

**DIREITO DE PROPRIEDADE  
E DIREITO DE CONSTRUIR**



## Márcia Walquiria Batista dos Santos\*

### 1 Introdução

O direito de propriedade e o direito de construir são tópicos de uma ampla discussão na área de Direito Urbanístico.

Desde logo é inegável a polêmica existente em torno do tema, visto que os poucos autores que se preocupam em estudar as raízes do Direito Urbanístico, ora divergem, ora concordam em relação a tal.

Historicamente, a propriedade tinha como característica principal a exclusividade e por conseqüência, traduzia um direito essencialmente individualista.

Este panorama modificou-se no momento da Revolução Francesa que, através dos ideais de abolição de diferenças sociais, inseria o espírito do liberalismo na sociedade. Após a Grande Guerra, a propriedade adquire uma função social, sendo admitida, quando necessário, limitações de propriedade em prol da coletividade.

Em síntese, o direito de propriedade trouxe o instituto da função social da propriedade. Tal instituto consiste na utilização da propriedade urbana na realização de interesses sociais.

Mister se faz separar o Direito de propriedade do direito de construir, não se ignorando o fato de que o detentor do domínio deseja utilizar todos os poderes inerentes à sua propriedade, inclusive o direito de construir.

Em derradeiro, oportuno se torna dizer que tal tema não consiste apenas na análise do Direito de propriedade e sim, numa análise da integração dos fatores que o compõe, sendo estes fatores sociais, econômicos ou culturais.

\* Procuradora da Universidade de São Paulo. Doutora em Direito Público pela Faculdade de Direito da USP. Professora no curso de Pós-Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora de Direito Administrativo na Universidade da Cidade de São Paulo – Unicid. Membro do Centro de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – Cedau. Ex-procuradora do Município de Florianópolis.

## 2 Urbanística e urbanização: noções

O assentamento humano, o desenvolvimento e a modificação das cidades são pontos estudados pela urbanística, que possui esse nome devido à derivação latina da palavra *urbs*, que significa cidade. Dessa forma, tudo que é relativo à fixação do homem no espaço e que está ligado à geografia, demografia, planificação e construção nas cidades é estudado pela urbanística.

A imposição de limites às atividades do cidadão e de sua comunidade, é realizada por uma normatização jurídica que esclarece a todos o que é ou não possível ser feito na área urbanística. Por esses elementos temos o surgimento do Direito Urbanístico.

A vida coletiva e a associação entre as pessoas, traz a necessidade da organização local e, como efeito, surgem as civilizações que mantêm o direito individual associado à coletividade.

Com o crescimento das aglomerações, surge a necessidade da organização política, assim nasce a raiz do Estado que busca colocar ordem em uma comunidade e, ao mesmo tempo, atender às deficiências que nesta se criam. Dessa maneira não se confundem construções com construções urbanísticas.

De outra parte, a urbanística não é, de fato, apenas a soma dos monumentos e das casas (produto arquitetônico), mas é a visão unitária e bisonha da vida da comunidade, que não é feita somente de construções, mas também, de implantação de espaços úteis, de conceitos organicamente harmônicos, coadunando-se com as exigências dos particulares, em concordância com a comunidade inteira (Santos, 1998, p.226).

O Direito Urbanístico surge com a regulamentação, a legislação da disciplina urbanística, que no seu freqüente estudo de fenômenos demográficos e econômicos, mostra, cada vez mais, a necessidade da conquista de um espaço mais amplo pelo homem, com intuito da construção de equipamentos coletivos essenciais, os quais podemos citar as áreas verdes e as áreas de lazer.

O que caracteriza, pois, tanto a urbanística, como o Direito Urbanístico, é a intervenção estatal que objetiva um ordenamento dos espaços potencialmente habitáveis e urbanizáveis.

## 3 Origem e evolução da propriedade e do direito de propriedade

É evidente que os seres humanos possuem necessidades vitais, ou seja, o homem deseja possuir aquilo que é indispensável à vida. Desse sentimento, surge, naturalmente, o desejo da apropriação de bens materiais considerados essenciais, pelos próprios homens. Por tais razões, surge a noção primordial do que viria a ser a propriedade.

Para os povos nômades, a propriedade era coletiva: ao mesmo tempo que a terra pertencia a todos, as tarefas da comunidade eram divididas entre seus membros.

O direito de propriedade vem de muito tempo, não sendo, assim, fato contemporâneo. Isso se justifica pelo fato de o Código de Hamurabi, o Código de Manu, o Decálogo e a Lei das XII Tábuas conterem regras de proteção à propriedade.

A Idade Média foi marcada pelo desmembramento das prerrogativas inerentes à propriedade, mas, no final deste período, ocorreu a volta da especulação da propriedade, já que neste momento houve uma intensificação das trocas e do comércio.

Posta assim a questão, é de se dizer que a propriedade foi realmente garantida no artigo 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o qual designa a propriedade como um direito inviolável e sagrado, assim, ninguém pode se privar dela, a não ser em caso de necessidade pública comprovada e sob a condição de justa e prévia indenização.

Ainda nesta declaração, no artigo 2º, a propriedade é colocada como um direito natural e imprescritível do homem. Desta forma, durante a vigência do Estado liberal, a propriedade era prevista nas constituições como um direito da pessoa.

Com a consolidação do Estado social, a propriedade passou a ser enfocada com caráter social, surgindo, deste modo, a vontade do legislador e da Administração Pública entre a vontade do particular e os bens.

Analizando brevemente o ordenamento jurídico italiano, Nicola assine compara o artigo 29 do Estatuto Albertino (“toda propriedade, sem nenhuma exceção, é inviolável”) com o artigo 42 da Constituição Federal italiana de 1947:

A propriedade é pública ou privada. Os bens econômicos pertencem ao Estado, à entidade ou a particulares [...]. A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, a qual prescreve os respectivos modos de aquisição e de gozo e os limites a que está sujeita, a fim de se realizar a sua função social e de tornar acessível a todos.

Percebe-se o caráter da função social da propriedade. A partir daí, a Itália mostrou uma forte evolução legislativa com relação à matéria urbanística: leis foram aprovadas e dentre elas, algumas passaram a dar disciplina jurídica a setores particulares. Do exposto, nota-se a evolução do direito de propriedade e, por conseguinte, do Direito Urbanístico.

Já na Espanha, existem leis internas que regulam este instituto ocasionando a marcante socialização do solo espanhol.

De acordo com o artigo 33 da Constituição Espanhola de 1978, o Estado não pode apropriar-se do solo particular, porém, torna-se possível a este delimitar o conteúdo da propriedade, criando um solo voltado para o interesse público e vetando assim, qualquer intenção especulativa.

Unindo o artigo anterior ao artigo 47 que prevê utilização do solo espanhol pelos seus cidadãos para habitação digna e adequada além da regulamentação desta utilização pelo poder público, concluímos que a competência outorgada à Administração Pública é quase ilimitada, apenas estando condicionada ao próprio poder público. A Administração detém o poder de polícia e assim determina as regras para a atuação de particulares, não podendo, obviamente, haver afastamento do interesse público.

Tal interesse foi defendido na Lei espanhola do Solo e Ordenação Urbana de 12 de maio de 1956. Seu histórico nos remete ao Direito espanhol, no qual ao poder público era conferida a responsabilidade da ordenação urbanística de todo o território.

Como foi dito anteriormente, de acordo com Enterría e Alfonso (1981, p.425 et seq.):

a Lei do Solo de 1956 configurou a ordenação urbanística como função pública: configuração que supunha a *publicatio* do âmbito delimitado pela transformação, aproveitamento e utilização do solo, além do que, decorre diretamente, de sua natureza própria, deixando reduzido o direito de propriedade a seu conteúdo nuclear de uso e desfrute do bem conforme a sua natureza intrínseca (Santos, 1998, p.231).

Após tais observações, tenha-se presente que há uma forte dissociação entre direito de propriedade e direito de construir.

Mundialmente falando, a função social da propriedade fora tratada nas constituições federais do México e da Alemanha de Weimar, e em 1934, foi abordada no Brasil.

A Constituição de 1988 se refere à função social da propriedade em seu artigo 5º, inciso XXIII e artigo 182, § 2º. No entanto, tem-se o artigo 5º, inciso XXII, que garante a propriedade como direito individual do homem.

Há uma divergência com relação à propriedade: Como pode esta ter caráter individualista e social ao mesmo tempo?

As propriedades são poderes que se exercitam não exclusivamente, e no interesse de seus titulares, mas também de terceiros, dentro de um clima de prudente arbítrio (Grau, 1988, p.132).

A função social da propriedade, em suma, determina a utilização desta no atendimento dos interesses sociais e merece proteção de direito, mesmo que, às vezes, isso seja contra a vontade do proprietário. O artigo 182, § 2º, da mesma Constituição, ressalta que a propriedade, na sua função social, deve atender exigências necessárias para ordenação da cidade, as quais estiverem discriminadas num plano diretor.

Destarte, o Poder Público pode intervir na propriedade em prol de sua comunidade para que melhorias sejam realizadas. Deste modo, utiliza-se da desapropriação, requisição, ocupação temporária, tombamento, dentre outras formas de intervenção estatal.

#### **4 Relações entre o direito de propriedade e o direito de construir**

Desde os tempos mais remotos, temos que o direito de propriedade permite o uso, gozo e a disposição do bem sobre o qual incide; assim, os direitos são considerados limitados e estão baseados em dispositivos legais referentes ao direito de propriedade.

De acordo com urbanistas, o direito de propriedade é a área do Direito na qual se especifica a tão falada função social da propriedade. Desse modo, a nova Ordem Constitucional do Brasil determinou uma maior intervenção do poder público nessa área, desde que permitiu que a municipalidade construa, todo o complexo de deveres que formarão a função social. Por esse meio, o Município poderá limitar o exercício das faculdades do direito de propriedade, mas nunca poderá inviabilizá-lo.

Em síntese, autores da área urbanística assinam que a Lei do Solo de 1956, ao configurar a ordenação urbanística como função pública, estabeleceu um mecanismo de separação do direito de propriedade do direito de construir.

## 5 Conclusão

Com base nas análises anteriormente expostas, temos que, o direito de construir não é absoluto, já que está ligado ao interesse da coletividade através da função social da propriedade e da ordenação urbanística do uso do solo. Pode-se concluir que, ao se falar em direito de construir, deve-se analisar detalhadamente a relação deste com o direito de propriedade, condicionado ao outro, e devem, juntos, crescer para superar as deficiências existentes nessa área.

## Referências

- ENTERRÍA, Eduardo García de; ALFONSO, Luciano Parejo. *Lecciones de Derecho Urbanístico*. Madrid: Editorial Civitas, 1981.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito Urbano*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.
- SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Direitos de Propriedade e Direito de Construir. *Revista da Faculdade de Direito*, de São Bernardo do Campo, v. 4, p.226, nov. 1998.

