



ANÁLISES JURISPRUDENCIAIS

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E PODER DE POLÍCIA

Monografia de conclusão de curso da Escola de Formação

Ester Gammardella Rizzi

2002

Índice

· Introdução	3
· Relato Jurisprudencial	12
· Quanto às diferenças entre a propriedade urbana e a propriedade rural no que concerne à sua função social.	29
· Quanto à função social da propriedade na Constituição de 1988 e seu potencial limitador do direito de propriedade.	32
· Quanto às relações entre o conceito de poder de polícia e função social da propriedade – questões terminológicas	35
· Conclusões	40
· Bibliografia	43

Introdução

Este trabalho está inserido em um projeto de pesquisa realizado por um grupo de vinte e cinco pessoas, alunos da Escola de Formação de 2002 - curso anual promovido pela Sociedade Brasileira de Direito Público.

A pesquisa acima referida concentrou seus esforços em uma coleta minuciosa de referências jurisprudenciais produzidas pelo Supremo Tribunal Federal. Foram pesquisadas e trabalhadas decisões que tivessem por objeto de análise o poder de polícia, entre os anos de 1964 e 2001. Após a coleta de decisões e as reflexões sobre elas, aprofundamos nossa análise nos dividindo em três sub-grupos. Estes grupos ficaram incumbidos de tratar de cada um dos diferentes campos onde mais recorrentemente o tema "poder de polícia" era encontrado, qual seja, as liberdades fundamentais, a intervenção econômica e a propriedade. Cada sub-grupo produziu um relatório dissertando sobre as recorrências temáticas e os questionamentos que poderiam ser levantados para a discussão.

Fica evidente, assim, que este trabalho individual tem respaldo em um contingente de decisões coletadas, de análises construídas e discutidas, e reflexões acerca do tema poder de polícia. Ele não parte, assim, da estaca zero, mas é a continuidade, o viés individual, de um trabalho que vem sendo produzido em grupo durante algum tempo.

Quando da separação do grupo de pesquisa em três partes, fui direcionada à pesquisa sobre propriedade. O aspecto mais interessante que encontramos neste tema foi a gradação das intervenções administrativas, que variavam desde pequenas multas, restrições ao direito de construir, até intervenções muito mais severas, como as desapropriações sancionatórias decorrentes do descumprimento da função social da propriedade.

Buscamos estabelecer um limite para a atuação do poder de polícia. Analisamos casos de tombamento, desapropriação indireta, para tentar definir o que era considerado poder de polícia, e o que já não se enquadrava nesta classificação, como por exemplo a desapropriação. O critério que adotávamos como hipótese era que o poder de polícia não implicava em um sacrifício de direito, somente dizia respeito a limitações ao exercício deste. A desapropriação ficava, portanto, excluída do conceito. Mais controversos, no entanto, eram os casos de desapropriação indireta e tombamento. Optamos por este entendimento do conceito do poder de polícia, estimulados pelo jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, que parecia trazer a compreensão mais esclarecedora sobre qual a peculiaridade do conceito de poder de polícia, quando comparado com as possíveis limitações administrativas. A jurisprudência veio acrescentar mais um elemento, nos casos onde não havia sacrifício de direito, não havia direito à indenização, ou seja, poderíamos chegar à conclusão de que poder de polícia não gerava indenização, enquanto outras intervenções na propriedade geravam. Nos deparamos, então, com casos de desapropriação indireta, em que o direito de propriedade, após limitado, se resumia à prerrogativa de disposição do bem.

O trabalho de discussão da atuação do poder de polícia da propriedade ficou centrado nestes tópicos, ou seja, na delimitação dos limites do instituto do poder de polícia. Ao terminarmos a discussão e apresentarmos o primeiro produto ao grupo, comecei a refletir sobre qual contribuição pessoal eu poderia trazer para este trabalho.

Comparando-nos ao grupo de liberdades fundamentais, pude perceber algumas peculiaridades referentes ao nosso tema. A primeira delas foi o fato de que as intervenções administrativas nas esferas dos direitos fundamentais, pessoais, foram diminuindo e sendo cada vez mais limitadas por procedimentos rígidos. As intervenções na área do direito à propriedade, no entanto, não tiveram tamanha variação no tempo. Não houve uma época em que as intervenções eram justificadas pelo bem-comum e segurança jurídica

para passar por cima de procedimentos ou mesmo princípios constitucionais, como era comum na época da ditadura quanto às liberdades fundamentais. A propriedade sempre foi um direito respeitado, contra o qual poucas vezes o Estado se insurgiu desrespeitando as formalidades requeridas.

Contemporaneamente, no entanto, recorre-se mais freqüentemente a um dispositivo constitucional que de certa forma amplia as possibilidades de intervenção do Estado na propriedade. É o conceito de função social da propriedade. Enquanto lia acórdãos para a análise do poder de polícia na propriedade, diversas vezes me deparei com tal conceito e, como sempre tive curiosidade de conhecer tal instituto, intui que pesquisar a maneira como ele era aplicado no STF seria um bom caminho para conhecer mais sobre ele.

Suscitado o interesse em estudar o instituto da função social da propriedade, comecei a me questionar qual era o potencial deste conceito na delimitação das áreas de atuação do poder de polícia. A função social da propriedade tem sua utilidade enquanto conceito jurídico para justificar atos de desapropriação, e tem também uma forte relação com a questão do exercício do direito à propriedade. É um limite à forma de exercer a propriedade, que se não respeitado, justifica a desapropriação. Se ao mesmo tempo o conceito de função social da propriedade fundamenta atos administrativos, tais como a desapropriação e o IPTU progressivo, e dá os limites dentro dos quais o exercício desta propriedade é legítimo, obriga o proprietário a exercer seu direito, muitos elementos comuns ele tem com a noção de poder de polícia. Estudando-o e analisando a maneira como ele é utilizado, certamente eu traria contribuições para as reflexões quanto a este conceito.

Buscando na jurisprudência como está sendo aplicada a função social da propriedade, pudemos perceber desde logo uma diferença fundamental: a função social da propriedade urbana e rural. A propriedade rural é um módulo produtivo, enquanto a urbana em geral tem fins residenciais. A função social da propriedade que se pode exigir de cada uma delas é diferente. Esta reflexão

se deu a partir da análise de três acórdãos: o Recurso Extraordinário RE n. 153771-0, que versa sobre a função da propriedade urbana e a possibilidade ou não dela ser fundamento do IPTU progressivo fiscal. E os acórdãos Mandado de Segurança MS n. 21348, e o Mandado de Segurança MS n. 22319-7, que versam sobre a função social da propriedade rural, ambos tratando de desapropriação. No primeiro caso, o impetrante defende seu direito de não ser desapropriado sem uma lei que regulamente os dispositivos constitucionais e dê parâmetros sobre quais os requisitos objetivos para que uma propriedade seja ou não considerada cumpridora de sua função social. O segundo mandado de segurança tem seu processo de desapropriação já regulamentado pela Lei n. 8.629/93, porém, quando houve a vistoria realizada pelo INCRA que veio a produzir as provas da improdutividade da propriedade, o seu proprietário não foi previamente notificado. Há a discussão se tal notificação era necessária para a validação do processo de desapropriação.

Outro elemento que se faz presente nos acórdãos é o fato que o conceito não tem sido utilizado para ampliar os poderes limitadores da administração em relação à propriedade. No caso do IPTU progressivo há a definição explícita de inúmeros Ministros de que a função social da propriedade urbana se resume ao disposto no artigo 182 § 2º. da Constituição Federal, ou seja, a propriedade urbana que respeita o disposto no plano diretor, que define a política urbanística da cidade, cumpre sua função social. A função social fica, neste caso, restrita às diretrizes urbanísticas, sem ter nenhum outro elemento que a componha. Esse é o encaminhamento do acórdão, embora haja nele um voto vencido.

Outro acórdão que não permite a preponderância do conceito de função social da propriedade no confronto com outros princípios da administração, é aquele que exige a notificação prévia no processo de vistoria – que tem como objetivo a coleta de dados para a determinação sobre a situação produtiva da fazenda, se improdutiva ou não. A Turma em questão decidiu que sem tal notificação não era possível que o proprietário se defendesse na coleta de

dados. Houveram votos vencidos que argumentaram que a falta de notificação não fora provada e, além disso, há outros meios para a coleta destes dados. Pode-se chegar à conclusão que a fazenda é improdutiva sem que se faça uma vistoria. A vistoria não é o momento adequado para o exercício do contraditório e da ampla defesa. Mesmo assim foi decidido pelo deferimento do Mandado, comprovando-se mais uma vez que a administração ao agir está fortemente limitada pela legalidade e pelos procedimentos que esta estabelece.

O terceiro caso argumenta pela falta de atos legislativos definindo quais seriam os procedimentos e os critérios objetivos que fariam os dispositivos constitucionais poderem se tornar efetivos. Também, neste caso por unanimidade de votos, houve deferimento do mandado. Nos três casos analisados houve uma limitação à prerrogativa da administração de limitar a propriedade. Isso mostra que a potencialidade trazida pelo conceito abstrato e inerente ao instituto da propriedade, sua função social, é encarada com desconfiança pelo judiciário, que só permite seu exercício nos parâmetros legais, e só naqueles em que há disposições objetivas (como, por exemplo, os ministros limitarem sua atuação ao plano diretor).

O terceiro ponto que pretendo tratar, foi construído a partir de uma reflexão do conceito de função social da propriedade somada à reflexão e outros acórdãos anteriores que tratavam sobre poder de polícia. São poder de polícia, as intervenções produzidas a partir do conceito de função social da propriedade, (fundamentadas por ele)? Responder a essa pergunta é extremamente penoso nesta etapa do trabalho. O acórdão que trata de IPTU progressivo cita o conceito de poder de polícia. Há, em um quarto acórdão (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento AGRAG n. 147.561-7) uma definição de poder de polícia: "Não há ofensa ao princípio da ampla defesa, tendo a municipalidade agido com base no poder de polícia que, segundo o magistério do Prof. Caio Tácito, invocado, aliás, no acórdão, "é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e

restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais. Essa faculdade administrativa não violenta o princípio da legalidade porque é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da coletividade. Não há direito público subjetivo absoluto no Estado Moderno. Todos se submetem, com maior ou menor intensidade, à disciplina do interesse público, seja em sua formação ou em seu exercício. O poder de polícia é uma das faculdades discricionárias do Estado, visando a proteção da ordem, da paz e do bem-estar sociais.”

Poder de polícia, neste caso, era utilizado como limitador do direito de utilização. A administração determinou uma região da cidade como sendo estritamente residencial e o impetrante quer o direito de manter seu consultório veterinário instalado naquela localidade.

Esta definição de poder de polícia de maneira nenhuma excluiria o conceito de função social da propriedade. O acórdão trata, inclusive, de determinações relativas ao zoneamento, determinações que podem vir consagradas no plano diretor, o qual a Constituição vincula explicitamente à função social da propriedade. O plano diretor estabelece diretrizes de políticas de urbanização. São limitações que facilmente seriam inclusas no conceito restrito de poder de polícia, ou seja, limitações que restringem o exercício legítimo do direito, com o interesse coletivo como fundamento, e sem sacrificar direitos. A função social da propriedade é ao mesmo tempo uma restrição ao exercício, através dela a administração traz os parâmetros para que a propriedade seja bem utilizada, e ao mesmo tempo, quando descumprida, pode gerar efeitos que sacrifiquem o direito.

Trago a discussão terminológica para meu trabalho. Os elementos que apresento são as observações da utilização indiscriminada do conceito de poder de polícia. Muitas vezes é citado como um elemento que deveria ser pré-conhecido, e que, no entanto, sua exata compreensão é difícil. Qual o encaminhamento a se dar a esse conceito, que não se consegue delimitar com

precisão? Neste trabalho trarei, a partir da discussão do conceito de função social da propriedade, o questionamento sobre qual deve ser o melhor entendimento e utilização do conceito de poder de polícia, conceito que traz enormes dificuldades explicitadas tanto nas análises jurisprudenciais, como doutrinárias. A função social da propriedade só vem desmistificar a divisão que anteriormente havíamos proposto. Não pode haver uma divisão rígida entre limitações no exercício e limitações expropriatórias porque por vezes quando não respeitadas as limitações no exercício do direito a consequência é exatamente a perda deste direito. Se dois elementos são conjugados através de uma ligação de causa e consequência não se pode dizer que eles sejam completamente distintos entre si.

Defendo a tese de que não mais é interessante mantermos na disciplina de direito público o conceito de poder de polícia como prerrogativa da administração. A administração tem a tutela jurídica dos interesses públicos. Esses interesses, por vezes, requisitam a limitação de alguns direitos individuais, ou seja, nenhum direito é absoluto em si, pode sofrer restrições vindas dos agentes estatais. Tais limitações, para serem legítimas, precisam seguir certos procedimentos e serem fundamentadas, demonstrando-se o legítimo interesse público e a proporcionalidade das medidas interventivas em relação ao bem que se quer proteger. O conceito de poder de polícia torna-se confuso no momento que cobre todas as possibilidades de limitação, porém, como tal noção é muito ampla, fica-se buscando restrições à ela. Em nosso trabalho anterior discutimos diversos critérios, entre eles se o poder de polícia era ato do poder legislativo ou administrativo, se atuaria no exercício ou poderia sacrificar o direito. Tais tentativas de delimitar o conceito, por exemplo, dizer que ele é um ato administrativo e que não sacrifica direitos, apenas limita o exercício; não nos auxilia. Tal conceito fica sem sentido, pois o fundamento do potencial de limitar o exercício assim como o de expropriar é o mesmo – a supremacia do interesse público, coletivo, sobre o privado, individual.

Na jurisprudência encontram-se conceitos pouco precisos, ora utilizando o termo poder de polícia, ora não o citando, mas claramente mencionando a competência da administração para limitar. Recorre-se ao termo sempre que a limitação não tem uma nomenclatura própria, como, por exemplo no caso de limitações ao direito de construir. Aí usa-se que a administração está no pleno exercício de seu poder de polícia, ou no momento em que ela define as regiões residenciais, comerciais e mistas da cidade. Tratando-se de uma limitação para fins de preservação histórica, fala-se em tombamento, pois aí já se tem uma nomenclatura consagrada. A administração tem competência para determinar quais prédios deverão ser preservados, tombados. Em outras palavras, a administração tem a competência de limitar o direito à propriedade, por supremacia do interesse público de ter tal propriedade com suas características preservadas. A administração tem a competência de desapropriar determinada propriedade para fins de reforma agrária por ela ser improdutiva. Em outras palavras: a administração compete impor aos proprietários que utilizem suas terras, e pode limitar, como sanção ao não cumprimento desta determinação, seu direito à propriedade, retirando-o.

Todas as hipóteses são restrições ao direito de propriedade e não faz sentido classificá-las diferentemente quando não há um critério preciso a ser utilizado. A utilização do conceito de poder de polícia ao invés de contribuir para a aplicação e o entendimento da matéria de limitações aos direitos individuais, justificados pela supremacia do interesse público sobre o privado, apenas tornam seu entendimento mais difícil, fazendo-nos buscar explicações sobre o porquê da utilização ou não do conceito em diversos casos jurisprudenciais. Tal opção parece um tanto quanto aleatória, e fica-se tentando achar uma constante nesta aleatoriedade. A prerrogativa de tutela dos interesses públicos detida pela administração estatal é suficiente para embasar a limitação, não sendo necessária a criação de um conceito para a consolidação desta prerrogativa.

Nas páginas a seguir traçarei um breve relato de cada um dos casos que serão utilizados, e em seguida explorarei cada um destes questionamentos levantados. A diferença entre a função da propriedade urbana e rural; a permanência do respeito à instituição da propriedade privada onde não se pode interferir ao menos que haja disposições explícitas nos diplomas legais, ou seja, o conceito de função social da propriedade não amplia, por sua carga abstrata, a potencialidade de limitação administrativa. Por último, o debate sobre a pertinência ou não da manutenção da terminologia poder de polícia como conceito jurídico, já que ele pouco acrescenta na discussão contemporânea das limitações administrativas.

Relato Jurisprudencial

Recurso Extraordinário RE n.153771-0: Este acórdão versa sobre o IPTU progressivo instaurado na cidade de Belo Horizonte através de uma lei. Trata-se de um recurso e não uma ação direta de inconstitucionalidade. Neste recurso contesta-se a constitucionalidade da lei, que instaura imposto progressivo. É a progressividade da alíquota, ou seja, ao invés de se usar uma mesma porcentagem para todos os imóveis – e o valor do imposto aumentaria proporcionalmente ao valor do imóvel – utiliza-se diferentes porcentagens. Há divergências no entendimento dos Ministros do Supremo (há um voto vencido, do relator Ministro Carlos Velloso). Segundo o relator, que considera a lei constitucional, e vota pelo não provimento do recurso, o artigo 156 §1º CF garante que possa haver progressividade fiscal e, tal progressividade, difere da mencionada no artigo 182 § 4º. CF, que é uma progressividade extrafiscal, de caráter sancionatório pelo não cumprimento dos dispositivos do plano diretor, que dá as diretrizes do desenvolvimento urbano. O segundo ponto abordado trata-se da capacidade econômica do contribuinte, se deve ou não ser levada em conta quando se considerado um imposto real, como é o IPTU.

A controvérsia se dá porque no artigo 156 se admite a progressividade de forma a assegurar a função social da propriedade, e no artigo 182 é definido que a propriedade urbana irá cumprir sua função social se respeitar o disposto no plano diretor. No descumprimento deste último caso a Constituição prescreve IPTU progressivo no tempo, ou seja, haverá acréscimos anuais no imposto caso o seu direito à propriedade urbana não esteja sendo cumprido de maneira conveniente. Além dessa punição, a progressividade do IPTU, o artigo 182 estabelece outras sanções.

O Ministro Carlos Velloso defende que não há palavras vãs na lei, e, portanto a Constituição Federal deve estar tratando de duas formas distintas de progressividade, entende também que o conceito de função social da propriedade é mais amplo do que o descrito no artigo 182, e por isso cabe

pensarmos em duas progressividades, ambas fundamentadas na função social da propriedade: no artigo 156 visando a melhor distribuição de renda, a instauração de um imposto que promova justiça social; e no art. 182 visando melhor organização urbana.

Já a outra corrente, vencedora no caso em questão, entende que como o artigo 156 admite a progressividade somente para assegurar a função social da propriedade, e a função social da propriedade urbana encontra-se descrita exhaustivamente no art. 182 (tese defendida por eles para dar provimento ao recurso), só nos casos descritos nesse artigo é possível estabelecer progressividade de IPTU. Não há, portanto, progressividade fiscal, uma vez que trata-se de um imposto real, independente da capacidade econômica do contribuinte, e, por sua vez deve haver apenas uma alíquota sujeitando a todos, o próprio valor do imóvel se incumbirá de trazer à tona as diferenças.

Nos votos vencedores podemos perceber um conceito um tanto quanto singelo de função social da propriedade. Defendem que tal conceito se resume às hipóteses estabelecidas no artigo 182. O Ministro Carlos Velloso não admite tal hipótese. Para ele faz parte da função social da propriedade a justiça social, e em um país como o Brasil que temos altas taxas de impostos regressivos, ou seja, que todos pagam a mesma coisa, mas obviamente a porcentagem de imposto afeta muito mais quem tem uma capacidade contributiva menor (todos os impostos implícitos nos preços de produtos finais, por exemplo), faria parte da função social da propriedade buscar uma taxaço maior sobre aqueles imóveis que, por suas características, evidenciem uma maior capacidade contributiva dos seus proprietários.

A corrente contrária ao Ministro defende que tal imposto não pode ter um caráter pessoal. Há duas classes de impostos, os pessoais, como o imposto de renda, avaliam a potencialidade contributiva da pessoa a ser tributada, e os impostos reais, que incidem sobre coisas, não admitem a consideração de seus proprietários. O que tal corrente não parece perceber é que os critérios que

levariam à progressividade são critérios também fundamentados em características do imóvel, por exemplo, o valor venal e o número de melhoramentos realizados pela prefeitura na região do imóvel, e de tais características do mesmo é que se deduz a maior capacidade econômica do contribuinte, aplicando-se uma alíquota maior.

A decisão vencedora, ou seja, a decisão que considera a lei questionada inconstitucional (controle difuso) traz o problema do controle da autonomia do município na definição dos contornos da função social da propriedade. O poder de fundamentar a progressividade nos mais diversos critérios é tolhido, apesar da amplitude do conceito. Defendem que, mesmo podendo o município definir, o conceito de função social da propriedade está naturalmente vinculado ao exercício da propriedade, não podendo assim trazer como critério para progressividade condições e características dela, somente se poderia falar em progressividade para alguém que não esteja cumprindo regularmente o exercício de sua função social.

É notável que a definição do conceito de função social da propriedade seja imprescindível para delimitar a atuação e a autonomia dos municípios para exercer suas limitações ao direito de propriedade. Vejamos alguns trechos desta decisão que explicitam as discussões aqui trabalhadas, e servem para mostrar a controvérsia a respeito da definição do conceito função social e como ele dá os contornos para as limitações possíveis à propriedade, ou seja, para o poder de polícia.

"b) o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana sob QUALQUER forma PROGRESSIVA há, necessariamente, de ser instituído "de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade"." – pág. 513

Carlos Velloso citando HUGO DE BRITO MACHADO, "Progressividade do IPTU" - "Essa progressividade deve ser instituída de forma a assegurar o

cumprimento da função social da propriedade. Do ponto de vista da Política Urbana, a propriedade cumpre função social quando atende as exigências fundamentais de orientação expressas no plano diretor (art. 182, § 2º.). Isto, entretanto, não significa a inexistência de outras formas pelas quais tenha de cumprir a propriedade sua função social, até porque a propriedade há de ser encarada como riqueza, e não apenas como um elemento a ser tratado pelas normas de Política Urbana. Nem seria razoável, aliás, admitir que a função social da propriedade restasse inteiramente vinculada a diretrizes de política urbana." – pág. 521.

O ministro Moreira Alves em sua exposição de motivos pelos quais vai dar provimento ao recurso: "Ora, a função social da propriedade, como bem salienta MARCO AURÉLIO GRECO, não está diretamente ligada à qualidade de certos bens ou à faculdades atribuídas ao proprietário, "mas está ligada ao uso, à utilização concreta que é dada àquele determinado bem", ou seja, diz respeito ao exercício do direito de propriedade, atuando como limitação ao conceito individualista deste direito." Pág. 538

O ministro Francisco Rezek: "A Carta diz em seguida, que o imposto predial e territorial urbano poderá ser progressivo, nos termos da lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade. A mesmíssima Carta estampa no art. 182 o conceito do que seja a função da propriedade urbana." – pág. 544

O Sr. Ministro Moreira Alves, em intervenção no voto do Ministro Francisco Rezek: "V. Exa. Me permite? Vamos ter uma função social definida por cada um dos cinco mil e quinhentos municípios. Isso é restrição à propriedade. É garantia fundamental: a Constituição o diz especificamente; isso seria como se pretender que, com relação à desapropriação de imóveis improdutivos, pudesse vir a lei e estabelecer um outra função social que não aquela prevista na Carta Magna." – pág. 546

Conclusão do voto do Sr. Ministro Francisco Rezek: "(...) : não consigo ver a expressão "função social da propriedade", consignada em dispositivos quase que vizinhos da Constituição, como significando coisas diferentes num e noutro. Pergunto-me quais seriam as conseqüências de dar ao município a prerrogativa de entender que a Constituição faculta mais de uma forma, mais de um fundamento, mais de uma premissa de progressividade..." - pág. 548

Como vemos nos trechos acima, a discussão aborda pontos interessantes para a análise do poder de polícia. O conceito de "função social da propriedade" justifica alguns casos de intervenção no direito de propriedade, ou seja, serve para fundamentar ações do Estado que limitem o direito à propriedade, mas, por outro lado, pode ser também um grande limite para a atuação estatal. Segundo a corrente vencedora no STF os critérios que definem se está ou não sendo cumprida a função da propriedade urbana, estão delimitados na Constituição, o que significa dizer que a precisão terminológica deste conceito traz mais claramente os contornos do poder de polícia administrativo. O conceito ajuda a definir quando o interesse público torna ilegítima a utilização de determinadas prerrogativas características do direito de propriedade.

Para o voto vencido, do Ministro Carlos Velloso, a função social da propriedade é um conceito muito mais profundo e contundente. De forma nenhuma ele se resume a respeitar as diretrizes da Política Urbana, concretizada nos planos diretores municipais. Para ele o objetivo da função social da propriedade é maior do que aquele determinado pelas diretrizes urbanísticas, isso acontece pela própria razão de ser do conceito. Está definido, na Carta Constitucional, como um dos princípios da ordem econômica que visa "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social". Tal justiça social traria para o conceito o objetivo de, por exemplo, redistribuir renda. Em um país onde a maioria dos impostos são regressivos é praticar a justiça social e pode ser uma das funções da propriedade, aplicar um imposto progressivo que favoreça a distribuição de renda.

Percebe-se que o conceito utilizado pelo voto vencido, Ministro Carlos Velloso, não considera a função social da propriedade como um grande limitador do poder de polícia, pelo contrário, quando defende que a Constituição Federal não exaure os casos em que ele pode ser aplicado, deixa sob a tutela do poder estatal um conceito abstrato, amplo, que deve ser definido em concreto, ou seja, aumenta o potencial de limitação da administração municipal, em nome de um conceito de função social da propriedade urbana, que não seja simples sinônimo de aplicação do plano diretor. O Ministro faz uma análise mais aprofundada sobre este conceito e não o reduz a um caso explicitado na Constituição.

A Emenda Constitucional **29 de 13/09/00**, resolve a discussão travada neste acórdão. O artigo 156 da CF foi por ela reformulado passando a deixar explícito em seu texto que a progressividade admitida no artigo 156, era diferente da progressividade no tempo do artigo 182, que representa uma sanção ao não cumprimento do plano diretor, ou mesmo a sub-utilização do terreno urbano. Ao esclarecer que há uma progressividade possível para o IPTU, mesmo não vinculada às diretrizes da política urbana, explicita a possibilidade da progressão das alíquotas mesmo que elas não sejam sancionatórias, motivadas pelas diferentes características dos imóveis.

O legislativo caminhou no sentido do voto do Ministro Carlos Velloso, admitindo que a função social da propriedade é mais ampla que o conceito de plano diretor, porém, diverge, no entanto, da compreensão de que qualquer medida seja possível, com a justificativa de função social da propriedade. Ao admitir um novo tipo de progressividade exaure as situações em que seja possível aplicá-la, qual seja, em razão do valor do imóvel, de sua localização ou uso do imóvel. Identifica-se nestes três casos uma forte tendência redistributiva, taxa-se mais imóveis com valores mais altos, imóveis sub-utilizados, classificados pelo seu uso e localização. Ou seja, admitiu-se uma nova progressividade, amplia-se o significado do conceito de função social da

propriedade, porém, continua sendo ela uma limitante do poder de polícia da administração, que só pode interferir com os critérios estabelecidos constitucionalmente.

Há, portanto, uma enorme tendência a restringir os critérios com os quais se considera legítima ou não a atuação da administração, àqueles enumerados constitucionalmente e suas decorrentes regulamentações em leis federais.

Outra discussão levantada por esta mudança Constitucional, sancionada no ano de 2000, é a possibilidade de progressão pelo tipo de uso que se dá ao imóvel. Diferentemente do critério estabelecido no art. 182 § 4º., em que o solo é sub-utilizado e cabe uma sanção com o IPTU progressivo no tempo, o artigo 156, § 1º, II estabelece que a progressividade pode se dar com o critério de os dois imóveis terem usos diferentes. Tal distinção explicita muito bem um outro elemento que vêm à tona, quando tratamos do conceito de função social da propriedade. Ela só pode ser considerada quando encaramos os imóveis em suas diversidades de utilização. Por isso os critérios estabelecidos pela propriedade urbana diferem tanto dos critérios da propriedade rural. A propriedade rural é uma unidade de produção, e como tal, para cumprir sua função social deve ser explorada (a improdutividade gera sanção), deve respeitar em suas atividades o meio ambiente e justos e legais vínculos trabalhistas, devendo trazer benefícios tanto para os seus proprietários como para os empregados que nela trabalham(Lei 8.629/93).

Já a propriedade urbana na maioria das vezes tem uso residencial, tendo menores implicações em questões como as trabalhistas e produtivas. Porém, tal propriedade não se exime do respeito à sua função social, por exemplo, quando em solos não edificadas aplicam-se sanções previstas no artigo 182. Obviamente o artigo 156 admite diferentes alíquotas para propriedades com diferentes usos, pois percebe que mesmo boa parte das propriedades urbanas tendo uso residencial, há também aquelas que são

unidades produtivas, e para estas cabe diferente disposição. As regulamentações são diversas para as propriedades urbanas e rurais, mas em nosso direito nacional atual, onde há propriedade, há a presunção de que há uma função social que deva ser exercida, e quando descumprida ou ignorada tal presunção, cabe ao poder público agir para promover, incentivar o seu exercício, ou mesmo aplicar sanções àqueles que não conseguem através dela promover o interesse público. O descumprimento da função social pode se dar de duas formas: omitindo a ação que utiliza a propriedade e agrega valor social, ou com ações que contrariem o interesse da coletividade.

Cabe agora analisarmos como a decisão do Mandado de Segurança MS 21348-5 no STF entende o conceito de função social da propriedade rural e a partir dela estabelecer os devidos pontos divergentes e convergentes com o conceito utilizado para a propriedade urbana.

Ministro Celso de Mello (relator) em seu voto: "A crescente intensificação do processo de modernização do direito, no que pertine à propriedade da terra, acentua o dever jurídico, que inere ao proprietário, de cultivá-la e de explorá-la adequadamente, sob pena de incidir nas disposições restritivas, editadas pelo Estado, que sancionam os senhores de imóveis ociosos e não cultivados." (Pág. 188)

Ainda no voto do Ministro Celso de Mello: "O que importa, na real verdade, é dar concreção e efetividade ao postulado do Estatuto da Terra, inscrito em seu artigo 12, que assim preceitua: "A propriedade privada da terra cabe, intrinsecamente, uma função social e seu uso é condicionado ao bem-estar coletivo, previsto na Constituição Federal e caracterizado nesta lei".

A nova Constituição trouxe, como já referido, grandes inovações. Ela estabelece, para efeito da desapropriação-sanção, a inexpropriabilidade da propriedade rural, em função de sua área – desde que pequena ou média – e

em função de seu grau de produtividade, independentemente, nesta segunda hipótese, de sua dimensão física.

À dimensão física e o satisfatório grau de produtividade do imóvel rural atuam, portanto, como insuperáveis limitações constitucionais ao poder expropriatório da União, para efeito de reforma agrária.

A inexploração do imóvel rural – a que equivale a ausência de qualquer coeficiente de produtividade decorrente de seu não aproveitamento racional e adequado -, que lhe fruste, objetivamente, a plena realização de sua função social, constitui o pressuposto necessário de utilização, pelo poder público, do mecanismo expropriatório.

A desapropriação por interesse social constitui instrumento jurídico, destinado, dentre outros fins explicitados no próprio Estatuto da Terra (artigo 18), (1) a condicionar o uso da terra à sua função social; (2) a promover a justas e adequada distribuição da propriedade; (3) a obrigar a exploração racional da terra; (4) a permitir a recuperação econômica e social das regiões.

Sendo assim, a reforma agrária, com as conseqüências derivadas do art. 184 do texto constitucional, não atingirá a área que estiver produzindo, qualquer que seja sua extensão dentro do imóvel rural.

A propriedade da terra estará assegurada, na medida em que desempenhe, integralmente, a sua função social. A satisfação desse encargo constitucional, que incide sobre a propriedade imobiliária rural, só se realizará, desde que o seu titular cumpra o dever (1) de favorecer o bem-estar dos que nela 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 a possuem e cultivam (v. Estatuto da Terra, artigo 2º., par. 1º.)” - págs. 191/192/193

“A inexistência de lei, para os fins do art. 185 da Constituição, reveste-se de significativa importância, pois a Carta Política quis – e a carga de intencionalidade do preceito em questão é irrecusável – condicionar, normativamente, a atividade expropriatória da União, impondo para este efeito, a necessária edição do ato legislativo. Inexistente esta, tornar-se-ia inviável o exercício da competência expropriatória pelo Poder Público federal, nas hipóteses que versarem imóveis rurais, para fins de reforma agrária.” - pág. 194

O ministro Celso de Mello neste trecho de seu voto faz referência ao Estatuto da Terra, lei editada em 1964 (Lei 4.504/64). Esta lei já trazia em suas disposições definições da função social da propriedade, antes deste conceito ser consagrado na ordem constitucional, o que aconteceu em 1967, como um dos princípios da ordem econômica e social (artigo 160, III).

A fundamentação deste acórdão que foi decidido por unanimidade de votos, tem como ponto principal a impossibilidade de se realizar o procedimento de desapropriação previsto no artigo 184 da CF de 1988, sem que haja a lei complementar exigida pelo parágrafo 3º. deste mesmo artigo. A desapropriação-sanção, desapropriação motivada pelo não cumprimento da função social da propriedade em que a indenização é paga com títulos da dívida pública, é incompatível com as disposições do Decreto-lei 554/69 que prevê o procedimento de desapropriação por questões materiais. O artigo 184, § 3º. vincula à este tipo de desapropriação a necessidade de um processo de contraditório especial, de rito sumário, já o decreto-lei acima referido, dispõe que o rito deve ser o ordinário. A legislação anterior à ordem constitucional de 1988 é insuficiente no que diz respeito à desapropriação-sanção.

O Mandado de Segurança pleiteado, e provido pela Turma de Ministros, se fundamenta neste argumento, o de que sem legislação requerida pelo artigo 184, § 3º., qualquer procedimento se torna inconstitucional. Tal entendimento

foi sustentado no STF, sob o argumento de que dessa forma a Constituição estaria tutelando o direito de propriedade.

No principal voto, o do Ministro Celso de Mello, não se ignora os novos contornos dados à noção de propriedade, que agora se encontra intrinsecamente limitada pelo conceito de função social da propriedade, ou seja, seu exercício é fundamental para a consideração deste direito. Porém, uma vez mais, se escolhe pela não intervenção neste direito, e espera-se uma maior definição por parte do legislativo. Muito embora o argumento para não admitir-se a recepção dos instrumentos legais anteriores à Constituição de 1988 sejam aqueles ligados ao contraditório e o rito ordinário, o voto do Ministro relator menciona o problema da proteção que a Constituição dá à pequena e média propriedade, desde que ela seja a única do proprietário e a toda e qualquer propriedade produtiva. Todos os três casos não podem ser desapropriados sob o regime estabelecido no art. 184.

Discorre o voto sobre a impossibilidade de se estabelecer com precisão o que sejam pequenas e médias propriedades, ou mesmo qual o critério a ser utilizado para considerar ou não uma propriedade produtiva. Se a Constituição protege tais categorias, e estas categorias não são definíveis pela própria Constituição, fica explícito que nenhum ato desapropriatório com base no artigo 184 pode ser executado até que legislação federal venha definir quais os critérios para classificação das propriedades.

Ao lado da lacuna legislativa criada pela incompatibilidade do decreto-lei e a nova ordem constitucional, cria-se com o artigo 185, que estabelece os imóveis insuscetíveis de desapropriação, a necessidade de regulamentar por lei os critérios que delimitem os conceitos constitucionais de pequena, média e produtiva propriedade. Neste período em que o legislativo fica inerte não há a possibilidade de se iniciar um processo de desapropriação baseado no art. 184 da Carta Constitucional, e portanto, o conceito de função social da propriedade rural fica, no período entre 5 de outubro de 1988, até 1993 sem eficácia (em

1993 se editou Lei Complementar n. 76 (06/07/1993) e a Lei n. 8.629/93 a primeira tratava do rito sumário e dos procedimentos do processo expropriatório, já a segunda estabelece os parâmetros para a consideração sobre o tamanho da propriedade, medido em módulos fiscais; e também o critério para avaliação de sua produtividade GUT – grau de utilização da terra, e GEE – grau de eficiência na exploração).

Não se questiona, no caso em questão, se havia outros meios de prova de que o imóvel era realmente improdutivo. Não se procurou esclarecer a motivação do órgão coator que declara em seu parecer se tratar de um latifúndio. Apenas se acentua a impossibilidade de proceder uma desapropriação-sanção na falta de critérios e procedimentos precisos que a regulem. Surge, então, uma sugestão: a desapropriação poderia ser feita se conforme o artigo 5º, inciso XXIV, cuja principal diferença consiste que a justa e prévia indenização deverá ser paga em dinheiro, e não em títulos da dívida pública.

Estes são os principais argumentos utilizados neste acórdão que já nos apresenta a discussão sobre a diferença entre a função social da propriedade urbana e a função social da propriedade rural. O diploma constitucional reserva dispositivos diferentes para tratar destes dois tipos de propriedade. A função social da propriedade urbana está mencionada no art. 182 § 2º e § 4º, e a função social da propriedade rural nos artigos 184 e 186. Cabe para a propriedade rural uma exposição dos critérios que devem ser utilizados para a consideração de como uma propriedade deve ser avaliada quanto à sua função social, no art. 186. Já a propriedade urbana não encontra a mesma disposição, aparentemente sendo mencionado o plano diretor como uma das maneiras de se cumprir a função social da propriedade urbana. Em ambos dispositivos, porém, a não observância dos imperativos da função social da propriedade pode gerar uma desapropriação-sanção, ou seja, se o direito à propriedade não está sendo exercido de acordo com sua função social, o direito à propriedade deixa de se constituir podendo ser desapropriado. Esta idéia vem

fundamentada com a noção de que a função social é característica intrínseca ao direito de propriedade, do que se conclui que quando ela está sendo descumprida perece parte do direito.

O acórdão que analisávamos até então limita a eficácia do conceito de função social da propriedade em decorrência de uma lacuna legislativa que deveria tê-lo melhor definido. Sem esta regulamentação infra-constitucional fica impedida a implementação do princípio Constitucional. Trago agora para a nossa análise um acórdão que decide uma desapropriação feita sob a égide da Lei Complementar 76/93 e Lei 8.629/93, em que a competência de fazer a desapropriação-sanção por parte da administração pública e justificada pelo descumprimento da função social da propriedade é limitada pela ausência de um requisito formal: a notificação prévia ao ato de vistoria. Há uma discussão se tal elemento é fundamental para o processo desapropriatório, se cabe neste momento o direito ao contraditório, e se este vício pode ou não contaminar todo o procedimento, a ponto de impedir, invalidar todo o processo expropriatório subsequente.

Mandado de Segurança MS 22.319-7, Voto do Ministro Ilmar Galvão – Relator: “Contrariamente, portanto, ao que se possa entender, à primeira vista, não se está diante de ato pelo qual se instaure contraditório administrativo sobre a natureza do imóvel e cuja falta acarrete a nulidade do procedimento; nem, sequer, de solenidade essencial à autenticidade ou validade dos dados e informações colhidos e transmitidos pelos encarregados da diligência, cujos relatórios, como todo ato administrativo, gozam de presunção de legitimidade.

Veja-se que a lei sob apreciação nem mesmo institui o levantamento de dados e informações como etapa que, necessariamente, deva ser cumprida na fase administrativa da desapropriação, não parecendo haver dúvida de que será ele de todo dispensável na hipótese de o órgão público já possuir dados e

informações atualizadas sobre o imóvel, recolhidas de ofício ou por iniciativa do proprietário, para fins de cadastramento, como previsto em lei.” – pág. 21

O Ministro Ilmar Galvão acompanhado pelo Ministro Francisco Rezek, que apenas acompanha o voto do relator, são votos vencidos nesta decisão. Ambos os dois defendem que o mandado de segurança deva ser indeferido.

O que se discute é a necessidade ou não de notificação prévia para a execução da vistoria que colhe dados sobre a situação produtiva da propriedade. Para o Ministro Ilmar Galvão não ficou provado nos autos que a notificação não tenha sido feita. Para ele, como a lei não impõe formalidades rígidas, a função da notificação é deixar o proprietário ciente de que a vistoria será realizada e em que data. Segundo os agentes do INCRA que foram responsáveis por esta etapa do processo de desapropriação houve telefonemas em que se combinou datas convenientes e fora mandada uma carta para o endereço do proprietário em São Paulo – endereço aparentemente desatualizado.

Pelas circunstâncias em que a vistoria se deu, aparentemente houve regularidade na ação do INCRA, afinal o administrador da fazenda recebeu os técnicos, e concedeu-lhes as informações requeridas, assinando ainda o documento da notificação. Seria cabível que o administrador recebesse uma equipe técnica sem o aval do proprietário?

Mesmo se a notificação não tivesse sido efetuada, este fato invalidaria todo o processo subsequente por falta de possibilidade de defesa? O Ministro Ilmar Galvão responde negativamente à esta questão. Para ele a vistoria não é procedimento obrigatório. É um dos meios de se conseguir dados sobre a situação da propriedade rural. Se há outros meios de conseguir estes dados, obviamente este momento não deve ser essencial para que o proprietário exerça seu direito de defesa. Nos votos contrários ao do Ilmar Galvão, acredita-se que a ciência da vistoria geraria uma possibilidade do proprietário

estar presente, acompanhar os trabalhos dos técnicos e assim defender-se de possíveis avaliações distorcidas, desfavoráveis que se faça contra a produtividade de sua propriedade. A tecnicidade da avaliação é desconsiderada quando o argumento do contraditório passa a ser relevante na fase de vistoria e avaliação da produtividade do imóvel. No entanto este é o entendimento adotado pela maioria dos Ministros do STF.

O Ministro Ilmar Galvão defende que há outros momentos no processo de desapropriação em que o proprietário pode exercer seu direito à ampla defesa e ao contraditório, e argumenta que o vício na notificação da vistoria não pode ser o motivo da invalidação de um processo de desapropriação-sanção de uma propriedade que comprovadamente não cumpre os padrões estabelecido pela função social da propriedade (relação entre módulos fiscais, tamanho da propriedade, GUT, grau de utilização da terra e GEE grau de eficiência na exploração).

Dois são seus argumentos principais: 1-o vício não foi provado e 2- mesmo se houvesse vício nesta parte do processo não incorreria em invalidade de todo o procedimento de desapropriação.

Os argumentos dos votos vencedores – Ministro Maurício Corrêa, Ministro Marco Aurélio, Ministro Carlos Velloso, Ministro Octavio Gallotti e Ministro Néri da Silveira – optam pelo entendimento que a notificação é formalidade essencial. Ficam, também, demonstrando que as circunstâncias não dão legitimidade à notificação feita ao administrador, no dia de início da vistoria, primeiro porque tal notificação não poderia ser considerada prévia, segundo porque a desapropriação deveria ser feita ao proprietário ou a seu representante legal. Fica-se na maioria dos votos discorrendo sobre as circunstâncias que demonstram a falta de formalidade e o vício na notificação deste processo.

Para sustentar a essencialidade do ato no processo de desapropriação argumentam que tal notificação ensejaria a possibilidade de contraditório. O Ministro Octavio Gallotti chega à defender que o objetivo da notificação é promover o exercício do contraditório durante a vistoria:

“Sr. Presidente, considero que não foi observado, no caso, o disposto no art. 2º., § 2º., da Lei 8.629 ou, pelo menos, não foi ele cumprido, de modo a satisfazer a finalidade a que se destina: a de assegurar o exercício do direito de defesa pelo proprietário do imóvel desapropriado.” - pág. 47

Já levantei a questão acima da falta de racionalidade de se considerar possível o exercício do direito de defesa no dia da vistoria. Tal possibilidade só pode ser levada em conta por quem duvida dos critérios objetivos para a verificação se uma propriedade é ou não produtiva. A notificação, como bem lembra o Ministro Ilmar Galvão, tem o papel de assegurar que a concretização de tal procedimento se dê de forma pacífica, podendo ser requerida um mandado judicial, para substituir a notificação prévia. Inúmeros são os elementos que contribuem para o entendimento que não é elemento fundamental, muito menos finalidade, desta notificação dar a possibilidade do proprietário de exercer sua ampla defesa, e no entanto esta é a tese acatada pela maioria de votos do STF.

A circunstância do relatório produzido pela equipe técnica do INCRA ter sustentado que a propriedade em questão claramente não cumpria sua função social, não trouxe nenhuma reflexão material ao STF que ficou o tempo todo preso às questões formais dos procedimentos necessários à legitimidade do processo. Não houve em nenhum momento o questionamento: “porventura o fato da propriedade ser descumpridora evidente de sua função social não poderia ensejar uma decisão no sentido de manter a desapropriação, afinal com ou sem notificação ela seria considerada improdutiva? Será que a força do princípio da função social da propriedade não vicia o direito à propriedade intrinsecamente, desconstituindo-o?” Tal questionamento material não foi feito

- talvez apenas tangencialmente pelos Ministros Ilmar Galvão e Francisco Rezek que não reconheceram na notificação argumento suficiente para invalidar todo o processo expropriatório. O entendimento da maioria, que por fim gerou a decisão, foi pelo respeito às formalidades, ao processo, o não aprofundamento sobre a profundidade da função social intrínseca à propriedade.

A crítica construída no parágrafo anterior não é decorrente de uma ingenuidade quanto à importância do processo nas ações do Estado. Sempre ao agir, o Estado deve seguir procedimentos rígidos, estabelecidos em lei que trazem inúmeras garantias aos indivíduos. Seria muito cômodo para o Estado agir sem estes procedimentos, porém, eles existem para que o Estado não cometa abusos de poder e ingerências nos direitos privados, e aja de maneira o mais impessoal possível. É admirável, porém, que neste caso não tenha havido nem uma tentativa de medir a proporcionalidade de se invalidar todo um ato de desapropriação motivado por uma notificação que tem sua essencialidade e finalidade dúbias.

Agora que apresentamos os três casos principais que propusemos analisar, começaremos a tecer reflexões surgidas a partir da identificação de constâncias e diferenças nas maneiras de se abordar a função social da propriedade pelo STF.

Quanto às diferenças entre a propriedade urbana e a propriedade rural no que concerne à sua função social

Embora logo no artigo 5º. da CF, caput, seja assegurado o direito à propriedade, e nos incisos XXII e XXIII se reafirme tal garantia, condicionando a propriedade ao atendimento de sua função social, diferem os entendimentos que se dá a esses dispositivos quanto à propriedade urbana e rural.

Logo de início se percebe que a função social da propriedade urbana se encontra regulamentada, exemplificada, no artigo 182, enquanto a função da propriedade rural nos artigos 184 e 186. Ambos os dispositivos se encontram em um ponto extremo: se descumprida a função social, o proprietário corre o risco de perder o direito sobre sua propriedade, ou seja, o direito à propriedade é um direito que deve ser constantemente constituído, pois pode esvair-se em função de seu não exercício. Os acórdãos supra-analisados podem nos trazer mais alguns elementos para estabelecer tal diferenciação.

No RE n.153.771-0, há inúmeras passagens que tentam diferenciar o IPTU progressivo sancionatório, a progressividade no tempo decorrente do não cumprimento dos requisitos impostos pela função social da propriedade, e de outro lado a progressividade fiscal. Tal fato evidencia que uma das sanções admitidas para as propriedades urbanas que descumprem suas funções sociais é o aumento progressivo do IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano). Os dois mandados de segurança que tratavam de descumprimentos da função social da propriedade rural, traziam como sanção a desapropriação, ou seja, o aniquilamento do direito de propriedade. Esta é uma primeira diferença depreendida dos acórdãos e que é interessante investigar a causa: a função social da propriedade urbana, quando descumprida, gera sanções que podem ser progressivas, passando desde um aumento no IPTU, o parcelamento ou edificação compulsórios e chegando à desapropriação com indenização feita por títulos da dívida pública.

A administração, no caso da propriedade urbana, procura promover o seu exercício de acordo com a função social. Pressiona o proprietário através de aumentos no impostos, obriga a edificação, ou, em último caso, promove a desapropriação. Há uma gradação de sanções garantidas constitucionalmente. O descumprimento da função social, na propriedade urbana, não gera automaticamente o aniquilamento da propriedade. Há um incentivo para se enquadrar ao exercício legítimo e depois faz-se a desapropriação.

A propriedade rural não dispõe dos mesmos privilégios. Constatado o descumprimento da função social, compete à união federal desapropriar. O descumprimento pode se dar pela não observância de qualquer um dos requisitos do artigo 186, que depois foram regulamentados pela Lei 18.629/93.

A única sanção possível quando se constata que a propriedade rural não está cumprindo sua função social é a desapropriação. Por que o constituinte, e mesmo o STF, dão este tratamento diferenciado para a propriedade rural e urbana? O primeiro elemento que se levanta nesta discussão é a diferença de destinação dos imóveis urbanos e rurais. A maioria dos imóveis urbanos têm uso residencial. O problema de habitação nas grandes cidades existe, e não pode ser ignorado, porém, um imóvel não utilizado na área urbana não traz tantos prejuízos à coletividade quanto uma unidade de produção, como é a propriedade rural, que está improdutivo. As conseqüências de um e de outro caso são muito diferentes para a coletividade. O ônus de uma propriedade rural não utilizada é muito maior para a coletividade do que o de uma propriedade urbana residencial, a propriedade rural deixa de produzir riquezas ao manter-se improdutivo.

O outro fundamento da diferenciação entre os dois dispositivos legais é a finalidade pela qual se desapropria uma propriedade rural. O caput do artigo 184 traz esclarecimentos quanto a esse ponto: "Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, (...)" O objetivo da desapropriação da

propriedade rural é corrigir, nos limites do que lhe é designado, uma tendência histórica. O Brasil é um país que apresenta até hoje grandes quantidades de terras concentradas nas mãos de poucos proprietários. Tal concentração tem explicações históricas sobre as quais não nos cabe tratar. Este dispositivo leva em conta o enorme contingente de pessoas à espera da possibilidade de cultivar. Se há um proprietário que não esteja disposto a tornar sua terra produtiva, ou ao produzir não fazê-lo respeitando o meio ambiente ou os vínculos de trabalho, muitas pessoas estão à espera que esta terra seja distribuída e que eles possam legitimamente exercer o seu recém conquistado direito à propriedade. A finalidade distributiva da desapropriação-sanção da propriedade rural que não cumpra sua função social, é mais interventiva do que as sanções decorrentes do descumprimento da função social da propriedade urbana pois o constituinte entendeu que a gravidade de se manter uma propriedade rural sub-utilizada era maior do que manter na mesma situação uma propriedade urbana.

Quanto à função social da propriedade na Constituição de 1988 e seu potencial limitador do direito de propriedade

Os três casos analisados acima trazem elementos interessantes quanto à potencialidade do princípio constitucional de função social da propriedade de limitar o direito ao qual ele se refere, ou seja, a propriedade.

No primeiro caso, que versa sobre o IPTU, os ministros do STF têm uma visão conservadora sobre o que seja o princípio da função social da propriedade urbana, acreditavam que toda a matéria estava disposta no artigo 182, § 2º, ou seja, que o único requisito que a propriedade urbana deveria respeitar, para que a considerassem cumpridora de sua função social, eram as diretrizes estabelecidas no plano diretor, ou seja, as diretrizes da política urbanística da cidade. Não admitiam que tal princípio pudesse dar ensejo a outros tipos de progressividade que não a sancionatória, mas a fiscal, que se tornaria mais um requisito de cumprimento da função social. Poderia se enunciar esta idéia defendida pelo Relator Ministro Carlos Velloso, em seu voto vencido assim: Para a propriedade cumprir sua função social é necessário que ela pague alíquotas diferenciadas, progressivas, desde que das características do imóvel se possa deduzir a capacidade econômica do contribuinte, tornando assim o imposto mais pessoal e corrigindo a injustiça difundida em nosso país que estabelece mais impostos regressivos do que progressivos. Tal progressividade deduzida das características do imóvel faz jus ao princípio da função social da propriedade ao buscar promover maior justiça social.

Tal entendimento não consolidado no STF, que preferiu preservar as características de imposto real do IPTU, seria uma forma revolucionária de se encarar o princípio da função social, dando a ele a potencialidade de ser um elemento a mais na análise da propriedade. A propriedade tem intrínseca a ela a noção de que deva cumprir uma função social, deixar assim de ser um direito particular para sempre ter um aspecto público. O exercício deste direito deve, de alguma forma, trazer contribuições para a coletividade. Utilizar a

propriedade para promover distribuição de renda e corrigir um traço de nosso sistema tributário poderia ser o início da compreensão de como a propriedade pode ser ao mesmo tempo um direito privado e público. Ao mesmo tempo tal entendimento traz o risco da abstração, pois passa ser possível fundamentar diversas intervenções públicas sem parâmetros legais precisos, parâmetros que limitam abusos. Os votos ficaram centrados no exercício do direito, e não conseguiram vislumbrar que pagar impostos também pode ser considerado uma parte do exercício do direito à propriedade, parte esta que poderia dirigir-se ao cumprimento de sua função social.

O segundo acórdão traz como entendimento que a desapropriação-sanção estabelecida pelo artigo 184 da Constituição Federal, motivada pelo descumprimento da função social da propriedade rural só pode ser aplicada após a regulamentação deste artigo por leis infra-constitucionais, que tratem do rito sumário para o contraditório e estabelecimento de critérios para classificação das propriedades entre pequenas, médias e grandes; produtivas e improdutivas. Tal regulamentação só veio a acontecer em 1993. Isso significa que o STF, com o encaminhamento que deu para o caso, suspendeu a eficácia do artigo 184 por 5 anos. É importante considerar que o artigo 184 é um dos dispositivos mais efetivos para a implementação do princípio da função social da propriedade como limitante do direito de propriedade. Nenhum modo de tornar tal artigo mais eficaz foi buscada, apenas decretou que ele estava suspenso por existir lacuna legislativa que tornam sua aplicação impossível.

O terceiro caso, em que a desapropriação já tinha sido executada sob a regulamentação da legislação de 1993, o STF invalidou o processo de desapropriação por vício no processo. Havendo novamente um voto vencido que defendia a manutenção da validade do ato expropriatório, pois considerava a notificação prévia viciada um elemento insuficiente para contaminar todo o procedimento. Argumentava que havia outros meios de se conseguir os dados que a vistoria forneceu. O processo de vistoria não era o momento de se proceder à defesa, tanto que ele não é requisito necessário na lei. A maioria

dos votos do STF foi no sentido de que a falta desta formalidade impedia de considerar válido o processo de desapropriação. Observação importante: o laudo técnico produzido pela vistoria do INCRA indicava que tal propriedade era classificadas como grande propriedade (91,88 módulos fiscais) e propriedade improdutiva (GUT – grau de utilização da terra – 58.54%, enquanto o padrão para ser considerada produtiva é de 80%). O fato da propriedade ser evidente descumpridora de sua função social foi ignorado. O STF ateve-se às irregularidades do processo para impedir a desapropriação, irregularidades estas localizadas em partes do processo de desapropriação que podem ser compreendidas, segundo os votos vencidos, como desnecessárias.

A regularidade encontrada nestes três casos indica que o STF vêm limitando a abrangência do conceito de função social da propriedade, poucas vezes o considerando como elemento necessário para a existência dos direitos de propriedade. Um conceito que tem em si a potencialidade de aumentar as intervenções estatais, pois poderia servir de forte fundamento a diversas ações, como, por exemplo, taxações progressivas, ou desapropriações legítimas; vêm sendo tolhido pelo STF que parece continuar tendo uma reverência muito grande por este direito.

Outra análise, porém, pode-se depreender destas evidências: o STF vêm atendo-se à legalidade e à observância rígida dos procedimentos para limitar o poder estatal. Há, portanto, a preocupação de proteger o indivíduo frente a possíveis abusos de tal poder; mas ao mesmo tempo limita os instrumentos que o Estado tem para implementar ações voltadas para a concretização do bem-estar social.

Quanto às relações entre o conceito de poder de polícia e função social da propriedade – questões terminológicas

“Na verdade, a cláusula da prévia notificação outra finalidade não tem senão regular o ingresso, no imóvel rural, dos agentes do Poder Público encarregados do levantamento de dados e informações indispensáveis a um juízo de valor, não apenas acerca do cumprimento de sua função social, mas também, em caso negativo, da viabilidade de sua inclusão no programa de reforma agrária.

Trata-se, com efeito, de formalidade indispensável à legitimação desse específico exercício do **poder de polícia**, de parte do Poder Público. Por meio dela, previne-se eventual configuração do ilícito do artigo 150 do Código Penal (violação de domicílio), dando-se ciência ao proprietário, ou ao responsável pelo imóvel, da necessidade que têm os agentes dos órgãos fundiários, de adentrarem no imóvel, para a consecução de sua tarefa.”(MS 22.319-7, pág. 20, Ministro Ilmar Galvão)

“A progressividade pode justificar-se como concretização de uma política redistributivista, porque se reconhece estar a renda distribuída de modo inconveniente à vista das aspirações éticas da sociedade. Por fim, a progressividade pode ser utilizada como recurso de chamada fiança de ordenamento ou, se preferir, como recurso do **poder de polícia** (police power).” (RE 153.771-0, pág. 524, Ministro Carlos Velloso)

“Não há ofensa ao princípio da ampla defesa, tendo a municipalidade agido com base no **poder de polícia** que, segundo o magistério do Prof. Caio Tácito, invocado, aliás, no acórdão, “é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direito e liberdades individuais. Essa faculdade administrativa não violenta o princípio da legalidade porque é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da

coletividade. Não há direito público subjetivo absoluto no Estado moderno. Todos se submetem, com maior ou menor intensidade, à disciplina do interesse público, seja em sua formação ou em seu exercício. O **poder de polícia** é uma das faculdades discricionárias do Estado, visando à proteção da ordem, da paz e do bem-estar sociais.” (Direito Administrativos, 1975, pág. 141).” (AGRAG 147.561-7, pág. 589, Ministro Carlos Velloso)”

Observação: No acórdão do MS 21.348-5 não há menção ao conceito de poder de polícia.

Busquei referência em um novo acórdão que definisse poder de polícia jurisprudencialmente – embora o faça recorrendo à doutrina. Esse compilado de trechos que têm em comum o fato de trazerem expressamente a expressão poder de polícia, tem um sentido que vem se construindo desde o trabalho coletivo. Várias são as decisões lidas que traziam explicitados em algum momento do texto o conceito de poder de polícia, conceito que é nosso objeto de análise desde o início do curso.

Desde então buscamos uma definição precisa do que seja este conceito, e ao elaborarmos nosso trabalho sobre o poder de polícia na propriedade tínhamos uma hipótese: poder de polícia era tudo aquilo que limitava direitos e liberdades individuais em nome do interesse público. Se tal limitação resultasse, porém, de um sacrifício de direitos, sua classificação deixava de ser a de poder de polícia.

Como então discutir função social da propriedade, um princípio que direciona o direito de propriedade para que em seu exercício não tenha apenas objetivos privados, mas também beneficie, de alguma forma, a coletividade, sem associá-lo ao poder de polícia? A administração tem a prerrogativa de estabelecer um plano diretor que conste as políticas urbanísticas para determinada cidade. Ao exercer o seu direito de propriedade, o detentor deverá observar estes critérios que a administração delimitou e se conformar a

eles. Esta é uma limitação ao direito de propriedade, fundamentada com o argumento da função social da propriedade, disposto no artigo 182, CF. Acontece que o mesmo princípio, a função social da propriedade, estabelece outras limitações. Desta vez à propriedade rural. Uma delas é que a propriedade deve se manter com níveis satisfatórios de produção. Outra limitação que poderia ser considerada como legítimo exercício do poder de polícia. Se descumprida tal limitação, porém, inicia-se um processo de desapropriação-sanção, e o que era uma limitação torna-se um sacrifício de direito. Tal sacrifício está, no entanto, fundamentado no mesmo princípio que a limitação anterior, ou seja, o princípio de que os interesses públicos, coletivos se sobrepõe aos interesses privados.

Como podemos entender que dois atos estatais, ambos fundamentados na função social da propriedade – a limitação que impõe a produtividade, ou seja condiciona o exercício da propriedade e a sanção para o descumprimento que gera a desapropriação – poderiam ser classificados diferentemente, um como exercício do poder de polícia, outro como não? Nossa hipótese inicial está sendo, portanto, refutada. Não pode haver diferenças entre as graduações de intervenção do poder público nos direitos, por quatro motivos: 1- a motivação tanto de uma desapropriação como do direito de construir são idênticas, ou seja, a supremacia do interesse público pelo privado; 2- tanto em um caso como em outro o direito do particular está sendo limitado, a diferença se estabelece em graus de intensidade, no extremo a limitação pode chegar a sacrificar o direito, mas não deixa de ser um limite ao direito privado, que a partir de então passa a inexistir; 3- muitas vezes não há como definir com precisão se o direito está sendo limitado ou se a intervenção é de tal grandeza que sacrifica qualquer possibilidade de exercício, sacrificando direito; 4- a utilidade prática de tal diferenciação é irrelevante, afinal só serviria para diferenciar casos indenizáveis de casos não indenizáveis. Tais disposições as legislações tentam estabelecer e a controvérsia não ficaria resolvida com a adoção de um conceito como poder de polícia, a discussão se deslocaria de

“cabe ou não indenização?” para “é ou não poder de polícia?”, perguntas que teriam exatamente o mesmo significado.

Como vemos a diferenciação que trabalhamos como hipótese para o trabalho de poder de polícia na propriedade não nos ajuda a compreender nem o que é poder de polícia, tampouco qual sua contribuição para a matéria das limitações ao direito de propriedade.

Vejamos agora se os trechos retirados dos acórdão que estamos a analisar nos ajudam a entender tanto a definição precisa do conceito de poder de polícia quanto sua relevância para a ciência do direito público, afinal a conclusão de que um critério utilizado como hipótese deve ser descartado não significa que seja impossível se encontrar outros critérios que sejam mais adequados para a definição dos contornos deste mesmo conceito.

O caso em que o Ministro Ilmar Galvão é relator, há um trecho que ele define como poder de polícia a prerrogativa da administração, ou representante do poder público, de adentrar dentro da propriedade rural para fazer uma vistoria e classifica-la como cumpridora ou não da função social da propriedade. A limitação a que ele se refere é, portanto, a da inviolabilidade da propriedade privada, ou da intimidade, que terá que ser diminuída em função da coleta de dados precisos sobre a propriedade.

Outro trecho, desta vez no voto do Ministro Carlos Velloso, identifica um tipo de progressividade com o poder de polícia.

O terceiro trecho, também faz parte de outro voto do Ministro Carlos Velloso, ele dá a conceituação mais corrente de poder de polícia, como uma limitação a direito ou liberdade individual, justificada pela supremacia do interesse público sobre o privado.

A jurisprudência aponta para uma tendência onde não há qualquer tipo de diferenciação quanto aos tipos de limitação possíveis aos direitos e liberdades. Toda a esfera de limitações justificadas como de interesse público podem ser nomeadas de poder de polícia. É claro que este termo só é utilizado quando não há uma outra nomenclatura já consagrada. Assim chama-se de poder de polícia a prerrogativa da administração adentrar em propriedade privada para fazer vistoria, mas à prerrogativa de limitar as mudanças na fachada de um imóvel com valor histórico se dá o nome de tombamento.

A disciplina contida sob o conceito de poder de polícia é vastíssima. Hoje não se questiona mais se há tal prerrogativa da administração, de limitar direitos individuais em nome do interesse público. As discussões perpassam sobre os pontos dos procedimentos que dão legitimidade para tais limitações, como elas são fundamentadas e se são proporcionais. Cada vez mais o conceito de poder de polícia vem deixando de ser utilizado, e quando o é aparece de maneira aleatória, ora sendo citado ora deixando de ser. É importante salientar que esta conclusão não se fundamenta somente nas decisões aqui analisadas. Tal compreensão jurisprudencial vem acompanhada da observação longa, numerosa e continuada de decisões proferidas no STF entre os anos de 1964 e 2001 que versam sobre poder de polícia.

Todo o tema discutido neste trabalho tratava de limitações ao direito de propriedade, e só nestes trechos supra-transcritos o poder de polícia foi mencionado. Tal conceito não é preciso, abrange uma quantidade muito grande de casos e é abstrato, como tal não apresenta relevância para o direito público atual, por não agregar nenhuma classificação com utilidade prática, apenas enuncia a prerrogativa estatal de limitar direitos individuais em nome do interesse público. Deve ser, por este motivo, repensado seu papel dentro da disciplina jurídica como um todo.

Conclusões

A partir de referências jurisprudenciais este trabalho buscou aprofundar a compreensão que se tem sobre o conceito de função social da propriedade. Este conceito, muito importante para a ordem constitucional vigente, limita o direito de propriedade intrinsecamente, ou seja, só há direito de propriedade de houver o exercício de uma função social através dele. Esta nova compreensão de tal conceito, como um limitador ao exercício e à noção de direito de propriedade, faz com que tal direito só exista se continuamente constituído, se continuamente exercido nos parâmetros benéficos à coletividade, de acordo com sua função social.

Os acórdãos além de imprimirem este caráter de exercício necessário ao direito, suscitaram três outros questionamentos: quanto à diferença entre a propriedade urbana e rural; quanto ao respeito a dispositivos legais precisos quando se limita a esfera de direitos privados, prevenindo abusos por parte do poder público; e por último o vínculo entre função social da propriedade e poder de polícia, questionando-se a pertinência da manutenção deste último conceito no ordenamento jurídico.

A diferença entre a propriedade rural e a urbana se encontra primordialmente nas diferentes destinações que mais freqüentes se faz de cada uma delas. A propriedade rural, sendo uma unidade produtiva, quando utilizada inadequadamente pode trazer prejuízos para a riqueza da nação - que está deixando de utilizar seu potencial; para o meio ambiente - que pode estar sendo degradado; e para as relações humanas que se estabelecem sob vínculos empregatícios - que se constituídos à margem da legislação trabalhista, trazem prejuízos sociais. Além disso, a questão agrária brasileira toca um ponto nevrálgico de nossa sociedade: a concentração de renda. Assim como a renda é concentrada, a terra é concentrada. A nossa Constituição de 1988 entende ser muito oneroso para o interesse público manter uma propriedade rural que não cumpra sua função social da propriedade. Quando

há a constatação de tal descumprimento desconstitui-se a propriedade, através da desapropriação-sanção.

Já a propriedade urbana, quando se constata não cumpridora de sua função social, utiliza-se instrumentos que estimulem o cumprimento da função social da propriedade, por exemplo, o caso do IPTU progressivo. Há, no caso da propriedade urbana, uma graduação, desde medidas pouco onerosas de incentivo ao exercício da função social, até o caso extremo de desapropriação-sanção.

Esta graduação de sanções existente na propriedade urbana e inexistente na propriedade rural denota que o constituinte entende mais oneroso socialmente o não cumprimento da função social da propriedade rural quando comparado à não observância da função social da propriedade urbana.

O STF é intransigente quando considera casos em que a ação estatal torna-se dúbia ou insuficientemente justificada. Esta é a impressão que esta instituição apresenta quando lida com a problemática da função social da propriedade. Em todos os casos analisados o STF limitou o poder estatal, por um lado tal encaminhamento mostra uma preocupação em proteger o indivíduo frente aos possíveis abusos do poder estatal, de outro o STF retira instrumentos que o Estado teria garantidos constitucionalmente de intervenção na realidade social.

No que concerne ao conceito de função social da propriedade, sua aplicação fica restrita ao que dispõe os outros dispositivos legais que o regulamentam. Tal conceito não foi aceito em nenhum momento como um princípio que poderia ser ponderado, e eventualmente preponderado, com outros que direcionam a atividade estatal.

O terceiro ponto trabalhado, a questão da utilidade terminológica-conceitual de poder de polícia. Através do estudo da função social da

propriedade pode-se perceber que a atividade estatal pode sim limitar direitos individuais em nome de interesse público. Tais limites variam de intensidade entre limitações do exercício até sacrifício do direito. Há que se questionar se tal potencialidade de limitar deve ser conceituada, e se é esta prerrogativa que se quer descrever ao trazer à tona o conceito de poder de polícia. Proponho assim, através da identificação de imprecisões na aplicação jurisprudencial deste conceito, uma revisão de seu significado e do papel que exerce no ordenamento jurídico.

Bibliografia

- Recurso Extraordinário N. 153771-0 – Relator: Min. Moreira Alves
- Mandado de Segurança N. 21348-5 – Relator: Min. Celso de Mello
- Mandado de Segurança N. 22319-7 – Relator: Min. Ilmar Galvão
- Agravo Regimental em Agravo de Instrumento N. 147561-7
- CAMPOS FILHO, Cândido Malta. “A função social da propriedade imobiliária urbana e as terras devolutas do município de São Paulo” – in CADERNOS FUNDAP – São Paulo – Ano 9 – n. 17 – págs. 77-86 – dez/1989
- DI PIETRO, Maria Silvia Zanella “A gestão jurídica do patrimônio imobiliário do poder público” – in CADERNOS FUNDAP – São Paulo – Ano 9 – n. 17 – págs. 55-66 – dez/1989
- GRAU, Eros Roberto “A propriedade na nova Constituição” in CADERNOS FUNDAP – São Paulo – Ano 9 – n. 17 – págs. 108-112 – dez/1989
- TOMASETTI JR., Alcides “Jurisprudência Comentada” in RT-723 – ano 85º. – págs. 204-223 - Jan/1996
- “Poder de polícia na propriedade” – alunos da Escola de Formação - Sociedade Brasileira de Direito Público - pesquisa desenvolvida em 2002