

LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE*

RESTRICTIONS TO THE RIGHT OF PROPERTY

*Carlos Alberto Dabus Maluf***

Abertura: palavras do Sr. Diretor da Faculdade de Direito da USP - Professor Titular Antônio Magalhães Gomes Filho

“Declaro aberta esta sessão solene da Congregação da Faculdade de Direito que dá início ao ano letivo de 2011. A Cerimônia Solene de Abertura dos Cursos Jurídicos é realizada nesta Faculdade há exatos 183 anos. A Faculdade de Direito foi fundada como todos sabemos no dia 11 de agosto de 1827, e no ano seguinte, exatamente em 1º de março de 1828, foi proferida a sua aula inaugural: num salão nobre que estava nesse local, mas não era exatamente esse mesmo salão porque era o prédio antigo, do convento de São Francisco, o qual foi destruído por um incêndio.

A primeira aula inaugural foi proferida pelo Professor Avelar Brotero, o primeiro professor dessa Casa, que na ocasião contava com o General José Arouche de Toledo Rendon como seu primeiro Diretor.

Durante todos estes anos, tradicionalmente, esta cerimônia se realiza para marcar o início das atividades acadêmicas na nossa Faculdade.

Formalmente, esta aula inaugural marca o início da semana de recepção aos calouros, o momento em que nós recebemos os novos ingressantes do nosso curso jurídico: por isso, eu quero nesta oportunidade, em primeiro lugar cumprimentar os nossos professores presentes e cumprimentar nominalmente os professores que compõem a mesa: a Professora Titular Ivette Senise Ferreira, ex-Diretora, aliás, a primeira mulher diretora desta Faculdade; a Professora Titular Odete Medauar que é uma das mais notáveis professoras da nossa faculdade, titular da cadeira de Direito Administrativo e que fará saudação aos calouros; o Professor Titular José Rogério Cruz e Tucci, que é o Presidente da semana de recepção aos calouros, Presidente da Comissão que organiza esta semana e finalmente, o Professor Titular Carlos Alberto Dabus Maluf, Professor Titular de Direito Civil que hoje irá proferir a aula inaugural dos nossos cursos jurídicos no período da manhã, dando então continuidade a esta nossa tradição.

Quero cumprimentar também a todos os que nos honram com a sua presença; nossos funcionários e alunos da nossa Faculdade.

* Aula Magna proferida pelo Prof Doutor Carlos Alberto Dabus Maluf em 2011.

** Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Eu tenho a honra e satisfação de passar a palavra ao Professor Titular de Direito Civil o professor Carlos Alberto Dabus Maluf que irá proferir a aula inaugural deste ano letivo no período da manhã com o tema: “Limitações ao direito de propriedade”.

Professor Titular Carlos Alberto Dabus Maluf:

“ É com muita emoção que venho a esta tribuna fazer esta aula inaugural, que abordará as limitações ao direito de propriedade. Este, senhores, é um tema riquíssimo, que envolve vários ramos do Direito, e sobretudo navega pelos mares do Direito Público e do Direito Privado, interrelacionando seus institutos, para assim dar uma configuração mais ampla e detalhada da propriedade e seu tratamento doutrinário e legislativo.

Serve ao Direito Constitucional, uma vez que esta, delimita os contornos da propriedade instituindo sua função social; serve ao Direito Administrativo, onde temos vários institutos limitando a propriedade, como por exemplo, o tombamento, o zoneamento, as servidões administrativas, aos limites pela extensão da propriedade, o direito de construir, além de outros elementos de cunho urbanístico delimitados pelo Estatuto da Cidade; serve ao Direito Civil, sim, sem dúvida! As servidões, o usufruto, o condomínio, as cláusulas de inabilidade nos testamentos e demais atos de vontade. Serve à própria Filosofia no Direito, que em suas íntimas relações com os Direitos Humanos, retratou, com o evento da Segunda Guerra Mundial, o ecrasante holocausto, que em sua nefasta ideologia privou de seu lar milhares de cidadãos – judeus, ciganos, presos políticos, dentre outros, que não mais puderam fruir de suas propriedades por imposição das forças nazistas. Aliás, o professor Celso Lafer, a quem eu reverencio e conheço há quarenta anos, em seu livro “ A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt” trata bem essa questão; também o professor Fábio Comparato, aqui não presente, mas que também tem uma primorosa obra sobre Direitos Humanos e sua amplitude.

Dizia eu no início da exposição que iria dividir a matéria em Direito Público e Direito Privado, porque dizia? No Direito Constitucional, o direito de propriedade é garantido constitucionalmente desde o período imperial, assim sendo, todas as Constituições brasileiras desde 1824, consagraram a propriedade como um direito individual e inviolável, sendo que dentre elas, a Constituição Federal de 1988 dispõe com todas as letras em seu art. 5º, XXIII : “A propriedade exercerá a sua função social”. Assim sendo, ao mesmo tempo em que é regulamentado como direito fundamental, revela-se o interesse público da utilização da propriedade tendo em vista os anseios da sociedade. Nesse sentido, a exemplo das duas últimas Constituições, a função social da propriedade vem reconhecida como um dos princípios basilares da ordem econômica nacional, no sentido de que representa um dos elementos que garante a circulação de riquezas. A função

social da propriedade, foi explorada pelo Projeto do Código Civil brasileiro, capitaneada pelo professor Miguel Reale e outros insígnis juristas, que no artigo 1228, traduz com todas as letras que ‘a propriedade cumprirá a sua função social’ e no inciso segundo, cuida senhores do patrimônio histórico e artístico e cultural, trazendo grande inovação ao Código Civil brasileiro, indo em sintonia com a Constituição de 1988.

Podemos nos perguntar, por que a preocupação do legislador com a questão da função social da propriedade? Por que a questão do patrimônio histórico, do patrimônio arqueológico, do patrimônio artístico? Porque é bom que os senhores saibam, o Brasil ficou, foi muito esquecido em matéria de preservação histórica e de monumentos. Foi preciso apenas Getúlio Vargas nos idos de 1937 editar o Decreto-lei n. 25 de 30 de novembro do então corrente ano, para que a preservação dos bens culturais tivesse início no Brasil, pois representou este, o primeiro Decreto que cuidava da preservação do patrimônio histórico no país. A primeira decisão histórica que tivemos no Brasil, a respeito do tema, foi a questão do Arco do Teles no centro do Rio de Janeiro, mais especificamente no centro histórico da cidade, então próximo à rua 1º de março. E no que tange à essa questão do Arco do Teles, seus proprietários se insurgiram contra o Governo estadual que queria tombar o arco e os anexos, impedindo que a família construísse lá um ‘espigão’. A família proprietária foi ao Supremo Tribunal Federal e perdeu a questão, porque a família dizia: “Como é que fica o nosso direito de propriedade?”. O Supremo Tribunal Federal em votos memoráveis na época de Orozimbo Nonato, Castro Neves, Enio Guimarães e Philadelfo Azevedo, disseram: “Não há nada de inconstitucionalidade nesse decreto”, preservando as disposições do Decreto n. 25/37; a propriedade tem que cumprir a sua função social (e a preservação da memória cultural é também uma delas). Assim sendo, não só o Arco do Teles estará tombado, como também todo o seu entorno, para evitar o desfiguramento de sua vista por parte daqueles que passam pela rua 1º de março.

Então vejam os senhores como esse tema é atual, porque a questão do tombamento é extremamente importante no delineamento urbanístico das cidades. E assim, ‘se’ as nossas autoridades não fossem negligentes e tolerantes com as construções clandestinas nos morros, nas encostas e demais zonas não edificantes, não teríamos presenciado tragédias como essa de Teresópolis – Nova Friburgo, no estado do Rio de Janeiro, que trouxe um saldo de mais de mil mortes, porque todo ano os governantes prometem que vão impedir a construção nas encostas, depois que passam as eleições e as chuvas, tudo volta como dantes no quartel do Abrantes.

Tudo novamente, onde eu vou morar? Tenho que morar em algum lugar. Aliás o direito à moradia é um direito fundamental do ser humano. Então os senhores estão vendo que o tema é atual, aliás, atualíssimo. São Paulo está vivendo dias torrenciais de chuvas de granizo. Tudo isso não deixa de ser uma limitação à propriedade, é evidente. Eu estou impedido de ir e vir numa cidade que cresceu sem nenhum planejamento urbano.

Certa feita lendo um artigo do professor da história, da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, dizia-se professor de Geografia no Jornal ‘O Estado de S. Paulo’, que “a natureza estava devolvendo o que São Paulo fez com ela”. Porque no século XVIII, nós tínhamos rios e riachos, correndo livremente. Aliás o próprio Anhangabaú era um rio; impermeabilizaram o solo, permitiram a edificação: a natureza só está devolvendo... Isso chama-se senhores “Crônica da morte anunciada”.

Chamo mais uma vez a atenção dos senhores para a importância da propriedade e suas limitações, sejam as oriundas do Direito Público, notadamente de cunho administrativo e urbanístico, sejam as de natureza civil.

Em nossa Casa há vários professores que se ocupam do tema, além de mim, que acabei de lançar esta semana o livro “Comentários ao Estatuto da Cidade”, comentando mais especificamente cada um dos temas que abrangem a regulação do espaço urbano; há a professora Odete Medauar, o professor Fernando Dias Menezes de Almeida, o professor Régis Fernandes de Oliveira que também escreveram sobre o Estatuto da Cidade: estes professores de Direito Administrativo, de outro departamento que o meu, reforçando a amplitude da importância do tema, de face interdisciplinar e de altíssima relevância na vida humana, desde a Antiguidade.

A questão do tombamento, traz ainda inúmeras outras considerações. A título de exemplo, que trago que há aproximadamente quinze anos, a Prefeitura de São Paulo, resolveu tomar o que restava da Avenida Paulista. É válido ressaltar, que a Avenida Paulista tinha sido totalmente desfigurada nos idos dos anos 50, sendo que em sua extensão não restaram senão uma meia dúzia de edificações de época, sendo uma delas a mansão Matarazzo, na esquina da rua Pamplona. Ora, a família Matarazzo quando percebeu que ia haver o tombamento, num final de semana derrubou a Mansão, cuja construção remontava aos anos 1897. O Conde Matarazzo, construiu-a em 1897, e depois para o casamento do Conde Francisco nos anos 40 reformou a casa no estilo fascista. Então ficou aquela, consignada na história paulistana, da qual eu me recordo perfeitamente, pois a via desde criança. A casa foi então derrubada pelos herdeiros, pois a Prefeitura visou sua desapropriação para ali sediar o Museu do Trabalhador: no terreno mais caro da cidade de São Paulo. Resultado: a Prefeitura não tinha dinheiro nos cofres públicos para proceder à desapropriação de tão inestimável bem. Depois de alguns anos a Prefeitura desistiu da desapropriação, mas daí ficou o saldo negativo. A família Matarazzo entrou com uma ação de indenização contra a prefeitura pedindo juros compensatórios de todos aqueles anos em que a Prefeitura ficou com o decreto despropriatório. Resultado: o valor da indenização é de mais de 100 milhões reais, montante este que a Prefeitura deve à família Matarazzo. Não vou entrar em outros questionamentos, mas aqui é importante salientar o entendimento que sustento juntamente com a professora Odete Medauar, que em seu livro “Direito Administrativo moderno” diz: o tombamento deve ser indenizado, conforme a inserção do bem num determinado contexto, ou seja, se o bem tombado estiver

situado num contexto de uma cidade toda, não seria devida a indenização, por exemplo, “se eu herdo uma casa dentro da cidade de Ouro Preto”. Eu tenho que conservar o exterior da casa, mas posso fazer a reforma interior, necessária à manutenção do bem, não uma mudança exterior.

Por outro lado, se o bem situa-se fora desse referido contexto é cabível a indenização, como no citado exemplo envolvendo imóvel situado na Avenida Paulista.

Nesse sentido, entendemos que querer desapropriar na Avenida Paulista, já totalmente desfigurada, meia dúzia de casas: seis casas é impor um ônus muito pesado aos seus proprietários, sem nenhuma vantagem em matéria de preservação da história cultural da cidade.

Dizia um arquiteto francês que o Brasil nunca ia ter uma história da arquitetura, por causa da malsinada especulação imobiliária. Oriundo de um país, como a França, onde a política fundiária apresenta um vasto campo de atuação, sendo a preservação do patrimônio histórico e cultural, muito valorizada e rigorosamente regulada por lei desde o século XIX; apresentando a propriedade inúmeras limitações também à luz do Direito francês.

Em suma, podemos entender que a concepção dominante é a seguinte: enquanto na Europa um prédio de 400 anos é considerado novo, no Brasil um prédio de 40 anos é considerado velho. Desta forma, nós nunca vamos ter uma história da arquitetura: essa é a realidade.

Na Europa sempre foi grande a preocupação com a conservação da memória cultural; e deste ponto, refletia-se também a altura e a disposição das edificações modernas pois interligava-se esta à questão da vista dos palácios, ao embelezamento da vida na cidade, e em tempos mais remotos à própria segurança do reino.

Só para os senhores terem uma ideia em 1624 já havia um cardeal italiano em Roma, preocupado com a queima dos mármore dos nobres italianos no século XVII pra fazer os seus palácios. E o caso típico que se teve notícia, envolveu a família Barberini que arrancava os mármore do Coliseu para fazer o palácio dos Barberini na via Barberini. E aí diziam os italianos que eram irreverentes, e sempre o foram, no século XVII: “O que não fizeram os bárbaros no século sétimo ou sexto, fizeram os Barberini no século XVII”.

E isso os italianos, com essa questão do tombamento que impôs penas gravíssimas para aqueles que queimassem as estátuas para fazerem cal, porque era o que se fazia na época. Tinha tanta estátua de mármore em Roma que eles queimavam para fazer cal, o que era absurdo. E a lei de 1824 veio a tolher essa prática.

Na França tivemos algumas leis de tombamento, e uma das mais importantes foi a de 1913, onde ficava proibido a construção acima de uma determinada altura para não atrapalhar a vista do Museu do Louvre, da Catedral de Notre Dame. Havendo ainda a preservação de todas as catedrais francesas, além da lista de bens que embora não

tombados, estavam inquinados de tantas limitações em face da preservação dos bens tombados ao seu entorno.

Vejam então os senhores que o tombamento é uma importante limitação à propriedade, mas não é a maior delas. A maior delas é a desapropriação, que leva à perda da propriedade. Mas defluem do tombamento importantes demandas relativas à isenção do IPTU do imóvel tombado, por parte do Poder Público, que leva muitas vezes ao particular a obrigação de ingressar em juízo com a desapropriação indireta.

Nos muitos anos de militância advocatícia nesta área, vivenciei muitas demandas nesse sentido. No ano de 1977, o então governador Paulo Egídio Martins, baixou o Decreto da famosa ‘Mata Atlântica’, determinando que não se podia derrubar mais nada do que se restou da mata atlântica desse país, (7% no Estado de São Paulo – principalmente na região do litoral norte do Estado). O que fizeram os proprietários? Resolveram ingressar em juízo, pois encontravam-se impossibilitados de efetuar qualquer empreendimento naquela área. Começaram pois, a ingressar em juízo com ações de desapropriação indireta, pleiteando indenizações milionárias no estado de São Paulo. Mas dizendo: “Não, mas eu vou fazer um condomínio de luxo, lá na Serra da Ubatuba”. Claro que não ia fazer coisa nenhuma, mesmo porque eles estavam reivindicando uma coisa imoral; eles pleiteavam indenização da madeira: só que a madeira já estava lá desde o tempo de Pedro Álvares Cabral e, como ninguém plantou aquela madeira, não era artificial: aquilo era natural, da natureza. E o que faziam os senhores peritos? Os senhores peritos de má fé faziam a avaliação da terra nua o metro cúbico da madeira lá em cima, do lado da terra; isso dava uma distorção, que teve uma indenização na Serra do Mar que chegou a 1 bilhão e 500 milhões de reais, por 500 alqueires na Serra do Mar. Ora, isso chegou às portas do Supremo Tribunal de Justiça, e o saudoso ministro *Franchini Neto*, na questão da relativização da coisa julgada; já tinha transitado em julgado, dizia assim: “Não, isso é imoral, não posso, não podemos pagar 1 bilhão e 500 milhões”. Reverteu pelo princípio da relativização da coisa julgada, devolveu ao Tribunal de Justiça de São Paulo fazendo o preço da indenização baixar para 20 ou 30 milhões de dólares. Isso se faz justiça. Porque assim como não pode o Estado demorar 20 anos para pagar uma desapropriação, também não pode o particular ‘sangrar’ o Estado; sabendo notoriamente que vale 10 ele não pode querer 100, isso é o que se chama em direito de enriquecimento sem causa. O que é um enriquecimento sem causa? É aquilo que Orlando Gomes lapidarmente dizia: “Dá-se o enriquecimento sem causa, quando há o enriquecimento de alguém, e o empobrecimento de outro, sem justa causa e sem nexos causal”. E realmente não tinha causa.

Nesse sentido, com o voto do Ministro Franciuli Neto, que aplicando o princípio da relativização da coisa julgada, anulou e devolveu ao Tribunal de São Paulo, tem-se o resultado de que hoje no Estado de São Paulo não há mais desapropriação indireta na Serra do Mar.

Entendo que esta é uma importante limitação ao direito de propriedade. E que, com a ganância de alguns, que visavam o maior precatório do Estado de São Paulo, poderia este incorrer na bancarrota total, uma vez que de seus cofres públicos dever-se-iam pagar as trinta e seis indenizações milionárias da Serra do Mar. Assim sendo, teríamos R\$ 52 bilhões de reais de indenização saindo dos cofres públicos para os particulares.

Vejam mais uma vez os senhores, quão atual é essa matéria, aliás, atualíssima. Para os senhores calouros, que estão ingressando na Faculdade de Direito, temas como estes serão estudados do primeiro ao quinto ano, porque envolvem todos os campos do Direito.

Outra limitação ao direito de propriedade que permeia o Direito Administrativo e o Direito Civil, é o problema que envolve a extensão da propriedade, a saber, questões que envolvem a utilização do espaço aéreo e do subsolo.

Na questão do espaço aéreo, esta abrange o direito de usar, gozar e dispor da coisa, vindo da concepção romana que a propriedade poderia ser utilizada “*usque ad inferus usque ad sidera*”, essa ideia encontra-se superada na atualidade, surgindo então as limitações ao direito de propriedade que estabelece o poder do proprietário aos limites possíveis do seu exercício. Assim, surgem as limitações em face da proximidade dos aeroportos e aeródromos, tendo em vista a localização das torres de aproximação das aeronaves. Incidem portanto importantes limitações em face da altura das construções realizadas no entorno dos aeroportos, tendo em vista a segurança das aeronaves. Não se pode assim construir acima de sete metros de altura. No mesmo sentido, em face também das rotas dos aviões, as edificações apresentam um esquadramento limitado em virtude do espaço aéreo. Entretanto, como sempre, interesses particulares, especulação imobiliária e a certeza da impunidade fazem com que os gabaritos não sejam respeitados algumas vezes. O exemplo mais típico ocorrido recentemente e na cidade de São Paulo envolveu uma edificação no bairro do Jardim Europa, próximo à marginal Pinheiros, onde uma enorme torre residencial foi construída, pondo em risco o tráfego aéreo. Pleiteia-se em juízo a derrubada dos últimos andares, então fora do gabarito. Essa questão arrasta-se na justiça por 18 ou 20 anos, trazendo grande instabilidade jurídica para os moradores, que ainda não possuem o Habite-se de apartamentos que valem R\$ 10 milhões cada um, além da perpetuação do risco de navegação aérea que se perpetua a cada dia. Essa é a certeza da impunidade, nos Estados Unidos ensejaria prisão.

Questionamentos dessa natureza entretanto não são modernos. Havia na Roma antiga uma servidão chamada “*Altius non tollendi*”, utilizada para não tirar a vista dos monumentos dos cidadãos romanos, grande preocupação dos romanos.

A título exemplificativo, em dados períodos históricos, havia em Roma vários tipos de propriedade: a propriedade bonitária, a propriedade quiritária, a propriedade provincial e a propriedade peregrina; vocês vão estudar tudo isso com o professor Eduardo Marchi, já nesse primeiro ano. Posteriormente quem simplificou essa

questão da propriedade, de forma lapidar foi Justiniano no século VI, unificando-as em uma só, a propriedade unitária, à qual atribuiu características bem nítidas: o *jus utendi, fruendi et abutendi*, tendo ainda um caráter absoluto, ilimitado e perpétuo, sobre a qual pesavam inúmeras limitações impostas pela necessidade da Administração Pública.

E assim foi durante setecentos anos, mais especificamente na Idade Média com o surgimento das primeiras universidades, como a de Bolonha. E aí, é claro que houve um período negro, o figurantismo da cultura. Aquele estudo do Direito Romano, perdeu-se e as pessoas ficaram analfabetas, e só: o Direito começou a desenvolver-se novamente 700 anos depois e aí vieram os glosadores e os pós-glosadores, aqueles que interpretavam os textos de Direito Romano, como *Ciro de Pistóia, Bartolo, Baldo* e outros medievalistas.

Na Idade Média, a propriedade apresentou características diametralmente opostas, sendo marcada por um esfacelamento da propriedade, tal como era conhecida no Direito Romano. Passou assim a existir uma superposição de direitos sobre o mesmo bem.

Desta sorte, o domínio fundiário foi dividido entre os senhores feudais, e os suzeranos, que detinham o chamado domínio útil, os senhores estudaram isso em história da civilização, com certeza.

Assim sendo, temos como herança, que o que aconteceu na Idade Média, desenterrou-se novamente, com o instituto antigo da “Enfiteuse” onde havia novamente o domínio direto e o domínio útil, quer dizer o poder útil e poder direto e transferir o domínio útil para o outro explorar terra, os famosos servos da gleba.

Passado esse período, com a entrada na Idade Moderna e nela, a promulgação do Código Napoleão, na França do século XVIII: este foi a origem de todo o sistema romano - germânico moderno. Nós tivemos o Código francês de 1805, tivemos depois o Código Civil Italiano de 1865, e o Código Alemão de 1896, que entrou em vigor em 1900, o “**BGB**”, por influência de um grande autor chamado Bernardo Windscheid.

Vaidoso de suas realizações dizia Napoleão em seu leito de morte: “Da coisa que mais me orgulho é o meu Código Civil, porque das batalhas, todo mundo só se lembra da última que eu perdi, mas o Código Civil vai ficar pra sempre”.

Também presente na legislação pátria estão as limitações ao uso do subsolo. Quais seriam essas limitações do subsolo?

Na contemporaneidade, nos grandes centros urbanos, e em nossa realidade (destaca-se a cidade de São Paulo) uma questão envolvendo as limitações pelo subsolo referem-se à instalação das linhas do metrô. Muitas vezes é necessário recorrer-se à desapropriação da propriedade para poder rasgar a sua linha.

Hoje com essas modernas máquinas ‘Shields’ consegue-se fazer a perfuração do solo sem haver interferência na propriedade, quer dizer, na desapropriação do imóvel, mas é uma limitação de subsolo sem dúvida alguma. Isso envolve diretamente o direito de

propriedade, o Direito Administrativo e também o próprio Direito Civil. O Código Civil de 2002 já prevê lá no artigo 1229 essas limitações do subsolo e do espaço aéreo.

Daí decorre uma questão importante, vejam os senhores que estão entrando na Faculdade de Direito, um problema ético. O professor Reale sempre referia-se ao artigo 422 do Código Civil, falava da ética, da eticidade, da boa fé e da probidade.

Eu vou mais além, o artigo 1228 do Código Civil, no inciso segundo, fala do abuso de direito. O que vem a ser abuso de direito? É aquele ato praticado por puro espírito de emulação, de causar prejuízo a outrem, baseado na atribuição de uma liberalidade; por quê? Porque na verdade o autor não vai se beneficiar daquele ato, mas ele vai prejudicar o seu vizinho. E o caso sério que nós temos, citados por *vários autores franceses*, Demogue, Josserand, era o caso na França de um cidadão que não queria que o vizinho descesse com o seu dirigível; e colocava na sua propriedade pontas aceradas para estourar o dirigível do vizinho: era o caso famoso chamado “Clermand Bayard”; foi julgado pela Corte de Cassação de Paris em 1913, e o proprietário foi obrigado, a obrigação de não colocar as hastes sob a pena de não pagar uma indenização. É o caso típico daquilo que se chama abuso de direito. E o Código Civil refere no artigo 188 com todas as letras: “Não constitui ato ilícito o exercício regular de um direito, ao contrário censo, constitui ato ilícito o exercício irregular de um direito”.

Vejam os senhores que, nós estamos em 2011 preocupados com a boa fé, a eticidade, o abuso de direito, que permeiam o bom uso da propriedade. A legislação europeia e pátria, prevê a reparação do dano causado pelo uso anormal da propriedade, mesmo quando decorrente do uso normal da mesma, mas que causar irreparáveis danos à coletividade.

Reitero mais uma vez que essa preocupação não é nova. Os romanos já se preocupavam com esses temas, com a preservação das propriedades e sua utilização.

Entretanto, o grande precursor em matéria de urbanismo, e consequente aplicação de gabaritos restritivos à altura das edificações foi Eugène Haussmann, Prefeito de Paris entre 1853 e 1870, na época da restauração.

O apogeu negocial que Paris atingiu após a Revolução Industrial, exigiu, nas palavras de Haussmann a derrubada de uma Paris antiga, de dimensões medievais para fazer erigir uma Paris nova de dimensões modernas, mais ampla e arborizada. Assim desapropriou 25 mil propriedades: inclusive ordenou a derrubada de algumas igrejas centenárias do centro de Paris, e em seu lugar edificou outras 75 mil. A Paris medieval ficou inserida no chamado “Quartier Latin”, na margem esquerda. A Paris moderna, por outro lado, é marcada por largas avenidas que partem da avenida circular do Arco do Triunfo, de grande valia para suportar o futuro crescimento urbano.

O que ele fez na realidade? Elaborou um rico plano diretor para a cidade de Paris, transformando-a numa cidade de construção simétrica, com construções de cinco andares inspirada no estilo barroco; bem diferente de São Paulo, que é uma cidade de

construção totalmente assimétrica, com graves problemas a serem resolvidos no espaço urbano.

O arquiteto suíço Le Corbusier criticava a cidade de Nova York dizendo: “Não, Nova York não deu certo! Apresenta graves problemas de circulação e estacionamento, além de padecer em muitos lugares de iluminação do sol, pois os prédios têm setenta andares e são ruas estreitas.

Do ponto de vista urbanístico são incomparáveis Paris e Nova York. Há quem prefira uma, há quem prefira outra, mas em comum entre ambas temos o rigoroso plano urbanístico que impõe severas limitações à propriedade individual em nome da função social da propriedade e da função social da cidade, coisa que infelizmente nós não tínhamos no Brasil, e especialmente na cidade de São Paulo.

A primeira lei de zoneamento na cidade de São Paulo, do Prefeito Figueiredo Ferraz, foi editada no início dos anos 70, e perdurou por vários anos. Foi revogada, e todos corremos esse risco, porque não se respeita coisa nenhuma; os senhores estão morando no bairro residencial; alguém começa a fomentar a Câmara dos Vereadores para mudar a lei de zoneamento, e aí se muda, se muda, se desvaloriza o imóvel residencial, então é aquela questão da teoria da pré-ocupação que tanto serve para o Direito Administrativo, como para o Direito Civil, é muito relativa, como elucida Ely Lopes Meirelles, nosso primeiro grande administrativista do século XX. Em virtude desta há a imposição de tolerar-se muitos inconvenientes no que tange ao uso da propriedade, como por exemplo o morar na proximidade dos estádios de futebol. Deve-se tolerar tudo?

E tem mais, senhores: a questão ainda do artigo 1228 do Código Civil, que nos §§ 4º e 5º trata do problema da invasão de glebas de terra acima de 750 metros por um grande número de pessoas e o particular tem que ser indenizado. Já o estatuto da cidade no artigo 10 diz o seguinte: ‘não tem que ter, haver indenização’, a *usucapião* é coletiva. O que prevalece: o Estatuto da Cidade, lei especial, ou Código Civil, lei ordinária?

Evidentemente que a tendência da doutrina é considerar que ambos estão em vigor, porque entende-se que o Código Civil não teria revogado o Estatuto da Cidade, e sabe por quê? Por que o Estatuto da Cidade é uma lei específica e o Código Civil é uma lei genérica. Os senhores vão ter que estudar isso no segundo, terceiro e quarto ano. Então os senhores estão vendo em apertada síntese a gama de assuntos que nós temos nessa questão das limitações ao direito de propriedade. Falei do tombamento, da função social da propriedade, da preservação do patrimônio histórico e cultural, do abuso de direito, da desapropriação - a meu ver a maior limitação de direito de propriedade, pois ocorre a efetiva perda da propriedade, tanto que a própria Constituição Federal fala em indenização prévia, justa e em dinheiro. Ressalvamos, entretanto, que ela nunca é prévia e justa, pelo menos é em dinheiro depois de 20 anos. E a grande questão que também toca à desapropriação, refere-se às questões atinentes à reforma agrária. Nessa matéria, a Constituição diz que a indenização se dará em títulos da dívida agrária resgatáveis em 20

anos, e agora, a Prefeitura de São Paulo, abrindo a sua caixa de maldades, porque não dá solução ao problema da rua Santa Ifigênia e adjacências, quer impor aquilo que se chama desapropriação sanção, das pessoas que tiverem imóveis desocupados por mais de cinco anos, pois não estariam estes desempenhando sua função social. Vejam os senhores, não é culpa do proprietário se é possuidor de um imóvel nos bairros deteriorados da capital, tomados ‘pelo crack’.

Assim, se o proprietário não consegue alugar o seu imóvel, e se assim permanecer por cinco anos, incorrerá em penalidades por parte do Poder Público, que lhe aplicará o IPTU progressivo no tempo, e culminará com a desapropriação sanção, cujo pagamento dar-se-á com títulos da dívida pública.

Vejam os senhores, que culpa tem o particular? O particular não pode dar segurança, não pode dar a saúde pública, já paga impostos elevadíssimos, e como é que ainda vai resolver o problema da destinação da propriedade?

Quer dizer, o Governo, no caso a Prefeitura, está anos ensaiando a revitalização da região conhecida por cracolândia, a Nova Luz, só que para isso tem que desapropriar 300 mil metros quadrados e não há dinheiro. Então fica essa roda viva, um jogando em cima do outro, nesse jogo de empurra. É um problema seríssimo e diz respeito sim, a quê? Ao nosso Estatuto da Cidade, diz respeito ao Plano Diretor da cidade, diz respeito sim a operações interligadas ou consorciadas, onde eu para me beneficiar vou dar alguma coisa em troca.

Lembro-me quando fui chefe do jurídico da Light - da Eletropaulo, que construiu um prédio enorme lá na Marginal, de 24 andares; não era permitido fazer um prédio de tais dimensões naquela região, que só se permitia construir duas vezes a área do terreno. A Eletropaulo na época se comprometeu com o Governo do Estado a dar seis mil casas populares. Onde estão essas seis mil casas populares? O prédio está lá pronto, foi até vendido recentemente, por R\$ 300 milhões de reais pra uma grande empresa.

Quando membro da Comissão do novo Código Civil, conversei pessoalmente com o Deputado Ricardo Fiúza, já falecido, dizendo “Deputado esse inciso 5º do código civil vai ser letra morta”. Por que vai ser letra morta? Porque diz o seguinte: que na hipótese de ocupação de uma grande área, o juiz fixará uma indenização. E eu dizia: mas quem é que vai pagar essa indenização? Ele falou “o Estado vai pagar”. Mas eu falei “Deputado, o Estado não paga nem desapropriação, que ele desapropria, publica o decreto expropriatório. O senhor acha que ele vai indenizar invasão de terreno?”. E dei o exemplo de Paraisópolis. O governo municipal vai indenizar os proprietários de Paraisópolis? Claro que não, eles continuam emitindo IPTU. Ninguém tira Paraisópolis, está lá há 60, 70 anos. É uma realidade, e essa realidade foi sentida por um Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo, hoje aposentado, José Osório, que tem um livro primoroso sobre compromisso de compra e venda, escreve que onde houve uma invasão, os proprietários reivindicaram de volta. Ele julgou improcedente a ação dizendo ‘não,

não pode mais tirar essas pessoas porque eles têm que morar em algum lugar’, e mandou que houvesse indenização. Só que ninguém sabe quem vai pagar a indenização. E como não existem palavras, letras mortas na lei, eu sugeri que fosse revogado simplesmente o inciso 5º do artigo 1228, ao meu ver, inexequível, porque ninguém sabe quem vai pagar essa indenização.

No que tange ao artigo 10 do Estatuto da Cidade que cuida do problema da usucapião coletiva, as pessoas que invadirem, estiverem ocupando um imóvel com mais de 250 metros. Vão fazer o quê? Segundo alguns poderiam requerer a usucapião, mas o que vai acontecer, é que vai haver um condomínio dentro da usucapião.

Então, na prática, isso equivale a dizer que um invade 30% da área, o outro invade 40, outro invade 70, como é que eu vou dividir isso? Quer dizer, o juiz vai ter que trabalhar aquele caso como se fosse uma herança. Nada mais absurdo. Vai incrementar, vai incentivar a disseminação da favela, que em nada corresponde à moradia adequada para a população. É uma maneira de minimizar o problema social no Brasil.

Saindo do âmbito do Direito Público e entrando no âmbito privado, podemos apontar como uma enorme limitação ao direito de propriedade, o condomínio.

Este, na visão de Clóvis Bevilacqua, nosso nobre civilista, do Código de 1916, é uma “fonte perene de demandas”. Os romanos, referiam-se a estes como falavam, *mater rixarum*, as “A mãe das rixas”; melhor se não existisse.

Eu costumo dizer nas minhas aulas, e amanhã começo a primeira aula do quarto ano, Direito de Família, dizendo: “Meus senhores, família é bom em álbum de fotografia”: é a triste realidade, pois em matéria de condomínio familiar a briga é certa.

Como exemplo, posso citar que há 30 anos atrás, morria em São Paulo, um dos maiores industriais desse país, que formou o maior grupo da América, nos últimos cem anos. Com sua morte começaram as desavenças familiares, e até hoje eles não se entenderam. O império começou a se esfacelar. Aquilo que Irineu Evangelista de Sousa foi no século XVIII, este grande brasileiro foi no século XX: bancos, indústrias, entre outros empreendimentos compunham o seu vasto patrimônio. Porque infelizmente seus herdeiros não entraram em acordo quanto à administração do patrimônio deixado. É aquilo que eu sempre digo, no que tange ao planejamento familiar, se quiser que o seu patrimônio chegue na quarta geração, faça uma fundação, porque se você não fizer uma fundação, não chega na terceira geração. Aquele brocado antigo é verdadeiro: “Avô rico, filho nobre, neto pobre”, é a grande realidade, porque alguém fez, o outro vai desfrutar, alguém fez e o outro vai morar em Paris, e o dinheiro não aguenta desaforo. É a grande realidade, não tem milagre.

Existe ainda no condomínio a grande diferença entre falta de capacidade e falta de legislação. Quando a ele me referia em aula, dava o seguinte exemplo, um tanto jocoso: “Imagine os senhores o professor Miguel Reale, o maior jurista desse país, um dos maiores do mundo, se ele recebesse em condomínio uma casa com seus irmãos. O

professor tem capacidade? Ninguém duvida da capacidade. Mas ele tem legitimidade para vender sozinho esta casa? Não tem legitimidade”. Nem o professor Miguel Reale nem ninguém, teria legitimidade, faltava legitimidade porque está dentro de um condomínio (um todo indiviso).

Então essa é uma grande limitação ao direito de propriedade, sem dúvida alguma, e que envolve também preferência, porque eu sou obrigado a oferecer primeiro ao outro condômino.

Outra grande limitação, já no Direito Civil, direito de propriedade, é a questão do condomínio edilício, ou condomínio em apartamentos, esse é terrível, porque envolve conflitos de vizinhança, questão de barulho, questão de condômino antissocial. E quem é ele? É aquele que não está preparado para viver em sociedade, um toca a bateria até três horas da manhã, o outro dá festa diariamente; tumultua-se a vida do condomínio. Impõe a lei uma multa para eles.

Outra limitação ao direito de propriedade refere-se à doação. O Código Civil proíbe a doação de todos os bens; no artigo o indivíduo tem que deixar algum coisa para a sua velhice, tudo ele não pode doar. O artigo do Código Civil veda a doação de todos os bens da pessoa, tendo em vista sua sobrevivência com dignidade.

Também nos testamentos aparece a questão das limitações ao direito de propriedade. Envolve a questão da capacidade que a pessoa tem pra fazer o testamento, se possui ou não herdeiros necessários – devendo-se neste caso ressaltar-se a legítima destes. Então se alguém tiver filhos, não pode deixar tudo para a Santa Casa de Misericórdia, nem pode deixar tudo para o Hospital Albert Einstein, nem para o Hospital Sírio Libanês. Ao contrário, deve-se respeitar a legítima do herdeiro necessário que é a metade do patrimônio. É aquilo que se chama “Testamento inoficioso”, a palavra pode parecer complicada, mas não tem nada de complicado, porque eu não posso avançar além daquilo; eu só posso dispor da metade dos meus bens. Essa é uma outra limitação importante do direito de propriedade.

O homem casado não pode testar em favor de sua concubina. Ele nem pode, sendo casado, ter uma concubina, mas pode ter uma companheira, como prevê o artigo 1726 do Código Civil, se ele não tiver impedimento do primeiro casamento. Esta é uma outra limitação ao direito de propriedade, cujo testamento poderá ser questionado por seus, por seus herdeiros, inquinando-o de nulidade.

Então os senhores estão vendo que o Direito Civil é riquíssimo em matéria de limitações ao direito de propriedade. Ainda em matéria sucessória temos as cláusulas restritivas. Podem ser impostos os gravames, desde que justificados, visando a preservação do patrimônio dos beneficiários da herança.

A cláusula de inalienabilidade, vem presente nos testamentos. Imaginem só aquele sujeito que tem um filho pródigo, que gasta mais do que tem, e gera assim a preocupação no genitor quanto ao seu futuro. Impõe-se através das cláusulas uma

limitação ao direito de propriedade do beneficiário da herança, limitando-lhe a fruição do bem, um dos atributos da propriedade.

A servidão, outro instituto do Direito Civil, também representa uma limitação ao direito de propriedade. Conexas às necessidades da vida em sociedade, visam beneficiar o imóvel construído. Através da instituição da servidão de passagem, onde o proprietário do imóvel serviente, é obrigado a deixar o outro proprietário – dominante – passar por suas terras para chegar à sua propriedade, sendo-lhe assim imposto um ônus à sua propriedade imóvel ou terreno é encravado. O intuito principal da servidão é corrigir alguma eventual desigualdade que exista entre dois prédios vizinhos ou próximos.

Então os senhores estão vendo quantos institutos nós abordamos nesses 30 minutos. Só para terem uma ideia, cada instituto desses, dá ensejo a uma aula.

Vem bem a calhar no dia de hoje, uma passagem histórica da formação da cidade de São Paulo, que envolve diretamente o General José Arouche de Toledo Rendon, nosso primeiro Diretor.

Na lição de Antonio Rodrigues Porto, evocando-se a história urbanística da cidade de São Paulo, vem de longa data a preocupação da municipalidade com as atividades urbanísticas visando o bem estar da coletividade. Em 1826, a Câmara Municipal nomeou o General José Arouche de Toledo Rendon como encarregado dos arruamentos da cidade. Cuidou este, portanto das questões atinentes ao calçamento de ladeiras, testadas de casas e terrenos da área urbana. Cuidou a Câmara Municipal também de impedir edificações no limite do Rocio antes de ser traçado um plano geral de alinhamento das ruas e praças.

Também foi o General José Arouche de Toledo Rendon quem demarcou os limites da cidade nova que ia do morro do Chá, até o campo do Arouche. É válido ressaltar que nessa época São Paulo apresentava dimensões coloniais, cujo perímetro urbano estendia-se entre a área dos rios Tamanduateí e Anhangabaú, sendo cortado por 38 ruas, 10 travessas e 7 pátios e 6 becos, contando com uma população de 6920 almas, conforme censo realizado na época.

Os senhores ouviram bem, 6920 almas em 1826, apenas há 170 anos atrás. Foi com grande satisfação que vimos que o Diretor desta Faculdade de Direito, já se ocupava, com as questões urbanísticas da cidade. Ele, o General Arouche, deixou para São Paulo o largo do Arouche, sua antiga residência, o terreno da Academia Paulista de Letras, entre outras doações, e seu genro, o Dr. Rego Freitas, entre outras doações, legou o terreno e parte da construção da Santa Casa de Misericórdia, para a cidade de São Paulo.

Além dos institutos já citados, temos também a questão do parcelamento do solo urbano. O que vem a ser o parcelamento do solo urbano? Outra limitação importante ao direito de propriedade. A questão vem tratada pela Lei n. 6766/79 que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e estabeleceu os limites da exploração dos loteamentos no Brasil, para tentar, organizar os loteamentos clandestinos que surgiram em massa no período. O Decreto 58/37, projeto do professor Waldemar Ferreira, representou uma

grande novidade no Brasil, porque o Código Civil era omissivo quanto ao compromisso de compra e venda, e em face ao grande desenvolvimento urbano, as pessoas de baixa renda queriam comprar propriedades imobiliárias. Visou assim o Dec. n. 58/37 a salvaguarda dos compromissários compradores dos riscos decorrentes de um contrato inoperante, que regulava a compra e venda a prestações, que assegurava os direitos e obrigações dos contratantes.

Assim, pago o preço, recebia-se a escritura do seu terreno. Isso funcionou até 1979, quando foi editada a Lei n. 6766 que cuidou da regularização dos loteamentos. É difícil aprovar um loteamento hoje no Brasil, porque tem que dirimir-se muitas variáveis com áreas institucionais, áreas verdes, praças e ruas, então quer dizer, de um terreno de 60 mil metros, perde-se 30 mil metros: perde-se a metade, porque tem que obrigatoriamente colocar asfalto, luz, entre outros.

Muitas vezes o Poder Público, dificulta sua implantação e com isso os especuladores se aproveitam e começam a vender terrenos de forma clandestina, sem a devida infraestrutura, sem ter coisa nenhuma aprovada e lesam o incauto que compra com um documento particular, que não tem valor nenhum, não tem IPTU, não tem lançamento, não tem nada.

Existe, entretanto, uma diferença entre loteamento clandestino e irregular. O clandestino é aquele que não tem aprovação alguma, nem no registro de imóveis, nem na prefeitura, nem nada, o irregular, é aquele que a pessoa consegue aprovar na prefeitura, mas não leva o registro imobiliário esse é menos grave, pois já foi começado parte desse processo de loteamento.

Por último, temos ainda o instituto da superfície, que havia no Direito Romano e foi deixado de lado no Código Civil de 1916. O que vem a ser superfície? Superfície é aquele instituto pelo qual a pessoa tem o terreno, mas não tem dinheiro para construir, então se associa com outra pessoa que faz a construção, depois eles vão dividir o lucro lá no final. Um entra com o terreno, o outro com a construção; ou aluga ou vende aquela propriedade. Isso é novidade no Código de 2002, mas já havia lá no Direito Romano, então não é nenhuma novidade em relação ao direito em si. A superfície é prevista aqui também no Estatuto da Cidade.

Com isso posto, acho que já é hora de concluir, pra não cansar os meninos e as meninas do primeiro ano.

Gostaria de encerrar com uma palavra de esperança, aos senhores que vão entrar, rogando-lhes que façam exatamente o que lhes tocar sua vocação. Eu, em minha trajetória, desde o primeiro ano, procurei abraçar os estudos com amor; fui estagiário, formei-me e depois tornei-me advogado; fui indicado ao Tribunal de São Paulo, hoje seria Desembargador, declinei da indicação, pois vi que a minha vocação era mesmo a velha academia de São Francisco, da qual participei do coral acadêmico por muitos anos, fazendo vários amigos, além dos pleitos nos tribunais como advogado. Queria então

dizer, que façam a sua carreira com amor, com amor com uma vocação que desabrochará a cada dia, porque os senhores estão entrando na Faculdade de Direito mais antiga do Brasil, o que representa um orgulho para todos nós. Aproveitem com alegria e sabedoria essa oportunidade que a vida lhes deu. É claro que os senhores já têm o grande mérito de ter entrado na Faculdade de Direito, mas, por favor, usufruam-na, mas com amor, com carinho e com dedicação!

Com essas palavras senhor diretor, senhores professores, meus pares, meus alunos, minhas senhoras e meus senhores que me despeço com muita emoção, nesta aula inaugural e quero dizer aos senhores boa sorte e que Deus os acompanhe.

Muito obrigada!

“Quero mais uma vez agradecer a presença dos professores que nos honraram nesta sessão solene da Congregação, agradecer aos nossos dedicados funcionários, cumprimentar mais uma vez os nossos alunos, especialmente aqueles que hoje ingressam nessa Faculdade. Eu chegava no dia da matrícula, chegava para o meu gabinete de manhã e vi que havia uma reunião de calouros no pátio, pra fazer matrícula e um estudante veterano do XI de Agosto disse o seguinte: “Hoje vocês estão vivendo o primeiro dia dos melhores cinco anos das suas vidas”. E eu tenho certeza que isto irá acontecer, com cada um e com todos vocês! Muito obrigada a todos; está encerrada a sessão”.

- palavras de encerramento do Sr. Diretor -



Professor Titular Carlos Alberto Dabus Maluf