
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEUFELIPE
BACELLAR**

© 2009 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisoras: Lourdes Nascimento, Ana Flávia Inácio Ferreira
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Bruno Lopes
Bibliotecário: Ricardo José dos Santos Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (UBA – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz - Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional do Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata - Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional do Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG - MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG - GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP - PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR - PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)
Profa. Dra. Vanice Lirio de Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

A função econômico-social da propriedade: estudos de casos no âmbito dos impactos econômicos das decisões judiciais¹

Rogério Gesta Leal

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito. Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor Colaborador da Universidade Estácio de Sá. Professor Visitante da Università Tùlio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura (ENFAM). Membro da Rede de Direitos Fundamentais (REDIR) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ – Brasília). Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura (ENFAM – Brasília).

Resumo: A história da propriedade no Ocidente é marcada fortemente por sua matiz privada, centrada nos direitos individuais, razão pela qual a exigência de que se agreguem a ela funções sociais é algo que implica a revisão de alguns paradigmas culturais, notadamente no âmbito da discussão jurisdicional.

Palavras-chave: Propriedade privada. Função social da propriedade. Jurisdição.

Sumário: 1 Notas introdutórias - 2 Qual a função da propriedade? - 3 As limitações urbanísticas da propriedade no Brasil - 3.1 O caso do Hospital Regional Rede Sarah - 3.2 O caso Loteamento Vista Alegre - 3.3 O caso das multas de trânsito aplicadas em veículos estrangeiros no Rio Grande do Sul - 4 A função social da propriedade rural - 5 A propriedade intelectual e sua proteção judicial - Referências

1 Notas introdutórias

Pretendo neste trabalho abordar o tema da função econômico-social da propriedade no Brasil a partir da Constituição de 1988, da doutrina e casuística que têm se ocupado do debate. Muito especialmente quero destacar em que medida o novo perfil da propriedade no país pode se projetar para o âmbito judicial e para as decisões envolvendo interesses consecutórios.

Para tanto, vou rapidamente verificar qual o estado da arte reflexivo desta matéria e, em seguida, demarcar seus contornos jurisdicionais.

2 Qual a função da propriedade?

A propriedade enquanto instituto social e político, antes de jurídico, tem sido tratada de diversas formas pela cultura ocidental. Estudos clássicos, como o de Coulanges,² dão conta de que há três coisas que desde a mais remota antiguidade se encontram fundadas e solidamente estabelecidas: a religião, a família e a propriedade.

¹ Este ensaio é o resultado parcial do Projeto de Pesquisa sobre Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais, desenvolvido junto ao Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura (ENFAM), sediada no Superior Tribunal de Justiça (STJ).

² COULANGES. A cidade antiga.

Nos estudos de Engels,³ percebe-se que, em razão de aspectos econômicos e também físicos-naturais, vinculou-se estreitamente a propriedade com a existência de agrupamentos humanos e familiares, relevando-se aqui a causa de produção da subsistência e suas conexões espontaneístas com o cotidiano dos indivíduos, sem existir uma nítida e presente intenção dirigida à sociabilidade. Tal situação autoriza a crença de que a primeira ideia de propriedade surgida em nossa cultura seja a comunal, distinta, pois, da propriedade privada.⁴

Entre a maior parte dos agrupamentos primitivos estudados por Coulanges e por Engels, os deuses domésticos ou lares tinham o seu altar assente no solo onde deveriam ficar para adoração pela família, solo este que estabelecia vínculo indissolúvel com esta, e a ambos, a família e o solo, os deuses protegiam como propriedades suas. Assim, cada família, tendo seus deuses e seu culto, devia ter, por estreita correlação, a sua terra particular, a sua propriedade. A divindade doméstica era quem assegurava o seu direito inalienável e imprescritível a essa mesma propriedade e o limite inviolável do domínio, cuja perpetuidade persistia hereditariamente, enquanto persistisse a religião doméstica.

Esta bibliografia citada deixa claro que se dá um salto muito rápido da noção religiosa à associada às relações de produção, mercado e do próprio sistema capitalista vindouro, tendo-se a civilização como estágio de desenvolvimento da sociedade em que a divisão do trabalho, a troca entre indivíduos dela resultante e a produção mercantil, atingem seu pleno desenvolvimento e ocasionam uma revolução em toda a sociedade anterior. Nesse modo de produzir foi-se introduzindo lentamente a divisão do trabalho, o que minou a produção e a apropriação em comum, erigiu em regra dominante a apropriação individual, criando, assim, a troca entre indivíduos.⁵

Foi em Roma que a concepção de uma propriedade rigidamente individual se firmou de uma maneira mais dogmática e positivada. Na Roma Antiga, o regime de bens era dominado por dois fatores preponderantes: a concepção do Direito e a organização das famílias. Esta, fundada no culto ao lar e aos mortos, formava uma organização autocrata. Em razão disso, exigia um sistema de bens assecuratório de sua autossuficiência.⁶

³ ENGELS. A origem da família, da propriedade privada e do Estado.

⁴ GRASSERIE. Principios sociológicos del derecho civil, p. 251.

⁵ ENGELS. A origem da família, da propriedade privada e do Estado, op.cit., p. 141. Lembra o autor que também são características da civilização, por um lado, a fixação da oposição entre a cidade e o campo como base de toda a divisão do trabalho social e, por outro, a introdução dos testamentos, por meio dos quais o proprietário pode dispor de seus bens ainda depois de morto. Essa instituição, que era um golpe direto na velha constituição gentílica, não foi conhecida em Atenas, mesmo no tempo de Solon; foi introduzida bastante cedo em Roma, mas ignoramos em que época.

⁶ Na obra de MEIRA. Instituições de direito romano, p. 241, é possível termos a seguinte assertiva: É certo que o primitivo direito romano possuía um direito de propriedade de sentido absoluto e exclusivo, personalista e individualista.

O direito absoluto de propriedade romana vai, com o decorrer dos tempos, sofrendo limitações legais inspiradas em motivos de ordem pública, privada, ética, higiênica ou prática. Assim, ao proprietário é admitido usar e fruir da propriedade, inclusive abusar dela, desde que isso não ofereça danos à propriedade ou aos direitos de outrem, respeitando-se desta forma os direitos de vizinhança.⁷

Já na Idade Média, elaborou-se um conceito todo próprio de propriedade, indo de encontro ao exclusivismo dos romanistas e introduzindo uma superposição de titulações de domínios, de densidades diferentes, que se mantinham paralelas umas às outras. A valorização do solo e a estreita dependência entre o poder político e a propriedade de terras criaram uma identificação entre o tema da soberania e o da propriedade, pois se distinguem o domínio direto da propriedade, que é do senhor feudal, e o domínio útil do vassalo.⁸

Em verdade, pode-se, a partir destes dados, entender como o uso e gozo efetivos da propriedade na história do Ocidente não passou de uma inconfundível dominação sobre a coisa, imposta pela realidade político-social. Como consequência direta disto, deu-se o predomínio das relações reais sobre as pessoais, matéria que o ordenamento jurídico, em seguida, passaria a regular com vista a estabelecer certa ordem e estabilidade ao modelo de desenvolvimento da Idade Moderna.

A Idade Moderna, pois, começa a esboçar-se com a profunda expansão comercial desde o Mercantilismo, pelo início da grande produção manufatureira, pela formação de impérios financeiros, pelas sociedades por ações e, no século XVI, com a descoberta do Novo Mundo. A ideia de propriedade imobiliária torna-se senso comum e instituição reconhecida em todo o Ocidente. As coroas conquistadoras, à custa das suas novas colônias, inauguraram o período que pode se identificar como fase da acumulação primitiva do capital, o que possibilita o advento do modo de produção capitalista.⁹ A nova forma de propriedade que ganha relevo em pouco tempo é a propriedade industrial, que vem se juntar à propriedade imobiliária, todas de caráter absolutamente individual e destinadas a atender expectativas particulares e setoriais de uma parcela da sociedade, sendo idealizadoras de que esta propriedade tenha um fim em si mesma, ou seja, servir de capital para gerar mais capital.

⁷ Lembra CRETELLA JR. Curso de direito romano, p. 174, que neste período romano, no próprio terreno, podia o proprietário fazer o que quisesse, desde que não molestasse o direito alheio. Entretanto, mesmo no próprio terreno, o dominus teria algumas limitações, sendo, por exemplo, obrigado a deixar espaços livres de cinco pés se se tratasse de prédios rústicos ou urbanos. Nesses espaços, não poderia haver construções.

⁸ WALD. Direito das coisas, p. 96.

⁹ Neste sentido BORON. Estado, capitalismo e democracia na América Latina. Ver também BERLE JR. A propriedade privada na economia moderna.

Lembra Zolo, neste particular, que Marx acertara em seu diagnóstico no sentido de que a liberdade individual assim como a propriedade, no contexto da separação burguesa entre Sociedade Civil e Estado Político, agudizou os aspectos individualistas e atomísticos que se opõe à dimensão humanitária do ser social, impedindo a igualdade de se materializar.¹⁰

Coube, assim, à Revolução Francesa, enquanto marco histórico e político da Modernidade, instituir novo tratamento à propriedade, tanto no aspecto político-ideológico como no jurídico, ampliando mais o seu significado, oportunizando a abolição dos privilégios, o cancelamento dos direitos perpétuos, desprezando a coisa móvel e priorizando os bens imóveis. Daí resultaram preocupações jurídicas envolvendo o instituto da propriedade, amplamente regulada pelo Código de Napoleão de 1804.¹¹

Conforme Pugliatti,¹² o direito de propriedade, a partir do Código de Napoleão, destaca-se dos direitos políticos, até então lugar especial de alojamento do instituto, desligando-se do poder de jurisdição e afirmando-se como direito civil, direito à utilização econômica da coisa, garantindo-se ao seu titular a mais ampla liberdade, dentro dos limites de regulamentação legal existentes.¹³

Por outro lado, a doutrina jurídica francesa que enfrenta a problemática da propriedade e do direito de propriedade, principalmente com Josserand¹⁴ e Duguit,¹⁵ avança teoricamente no sentido de agregar à reflexão jurídica elementos políticos e sociais. O primeiro autor, por exemplo, aloca o direito de propriedade na classe dos direitos de caráter egoístico, em razão do que, se tal direito for exercido sem utilidade, caracteriza-se o abuso, por se encontrar o direito desviado de sua destinação econômica e social, i.e., ter uma utilidade, por mais particular que ela seja. Para Duguit, o direito positivo não protege nem deve proteger o direito subjetivo absoluto do proprietário, mas simplesmente garante a liberdade

¹⁰ ZOLO. Liberta, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali. In: Diritti Fondamentali: un dibattito teorico, p. 61. Refere o autor que: Questo è un aspetto della critica marxiana della società liberale che a mio parere conserva ancora oggi una sua attualità.... non perchè la fonte della disuguaglianza social e della povertà sia la struttura esclusiva e particolaristica della proprietà privata, ma perchè ad operare in senso antiuguagliario sono i potenti meccanismi dell'economia di mercato.

¹¹ Com a tomada do poder pela burguesia, na Revolução Francesa (1789), a propriedade passa a figurar dentre os direitos fundamentais, juntamente com a vida e a liberdade; prova disso é o constante no art. 17 da "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", que afirma ser o direito de propriedade inviolable et sacré, posição ratificada, claramente, pelo Código de Napoleão, onde é considerada um direito o assento territorial da independência do indivíduo. Era possível, a seu detentor, utilizar-se do bem segundo os princípios do jus utendi e jus abutendi do Direito Romano. Ver o trabalho de HAURIUO. Derecho Constitucional y Instituciones Politicas.

¹² PUGLIATTI. La proprietà nel nuovo diritto, p. 96.

¹³ Consoante disposição expressa do art. 544, do Código de Napoleão. Ver o texto de FERRO. A propriedade privada no Código de Napoleão. Revista de Direito Civil, v. 70, p. 48.

¹⁴ JOSSERAND. De L'Esprit des droits et de leur relativité.

¹⁵ DUGUIT. Las transformaciones generales del derecho privado, e o clássico texto *Traité de Droit Constitutionnel*.

ao possuidor de constituir riqueza com a finalidade de cumprir com uma função social.¹⁶

Veja-se que a ideia de função social aqui diz com o fato de o titular do direito utilizar as faculdades inerentes ao domínio para extrair do bem os frutos que este tem capacidade de produzir, ficando sujeito às cominações legais se não o fizer, fundamentalmente para que a propriedade possa ser recolocada em seu caminho normal. A função social, aqui, insisto, visa justamente a fazer com que ela seja utilizada de maneira a cumprir o fim econômico a que se destina, não gerando contraposição entre os interesses individuais e coletivos.¹⁷

No âmbito histórico brasileiro mais recente, em especial no Código Civil de 1916 (art. 485 e seguintes), esta tradição da propriedade tida como direito absoluto vem projetada na perspectiva de assegurar ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens (art. 524, deste CCB) — referido por Maria Helena Diniz como direito correspondente ao *jus utendi*, *fruendi* e *abutendi* do Direito Romano;¹⁸ mais do que isto, dispõe o art. 527, do mesmo diploma legal, que o domínio presume-se ilimitado e exclusivo, até prova em contrário.

Interessante registrar o depoimento de Gustavo Tepedino sobre esse período:

Função social da propriedade é, pois, conceito relativo e historicamente maleável, de acordo com a tábua axiológica inspiradora da doutrina e do sistema positivo de cada época. Com o liberalismo do século XIX, a marca do individualismo moldaria a função social como instrumento de afirmação da inteligência e da liberdade do homem. A propriedade cumpriria necessariamente sua função social pela apropriação em si, como forma máxima de expressão e de desenvolvimento da liberdade humana. Esta dogmática inspiraria, com efeito, a codificação da Europa do último século e, em sua esteira, o nosso Código de 1916.¹⁹

Ocorre que desde o constitucionalismo social do século XX,²⁰ começa-se a verificar o progressivo reconhecimento, pelo ordenamento jurídico

¹⁶ É importante ter presente que Duguit vai buscar na sociologia de Durkheim e em sua teoria da solidariedade, fundada na divisão do trabalho social, um fundamento para o direito no sentimento de solidariedade, ao qual agrega, depois, na terceira edição do seu *Traité de Droit Constitutionnel*, um sentimento centrado na ideia de justiça.

¹⁷ Ver o meu livro LEAL. *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*.

¹⁸ DINIZ. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 86. Na mesma direção ver o texto de GOMES. *O estatuto da propriedade perante o novo ordenamento constitucional brasileiro*. *Revista de Direito Civil*, v. 64, p. 48.

¹⁹ TEPEDINO. *A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o CC, a legislação ordinária e a Constituição)*. *Revista Forense*, v. 306, p. 73-78. Na mesma direção ver o excelente trabalho de FACHIN. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*.

²⁰ Estou me referindo aos movimentos políticos que redundam em expressões normativas, tais como: a Constituição Mexicana de 1917, a Declaração Russa dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, a Constituição de Weimar de 1919, a Constituição Espanhola de 1931, etc., que incorporaram em seus textos o conceito de justiça social, ao menos no âmbito do direito constitucional.

(constitucional e infraconstitucional), da necessidade de se constituir uma ordem social mais justa e equilibrada, para garantir a democracia e o desenvolvimento, o que atinge inexoravelmente a concepção de propriedade, sua natureza e funções. Esta concepção se propaga internacionalmente, de forma que hoje já se imprime à propriedade privada um conjunto de limitações formais, de restrições e de induzimentos que compõem, ao menos preliminarmente, conteúdo mínimo à função social da propriedade.²¹

Em outras palavras, a propriedade varia conforme as relações sociais e econômicas de cada momento. O grau de complexidade hoje alcançado pelo instituto da propriedade deriva do grau de complexidade das relações sociais. É assim que se impõe o reconhecimento de que a propriedade já não pode mais ser sustentada, ao gosto do período de codificação acima referido (o que inclui o Brasil), como instituto meramente jurídico e tratado como mônada no âmbito do tecido social em que opera, mas, ao contrário, revela-se insuficiente a abordagem jurídica da propriedade que a descontextualiza de sua natureza social e de suas correlações políticas, o que importa considerá-la como fato/ato jurídico proveniente muito mais de correlações de forças sociais — perspectiva fenomenológica — do que de disposições normativas engessadas, desconectadas de seu tempo.

A preocupação com a função social da propriedade, no caso brasileiro, plasmou-se de forma mais clara no âmbito da Constituição de 1946, em face do condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social. Já a Emenda Constitucional nº 1/69, modificou o artigo 160, da CF/46, asseverando que: A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social. Da mesma forma a Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), tratou da função social da propriedade rural, a partir do que tal expressão viu-se agregada nas Constituições de 1967, em seu art. 157, III, e na Constituição de 1969, em seu art. 160, III.

É interessante notar que festejados doutrinadores do Direito Civil pátrio vêm incorporando, a despeito de que timidamente, esta evolução em suas obras. Veja-se o exemplo de Caio Mário da Silva Pereira:

A verdade é que a propriedade individual vigente em nossos dias, exprimindo-se embora em termos clássicos e usando a mesma terminologia, não conserva

²¹ De forma arguta, Tepedino (op.cit., p. 77) lembra que este processo intervencionista, ao se realizar por força da Constituição, a qual, seguramente, serve como ponto de atração para todo o sistema normativo, atinge violentamente a pretensa autonomia então vigente no âmbito da codificação privada ocidental, em especial no caso dos Códigos Civis, mercê da socialização do direito civil que o tornou voltado para valores sociais e não tão somente para valores patrimoniais. Isto ocorre, na opinião do autor, em face de que, na lógica normativa-publicista nascente, é inadmissível conceber um sistema que responda a lógicas setoriais ou meramente particulares. Portanto, a perda de espaço pelo Código Civil coincide com a chamada publicização ou despatrimonialização do direito privado, invadido pela ótica publicista, própria do Estado Social de Direito.

todavia conteúdo idêntico ao de suas origens históricas. É certo que se reconhece ao dominus o poder sobre a coisa; é exato que o domínio enfeixa os mesmos atributos originários — *ius utendi, fruendi e abutendi*. Mas é inegável também que essas faculdades suportam evidentes restrições legais, tão frequentes e severas, que se vislumbra a criação de novas noções. São restrições e limitações tendentes a coibir abusos e tendo em vista impedir que o exercício do direito de propriedade se transforme em instrumento de dominação.²²

A função social, pois, nessa perspectiva, relaciona-se, fundamentalmente, com o uso da propriedade, incidindo, também, sobre o exercício das faculdades e poderes inerentes ao direito de propriedade, eis que sua utilização deve servir ao bem da coletividade,²³ razão pela qual a Constituição brasileira de 1988, de certa forma, tentou andar na direção apontada, na medida em que instituiu uma série de normas protetivas da propriedade e delimitadoras de conteúdos mínimos à sua função, a saber: (1) a inclusão da propriedade privada como um dos princípios da ordem econômica, ao lado de sua função social, nos termos do art. 170, incisos II e III; (2) a inserção da função social da propriedade no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, no inciso XXIII do art. 5º, ao lado da proteção à propriedade privada;²⁴ (3) o art. 182, e seguintes, da Constituição atual fixa regras pertinentes à propriedade territorial urbana, referindo-se ao tema da Política Urbana, assim como o art. 184, e seguintes, tratam da propriedade rural no capítulo dedicado à política agrícola e fundiária e da reforma agrária;²⁵ (4) há, ainda a regulação — art. 185 — sobre a pequena e a média propriedade, garantindo ao seu titular, desde que não possua outra área, ser insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária. Neste sentido, tem-se a disposição do art. 5º, XXVI, como garantia de impenhorabilidade da pequena propriedade familiar e rural para pagamento de débitos oriundos de sua atividade produtiva, gozando de meios de financiamento específicos para o seu desenvolvimento; (5) da mesma forma, a pequena propriedade, de até 250 metros quadrados, se urbana, e de até 50 hectares, se rural, destinada à moradia familiar, e, no caso da rural, tornada produtiva pelo possuidor, é suscetível de aquisição por usucapião em prazo de cinco anos, nos termos dos arts. 183 e 191; (6) não se perca de vista

²² PEREIRA. Instituições de direito civil, p. 67.

²³ Esta concepção foi elevada à condição de princípio jurídico pela Constituição de Weimar (1919).

²⁴ Veja-se que, na Constituição de 1967, a função social da propriedade era princípio da ordem econômica e social. Diante disso, pode-se entender que, nos termos do texto atual, respeitada a técnica adotada pelo constituinte, tal imposição à propriedade figura em lugar mais privilegiado, isto é, enquanto direito e garantia fundamental do indivíduo.

²⁵ Nesse sentido, a Constituição também disciplinou a função social da propriedade imobiliária urbana, valorizando o plano diretor a ser estabelecido por lei local — art. 182; previu o parcelamento compulsório e a tributação progressiva de solo urbano não edificado, bem como a desapropriação mediante pagamento em títulos da dívida pública, com prazo de até 10 anos, nos termos do art. 182, §4º, I, II e III; instituiu a usucapião especial urbano — art. 183 — sob os seguintes requisitos: a) área de até 250 m²; b) 5 anos de ocupação como moradia própria ou da família; c) ausência de oposição; d) não possuir outro imóvel rural ou urbano.

o disposto nos arts. 182 e 183, da Constituição, que dão as bases do direito de propriedade urbana, devidamente regulamentados pela Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 — Estatuto da Cidade.

A doutrina estrangeira assim se manifesta também:

La función social es ni más ni menos que el reconocimiento de todo titular del dominio, de que por ser un miembro de la comunidad tiene derechos y obligaciones con relación a los demás miembros de ella, de manera que si él ha podido llegar a ser titular del dominio, tiene la obligación de cumplir con el derecho de los demás sujetos, que consiste en no realizar acto alguno que pueda impedir u obstaculizar el bien de dichos sujetos, o sea, de la comunidad.²⁶

De outro lado, tais elementos normativos da Carta Política precisam ser cotejados com os Princípios Fundamentais que a informam, a saber, e em especial, com as disposições do seu capítulo primeiro, arts. 1º a 4º, o que significa dizer que a função social da propriedade está prévia e definitivamente vinculada, em termos de significado, com os temas da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades sociais e regionais, etc.

Qualquer interpretação que seja dada à propriedade que não leve em consideração tais elementos, inexoravelmente, irá de encontro com o previsto no texto constitucional brasileiro.

Por estas razões é que os próprios civilistas brasileiros têm concordado com o fato de que se é verdade incontestável que o regime jurídico da propriedade privada se submete às normas de direito civil,²⁷ tais normas reclamam conformidade à ordem constitucional. Como quer Arendt, a palavra “privada” em conexão com a propriedade, mesmo em termos de pensamento político dos antigos, perde imediatamente o seu caráter privativo e grande parte de sua oposição à esfera pública em geral.²⁸

Não foi em vão que o Novo Código Civil brasileiro se preocupou em estabelecer limites à propriedade em seus artigos 1228²⁹ a 1232,

²⁶ VIVANCO. Teoría de derecho agrario, p. 49.

²⁷ Isto está posto de forma clara — inclusive sob a perspectiva da noção mais absolutista de propriedade —, no atual Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002), em seu art. 1.231, dispondo que A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário (Código Civil – Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002).

²⁸ ARENDT. A condição humana, p. 70. Na dogmática jurídica, ver o trabalho de ORRUTEA. Da propriedade e sua função social no direito constitucional moderno, em que destaca ser a função social da propriedade o resultado da combinação dos direitos individuais e os direitos sociais.

²⁹ Vide o que estabelece o art. 1228, ao prever em seu §1º, que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. Demanda ainda em seu §2º, que são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

objetivando dar cumprimento à determinação constitucional do uso da propriedade equacionar-se ao bem-estar social.

Ao lado desta disposição normativa do Código Civil, ainda tem-se no ordenamento jurídico brasileiro as chamadas e pouco conhecidas limitações urbanísticas da propriedade, exatamente compromissadas em dar efetividade à função social da cidade. É o que passo a abordar.

3 As limitações urbanísticas da propriedade no Brasil

Sob a ótica dogmático-jurídica mais tradicional, é inerente à propriedade um conteúdo positivo, circunscrito pelos chamados limites positivos que fixam o elenco de poderes e faculdades do titular do direito e o alcance do respectivo exercício, indicando até onde aquele pode ir na realização de tais poderes e faculdades. De outra banda, há um conteúdo negativo, circunscrito pelas limitações negativas que estabelecem até onde podem ocorrer ingerências e tangenciamentos de terceiros em relação ao direito alheio, quais os poderes e faculdades de que não dispõe seu titular e aonde esse não pode ir no exercício do direito. A legislação, ao estabelecer limitações, pode impor ao titular do direito um “fazer” (conservar o prédio urbano), um “não-fazer” (não usar nocivamente a propriedade imobilizada em detrimento dos vizinhos), ou um “suportar” (o vizinho pode entrar no terreno limítrofe para reparar um muro divisório).³⁰

Os limites positivos e negativos, expressos no próprio conteúdo do direito, e as limitações ao seu exercício, estabelecidas pelas regras jurídicas, formam um estatuto de direito mínimo e atendem ao princípio de sua relatividade, não podendo ser absoluto um direito como o de propriedade, eis que seu conteúdo e exercício têm de possibilitar a coexistência com outros direitos, assegurando o respeito recíproco dos mesmos. O exercício do direito, assim, está, conseqüentemente, também limitado, devendo ser regular, pois o excesso, o abuso danoso, é caracterizado como ato ilícito. O poder ou a faculdade inscrevem-se no conteúdo do direito, mas, se o exercício é irregular e danoso, há ilicitude.

Não existe, portanto, imutabilidade em questão de poderes e de faculdades, em termos de conteúdo e de exercício de direitos. Por outro lado, as alterações no estatuto do direito de propriedade, a imposição de novas limitações, o aumentar ou diminuir de seu conteúdo não acarretam, a princípio, a obrigação de indenizar por parte do Poder Público, dada, exatamente, a natureza estatutária da situação, considerando-se que os interesses públicos se impõem a todos os cidadãos, em nome do bem-estar de todos.

³⁰ Ver meu livro LEAL. Direito urbanístico.

Retroagindo à função social da propriedade, essa leva, especificamente, a que o titular seja obrigado a fazer, a valer-se de seus poderes e faculdades, no sentido do bem comum. Posto isto, a função social da propriedade corresponde a uma concepção ativa e comissiva do uso da propriedade, sendo que, desde a edição da Carta Política de 1988, foi dado um gigantesco passo entre as meras limitações em favor de vizinhos, como se verifica no Código Civil, e aquelas em benefício da comunidade em geral, em nome do bem comum, do interesse social.

Estas limitações, por sua vez, além de postas pelo plexo normativo de cada sistema jurídico, tem tido no Poder Executivo protagonismo diferido, eis que gestor do espaço urbano privilegiado, em face mesmo da dinâmica das demandas que a este título exsurgem cotidianamente. É através do poder de polícia, tendo em vista sempre o interesse comunitário, que a Administração tem participado da disciplina e da fiscalização do exercício de direitos neste particular, tanto individuais como sociais.

Pela intervenção econômico-social, de índole protetiva, visando à salvaguarda de interesses sociais, subjetivados e titularizados nos próprios membros da comunidade social, tanto a Administração Pública como o Judiciário têm participado do inter-relacionamento dos mesmos, neles interferindo e buscando manter o equilíbrio das latentes tensões existentes entre os vários grupos e classes socioeconômicos, o que significa, na maior parte das vezes, comprometer-se com algum destes segmentos.

As ingerências referidas geralmente possuem autoexecutoriedade, o que corresponde, em outras palavras, ao exercício direto, pelas pessoas públicas, de poderes, faculdades, direitos, pretensões e ações, sem necessidade de recurso ao órgão jurisdicional. Nas palavras de Pontes de Miranda: A execução forçada na via administrativa é princípio geral de Direito Administrativo, só cedendo lugar à necessidade de a Administração recorrer à Justiça quando há regra jurídica que o imponha.³¹ É preciso saber que o princípio de autoexecutoriedade funciona não somente na área típica da autotutela quando há inadimplência ou rebeldia do particular no atendimento de direitos e pretensões das pessoas administrativas públicas, mas igualmente quanto ao exercício destes.

Paralelamente a isto, boa parte dos Municípios brasileiros têm seu território ocupado em desacordo com a legislação urbanística — na verdade, a formação do território nacional é marcada por tal historiografia. Por tais motivos, pode-se afirmar que não existe consciência coletiva urbanística ou

³¹ MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967, t. III, p. 284. Desenvolvi este tema em meu livro LEAL. Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas.

ambientalista que se preocupe com as ocupações desordenadas que geram a deterioração do meio ambiente e o caos social. Assim, loteamentos clandestinos ou em áreas de proteção aos mananciais, favelas, condomínios em áreas rurais e invasões de terras, são uma constante no cenário surreal da (des)ordem urbana, o que revela ser muito grande a defasagem entre o modelo adotado pela legislação urbanística e a vida da cidade real, eis que a tônica do uso do solo e das construções nas cidades é a irregularidade.

Em razão de todos estes cenários e fatores, vem sendo tão festejada a aprovação da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada de Estatuto da Cidade, prometida desde a Constituição de 1988,³² e que inovou ao inserir, pela primeira vez na história brasileira, um capítulo sobre reforma urbana no texto constitucional.

Vê-se já na dicção do art. 2º, desta lei, que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Assim, pela dimensão de suas disposições norteadoras, o Estatuto da Cidade adquiriu o status de ser o novo marco institucional na trajetória da tão apregoada reforma urbana, isto porque se preocupa com o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades, garantindo o direito às cidades sustentáveis. Em vários artigos e parágrafos, esse direito é especificado, se propondo a ordenar e controlar o uso do solo de forma a evitar a deterioração das áreas urbanizadas, a poluição e a degradação ambiental.

Mesmo sendo da maior importância a nova legislação urbanística aprovada, isto não acarreta ou garante, por si, os resultados e objetivos previstos, pelo fato de que ela se apresenta, fundamentalmente, como um conjunto de mecanismos jurídicos a serem operacionalizados em nível municipal e, portanto, necessário serem adaptados às realidades de cada cidade. O Estatuto fornece os parâmetros aos executivos e legislativos municipais para a elaboração de suas leis e planos urbanísticos, todavia, nem sempre os municípios, em especial os de menor porte, contam com pessoal técnico ou têm condições financeiras de

³² O processo de aprovação do Estatuto da Cidade foi longo e difícil, com vários anos de tramitação legislativa. E termos de memória histórica deveu-se ao senador Pompeu de Sousa (PMDB – DF), a elaboração e a proposta do texto matricial, em 29 de junho de 1989, do Projeto de Lei nº 181, aprovado no ano seguinte e enviado à Câmara dos Deputados, onde foi amplamente discutido por quatro comissões: de Economia, Indústria e Comércio; de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias; de Desenvolvimento Urbano e Interior e de Constituição e Justiça e de Redação. Decorridos onze anos, retornou ao exame da Comissão de Assuntos Sociais do Senado, que acatou parecer favorável do relator Mauro Miranda (PMDB-GO) ao substitutivo da Câmara.

elaborar estas normas, o que vai gerando agudas violações à ordem social e urbana, uma vez que, agora, estão sendo desrespeitados dispositivos cogentes e vinculantes, o que chama o Judiciário à solução dos problemas daí decorrentes.

Enquanto normativa geral, observado o critério da competência constitucional insculpida no art. 21, XX, do Texto vigente, inconfundível é a matriz generalíssima dos comandos prescritos no Estatuto da Cidade, conformando diretrizes para o desenvolvimento urbano, aqui compreendidos os temas sempre polêmicos da moradia, do saneamento básico e dos transportes públicos. Significa reconhecer que compete fundamentalmente às entidades federativas mais locais a regulamentação pontual destes, eis que comportam notável interesse local.

Como comando federativo que se apresenta o Estatuto, mister é que a ele se vinculem todos os demais poderes estatais nacionais, fundamentalmente os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário de cada Estado membro e Município, em especial no tocante à produção de leis locais visando dar concretude à organização da ocupação do solo urbano com base tanto em suas demandas agregadas e reprimidas como nas normas que ainda estão vigendo em seus territórios.³³

Assim é que o Poder Legislativo de cada entidade federativa brasileira, quando estiver legiferando no sentido de normatizar questões atinentes à ocupação do solo urbano, deverá fazê-lo sempre com um juízo de admissibilidade prévio vinculado ao Estatuto da Cidade, aferindo se os dispositivos que está criando não estão violando as diretrizes gerais cogentes. Do mesmo modo, quando o Poder Executivo estiver gestando aquela ocupação, também deverá fazê-lo observando as disposições que orientam tal atividade, sob pena de cometer vícios de legalidade passíveis de serem corrigidos pela via administrativa ou judiciária (tanto por ações constitucionais — ação civil pública ou ação popular —, como pela via infraconstitucional).³⁴

O mesmo se aplica ao Judiciário, haja vista sua função de fiscal do cumprimento da lei e os poderes aumentados que lhe foram outorgados pela Carta Constitucional vigente (maximizando as potencialidades principiológicas do texto). Em tal perspectiva, a jurisdição brasileira precisa estar atenta para o cumprimento das diretrizes gerais de política urbana demarcadas pelo Estatuto, eis que elas operam analogicamente dentro do sistema jurídico

³³ É mister que se lembre estarem as normas locais dependentes de uma releitura a partir do Estatuto da Cidade, para o fim de avaliar se há alguma disposição que vá de encontro às diretrizes gerais postas, o que configuraria uma situação de antinomia jurídica, passível de ser solucionada pelo critério da hierarquia da norma superior estabelecida. Neste ponto, ver nosso texto (LEAL. *Hermenêutica e direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos*, op. cit., p. 176).

³⁴ Por óbvio que o mesmo vale para o controle dos atos do Poder Legislativo.

como os princípios funcionam, ou seja, elas estão postas no ponto mais alto da escala normativa reguladora da ordenação do espaço urbano, figurando como as normas supremas desta matéria. Como tais, elas se afiguram como fonte primária de regulação específica, ao mesmo tempo em que destacam a ordem dos valores, objetivos e finalidades socialmente professados neste âmbito.³⁵

Quero destacar, na verdade, a ideia de que as diretrizes que expõe o Estatuto da Cidade expressam verdadeiras opções políticas fundamentais do legislador e da comunidade nacional no campo da gestão do espaço urbano brasileiro, configurando, assim, uma eleição de valores éticos e sociais como fundantes, por sua vez, de uma ideia de Estado e de Sociedade (Democráticos de Direito). Por tais motivos, estas diretrizes não expressam somente uma natureza jurídica normativa, mas também política, ideológica e social, como, de resto, o Direito e as demais normas de qualquer sistema jurídico.

Na dicção de Cármen Rocha, os princípios constitucionais — tais como as diretrizes do Estatuto da Cidade — são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado e de uma Sociedade, isto porque evidenciam decisões políticas e jurídicas contidas no ordenamento constitucional, compondo as diretrizes compreendidas na principiologia informadora do sistema de Direito estabelecido por esta comunidade. Diante disto, é o princípio sediado na norma constitucional que objetiva o conteúdo do Direito a ser observado nas relações sociais contemporâneas. A norma queditaumprincípioconstitucionalpõe-seàobservânciadopróprioPoderPúblicodo Estado e de todos os que à sua ordem se submetem e da qual participam.³⁶

Ora, salvo melhor juízo, tais diretrizes gerais impõem à propriedade urbana no país um uso restrito — porque não absoluto —, haja vista que deverão ser observados os parâmetros de ocupação do espaço urbano dados tanto pelo Estatuto da Cidade como pela legislação federal, estadual e municipal consecutórios quanto: (a) as questões ambientais; (b) as questões edilícias; (c) as questões postas pelo plano diretor ou zoneamento espacial; (d) as questões atinentes ao parcelamento do solo; etc. E tudo isto causa (ou pode causar) efeitos econômicos de valorização e utilização da propriedade, a ponto até de provocar danos diretos ou indiretos aos proprietários, passíveis ou não de serem ressarcidos.

Vejam-se alguns casos judiciais meramente exemplificativos que tocam esta matéria.

³⁵ Neste sentido, ver o trabalho de BONAVIDES. Direito constitucional, p. 264. Pontua bem o autor que, pela função fundamentadora da ordem jurídica, os princípios ostentam uma eficácia derogatória daquilo que lhes são contra e diretiva para todo o sistema jurídico, enquanto que, através da função interpretativa, os princípios cumprem o papel de orientarem as soluções jurídicas a serem processadas diante dos casos submetidos à apreciação do intérprete.

³⁶ ROCHA. Princípios constitucionais da administração pública, p. 62.

3.1 O caso do Hospital Regional Rede Sarah

O Ministério Público do Rio Grande do Sul ingressou com uma Ação Civil Pública contra o Estado do Rio Grande do Sul e o Consórcio Intermunicipal de Saúde Região Centro do Estado do Rio Grande do Sul, em que visava, com pedido de tutela antecipada, à imediata suspensão do início de qualquer obra de terraplenagem ou construção de unidade de saúde (Hospital Regional — Rede Sarah) no local definido ou nas proximidades do Distrito Industrial de Santa Maria, sob pena de multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).³⁷

A Sra. Juíza de Direito indeferiu a antecipação de tutela, sob os seguintes fundamentos: (a) que havia possibilidade de instalação do Hospital na região definida pelo Estado, diante da alteração do Plano Diretor, que desmembrou a área destinada à construção do Distrito Industrial de Santa Maria; (b) que inexistia prejuízo pela instalação da unidade de saúde na área, visto que “... as indústrias localizadas no Distrito Industrial não têm alto poder poluidor, até porque funciona no local uma indústria de alimentos”, e o fez com base em ofício apresentado pela FEPAM; (c) que na “Certidão de Aprovação” expedida pelo órgão ambiental, consta expressamente que a aprovação do projeto deu-se “com restrições”, “... o que evidencia que serão adotadas todas as medidas mencionadas no relatório da FEPAM”; (d) que as indústrias potencialmente poluentes (usina de asfalto e fábrica de baterias), são de pequeno porte, e sua atuação não comprometeria o funcionamento do Hospital, haja vista que estas empresas encontram-se próximas a uma fábrica de massas e biscoitos, “... sem que haja qualquer reclamação sobre poluição ou sua interferência na qualidade dos gêneros alimentícios produzidos”; (e) que há uma aparente regularidade do projeto, inclusive porque aprovado pelos órgãos ambientais responsáveis; e (f) que não havia notícia de que a construção esteja na iminência de iniciar-se, “... pois tudo o que restou demonstrado é que foi aprovado o Projeto Arquitetônico do hospital, para o qual o Estado disponibilizou recursos financeiros em seu orçamento, não havendo justificativa para o alegado risco na demora”.

Diante da decisão judicial de primeiro grau, o Ministério Público inter pôs Agravo de Instrumento junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, insistindo com a tese da irregularidade da instalação do hospital no local, em virtude do risco existente de desperdício de recursos públicos, diante da proximidade com empresas que desenvolvem atividades potencialmente poluentes, tratando-se de área recentemente desmembrada do Distrito Industrial

³⁷ Autos de Agravo de Instrumento nº 70015155823. Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

de Santa Maria. Argumentou que o laudo elaborado por fundação pública especializada nestas questões confirmou a inadequação do local, na forma em que se encontrava, para a instalação de unidade de saúde no local, o que foi ratificado pelos técnicos da Secretaria Municipal de Gestão Ambiental e pelo Instituto dos Arquitetos do Brasil, consoante ampla documentação acostada no feito. Apontou, ainda, malferimento às regras inscritas na Constituição Federal (artigo 170, inciso VI), e no Estatuto das Cidades (especialmente artigos 2º, incisos I, IV, VI, e XIII; e 36 a 38). Por derradeiro, disse que a área escolhida para a instalação do hospital "... é uma das zonas mais problemáticas do Município, em termos ambientais. Por isso, não podem os réus, à revelia do interesse social, decidir pela implantação de um equipamento de saúde que, sabe-se, consumirá mais de R\$40 milhões, em local que as manifestações técnicas indicam ser inadequado" (fl. 21). Pediu a concessão da liminar para suspensão do início das obras e, no mérito, o provimento do recurso.

No Tribunal o efeito suspensivo foi deferido, oportunizando-se a manifestação dos agravados.

O Consórcio Intermunicipal de Saúde veio aos autos apresentar contrarrazões, suscitando, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido do Ministério Público, haja vista a ausência de prova de que as obras de construção do hospital já tinham iniciado ou estivessem na iminência de começar. Apontou a ausência dos elementos autorizadores da concessão da tutela antecipada, em face da regularidade da obra, inexistindo qualquer óbice à instalação do hospital em área contígua ao Distrito Industrial. Argumentou quanto à efetiva obtenção de todas as licenças e autorizações para a construção da casa de saúde, inexistindo qualquer oposição da FEPAM para que as obras fossem iniciadas. Postulou, ao final, o desacolhimento do recurso.

O Estado do Rio Grande do Sul de igual forma ofereceu contrarrazões, defendendo a regularidade do local escolhido para a instalação do hospital, perquirindo a manutenção da decisão hostilizada.

O Sr. Procurador de Justiça lançou parecer pelo parcial provimento do recurso, mostrando-se irregular a instalação do Hospital Regional nos limites do Distrito Industrial de Santa Maria, todavia, entendeu desnecessária a fixação de multa diária para o caso de descumprimento da ordem judicial neste momento processual.

Diante da complexidade da matéria, entendi que algumas considerações precisariam ser esposadas com caráter introdutório de minhas razões na delimitação da perspectiva de solução ao caso.

Cumprе consignar que tanto a propriedade como a cidade, historicamente, variaram conforme as relações sociais e econômicas de cada momento;

assim, o grau de complexidade hoje alcançado pelo instituto da propriedade e pelo espaço público da cidade derivam do grau de complexidade das relações sociais. É assim que se impõe o reconhecimento de que tais institutos não têm natureza meramente jurídica, e tampouco podem ser tratados como mônadas no âmbito do tecido social em que se encontram, mas, ao contrário, afiguram-se como verdadeiros fatos/atos jurídicos e sociais, provenientes muito mais de correlações de forças múltiplas — perspectiva fenomenológica — do que de disposições normativas engessadas, desconectadas de seu tempo.³⁸

Num plano mais geral e tradicional, posso aqui afirmar que um conteúdo inerente à propriedade urbana é o circunscrito pelos chamados limites positivos que fixam o elenco de poderes e faculdades do titular do direito e o alcance do respectivo exercício, bem como até onde aquele pode ir na realização de tais poderes e faculdades. De outra banda, há um conteúdo negativo, circunscrito pelos limites que estabelecem até onde podem ocorrer ingerências e tangenciamentos de terceiros em relação ao direito alheio, quais os poderes e faculdades de que não dispõe seu titular e aonde esse não pode ir no exercício do direito.³⁹

Por estas razões, a legislação, ao estabelecer tais limites, tem imposto ao titular do direito um “fazer” (conservar o prédio urbano); um “não-fazer” (não usar nocivamente a propriedade imobilizada em detrimento dos vizinhos); ou um “suportar” (o vizinho pode entrar no terreno limítrofe para reparar o muro divisório).⁴⁰

Assim é que os limites positivos e negativos do próprio conteúdo do direito de propriedade, e as limitações ao seu exercício, estabelecidas pelo ordenamento jurídico, formam o seu estatuto,⁴¹ não podendo ser de todo absoluto, eis que tal conteúdo e exercício têm de possibilitar sua coexistência com outros direitos. O poder ou a faculdade do exercício se inscreve, pois, no conteúdo do direito e, se ele é irregular ou danoso, há ilicitude, o que o sistema jurídico não pode aceitar.⁴² Aliás, é o próprio sistema normativo brasileiro que indica alguns

³⁸ Tratei deste assunto no livro LEAL. Direito urbanístico, op.cit.

³⁹ Ver o trabalho de ARONE, Ricardo. Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁴⁰ Por óbvio que estamos falando aqui de uma perspectiva dogmática da matéria trazida pela história de grande parte da abordagem civilista do tema no Brasil e outros países com semelhante formação jurídica. Neste sentido, ver os trabalhos de AZEVEDO, Filadelfo. Destinação do imóvel. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1957. p. 143-157; BRANCA, Giuseppe. Della proprietà (arts. 957-1099). Bolonha: Zanichelli, 1957. p. 448-503; SANTOS, J. M. Carvalho. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Borsó, 1947. v. 20, p. 197-205. Verbete encravamento; DANTAS, Santiago. O conflito de vizinhança e sua composição. Rio de Janeiro: Globo, 1939. 352 p.; GONÇALVES, Luiz da Cunha. Tratado de direito civil. São Paulo: Max Limonad, 1956. XII, I, p. 22-49. Para boa parte destes autores o mau uso da propriedade vinha definido pelo costume do lugar ou pela extensão do prejuízo causado. Em outras palavras: Se o incômodo excede ao que é razoavelmente tolerável, segundo as circunstâncias, haverá mau uso da propriedade (BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. Rio de Janeiro: Forense, 1956. p. 74).

⁴¹ Utilizando aqui as palavras de HEDEMANN, Justus Wilhelm. Tratado de derecho civil. Madrid: Civitas, 1987. p. 139.

⁴² Neste sentido a advertência de GANDOLFO, Orlando Carlos. Limitações da propriedade. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 421, p. 39-46, 1970.

parâmetros de irregularidade ou danosidade para o direito de propriedade urbana e seu exercício, ao menos em termos potenciais, a saber, os formados pelos princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais⁴³ atinentes à matéria.

Na verdade, tenho que não existe imutabilidade em questão de poderes, de faculdades, em termos de conteúdo e de exercício de direitos — tampouco aos atinentes à propriedade urbana no Brasil, como veremos. Em decorrência disto, as alterações no estatuto do direito de propriedade, a imposição de novas limitações, o aumentar ou diminuir de seu conteúdo não acarretam, em princípio, ilicitude por si só.⁴⁴

Todas estas questões atingem diretamente o tema da ordenação do território urbano, principalmente quando se leva em conta que o espaço urbano é antes de tudo propriedade urbana, seja pública ou privada, o que explica a relação umbilical entre estes temas, destacando-se aqui e novamente a ampliação das condições e possibilidades de gestão (vinculada) desta propriedade por parte do Poder Público e o dever de tolerância e suportabilidade por parte da propriedade privada, em nome exatamente da segurança, do bem estar da população e da sustentabilidade do desenvolvimento equilibrado do meio ambiente natural e construído.⁴⁵

De outro lado, aqueles elementos normativos da Carta Política precisam ser cotejados com os Princípios Fundamentais que a informam, a saber e em especial, com as disposições do seu capítulo primeiro, arts. 1º a 4º, o que significa dizer que a função social da propriedade e da cidade estão prévia e definitivamente conectadas, em termos de significado, com os temas da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades sociais e regionais, etc.

Ao lado destas questões normativas, à espécie, há as políticas e sociais latentes na espécie, eis que não se discute o mérito do projeto (a construção de um hospital em região tão carente de serviços de saúde), causa de comção e mobilização comunitária — como se pôde vislumbrar dos documentos e partes envolvidas —, mas tão somente o locus de sua instalação.

A tese provocadora da jurisdição e apresentada pelo Ministério Público é a de que o local definido para a instalação do Hospital Regional (Rede Sarah) é inadequado para tanto, em face dos seguintes fatores:

⁴³ Os do Estatuto da Cidade, por exemplo.

⁴⁴ Retroagindo à função social da propriedade, essa leva, especificamente, a que o titular seja obrigado a “fazer”, a valer-se de seus poderes e faculdades, no sentido do bem-comum. A função social da propriedade corresponde, desta forma, a uma concepção também comissiva do uso da propriedade. Neste sentido, ver o trabalho de DI LORENZO, Italo. *Diritto urbanistico*. Turim: UTET, 1998. p. 48.

⁴⁵ Neste sentido o trabalho de LEFÈBVRE, Henry. *The production of space*. London: Blackwell, 1992. p. 34 et seq. Ademais, os ditames do art. 2º, do Estado da Cidade.

- (a) trata-se de área recentemente desmembrada do Distrito Industrial de Santa Maria, podendo acarretar danos à saúde dos pacientes, em face da exposição à poluição decorrente da atividade industrial;
- (b) a Sociedade de Engenharia e Arquitetura de Santa Maria reconheceu a existência de "... atividades e/ou indústrias (Usina de Asfalto do município e indústria de baterias) que podem ser enquadradas como 'usos incompatíveis e inconvenientes'", devido à "proximidade de usos incompatíveis e inconvenientes" à unidade de saúde;
- (c) de acordo com estudo elaborado por fundação especializada na matéria, a referida área apresenta-se vulnerável à poluição, seja em razão de sua geologia (predominantemente arenosa e permeável), seja porque o solo apresenta acidez e baixa fertilidade natural, possuindo "alta permeabilidade e grande índice de susceptibilidade à erosão";
- (d) ainda de acordo com esta fundação, há sinais de poluição, decorrentes da presença de lixo nas proximidades e da contaminação dos recursos hídricos com esgotos e lixo urbano e industrial (inclusive com emissão de resíduos sem qualquer tratamento), "... sendo perceptível um odor muito forte e focos de proliferação de insetos" (fl. 11);
- (e) a Secretaria Municipal de Gestão Ambiental também se manifestou sobre a impossibilidade de instalação do hospital no local definido pelo Estado, apontando, além dos elementos já citados: que o regime de ventos no local não favorece a construção de unidade de saúde, que o solo não se afigura o mais adequado para a realização de obras de vulto; e que o local é desaconselhado para obras destinadas a intensa ocupação humana, em virtude da poluição;
- (f) o Instituto dos Arquitetos do Brasil (IAB-RS), de igual sorte, indicou suas preocupações relativas às consequências nocivas que poderiam decorrer da instalação do hospital no local escolhido, em face dos problemas já apontados;
- (g) os órgãos representativos de profissionais da saúde (Sindicato Médico de Santa Maria, Unimed Santa Maria, Conselho Regional de Medicina) apontaram, ainda, a ausência de rede de esgoto tratado, a presença de poluição industrial e o risco de poluição dos aquíferos com os dejetos do hospital, impondo-se a realização de estudos aprofundados para a sua instalação; e
- (h) a Associação de Empresas do Distrito Industrial de Santa Maria e o IBAMA manifestaram-se contra a localização da unidade de saúde no local indicado pelo Estado, referindo questões acerca da limitação da atividade industrial e do impacto ambiental na área,

decorrentes da interação entre os estabelecimentos instalados no DI e a saúde dos pacientes, impondo-se a realização de estudos aprofundados para aferição da viabilidade da obra.

Todas estas manifestações trazidas aos autos, lúdicas em face do princípio da participação popular no âmbito da formulação, execução e acompanhamentos de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art. 2º, II, do Estatuto da Cidade), corporificam mecanismos de gestão democrática da cidade, estabelecendo verdadeira interlocução jurisdicional à solução do caso concreto.

Aqui, efetivamente, pode-se visualizar a importância do enfoque e contextualização societal do problema sob comento, verificando primeiro, do que se trata, em termos materiais (natureza social do conflito), identificando quem são os sujeitos conflitantes, a história detalhada e matricial do conflito de interesses, bem como suas variáveis em termos econômicos, políticos, ambientais e de saúde pública, e em que medida tais variáveis atingem os sujeitos conflitantes ou mesmo podem conformar o conflito em si.

Neste sentido, o problema jurídico é sempre um problema prático-normativo,⁴⁶ porque (a) o seu caráter problemático-metodológico específico é regulativo (está alcançado pelo sistema de normas vigentes), com um fundamento axiológico e de realização concreta; e porque (b) estes problemas são de imediata aplicação, no sentido de realização de uma intencionalidade prática, propostos pelo próprio sistema, no âmbito de seus princípios e regras (constitucionais e infraconstitucionais), orientando validamente a práxis comunitária.

De outro lado, os riscos ambientais e de saúde pública que restaram explicitados nos autos, chama à colação o dever de precaução protetiva dos interesses públicos indisponíveis que estão sob confronto. Na dicção de Derani, citando Kloespfer, a política ambiental não se esgota na defesa contra ameaçadores perigos e na correção de danos existentes. Uma política ambiental preventiva reclama que as bases naturais sejam protegidas e utilizadas com cuidado, parciosamente.⁴⁷

⁴⁶ NEVES, Castanheira. *Digesta*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. v. 2, p. 110.

⁴⁷ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 165. Na verdade, o princípio da precaução vem sendo explorado pela Declaração de Wingspread, de 1970, na Alemanha, da seguinte maneira: Quando uma atividade representa ameaças de danos ao meio ambiente ou à saúde humana, medidas de precaução devem ser tomadas, mesmo se algumas relações de causa e efeito não forem plenamente estabelecidas cientificamente. Conforme disposto no site: <<http://www.fgaia.org.br/texts/t-precau>>. Acesso em: 08 maio 2006. Derani propõe um conceito preliminar deste princípio, conectando-o aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco eminente de uma determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade.

Aliás, no sistema jurídico pátrio este princípio da precaução encontra fundamento na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938, de 31.08.1981), pontualmente em seu art. 4º, I e IV, que destaca a necessidade de haver um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a utilização, de forma racional, dos recursos naturais, atentando-se sempre à avaliação do impacto ambiental.

De igual sorte, aquele princípio restou incorporado no âmbito do Texto Político vigente, em seu art. 225, §1º, V, bem como na Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998, art. 54, §3º).⁴⁸

Assim é que o princípio da precaução implica uma ação antecipatória à ocorrência do dano ambiental — e, na espécie, à própria saúde pública. Neste sentido, Milaré assevera que precaução é substantivo do verbo precaver-se (do latim *prae* = antes e *cavere* = tomar cuidado), e sugere cuidados antecipados, cautela para que uma atitude ou ação não venha resultar em efeitos indesejáveis.⁴⁹

Por sua vez, as ponderações que levaram a magistrada de primeiro grau a não outorgar a antecipação de tutela (acima elencadas) também se apresentam como substanciais à delimitação da fatispécie debatida.

É do cotejo destes arrazoados que, entendo, precisam ser extraídas as motivações da presente decisão, a uma, porque evidenciados problemas de ordem ambiental e de sustentabilidade da obra pública analisada, em face de sua natureza hospitalar, não espancados de forma convincente, ao menos no âmbito ainda restrito do Agravo de Instrumento; a duas, porque a complexidade da matéria (considerando os interesses jurídicos envolvidos e suas amplitudes sociais), efetivamente está a perquirir mais zelo à cognição aprofundada para decisão final, até porque se pode, eventualmente, criar situações irreversíveis, atingindo de forma violenta os recursos públicos destinados à edificação, bem como o impacto ambiental e de saúde pública já referidos.

Por todas estas razões, decidi pela manutenção da decisão agravada que deferiu o efeito suspensivo pleiteado pelo Ministério Público, mantendo a ordem de suspensão do início das obras de terraplenagem ou de construção do Hospital Regional — Rede Sarah.

⁴⁸ Disciplina o art. 225, §1º, inciso IV, da Constituição Federal que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Já seu §1º, refere que, para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público, dentre outras coisas, (IV) exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio do impacto ambiental.

⁴⁹ MILARÉ, Édís. Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, prática, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 62. Vale aqui a advertência de Machado, no sentido de que a precaução age no presente para não se ter que chorar e lastimar o futuro. A precaução não só deve estar presente para impedir o prejuízo ambiental, mesmo incerto, que possa resultar das ações ou omissões humanas, como deve atuar para a prevenção oportuna desse prejuízo. Evita-se o dano ambiental através da prevenção no tempo certo (MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito ambiental brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 57).

Veja-se que, a despeito desta decisão ter sido proferida em sede de Agravo de Instrumento, passível, pois, de ser reformada em decisão de mérito definitiva no âmbito da ação civil pública que se desenvolve na comarca de origem, ela também gerou alguns comportamentos políticos alternativos na comunidade, em termos de localização matricial da obra pretendida, consoante notícia do jornal Diário de Santa Maria, edição de 21.03.2006. Este veículo dá notícia de que:

Depois de o Tribunal de Justiça do Estado ter suspenso, na semana passada, a construção do hospital regional/Sarah ao lado do Distrito Industrial, começou uma corrida frenética em busca de um novo terreno para a obra. Ontem, depois de uma reunião na Secretaria Estadual da Saúde, na Capital, ficaram definidas as candidaturas de quatro áreas: uma na Zona Leste e três na Zona Oeste. Todas em Santa Maria.

A tarefa de indicar o novo terreno será de uma comissão formada por representantes da prefeitura, do governo do Estado e da Câmara de Vereadores, entre outros. Ela vai avaliar as quatro áreas oferecidas. O trabalho será corrido, pois o resultado tem de ser apresentado em uma nova reunião com o secretário estadual da Saúde, Osmar Terra, na próxima segunda-feira, quando deve ser batido o martelo sobre o novo local (veja quadro).

O presidente do Conselho Regional de Desenvolvimento (Corede/Centro), Antônio Carlos Jordão, visitou no último sábado os quatro terrenos que estão na disputa pelo hospital regional/Sarah. Segundo ele, todos os locais têm chances, mas ainda é muito cedo para dizer qual deles será o escolhido.⁵⁰

Isto mostra a importância da reflexão ponderada e que leve em conta todos os interesses que estão em jogo em matéria tão complexa e importante como é a da ocupação do solo urbano.

3.2 O caso Loteamento Vista Alegre

O presente caso versou sobre ação civil pública, proposta pelo Ministério Público para aferir a regularidade de assentamento populacional em Município gaúcho, nominado de Loteamento Vista Alegre. Em Inquérito Civil próprio, buscou investigar, preliminarmente, se houve ou não regular desafetação da área verde e institucional localizada neste Loteamento, detectando que o Sr. Prefeito Municipal enviou projeto de Lei à Câmara de Vereadores visando à desafetação da destinação de bem de uso comum do povo para fins de regularização fundiária através da concessão do direito de superfície da área em questão, o qual foi aprovado e transformado em Lei Municipal.⁵¹

⁵⁰ Jornal Diário de Santa Maria, p. 03, 21 mar. 2006.

⁵¹ Apelação Cível nº 70024865479, da 3ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator Des. Paulo Vieira de Tarso Sanseverino.

Ocorre que o parquet sustentava que tal conduta é vedada pela legislação pátria, bem como gera prejuízos à população residente no local, além de causar danos ao meio ambiente. Destacou a existência de desvio de finalidade do ato administrativo, tendo em vista que não é lícito ao administrador tratar a res pública como se particular fosse, concedendo o uso de área a um grupo de pessoas, sem qualquer critério, em detrimento de toda população.

Na contestação da ação o Município veio aos autos relatar que a regularização de loteamentos é dever institucional seu, e que o disposto na Lei nº 6.766/79 (Lei Federal sobre o parcelamento do solo urbano), no seu art. 40, autoriza o Poder Público local a regularizar loteamento ou desmembramento. Destacou que a diretriz adotada na implementação da Política Habitacional prevê o reassentamento de famílias que se encontram em situações impróprias para moradia, mas, também, admite a regularização fundiária de áreas públicas de ocupação consolidada mediante lei autorizativa, no franco atendimento aos princípios constitucionais, em especial ao da função social da propriedade e do direito fundamental à moradia. Ademais, registrou que a Resolução nº 369/06, do CONAMA, prevê a hipótese de regularização fundiária em áreas de preservação permanente (APP). Defendeu a possibilidade de desafetação da área ocupada (área verde), para regularização do loteamento, com a alteração da sua finalidade pública, cabendo à municipalidade definir a destinação pública da área consentânea a política de desenvolvimento urbano definida, compreendida no âmbito da discricionariedade administrativa. Saliou que a quantidade de área verde remanescente na área sob comento atende ao mínimo legal previsto na Lei nº 6.766/1979. No tocante à desocupação da área, o Município ressaltou que, segundo consta no exame local, inexistia qualquer edificação no local.

Pelos registros dos autos, pode-se perceber que o Loteamento Vista Alegre já contava com cerca de 40 (quarenta) famílias assentadas, alegando o Poder Público local que a remoção, apesar de viável, seria custosa e contrária ao interesse público por solapar a dignidade das famílias que ocupam há anos a área pública com animus de moradia.

Lançada sentença, a demanda foi julgada procedente a fim de: a) declarar a nulidade da Lei Municipal, bem como eventuais negócios jurídicos realizados envolvendo a transferência da posse ou propriedade das áreas verdes institucionais e particulares; b) condenar o Município a promover a desocupação da área verde e institucional, tomando providências para tanto no prazo máximo de trinta dias após o trânsito em julgado da decisão, adotando procedimentos fiscalizatórios inerentes ao poder de polícia que possui;

c) condenar o Município em obrigação de fazer, consistente na recomposição do ambiente natural da área verde, através da retirada de materiais de construção, lixo doméstico, entre outros, assim como através do plantio de árvores nativas e demais formas de vegetação, conforme projeto de recuperação da área degradada, a ser apresentado pelo réu em juízo, devidamente aprovado, no prazo de trinta dias, a partir da retirada dos ocupantes, devendo a implantação ser iniciada no prazo de sessenta dias da data citada e concluída no prazo de um ano; d) em caso de descumprimento de qualquer das obrigações, imputou ao Município o pagamento de multa diária de dez salários mínimos, considerando o piso nacional, a ser revertida ao Fundo Municipal de Assistência Social e, na sua falta, ao Fundo de Desenvolvimento Social do Estado do Rio Grande do Sul, na forma do art. 12, da Lei Estadual nº 10.529, de 20 de julho de 1995. Imputou a ré ao pagamento das custas processuais.

Na análise do recurso interposto pela municipalidade, ratificando suas teses anteriormente descritas, ponderei que a discussão travada nos autos tem como pano de fundo assentamento irregular de 40 (quarenta) famílias em 32 lotes de área urbana pertencente a municipalidade. Nesta localidade, em face até da consolidação inexorável daquelas pessoas na área, fora instalada, de forma irregular (por via de gambiarras e gatos), redes de água, luz e esgoto, mantendo-se a aglomeração urbana em condições de limpeza, uma vez que inexistente acúmulo de lixo, pois a coleta do mesmo é regular, feita pelo próprio Poder Público.

Considerando ainda que, pela dicção do art. 30, do mesmo Diploma referido, é o Município a entidade federativa responsável mais direta pela execução de políticas públicas voltadas à ordenação do espaço urbano, conclui-se facilmente que ele se submete àquelas diretrizes gerais do Estatuto da Cidade. Em outras palavras, tal lei federal se enquadra, dogmaticamente e salvo melhor juízo, como uma norma programática, de linhas gerais, de eficácia jurídica imediata, direta e vinculante.⁵²

Tenho, pois, que tais diretrizes se afiguram como verdadeiros princípios jurídicos vinculantes à atividade urbanística pública e privada, ou seja, penso que se pode, simetricamente aos princípios constitucionais, apreciar as diretrizes do Estatuto da Cidade como verdadeiros princípios jurídicos ordenadores de toda e qualquer ação urbanística, levando em conta que elas, no ordenamento jurídico urbano nacional, operam com certo grau de abstração, pelo fato de carecerem de meações concretizadoras, todavia, com papel fundamental no

⁵² Neste sentido, ver o trabalho de SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 1998.

ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes do direito urbanístico, figurando como verdadeiros standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de termos cidades sustentáveis e, por isto, fundamentando regras, ações e responsabilidades atinentes à espécie.

Não há opção de observar ou não tais diretrizes por parte de qualquer entidade federativa ou relação privada no país. Elas obrigam a todos por sua natureza de ordem pública e fundamentalizante à ocupação do espaço urbano, ostentando eficácia derogatória e diretiva dentro de todo o sistema jurídico, por óbvio que observados os seus limites constitucionais.

Em outras palavras, quero atribuir às diretrizes do Estatuto função também interpretativa, orientando as soluções jurídicas a serem processadas diante dos casos submetidos à apreciação do administrador público, e, por intermédio de uma função supletiva, tarefa de integração do Direito, suplementando os vazios regulatórios da ordem jurídica urbana ou ausências de sentido regulador constatáveis em regras ou em princípios de maior grau de densidade normativa reguladores da matéria conseqüente.

Na espécie, o Município, ao dar cumprimento às suas competências constitucionais e políticas, voltado para o atendimento de problemas envolvendo a regularização fundiária urbana e — o que mais importa — as vidas humanas alcançadas pelas situações descritas, tomou as iniciativas formais que demandam tal iniciativa, fazendo aprovar, primeiro, em março de 2006, a Lei nº 5.898 (fls. 31/34), permitindo que ocupantes de áreas suas, para fins de moradia, que não sejam proprietários de outro imóvel, e que sejam de baixa renda, continuassem utilizando os lotes, consoante regulação específica que declina. Este ato legislativo o Poder Público enquadrou-o como Direito de Superfície, instituto tanto do Código Civil brasileiro (arts. 1.369/1.377) como do Estatuto da Cidade (arts. 21/24).

Após isto, em junho de 2006, através da Lei nº 5.984, a municipalidade instituiu Áreas Especiais de Interesse Social, exatamente para, dentre outras finalidades, promover a regularização fundiária de assentamentos habitacionais (inciso II, art. 2º) — fl.18. Nesta norma, em seus arts. 7º e 9º, já desafetou, para os mesmos fins, bens de uso comum do povo ou de uso especial, já ocupados para fins de moradia, fazendo menção expressa ao imóvel em que se localiza o Loteamento Vista Alegre, ou seja, na chamada Vila Baum (fl. 20, art. 9º, inciso I).

Ato contínuo, em 13 de julho de 2006, aprovou a Lei nº 5.998, desafetando especialmente o imóvel de matrícula nº 75780, onde se localiza o Loteamento sob comento, para viabilizar ação pública concreta de regularização fundiária envolvendo as 40 famílias e os 32 lotes identificados.

As regras de uso destes lotes ocupados estão postos de forma clara e atendendo, de um lado, as diretrizes do Estatuto da Cidade mencionadas e os comandos constitucionais consectários; de outro lado, estão a resolver um problema social de significativa magnitude, sob pena de desalojar 40 famílias que não terão sequer para onde ir, uma vez que já instaladas na área sob comento.

Estas mesmas regras não deixam dúvidas que os lotes ocupados não serão transferidos de domínio, mas tão somente usados pelas pessoas que lá estão, o que não os desvincula do poder e disposição da comunidade em caso de desvio de finalidade que possam eventualmente ter, mantendo-se hígida, pois, a titularidade do Município sobre eles.

Os impactos econômicos e sociais com a remoção desta verdadeira comunidade reconhecida urbanística e publicamente como Loteamento Vista Alegre, seriam incalculáveis, devendo-se por isto imprimir aos fatos analisados hermenêutica conforme à Constituição, para os fins de viabilizar os objetivos e finalidades que ela expressa em todos os seus termos.

Por tais razões é que votei pela mantença da situação criada pela municipalidade, não caracterizada qualquer ilegalidade no seu proceder.

3.3 O caso das multas de trânsito aplicadas em veículos estrangeiros no Rio Grande do Sul

Interessante caso é o relatado nos autos da Ação Civil Pública Federal nº 2005.71.00.030060-5/RS, na qual o Ministério Público Federal postulava, inclusive em antecipação de tutela, que a União Federal, via Superintendência da Política Rodoviária Federal no Estado do Rio Grande do Sul, não impedisse a saída de veículos estrangeiros do país acaso impagas autuações por infrações de trânsito levadas a cabo no território nacional; não impedisse o ingresso no país de estrangeiro em nome do qual constasse multa impaga por infração de trânsito nos últimos cinco anos; que fossem os estrangeiros autuados por tais infrações, quando a infração penal não é sujeita à justiça federal, encaminhados à polícia civil do Estado.

A decisão judicial deferiu parcialmente a liminar, tão somente no que tange a necessidade de conduzir e apresentar os estrangeiros flagrados em território nacional praticando fatos tipificados como crimes, ainda que também previstos na legislação de trânsito, à autoridade policial federal ou civil, conforme a natureza do crime.

E quais as bases de argumentação e fundamentação fáticas e normativas desta decisão?

Em termos de fundamentos fáticos — descritivos —, da decisão preliminar e de mérito, observam-se presentes dois argumentos centrais:

(a) a causa eficiente e material que levou à aprovação de legislação autorizativa da conduta da Política Rodoviária Federal vergastada pela ACP (arts. 119, parágrafo único, e 260, §4º, da Lei Federal nº 9.503/97),⁵³ a saber, as inúmeras mortes provocadas por acidentes de trânsito nas estradas gaúchas, em face de negligências, imprudências e imperícias de condutores de veículos automotores; (b) a proteção da vida humana sob a perspectiva coletiva, o que, na verdade, vem fundada em pressuposto filosófico e pragmático distinto da vida humana enquanto direito individual; (c) que a penalidade imposta pelo cometimento da infração sob comento que incide — eventualmente — sobre o patrimônio (veículo) do condutor, não pode caracterizar restrição ao seu direito de liberdade de ir e vir, mas ao instrumento com o qual fora cometida a infração.

Poderia o magistrado prolator da sentença ter trazido à comprovação da primeira causa fática eficiente de seu argumento as estatísticas de condutores infratores do Estado, tendo demonstrado a Polícia Rodoviária Federal no Rio Grande do Sul o seguinte quadro-amostra, referente ao ano de 2007:

Descrição	Infrações
Transitar em velocidade superior a máxima permitida para o local, medida por instrumento ou equipamento hábil, rodovias, vias de trânsito rápido, vias arteriais e demais vias quando a velocidade for superior a máxima em até 20% (vinte por cento)	23899
Transitar em velocidade superior a máxima permitida para o local, medida por instrumento ou equipamento hábil, rodovias, vias de trânsito rápido, vias arteriais e demais vias quando a velocidade for superior a máxima em mais de 20% (vinte por cento) até 5	8448
Ultrapassar pela contramão outro veículo onde houver marcação viária longitudinal	3770

Fonte: <<http://www.dprf.gov.br/PortalInternet/estatistica.faces>>. Acesso em: 24 abr. 2009.

Os jornais do país dão conta disto também, podendo observar-se na notícia veiculada pelo jornal Diário Catarinense (Florianópolis, 07 nov. 2008, p. 01), dando conta de que, segundo dados da publicação Saúde Brasil 2007, a taxa padronizada de mortes causadas por acidentes de trânsito (cálculo que leva em consideração números como população, óbitos e faixa etária) foi de 31,7 mortes por 100 mil habitantes em Santa Catarina. Em números

⁵³ Dispõe estes artigos que: (i) os veículos licenciados no exterior não poderão sair do território nacional sem prévia quitação dos débitos de multa por infrações de trânsito e o ressarcimento dos danos que tiveram causado a bens do patrimônio público, respeitado o princípio da reciprocidade (art. 119, parágrafo único); (ii) quando a infração for cometida com veículo licenciado no exterior, em trânsito no território nacional, a multa respectiva deverá ser paga antes de sua saída do país, respeitado o princípio da reciprocidade (art. 260, §4º).

totais, foram 1.923 mortes no trânsito em 2006. Os acidentes de trânsito ocupam a segunda posição entre as mortes por causas externas no Brasil, perdendo apenas para os homicídios. Somente no ano de referência da pesquisa, 2006, foram 35.155 mortes no país.⁵⁴ Conforme dados apresentados pelo jornal Zero Hora (Porto Alegre, 24. mar. 2009), pelo menos cem pessoas morreram no trânsito gaúcho no mês de março. De acordo com o levantamento feito pela Rádio Gaúcha, 51% das mortes envolve motos e atropelamentos. Desde o início do ano, os dados mostram que 295 pessoas perderam a vida em acidentes de trânsito no Rio Grande do Sul.

Já no que tange à vida humana e sua proteção, há um cotejamento explícito e fático na causa — já envolvendo a dimensão analítica de apreciação do caso —, que diz com a relação que se estabelece entre o direito à vida individual em face da relação que ela mantém com seu entorno e com outras vidas. Poderia aqui fazer referência, no campo da jurisdição, à ideia de cláusula da comunidade do direito constitucional alemão, como noção de limite imanente dos Direitos Fundamentais, tomando como pressuposto que tais direitos não poderiam ser invocados quando seu exercício colocasse em risco bens jurídicos relevantes à comunidade.⁵⁵

Como já tive oportunidade de dizer em recente livro publicado, atender aos direitos fundamentais de alguns sem levar em consideração o impacto que isto, potencial ou efetivamente, pode causar a outros, significa tratar desta questão a partir de uma lógica de matiz kantianamente individual, aceitando a premissa de que a legitimidade do ordenamento jurídico reside no fato de que este assegura e garante a coexistência das vontades arbitrárias dos indivíduos para não operarem danos a outrem. Entretanto, ao invés deste primado liberal (radical) da autonomia da vontade privada e dos direitos individuais, a reflexão que proponho opera com o primado da autonomia pública, ou da soberania popular,⁵⁶ no sentido de que legítimas são aquelas leis, decisões e atos que os cidadãos mesmos, enquanto membros orgânicos de uma comunidade se dão a si próprios. Veja-se que, neste sentido, a autonomia, a liberdade e o direito privado apresentam-se como momentos derivados e não primários, eis que só podem ser exercitados no âmbito em que a autonomia pública concede.⁵⁷

⁵⁴ Registra-se que os dados deste Estado são muito importantes para a causa em debate, haja vista que para lá é que se destinam muitos estrangeiros que, vindos da Argentina e Uruguai, passando pelas estradas gaúchas, frequentam o litoral catarinense.

⁵⁵ Conforme GAVARA DE CARA. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo: la garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, p. 274 et seq.

⁵⁶ Ver o texto de HABERMAS. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, p. 212.

⁵⁷ Ver meu livro LEAL. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*.

É neste universo fático e já normativo que o magistrado, acertadamente, compreendeu o tema que lhe fora posto na ACP, tratando o tema da penalidade administrativa imposta à retenção do veículo em face de inadimplemento de multa infracional como consequência de política pública de segurança emergencial que deve ser operada nas estradas gaúchas.

As consequências econômicas potencialmente danosas aqui para o turismo nacional, cotejadas com os bens jurídicos vida e patrimônio público sob risco dos abusos do trânsito, foram colocadas em plano de densidade jurídica menor, merecendo sim proteção, desde que compatibilizada com valores e interesses indisponíveis que estavam, na espécie, em jogo.

4 A função social da propriedade rural

Já sob o aspecto da propriedade rural, dispõe o art. 186, da Constituição Federal de 1988, que a função social é cumprida quando esse tipo de propriedade atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Conclui-se com facilidade que o aspecto econômico está presente no disposto neste art. 186, pois faz menção à produtividade do imóvel rural, o que implica, dentre outras coisas, procurar sempre utilizar a melhor técnica agrícola no trabalho do solo; utilizar na terra o tratamento técnico e científico adequado; utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.⁵⁸

Veja-se que, pelas disposições do art. 9º, da Lei nº 8.629, de 25.02.1993, a função social é cumprida quando a propriedade rural atende simultaneamente, segundo grau e critérios estabelecidos nesta lei, os seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio-ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. No seu parágrafo primeiro, tem-se como racional e adequado o aproveitamento que atinja os graus de utilização da terra e de eficiência na exploração especificados nos parágrafos 1º a 7º, do art. 6º, do mesmo estatuto.

⁵⁸ Conforme os textos de SILVA. Função social da propriedade rural: aspectos constitucionais e sociológicos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 9, n. 37, p. 263. De igual sorte, ver as disposições do art. 3º, da Lei nº 6.938/1981, definidora de meio ambiente, enquanto conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas, o que foi recepcionado pela Constituição de 1988, em seu art. 225.

São tão amplos os requisitos de ocupação das terras rurais no país, que os parágrafos segundo, terceiro e quarto, do mesmo dispositivo sob comento, dispõem que: (a) Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade; (b) Considera-se preservação do meio-ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas. Estas previsões alcançam até as relações de trabalho, devendo elas se submeterem aos ditames da proteção ambiental (§4º).⁵⁹

Pode-se dizer, assim, que, em face dos princípios constitucionais referidos, mais os dos art. 5º, inciso XXIII, art. 170, inciso III, art. 186, inciso II, e 225 caput da CF, afigura-se como encargo do proprietário rural o cumprimento da função social de sua propriedade, observada a preservação do meio ambiente, para as atuais e futuras gerações, caracterizando verdadeira responsabilidade objetiva e solidária consubstanciada em também típica obrigação real — propter REM, eis que se vincula ao titular do direito real.⁶⁰

Esta matéria está em voga também no âmbito dos profundos conflitos sociais que decorrem dos movimentos reivindicatórios organizados por assentamentos em áreas rurais no país, quando se tem dito que a ação de desapropriação por interesse social (Lei nº 9.871/99) se apresenta como recomendável na espécie, posto ensejar imissão imediata na posse pela União, atingindo o escopo judicial da paz social, in casu, a crise fundiária legal entre os assentados e os ilegalmente titulados.⁶¹

Os impactos econômicos tanto das questões que envolvem as novas regras de exploração de áreas rurais, assim como as questões sociais que estão conexas a elas, são absurdamente agudos, eis que têm operado, por vezes, desvalorizações tamanhas que chegam a inviabilizar o uso tradicional da

⁵⁹ Ver VARELLA. Introdução ao direito à reforma agrária: o direito face aos novos conflitos sociais.

⁶⁰ Ver neste sentido os textos de: MORAM. Função social e legitimidade à atribuição do direito de propriedade. Revista de Estudos Jurídicos da Universidade Estadual Paulista, v. 5, n. 3, e de PACCAGNELLA. Meio ambiente: função socioambiental da propriedade rural e áreas de preservação permanente e reserva florestal legal. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 5-19.

⁶¹ Sei que esta matéria é conturbada desde há muito, basta ver a decisão do Supremo Tribunal Federal: Terras Devolutas. Faixa de Fronteira. Concessão feita pelo Estado. Rescisão. – As terras devolutas situadas na faixa de fronteira são bens dominicais da União. – As concessões de terras devolutas situadas na faixa de fronteira, feitas pelo Estado anteriormente à vigente Constituição, devem ser interpretadas legitimando o uso, mas não a transferência do domínio, em virtude de manifesta tolerância da União e de expresso reconhecimento de legislação federal. – O Estado concedente de terra devoluta na faixa de fronteira é parte legítima para rescindir os contratos de concessão com ele celebrados, bem como para promover o cancelamento de sua transcrição no Registro de Imóveis (STF – ERE nº 52331/PR, Rel. Min. Evandro Lins e Silva, DJ, 30 mar. 1964). Ver mais recentemente a decisão nos autos dos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 814651, do Estado do Paraná, junto a Primeira Turma do STJ, relatoria Min. Luiz Fux, julgado em 11.11.2008, publicado no DJe, 27 nov. 2008.

propriedade, exigindo dos seus exploradores medidas acautelatórias muito onerosas. Daí porque a sensibilidade do magistrado estar atenta para os fatores exógenos à lide que trata disto, procurando minimizar ao máximo os danos pecuniários diretos e indiretos que estão presentes em causas como estas.

Uma outra decisão que envolve a propriedade rural, agregando a ela obrigações econômicas de ordem tributária, ainda que de caráter não tão elevado (o que mostra que no cotidiano são decididas questões que têm alcance a problemas mezinhas das relações sociais), é a que diz com o seguinte julgado:

Tributário – Contribuição destinada ao INCRA – Lei 2.613/55 (art. 6º, §4º) – DL 1.146/70 – LC 11/71 – Natureza jurídica e destinação constitucional – Contribuição de intervenção no domínio econômico – CIDE – Legitimidade da exigência mesmo após as Leis 8.212/91 e 8.213/91 – Cobrança das empresas urbanas: possibilidade. 1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp 770.451/SC (acórdão ainda não publicado), após acirradas discussões, decidiu rever a jurisprudência sobre a matéria relativa à contribuição destinada ao INCRA. 2. Naquele julgamento discutiu-se a natureza jurídica da contribuição e sua destinação constitucional e, após análise detida da legislação pertinente, concluiu-se que a exação não teria sido extinta, subsistindo até os dias atuais e, para as demandas em que não mais se discutia a legitimidade da cobrança, afastou-se a possibilidade de compensação dos valores indevidamente pagos a título de contribuição destinada ao INCRA com as contribuições devidas sobre a folha de salários. 3. Em síntese, estes foram os fundamentos acolhidos pela Primeira Seção: a) a referibilidade direta NÃO é elemento constitutivo das CIDE's; b) as contribuições especiais atípicas (de intervenção no domínio econômico) são constitucionalmente destinadas a finalidades não diretamente referidas ao sujeito passivo, o qual não necessariamente é beneficiado com a atuação estatal e nem a ela dá causa (referibilidade). Esse é o traço característico que as distingue das contribuições de interesse de categorias profissionais e de categorias econômicas; c) as CIDE's afetam toda a sociedade e obedecem ao princípio da solidariedade e da capacidade contributiva, refletindo políticas econômicas de governo. Por isso, não podem ser utilizadas como forma de atendimento ao interesse de grupos de operadores econômicos; d) a contribuição destinada ao INCRA, desde sua concepção, caracteriza-se como CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO, classificada doutrinariamente como CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL ATÍPICA (CF/67, CF/69 e CF/88 - art. 149); e) o INCRA herdou as atribuições da SUPRA no que diz respeito à promoção da reforma agrária e, em caráter supletivo, as medidas complementares de assistência técnica, financeira, educacional e sanitária, bem como outras de caráter administrativo; f) a contribuição do INCRA tem finalidade específica (elemento finalístico) constitucionalmente determinada de promoção da reforma agrária e de colonização, visando atender aos princípios da função social da propriedade e a diminuição das desigualdades regionais e sociais (art. 170, III e VII, da CF/88); g) a contribuição do INCRA não possui REFERIBILIDADE DIRETA com o sujeito passivo, por isso se distingue das contribuições de interesse das categorias profissionais e de categorias econômicas; h) o produto da sua arrecadação destina-se

especificamente os programas e projetos vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares. Por isso, não se enquadram no gênero Seguridade Social (Saúde, Previdência Social ou Assistência Social), sendo relevante concluir ainda que: h.1) esse entendimento (de que a contribuição se enquadra no gênero Seguridade Social) seria incongruente com o princípio da universalidade de cobertura e de atendimento, ao se admitir que essas atividades fossem dirigidas apenas aos trabalhadores rurais assentados com exclusão de todos os demais integrantes da sociedade; h.2) partindo-se da pseudo-premissa de que o INCRA integra a “Seguridade Social”, não se compreende por que não lhe é repassada parte do respectivo orçamento para a consecução desses objetivos, em cumprimento ao art. 204 da CF/88; i) o único ponto em comum entre o FUNRURAL e o INCRA e, por conseguinte, entre as suas contribuições de custeio, residiu no fato de que o diploma legislativo que as fixou teve origem normativa comum, mas com finalidades totalmente diversas; j) a contribuição para o INCRA, decididamente, não tem a mesma natureza jurídica e a mesma destinação constitucional que a contribuição previdenciária sobre a folha de salários, instituída pela Lei 7.787/89 (art. 3º, I), tendo resistido à Constituição Federal de 1988 até os dias atuais, com amparo no art. 149 da Carta Magna, não tendo sido extinta pela Lei 8.212/91 ou pela Lei 8.213/91. 4. A Primeira Seção do STJ, na esteira de precedentes do STF, firmou entendimento no sentido de que não existe óbice a que seja cobrada, de empresa urbana, as contribuições destinadas ao INCRA e ao FUNRURAL. 5. Recurso especial provido.⁶²

5 A propriedade intelectual e sua proteção judicial

Um outro tema altamente sofisticado e que tem gerado profundos debates na jurisdição brasileira, com impactos econômicos no âmbito das relações jurídicas, é o que diz com a propriedade intelectual e os direitos autorais. A casuística tem insistido com a tese de que estes direitos reúnem uma rede complexa de interesses relacionados tanto à pessoa do autor, envolvendo o que chamam de direitos morais, e outros ligados à utilização econômica das obras artísticas, literárias ou científicas, sendo, nestes casos, conhecidos como direitos patrimoniais.⁶³

Registrou o relator do Acórdão referido que, como direito patrimonial, ao autor é conferido o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor de sua obra como bem quiser, sendo necessária, portanto, a expressa autorização para cada um dos modos independentes de utilização da obra intelectual, consoante disciplinam os arts. 30 e 35, da Lei nº 5.988/73, mais os arts. 29 e 31, da Lei nº 9.610/98.

⁶² Recurso Especial nº 995564/RS, Segunda Turma do STJ, relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 27.05.2008, publicado no DJe, 13 jun. 2008.

⁶³ Ver a decisão proferida nos autos do Recurso Especial nº 445908/SP, do STJ, relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, julgado na Quarta Turma, em 26.06.2007, publicado no DJ, p. 311, 24 set. 2007. Nesta reprodução, por exemplo, entra a questão da inserção, ou de inclusão, modalidade diversa e independente de utilização da obra intelectual (direito que tem o autor ou titular de uma obra literária, artística ou científica de autorizar sua integração a uma outra obra). Ver o texto de ABRÃO. Direitos de autor e direitos conexos, p. 84.

Por sua vez, o direito de reprodução é o direito patrimonial amplamente reconhecido, encontrando-se com ele o direito de edição, o direito de transformação, o direito de tradução, o direito de inserção ou de inclusão, o direito de distribuição e locação, entre outros. Cada modo de utilização da obra é independente dos demais e correspondente a um direito exclusivo de autor, a quem caberá autorizar a utilização de sua obra intelectual.⁶⁴

Como lembra Bittar,⁶⁵ a representação e a execução das obras artísticas, científicas e literárias são os dois grupos de direitos econômicos nos quais todos os outros modos de utilização da obra intelectual estão compreendidos, dado que o rol disposto no art. 30, da antiga Lei de Direitos Autorais, nº 5.988/73, bem como no art. 29, da vigente Lei nº 9.610/98, não são taxativos.

A par destes elementos, o que se discutiu nos autos foram temas atinentes à solidariedade ou não das pessoas jurídicas que se envolveram na reprodução e utilização de imagens e músicas de terceiros, além da caracterização ou não da finalidade de lucro destas ações, o que pode impactar economicamente relações jurídicas entabuladas, decorrendo daí a ratificação da premissa de que em relação à indenização por danos materiais decorrentes da indevida utilização de obra intelectual, impossível estabelecer a condenação almejada, sem comprovação do efetivo prejuízo ou dos lucros cessantes e da extensão dos danos havidos.⁶⁶

Com o advento da internet e da exploração comercial — muitas vezes ilícita —, bem como das práticas ilegais e abusivas de uso (os mais variados) de obras intelectuais neste país, é que se tem observado o aumento significativo de ações judiciais envolvendo estes direitos, muitas delas as vezes extrapolando os limites do razoável, é verdade, razões pelas quais a magistratura deve estar preparada para bem dimensionar os impactos econômicos de decisões que envolvam estas matérias, sob pena de inviabilizar iniciativas de produção e renda existentes.

The Economical and Social Function of Property: Cases Studies about Economical Impacts of Judicial Roles

Abstract: The history of property in West is strongly marked by its private meaning, focused in individual rights, and the introduction about this theme of the social perception causing the review of some cultural and juridical paradigms.

Key words: Private property. Social function of property. Jurisdiction.

⁶⁴ ESPINOLA. Posse, propriedade, condomínio, direitos autorais.

⁶⁵ BITTAR. Direito de autor, p. 52-53, citado pelo Acórdão sob análise.

⁶⁶ Acórdão citado, p. 08.

Referências

- ABRÃO, Elaine Yachouh. Direitos de autor e direitos conexos. São Paulo: Ed. do Brasil, 2002.
- ARENDT, Hannah. A condição humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- BERLE JR., Adolf A. A propriedade privada na economia moderna. Rio de Janeiro: Ipanema, 1957.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BORON, Atílio. Estado, capitalismo e democracia na América Latina. São Paulo: Paz e Terra, 1994.
- CASÉ, Paulo. A cidade desvendada. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.
- COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Coimbra: Porto, 1987.
- CRETELLA JR., José. Curso de direito romano. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1985.
- DUGUIT, León. *Las transformaciones generales del derecho privado*. Madrid: Sacramento, 1960.
- DUGUIT, León. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1967.
- ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. São Paulo: Alfa-Ômega, 1984.
- ESPINOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, condomínio, direitos autorais*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- FERRO, Marcelo Roberto. A propriedade privada no Código de Napoleão. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 70, p. 48, 1994.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo: la garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. O estatuto da propriedade perante o novo ordenamento constitucional brasileiro. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 64, p. 48, 1993.
- GRASSERIE, Raoul de. Principios sociológicos del derecho civil. Madrid: Hijos de Reus, 1908.
- HABERMAS, Jürgen. Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: MIT Press, 1998.
- HAURIOU, André. Derecho Constitucional y Instituciones Politicas. Barcelona: Ariel, 1990.
- JOSSERAND, August. De L'Esprit des droits et de leur relativité. Paris: Ginevre, 1939.
- LEAL, Rogério Gesta. A função social da cidade e da propriedade no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- LEAL, Rogério Gesta. Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- LEAL, Rogério Gesta. Direito urbanístico. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. Hermenêutica e direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001.

MEIRA, Silvio A. B. Instituições de direito romano. São Paulo: Max Limonad, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. Rio de Janeiro: Forense, 1983. t. III.

MORAM, Maria Regina Pagetti. Função social e legitimidade à atribuição do direito de propriedade. *Revista de Estudos Jurídicos da Universidade Estadual Paulista*, Franca, v. 5, n. 3, 1998.

ORRUTEA, Rogério Moreira. Da propriedade e sua função social no direito constitucional moderno. Londrina: UEL, 1998.

PACCAGNELLA, Luiz Henrique. Meio ambiente: função socioambiental da propriedade rural e áreas de preservação permanente e reserva florestal legal. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 5-19, out./dez., 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PUGLIATTI, Salvatore. La proprietà nel nuovo diritto. Milano: Giuffrè, 1994.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, Rafael Egídio Leal. Função social da propriedade rural: aspectos constitucionais e sociológicos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 9, n. 37, out./dez. 2001.

TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o CC, a legislação ordinária e a Constituição). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 306, p. 73-78, abr./jun. 1989.

VARELLA, Marcelo Dias. *Introdução ao direito à reforma agrária: o direito face aos novos conflitos sociais*. Leme: Ed. de Direito, 1997.

VIVANCO, Antônio Carlos. Teoria de derecho agrário. México: Porrúa, 1997.

WALD, Arnold. Direito das coisas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ZOLO, Danilo. Liberta, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali. In: *Diritti Fondamentali: un dibattito teorico*. Roma: Laterza, 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LEAL, Rogério Gesta. A função econômico-social da propriedade: estudos de casos no âmbito dos impactos econômicos das decisões judiciais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, p. 61-94, out./dez. 2009.

Recebido em: 25.08.09

Aprovado em: 10.11.09