

9º seminário docomomo brasil
interdisciplinaridade e experiências em documentação e preservação do patrimônio recente
brasília . junho de 2011 . www.docomomobsb.org

A função social da propriedade & o plano diretor

José GALBINSKI*

* Ph.D. - Cornell University
Post-Doctor, City University of New York

galbi@terra.com.br

Resumo

Este trabalho abre uma discussão sobre o conceito de “função social da propriedade” tal como comparece no texto Constitucional-Art.182º, com vistas aos Planos Diretores Municipais. Em uma primeira leitura, a inclusão da expressão poderia ser atendida como um avanço. No entanto, esta parece ser uma conclusão apressada: conforme incluída na Carta Magna, a expressão tem um conteúdo ambíguo, por vezes vazio e sua vinculação aos planos diretores representa um retrocesso, um retrocesso cognitivo.

A Constituição Brasileira, estabelece que propriedade urbana “cumpra sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” . Este dispositivo confere atributo indevido ao Plano Diretor, agora revestido da função de guardião da função social. Contudo, são vastamente conhecidas as limitações dos planos diretores, tal como concebidos no Brasil nos últimos vinte e cinco anos, cuja produção foi estimulada pela captação de recursos externos às finanças municipais e, por vezes, por interesses pouco republicanos.

Palavras-Chave: Função-social, Plano-Diretor, Propriedade, Conceito.

Abstract

This paper opens a discussion about the concept of "the social function of land" as is found in constitutional text, Art. 182 as pertains to Municipal Master Plan. At first glance, it appears the term could be well received and perceived as forward. As it appears in the Carta Magna the term has an ambiguous quality and its association to the Municipal Master Plan might be misleading. The Brazilian Constitution establishes that urban land "fulfills its social obligations when addresses the fundamental needs of the city as mentioned in the Municipal Master Plan. This attributes too much to the Master Plan which seems to have been granted the inappropriate stature guardian of social interest, which is a mistake. The limitations of the Municipal Directive Plans conceived in Brazil during the past 25 years are vastly known, its very conception being stimulated by the reach of federal resources and often by unorthodox interests.

1. Introdução

A função social é o valor fundamental -o princípio- que norteia a norma; o conceito que justifica a limitação do poder sobre a propriedade da terra; O conceito em si é generalista e permanente, ao passo que a norma -o plano diretor- é específico e temporal.

O conceito de função social da propriedade tem suas raízes históricas nos conflitos gerados pelo crescimento das cidades, em especial ao longo do século XIX, e foi desenvolvido no quadro do chamado direito urbanístico. Tema de grande atualidade tem uma moldura meta-jurídica.

Nas cidades gregas reconhecia-se o direito-absolutista na âmbito do domínio privado e o direito-compartilhado no âmbito do domínio público. Esta dicotomia foi abordada por Hanna Arendt¹, que nos chama a atenção para os sentimentos de repulsa dos patrícios pelo trabalho destinado a subsistência, o labor, realizado na esfera privada. Por outro lado, conferiam um alto status de humanidade às atividades políticas, desenvolvidas no âmbito do domínio público. Dai as diferenças de tratamento.

Como conhecemos hoje, o conceito de propriedade funda-se no direito romano e está, em parte, superado como afirma Eurico Azevedo². O direito romano confere poder absoluto ao proprietário, especialmente ao proprietário rural. Igualmente na Idade Média, o direito de propriedade era absoluto e se estendia não só à terra, mas a tudo que se movesse sobre ela. Na realidade, estes cânones legais tinham como modelo as propriedades rurais isoladas.

Com o advento do capitalismo e conseqüente crescimento das cidades, o regeste da liberdades individuais emergiu como tendência progressista no quadro vigente de poder absolutista. Os teóricos do novo modo de produção criam a noção do laissez-faire; pensadores liberais, como Adam Smith, John Stuart Mill e o contemporâneo Milton Friedman, defendem a total liberdade do individuo em promover o uso que lhe parecer mas apropriado para sua propriedade. Em sua famosa passagem Adam Smith³ afirma “Ao perseguir seu próprio

interesse o produtor individual frequentemente promove os interesses da sociedade mais efetivamente do que quando ele propositadamente intenta promover-los ...” (tradução livre).

Como se pode observar, mesmo os clássicos do liberalismo não dispensam a transcendência da noção de “interesse da sociedade” ou seja, da destinação teleológica da propriedade. A questão que se coloca hoje é, pois, de divergência metodológica: a sociedade contemporânea exige a imposição de limites e deveres à propriedade -sua função social- para assegurar que aqueles “interesses de sociedade” sejam efetivados. Neste sentido, Papa Paulo VI afirma em sua Encíclica *Populorum Progressio*(1956) que são necessários programas sociais para

1. Hannah Arendt, *the Human Condition*. Chicago. Chicago University Press, 1958.
2. Eurico de Andrade Azevedo, “Direito de Propriedade e Planejamento Urbano”, mimeo, 1986.
3. Adam Smith, *The Wealth of nations*. Nova York, Random House, 1937. 1a ed, 1776.

assegurar a justiça e o bem-estar social que não seriam atingidos pelo simples jogo dos interesses de mercado e da iniciativa individual.

A literatura marxista contrapõe à noção de *laissez-faire*, a idéia do planejamento centralizado da sociedade. Mas o conceito da função social da propriedade não recebe tratamento algum, de vez que a propriedade privada é rejeitada por princípio ideológico.

Na opinião de Candido Malta⁴ o “*principio da função social da propriedade, cujo objetivo é a realização do desenvolvimento econômico e da justiça social, tem por fim assegurar o uso produtivo, para a sociedade, da propriedade imobiliária, seja ela publica ou privada, e a não obtenção, pelos proprietários privados, de ganhos decorrentes do esforço de terceiros pertencentes à comunidade*”. Aqui, podemos entender que os usos produtivos se referem á utilização da propriedade, afim de ser evitar a “ociosidade do solo edificável”.

Corroborando com esta interpretação, Ari Sundfeld⁵ defende que o “...principio da função social é o fundamento para a imposição do dever de utilizar a propriedade.” Mais adiante afirma que “a função social é um dos fundamentos de legitimação da propriedade”. Neste ponto, seu pensamento coincide com o do filósofo John Locke⁶ para quem o trabalho é a fonte de legitimação da propriedade. Note-se que ambos os autores referem-se à função social como um princípio de utilização, não como norma.

Conforme Léon Duguit⁷, a noção de “propriedade função-social” surge em contraposição ao direito individualista, pois “*tendo o proprietário o direito de usar, gozar e dispor teria o direito de, ao inverso, não usar, não gozar, não dispor, deixando as terras sem cultivo, os terrenos urbanos sem construção, as casas sem locação*”. Aqui, mais uma vez comparece o conceito de função social vinculado à utilização do bem imóvel.

O sentido geral dos posicionamentos dos autores que têm se debruçado sobre esta questão é o de conferir uma base de legitimação ética ao dever de utilização de propriedade. A Função Social da Propriedade é pois um princípio constitucional. De acordo com Profa. Gisele Leite⁸ princípios constitucionais “*São aqueles que guardam valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações*

específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico.” Como tal deveria ter sido listado ao lado dos demais princípios constitucionais no Art.1º -Dos Princípios Fundamentais e não ter sido incluído no Art.182º, da mesma maneira que os demais princípios constitucionais não são citados.

Vejam, agora, como princípio da função social da propriedade comparece no texto constitucional.

4. Cândido Malta Campos Filho, “Parâmetro mínimo para a Constituinte”. *Arquitetura e Urbanismo*, no 7, p.109, ago. 1986.
5. Carlos Ari Sundfeld, “Função social da propriedade”. In Dallari e Figueiredo (org.), *temas de Direito Urbanístico*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987.
6. John Locke, “Property and the Limits of Government”. In John Arthur (org), *Morality and Moral controversies*. New Jersey, Prentice- Hall, 1981.
7. Citado em Sundfeld, op. cit., p.3.
8. Gisele Leite, Princípios Constitucionais, in *Diálogos Jurídico*
(<http://www.giseleleite.prosaverso.net/publicacoes.php>)

2. O Art.182º & Plano Diretor

O plano diretor é um importante instrumento legal para a documentação e preservação do movimento moderno. Não são poucos os municípios que inserem em seus planos diretores seções voltadas a esta questão.

Uso, como empregado nos planos diretores refere-se aos tipos de atividades permitidas/proibidas em uma determinada área urbana. A idéia de uso em planejamento tem sentido prospectivo, pois implica em um projeto. Ao passo que a idéia de utilização sugere a efetivação do uso, o ato de fazer uso, ou a concreção do uso no passado e no presente. Como depreende-se da leitura do artigo constitucional, o conceito da função social foi empregado no sentido de utilização e não o do uso. Não importa à função social qual o tipo de uso mas sim que a propriedade não permaneça “não edificada, subutilizada ou não utilizada” (Art.182º,§4º).

A Constituição não define nem qualifica a função social da propriedade, como os demais princípios constitucionais, mas atribui ao Plano Diretor a faculdade de identificar sua presença ou ausência, ao dizer que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências do plano diretor” (Art.182º,§2º). Cabe destacar aqui, dois aspectos: para os fins normativos, que determinam os usos permitidos é o bastante afirmar que a propriedade deve atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade como expressas no plano diretor, conforme textualmente exige o citado artigo, sem a necessidade de se referir à função social; ao tratar da utilização do “solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado” e suas decorrentes penalidades o texto, acertadamente, dispensa referência à função social.

Ao se estabelecer esta inusitada relação, a função social fica esvaziada de seu real conteúdo, contraria sua origem conceitual e transfere para o plano diretor suas atribuições, ao mesmo tempo em que retira o aval de legitimação ética do §4º. O correto é afirmar que a propriedade deve obedecer ao disposto em lei, isto é, ao plano diretor, caso contrário, sofrerá os efeitos punitivos previstos. Ao afirmar que a propriedade cumpre com sua função social ao obedecer ao disposto no plano diretor o legislador estabelece a igualdade entre a norma e o princípio, o que carece de fundamento lógico. Ao estabelecer a relação direta entre o princípio -a função social da propriedade- e a norma -o plano diretor- perde-se em conteúdo pois pressupõe-se a permanência da norma enquanto ela é, em verdade, mutante. Esta atribuição contamina o plano diretor com o peso da longa permanência.

No caso da propriedade rural, sua função social está condicionada, explicitamente, a critérios de utilidade (Art.186º). Nesta área foi mantida a coerência conceitual. Ainda assim, pode-se observar uma flagrante falha de relacionamento da esfera rural com a urbana, pois os critérios aplicados à propriedade rural não guarda parentesco com aqueles aplicados às propriedades urbanas. Ao contrário do que se exige da propriedade urbana, que precisa atender às prescrições do plano diretor, nenhuma referência é feita a qualquer tipo de

planejamento rural e, o que é mais grave, a qualquer planejamento espacial. As exigências de “aproveitamento racional e adequado” são restritas à economia interna de cada propriedade. Na esfera do rural continua a predominar o laissez-faire e a livre iniciativa clássica. Se fosse para legislar isonomicamente, também deveriam ser exigidos planos rurais para municípios de mais de 20.000 habitantes. Mas o ponto fundamental reside no fato de se dar contornos estritamente urbanos aos planos diretores e que as áreas rurais sejam mantidas intocáveis, como se a propriedade rural constituísse uma categoria territorial à parte e não se localizasse no mesmo espaço sócio-econômico das propriedades urbanas. Acresce que o patrimônio cultural do movimento moderno não reside somente nas cidades. Não se deveria conceber um plano diretor sem incorporar a totalidade do território municipal. Os traçados das redes de transporte, de captação de água, de transmissão de energia, para não falar da própria expansão urbana, tomam lugar no meio rural. Se estes argumentos não fossem suficientes, bastaria lembrar que a estratégia da produção agrícola para consumo local depende das localizações espaciais das atividades urbanas. Os critérios para a propriedade urbana não guardam nenhuma interface com os requisitos da função social da propriedade rural, criando obstáculos ao planejamento territorial. Urge, portanto, que se reconheça a indissolubilidade das áreas rural/urbano e se amplie a abrangência do plano diretor para abarcar o conjunto do espaço territorial municipal.

3. Conclusões

*O Plano Diretor não é o depositário fiel da
Função Social da Propriedade.*

As mudanças de valores ocorrem lentamente no decurso de gerações, enquanto que na estratégia espacial da sociedade, as mudanças ocorrem continuamente. As exigências de adaptações, alterações ou transformações ocorrem em decorrência de inúmeros fatores tais como o atendimento das necessidades reprimidas de consumo, a absorção de novas tecnologias e mesmo as freqüentes mudanças do cenário político. Conseqüentemente, o plano diretor não deve ser visto como algo estático, mas sim como processo dinâmico e permanente de planejamento, respondendo aos interesses de organização espacial da sociedade. Este processo, do qual os planos diretores são, tão somente, expressões pontuais no tempo, deve refletir as constantes mudanças das necessidades e aspirações da sociedade, em um quadro de respeito e de responsabilidade com relação ao patrimônio imobiliário urbano, herdado ou em realização. Portanto, um processo de superação/renovação ao longo do tempo. Um contínuo re-desenhar de novas e sucessivas totalidades urbanas, cuja temporalidade não deverá jamais ser fixada para que sejam “eternas enquanto durem”, parafraseando o “poetinha” Vinícius de Moraes.

O novo atributo ético do Plano Diretor, ao conferir uma aura de intangibilidade e permanência ao que deveria, ao contrário, ser acessível à crítica e sensível à dinâmica social é um retrocesso.