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001: comentários*. São Paulo: RT, 2004.

MELA, Alfredo. *A sociologia das cidades*. Lisboa: Estampa, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 14, n. 57-58, p. 233-256, jan./jun. 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MILARÉ, Édis. Princípios fundamentais do direito do ambiente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 756, p. 53-68, out. 1998.

MOREIRA, Mariana. A história do Estatuto da Cidade. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (Org.) *Estatuto da cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 27-43.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORENO, Júlio. *O futuro das cidades*. São Paulo: SENAC, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (org.). *Eficácia e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

OSÓRIO, Letícia Marques. (Org.) *Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

OUTHWAITE, William; BOTTOMORE Tom. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

PANIZZI, Wрана Maria. *A estrutura metropolitana: seu apoio institucional*. Dissertação de mestrado. Porto Alegre: PROPUR/UFRGS, 1977.

_____. Áreas de invasão: lugar de moradia provisória. In PANIZZI, Wрана; ROVATTI, João. (Org.) *Estudos urbanos: Porto Alegre e seu planejamento*. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS/Prefeitura Municipal de Porto Alegre, 1993, p. 357-368.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PÓS-MODERNIDADE. In: *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*, Paris: Dalloz, 1996.

PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. – PGM/PMPA. Escola Superior de Direito Municipal. *Avaliando o Estatuto da Cidade*. II Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico. Porto Alegre: Evangraf, 2002.

RAISER, Ludwig. O futuro do direito privado. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 25, v. 9, p.11-30, 1979.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel O sentido social da usucapião especial In: *TEORIA e prática do direito*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *A nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *O projeto do Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Teoria e prática do direito*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Teoria tridimensional do direito*, São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. A doutrina de Kant no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 43, p. 51-96, 1948.

RENNER, Karl. *The institutions of private law*. London: Karl Mannheim, 1949.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. O princípio constitucional da função social da propriedade. *In Direito administrativo contemporâneo: Estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

RODOTÀ, Stefano. *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. Traduzida para o espanhol por Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1986.

ROLNIK, Raquel. *O que é cidade*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SALDANHA, Nelson Nogueira. *História das idéias políticas no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2001.

SANTOS, Milton. *O Brasil: território e sociedade no início do século XXI*. Rio de Janeiro, São Paulo: Record, 2004.

_____. *O espaço dividido: os dois circuitos da economia urbana dos países subdesenvolvidos*. São Paulo: EDUSP, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Diálogo Jurídico*, v.1, n.4, p. 1-18, jul. 2001.

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

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997.

TAMER, Sérgio Victor. *Atos políticos e direitos sociais nas democracias*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

TREVES Renato. *Sociologia do direito: origens, pesquisas e problemas*. São Paulo: Manole, 2004, p. 330.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio-ambiente*. Porto Alegre: Fabris, 1993.

VARELA, Laura Beck, A tutela da posse entre abstração e autonomia: uma abordagem histórica. ALVES, José Carlos Moreira. *Posse: evolução histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1977.

VILLEY, Michel. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1962.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Ed. UnB, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

_____. *The theory of social and economic organization*. NY: Oxford University Press, 1922.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil'. In MARTINS COSTA, Judith. (Org.) *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 843-861.